



Avis :
L'ordonnance n'est pas définitive.

Commander

à partir du 19 décembre 2016

en matière de

Enquête en vertu de l'art. 27 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart ; RS 251)

Commercialisation de l'information électronique sur les médicaments

pour comportement illicite en vertu de l'article 7 KG

Sync and corrected by
dr.jackson for

Galenica SA et HCI Solutions SA, Untermattweg 8, 3027 Berne, Suisse

tous deux représentés par le Dr Daniel Emch, Kellerhals Carrard, Effingerstrasse 1, 3001 Berne.

Cast

Vincent Martenet (Président, Président),
Andreas Heinemann et Armin Schmutzler (vice-présidents),
Florence Bettschart-Narbel, Winand Emons, Andreas Kellerhals,
Pranvera Këllezi, Daniel Lampart, Rudolf Minsch, Martin Rufer,
Danièle Wüthrich-Meyer.

Table des matières

A	Objet de l'enquête	6
A.1	Introduction et contexte.....	6
A.2	Comportements spécifiques étudiés.....	7
A.3	Parties	9
B	Faits	11
B.1	Termes	11
B.1.1	Informations sur les médicaments	11
B.1.2	Autres informations utiles pour les acteurs du secteur de la santé.....	14
B.1.2.1	MiGeL.....	14
B.1.2.2	Données sur les produits non pharmaceutiques.....	14
B.1.3	Système de publication pharmaceutique (AIPS).....	14
B.2	Demande d'informations sur les médicaments.....	17
B.3	Flux d'informations électroniques sur les médicaments.....	18
B.3.1	Publication	19
B.3.2	Commercialisation	19
B.3.2.1	En général.....	19
B.3.2.2	Commercialisation par le biais de l'ICH/e-médiateur.....	20
B.3.3	Transmission aux clients	21
B.3.4	Utilisation des données et utilisation par les clients	22
B.3.5	Flux d'informations électroniques sur les drogues en Allemagne	22
B.4	La conception et la pratique des contrats de Documed/e-médiateur au fil des ans	24
B.4.1	Conception anticipée des contrats	25
B.4.1.1	Contrats documentés.....	25
B.4.1.2	Contrats d'e-médiateur.....	27
B.4.1.3	Résumé intermédiaire.....	27
B.4.2	Nouvelles dispositions contractuelles à partir de 2013 et solution transitoire.....	27
B.4.2.1	Solution transitoire 2012	27
B.4.2.2	Nouvelle conception des contrats à partir de 2013	28
B.4.2.3	Évolution des prix.....	31
B.4.3	Soumission de l'e-médiateur/Document concernant la conception du contrat précédent ainsi que l'activité effective.....	32
B.4.4	Pratique documentée/médiateur à partir de 2013.....	34
B.4.4.1	Accords individuels	34
B.4.4.2	Introduction du label "PAQ.....	35
B.4.4.3	Enregistrement sur demande	37
B.4.4.4	Réglementation et financement de l'inclusion dans les indices des informations sur les médicaments homéopathiques et des données sur les produits non pharmaceutiques.....	38
B.4.4.5	Gamme de services 2016.....	38
B.4.4.6	Gamme de services 2017	38
C	Historique du processus	39
C.1	Précisions préliminaires	39
C.2	Enquête	40

C.2.1	Participation de vips et ywesee à l'enquête en tant que tiers impliqués au sens de l'article 43 KG et demande de participation d'un titulaire d'autorisation de mise sur le marché.....	41
C.2.2	Actions d'enquête auprès de divers tiers.....	41
C.2.2.1	Swissmedic.....	41
C.2.2.2	Titulaires d'une autorisation de mise sur le marché.....	41
C.2.2.3	Refdata.....	42
C.2.2.4	Maisons de logiciels.....	42
C.2.2.5	Participants à l'appel à propositions AIPS.....	42
C.2.2.6	Diffusion d'informations sur les drogues en Allemagne.....	42
C.2.2.7	Interrogatoire des témoins.....	42
C.2.2.8	Actions d'enquête en rapport avec l'audit du HMG.....	42
C.2.3	Participation volontaire de tiers à la procédure.....	42
C.2.4	Actes d'enquête sur les parties et participation de celles-ci à la procédure.....	43
C.2.4.1	Interrogatoires des parties et demandes d'information.....	43
C.2.4.2	Inspection des dossiers.....	43
C.2.4.3	Participation volontaire des parties à l'enquête.....	44
C.2.4.4	Discussions avec les parties et négociation d'un règlement à l'amiable.....	44
C.2.4.5	Demande de récusation.....	44
C.2.5	Motion de procédure concernant l'interrogatoire des prestataires de services.....	45
C.2.6	Demandes des destinataires de l'enquête pour mettre fin à l'enquête.....	47
C.2.7	Envoi de la demande et des observations des parties et des tiers concernés/Processus décisionnel de la Commission de la concurrence.....	47
D	Considérants.....	48
D.1	Champ d'application.....	48
D.1.1	Champ d'application personnel.....	48
D.1.2	Champ d'application matériel.....	49
D.1.3	Portée locale et temporelle.....	49
D.2	Destinataires de la décision.....	49
D.3	Règlements réservés.....	50
D.3.1	Dispositions relatives à l'information sur les médicaments.....	50
D.3.2	Dispositions relatives aux obligations de contrôle et de responsabilité au niveau des prestataires de services.....	51
D.3.3	Excursus : révision actuelle du HMG.....	52
D.3.4	Conclusion.....	52
D.4	Comportement illicite des entreprises dominantes.....	52
D.4.1	Remarques préliminaires sur les questions de droit de la preuve (en particulier sur l'évaluation et la mesure des preuves).....	53
D.4.1.1	Évaluation des preuves.....	53
D.4.1.2	Mesure de preuve.....	53
D.4.2	Position dominante.....	54
D.4.2.1	Dominance du marché.....	54
D.4.2.1.1	Les marchés concernés.....	54
D.4.2.1.2	Le marché pertinent concernant les contreparties des prestataires de services, des distributeurs et des payeurs ainsi que des éditeurs de logiciels.....	56
D.4.2.1.3	Évaluation de la position sur le marché.....	59
D.4.2.1.4	Résultat intermédiaire.....	64

D.4.2.1.5	Le marché pertinent concernant la contrepartie commerciale des titulaires de l'autorisation de mise sur le marché	64
D.4.2.1.6	Évaluation de la position sur le marché	65
D.4.2.1.7	Résultat intermédiaire	66
D.4.2.1.8	Marché biface	66
D.4.2.1.9	Résumé	71
D.4.2.1.10	Conséquences pour l'évaluation du comportement éventuellement inadmissible	71
D.4.2.1.11	Déclaration de Galenica Ltd et HCI sur les conséquences pour l'évaluation des pratiques éventuellement inadmissibles	72
D.4.3	Détermination de la position dominante sur le marché en ce qui concerne l'obligation de notification indépendante du chiffre d'affaires pour les projets de concentration (art. 9 al. 4 KG)	72
D.4.4	Conduite inadmissible	74
D.4.4.1	Introduction.....	74
D.4.4.2	Application de prix déraisonnables (art. 7, al. 2, let. c KG)	75
D.4.4.2.1	Base juridique.....	75
D.4.4.2.2	Prix ou conditions de vente	76
D.4.4.2.3	Mise en œuvre	77
D.4.4.2.4	Déclaration de Galenica SA et de HCI Solutions SA concernant l'exécution	78
D.4.4.2.5	Inappropriation	79
D.4.4.2.6	Résultat intermédiaire	82
D.4.4.3	Restriction de la production, de la commercialisation ou du développement technique (art. 7 al. 2 let. e KG).....	82
D.4.4.3.1	Base juridique.....	83
D.4.4.3.2	Restriction des ventes	83
D.4.4.3.3	Restriction de la concurrence	86
D.4.4.3.4	Justification des faits	87
D.4.4.3.5	Résultat intermédiaire	88
D.4.4.4	Conditions attachées à la conclusion de contrats selon lesquelles les parties contractantes acceptent ou fournissent des services supplémentaires (art. 7, al. 2, let. f KG)	88
D.4.4.4.1	Base juridique.....	88
D.4.4.4.2	Regroupement de données	89
D.4.4.4.3	Regroupement de modules.....	92
D.4.4.5	Discrimination des partenaires commerciaux en ce qui concerne les prix ou d'autres conditions commerciales (art. 7, al. 2, let. b KG)	96
D.4.4.5.1	Base juridique.....	96
D.4.4.5.2	Égalité de traitement	97
D.4.4.5.3	Restriction de la concurrence	98
D.4.4.5.4	Justification des faits	98
D.4.4.5.5	Résultat intermédiaire	98
D.4.4.6	Sous-cotation des prix ou d'autres conditions commerciales à l'encontre de certains concurrents (art. 7, al. 2, let. d KG)	99
D.4.4.6.1	Base juridique.....	99
D.4.4.6.2	Sous-cotation des prix.....	100
D.4.4.6.3	Résultat intermédiaire	102
D.4.5	Résultat.....	102
D.5	Mesures.....	102

D.5.1	Ordre des mesures.....	102
D.5.1.1	Mesures concernant la restriction de l'élimination.....	103
D.5.1.2	Mesures concernant le regroupement de modules.....	103
D.5.2	Sanctionner.....	103
D.5.2.1	Généralités.....	103
D.5.2.2	Faits de l'art. 49a al. 1 KG.....	104
D.5.2.2.1	Société.....	104
D.5.2.2.2	Comportement illicite au sens de l'article 49 bis, paragraphe 1, de la loi sur les sociétés commerciales (KG).....	104
D.5.2.3	Reprochabilité.....	104
D.5.2.4	Dimensionnement.....	106
D.5.2.4.1	Sanction maximale.....	106
D.5.2.4.2	Calcul concret des sanctions.....	107
D.5.2.5	Résultat.....	113
E	Coûts.....	114
F	Résultat.....	114
G	Dispositifs.....	116
Annexe 1	118

A Objet de l'enquête

A.1 Introduction et contexte

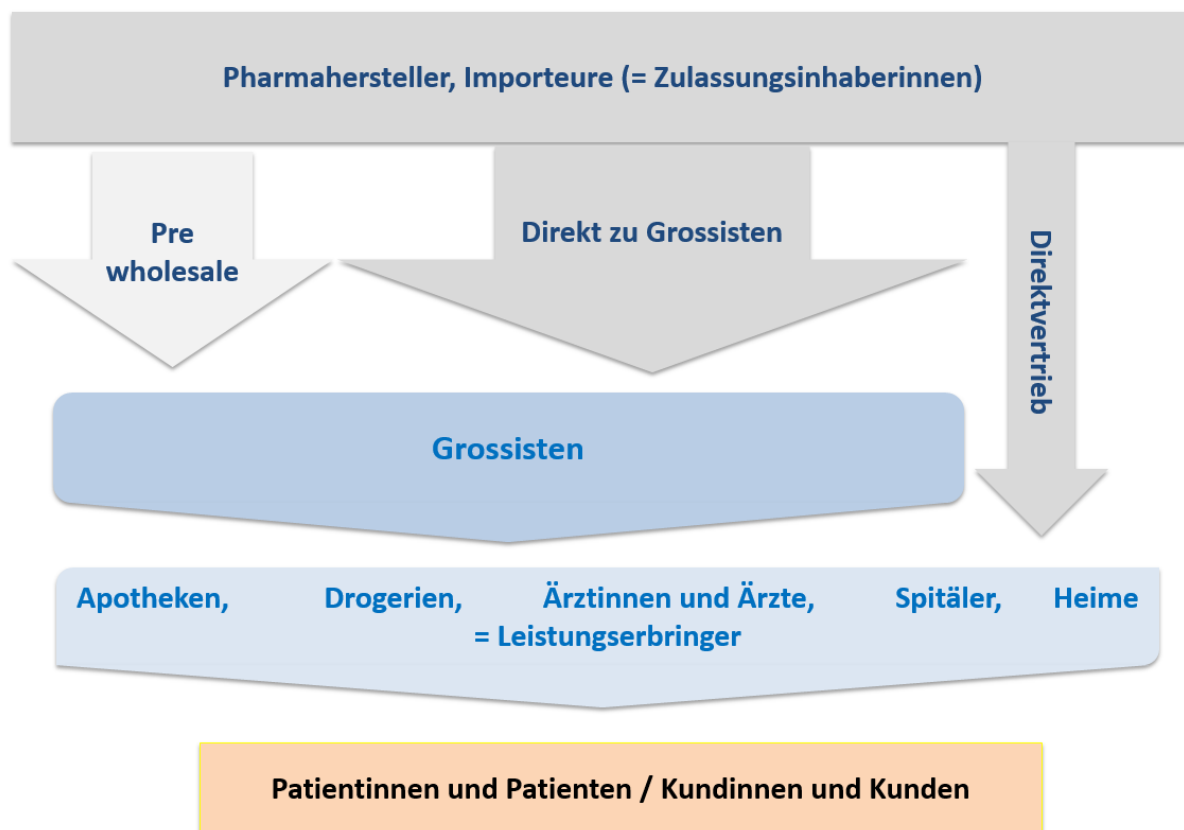
1. Dans le domaine de la distribution, de la prescription, de la délivrance et de la facturation des médicaments¹ et autres produits, une grande variété d'acteurs ayant des tâches et des compétences différentes sont actifs. Les produits sont distribués par les fabricants ou les importateurs (ci-après dénommés conjointement "titulaires de l'autorisation² de mise sur le marché") soit directement, soit par l'intermédiaire de pré-grossistes, tandis que les grossistes (les pré-grossistes et les grossistes ensemble sont ci-après dénommés "distributeurs") sont chargés de la distribution fine aux pharmacies, hôpitaux, médecins (auto-distributeurs), drogueries et domiciles (ci-après dénommés³ conjointement "prestataires de services"). Les prestataires de services ont ensuite diverses tâches liées au conseil, à la prescription et à la délivrance de médicaments et d'autres produits aux consommateurs, ainsi qu'à la facturation des assureurs maladie, accident et invalidité (ci-après dénommés collectivement "payeurs"). Le schéma suivant montre le canal de distribution physique des médicaments en Suisse :

¹ Les médicaments sont des produits d'origine chimique ou biologique destinés à avoir un effet médical sur l'organisme humain ou animal ou faisant l'objet d'une publicité pour un tel effet, notamment pour la détection, la prévention ou le traitement de maladies, de blessures et de handicaps ; le sang et les produits sanguins font également partie des médicaments (art. 4, al. 1, let. a, de la loi fédérale du 15.12.2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux [LPMM ; RS 812.21]).

² Les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché sont les entreprises pharmaceutiques et les importateurs qui détiennent une autorisation de mise sur le marché pour un médicament ou un médicament vétérinaire ou une procédure (art. 9 HMG).

³ Pour des raisons de lisibilité, les pharmaciens sont également considérés comme des prestataires de services aux fins de la présente évaluation, contrairement à l'article 35, paragraphe 2, de la loi fédérale sur l'assurance maladie du 18 mars 1994 (LAMal ; RS 832.10).

Figure 12: Répartition physique des médicaments en Suisse



Source : Liste du Secrétariat

2. Pour les processus, procédures et services mentionnés dans le domaine des soins de santé, les acteurs susmentionnés, en particulier les prestataires de services, sont dépendants d'un large éventail d'informations et de données relatives aux médicaments et autres produits (cf. plus loin la note marginale 25). La commercialisation des données correspondantes (affinage ainsi que distribution et vente) fait l'objet de la présente procédure. Le comportement des acteurs centraux dans ce domaine, Documed AG (ci-après : Documed) et e-mediat AG (ci-après : e-mediat), qui sont tous deux subordonnés à la société holding de gestion HCI Solutions AG (ci-après : HCI), est en cours d'évaluation. Ces trois entreprises représentent le secteur "Contenu & Processus" du Groupe Galenica.

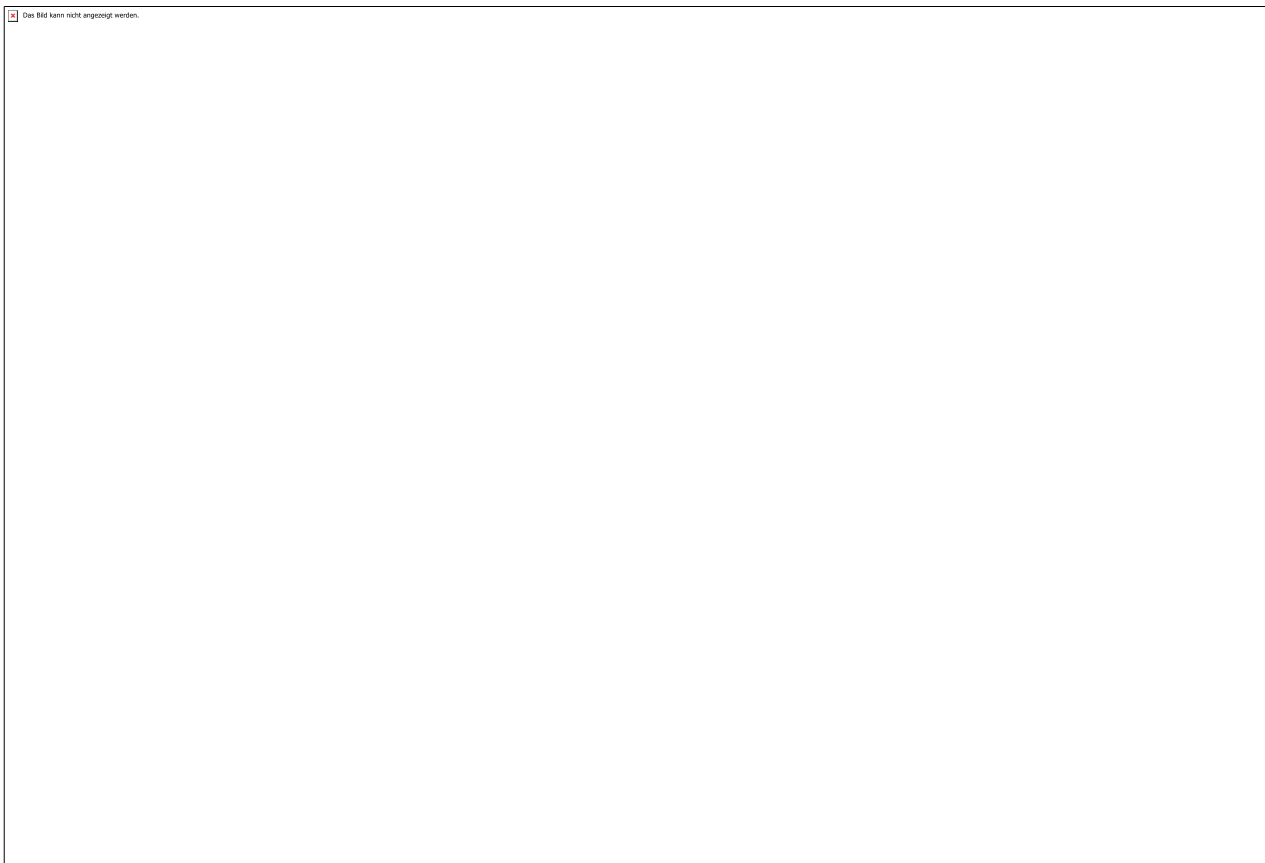
A.2 Comportements spécifiques étudiés

3. Dans le cadre de la présente appréciation, la question à clarifier est celle de savoir si le groupe Galenica et ses filiales HCI, e-mediat et Documed ont abusé d'une position dominante au sens de l'art. 7 de la loi sur les cartels⁴. Ils l'ont fait en abusant de leur position dominante en tant que collecteur d'informations électroniques sur les médicaments et en tant que fournisseur d'une base de données (quasi) complète sur les médicaments autorisés en Suisse par divers comportements qui restent à préciser (voir les points D.4.4.2ci-dessous).D.4.4.2, D.4.4.D.4.4.3, D.4.4.4D.4.4.5et D.4.4.6), le Groupe Galenica a illégalement entravé ou défavorisé dans leurs activités économiques les titulaires d'autorisations de mise sur le marché, les fabricants de collections de données comparables et les entreprises de logiciels - qui revendent la base de données du Groupe Galenica (données INDEX).

4. Afin de comprendre la situation, il convient d'accorder une attention particulière à l'évolution historique. Le diagramme suivant illustre cette situation. Ensuite, les points les plus importants sont décrits dans une vue d'ensemble et il est fait référence à la description détaillée :

⁴ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, KG ; RS 251).

Figure 3: Évolution historique



Source : Liste du Secrétariat

5. Les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché sont légalement tenus de publier les informations relatives à leur médicament (cf. marge n° 20) (cf. marge n° 28).⁵ **Avant 2013**, cela n'était (pratiquement) possible qu'avec Documed (cf. marg. n° 29f.). Les ensembles de données concernant les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs étaient disponibles exclusivement sur e-mediat. Toutefois, le Tribunal administratif fédéral a jugé en 2011 qu'il n'y avait pas de base juridique formelle suffisante pour l'obligation de publier des données auprès de tiers (cf. marg. n° 30).⁶

6. Par la suite, l'Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic) a décidé de publier lui-même les informations sur les médicaments **après 2013 (statut cible)** et a lancé un appel d'offres pour une plate-forme correspondante (Système de publication des médicaments ; AIPS) (cf. marg. n° 32f.). Sur l'AIPS, toutes les informations sur les médicaments sont disponibles gratuitement pour tous les processeurs de données sous une forme lisible par machine. À la suite de ce changement de cadre réglementaire, Documed aurait perdu les recettes qui pouvaient être générées par la publication (un total d'environ [...] millions de francs suisses) et, dans le même temps, e-mediat aurait été exposé à une pression concurrentielle accrue dans le domaine du perfectionnement et de la commercialisation des ensembles de données.

7. Le Groupe Galenica a donc lancé une "nouvelle" offre aux titulaires d'une autorisation de mise sur le marché (**après 2013 ; statut actuel**) (approximativement) en même temps que l'AIPS, qui est exploitée par HCI elle-même, a été mise en service. Ils doivent maintenant payer une redevance pour l'inclusion de leurs informations sur les médicaments dans la base de données INDEX, qui est proposée aux prestataires de soins de santé, aux distributeurs et aux payeurs, d'environ le montant des coûts perdus en raison de la publication omise (au total environ [...] millions de francs suisses). Jusqu'à la modification du cadre réglementaire, les titulaires d'autorisations de mise sur le marché n'avaient aucune relation contractuelle avec e-

⁵ RPW 2008/3, 385, *Publication d'informations sur les drogues*.

⁶ Arrêt BVGer C-6885/2008 du 17.6.2011.

mediat concernant l'inclusion dans la base de données INDEX. L'inclusion était officiellement gratuite pour les titulaires d'autorisations de mise sur le marché (voir points 68 et 74).

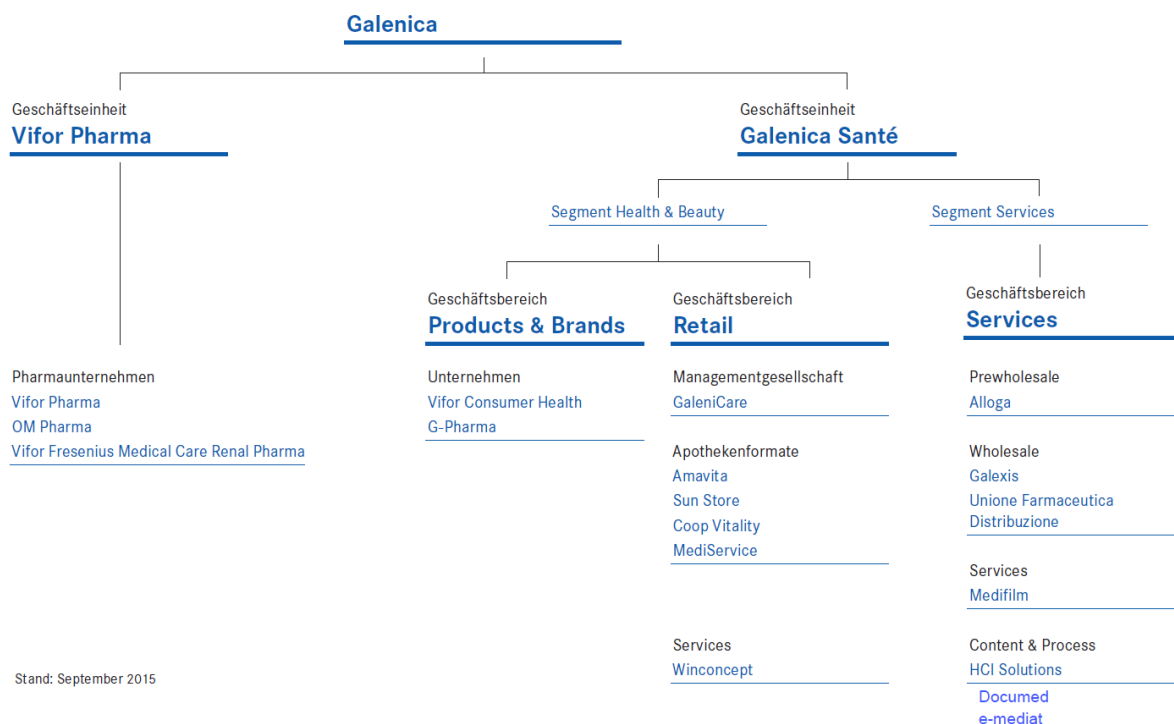
8. En adaptant sa stratégie à la modification du cadre réglementaire, le Groupe Galenica est donc en mesure de compenser la perte de revenus imminente (au total ≈ CHF [...] millions) par des recettes pour des étapes de travail effectuées auparavant à titre gratuit. En outre, cela permettra de protéger l'e-mediat contre la concurrence éventuelle d'autres raffineurs de données. La présente ordonnance répond donc notamment aux questions suivantes :

- Le Groupe Galenica peut-il obliger les titulaires d'autorisations de mise sur le marché à payer une redevance pour l'inclusion d'informations sur les médicaments accessibles au public dans sa propre base de données (cf. paragraphe D.4.4.2) ?
- Le Groupe Galenica peut-il fermer le marché des données affinées et lisibles par machine relatives aux informations sur les médicaments aux fournisseurs concurrents (cf. paragraphe D.4.4.3 et paragraphe D.4.4.4) ?

A.3 Parties

9. La structure du Groupe Galenica et la position de HCI au sein du Groupe sont illustrées par l'organigramme suivant :

Figure 45: Structure du Groupe Galenica, en septembre 2015



Source : Galenica⁷ , Documed et e-mediat complétés par le Secrétariat

10. **Galenica SA** (ci-après : Galenica) est la société mère d'un groupe pharmaceutique et logistique suisse actif au niveau international. Les entreprises du Groupe Galenica sont réparties dans les deux secteurs d'activité principaux "Vifor Pharma" et "Galenica Santé". Les entreprises affectées au secteur d'activité "Vifor Pharma" développent, produisent et distribuent des produits pharmaceutiques dans le monde entier. Le secteur d'activité "Galenica Santé" est subdivisé en entreprises qui commercialisent des produits de santé, de beauté et de bien-être (secteur d'activité "Produits et marques"), exploitent des pharmacies (secteur d'activité "Commerce de détail") et fournissent des services logistiques de gros et de pré-gros ainsi que développent et exploitent des bases de données et des solutions logicielles (secteur d'activité

⁷ <http://www.galenica.com/wAssetsGalenica/bin/de/ueber-galenica/2014/20150827_de_gal_structure_group.pdf> (dernière visite le 14 décembre 2015).

"Services").⁸ Cela signifie que toutes les étapes de la distribution physique des médicaments, mais aussi la distribution des informations sur les médicaments associés, sont intégrées verticalement au sein du Groupe Galenica. Les entreprises du groupe Galenica occupent, du moins en partie, une position forte sur leurs marchés respectifs.⁹ Galenica a annoncé son intention de développer les unités d'affaires "Vifor Pharma" et "Galenica Santé" en deux sociétés indépendantes et cotées en bourse.¹⁰

11. **HCI** est une filiale à 100 % de Galenica, qui opère dans le secteur d'activité "Galenica Santé" et dans le secteur d'activité "Services". Pendant une grande partie de la période considérée, HCI était la société de gestion de Documed et e-mediat. En tant que société de gestion, HCI a participé au développement, à la commercialisation et à l'exploitation de logiciels orientés réseau pour les partenaires du secteur de la santé, à la commercialisation d'informations pour le secteur de la santé en Suisse et à l'étranger et à tous les services connexes. En outre, HCI s'est vu confier la gestion opérationnelle des "tâches de back-office", c'est-à-dire l'exécution, le contrôle et la documentation des transactions conclues par Documed et e-mediat.

12. L'organisation interne du secteur d'activité concerné du Groupe Galenica a été modifiée le 1er janvier 2016. Les sociétés *Documed et e-mediat* décrites ci-dessous ont été fusionnées dans HCI, de sorte que HCI a repris leurs activités commerciales. Dans la mesure où cette évaluation se réfère à Documed et/ou e-mediat, cela renvoie à leur conduite passée. Le comportement de Documed et/ou e-mediat doit être imputé à la société HCI qui lui succède suite à la fusion intra-groupe. Par conséquent, la poursuite de la conduite de Documed/e-mediat au centre de cette enquête est imputable à HCI. Dans un souci de lisibilité et de compréhension, la restructuration ne sera pas répétée à chaque fois dans la présentation ultérieure des faits et de l'appréciation juridique.

13. En tant que filiale à 100 % de Galenica, **Documed** exploitait une maison d'édition médico-pharmaceutique qui recueillait et traitait des informations (principalement des informations destinées aux spécialistes et aux patients) sur les médicaments autorisés en Suisse et les mettait à la disposition de ses clients (en particulier les prestataires de soins) sous la forme d'un recueil. Ce compendium a été diffusé dans un premier temps sous forme imprimée (*Arzneimittel-Kompendium der Schweiz*, ci-après dénommé le Compendium), puis également sous forme électronique (*compendium.ch*, ci-après dénommé le Compendium). Depuis 2013, le Compendium n'est publié que sous forme électronique. Aujourd'hui, HCI gère le Compendium.

14. En 2008, la Commission de la concurrence (ComCo) a constaté que Documed détenait une position dominante au sens de l'art. 4 al. 2 de la loi sur la concurrence, tant sur le marché de la publication d'informations sur les patients en ligne dans un ouvrage complet que sur le marché de la publication d'informations spécialisées sur papier et en ligne dans un ouvrage complet.¹¹

15. **e-mediat**, également filiale à 100 % de Galenica, a participé au développement, à la maintenance et à la distribution de données de base sur les produits pharmaceutiques pour les prestataires de services, les distributeurs et les unités de coûts. e-mediat a développé et maintenu des produits dits INDEX pour ces groupes de clients, dont le but était de fournir aux clients respectifs les informations sur les médicaments nécessaires à leurs activités spécifiques sous forme électronique et lisible par machine. Dans le passé, ces collections de données étaient transmises dans le format "Galdat" et étaient connues sous ce nom. Aujourd'hui, les produits INDEX sont distribués par HCI.

⁸ <<http://www.galenica.com/de/ueber-galenica/geschaeftsbereiche.php>> (dernière visite le 16 septembre 2015).

⁹ Cf. RPW 2008/3, 410 Dispositivziffer 1, *Publication d'informations sur les médicaments* ; ou encore RPW 2015/3, 370 Rz 79, *Distribution de médicaments en Suisse concernant l'objet partiel de la prévente - arrêt de l'approvisionnement par Alloga AG*.

¹⁰ <http://www.galenica.com/de/medien/medienmitteilungen/2015/20151201_2818825591_meldung.php> (dernière visite le 1er décembre 2015).

¹¹ RPW 2008/3, 410 Dispositive point 1, *Publication d'informations sur les médicaments*.

B Faits

B.1 Termes

B.1.1 Informations sur les médicaments

16. Pour que le système de santé suisse fonctionne, il faut disposer de nombreuses informations sur les médicaments et les acteurs (par exemple, les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché, les distributeurs et les prestataires de services). Ces informations sont nécessaires pour conseiller, prescrire et délivrer des médicaments aux patients, pour commander et facturer les caisses d'assurance maladie. Toutes ces informations et données sont collectivement appelées ici "informations sur les médicaments". Ces informations sont générées par divers acteurs du système de soins de santé, agrégées par les autorités publiques et les particuliers dans diverses collectes de données et traitées en vue d'une utilisation ultérieure par le marché et donc par les utilisateurs finaux.

17. En outre, des informations complémentaires sur les excipients pharmaceutiques, tels que les agents et articles, les autres dispositifs médicaux ou les produits non pharmaceutiques, sont également requises par les acteurs du système de santé (cf. ultérieurement marg. n° 25 suivants).

18. Pour un aperçu des informations, de leur origine et de leurs objectifs, voir la figure ci-dessous :

Figure 67: Aperçu des informations sur les médicaments et autres informations

Medikamenteninformationen	Wer generiert sie?	Warum?	Wo sind sie zu finden?		Wer braucht sie?
			Primärquelle	Sekundärquelle	
Arzneimittelinformationen					
Fachinformationen	Zulassungsinhaberinnen	HMG	AIPS	Kompendium	Leistungserbringer
Patienteninformationen	Zulassungsinhaberinnen	HMG	AIPS	Kompendium	Patientinnen und Patienten
Arzneimittelbezogene Vertriebsinformationen					
Artikelbezeichnung	Zulassungsinhaberinnen	Vertrieb	Zulassungsinhaberinnen	e-mediat	Leistungserbringer
Lebensdauer	Zulassungsinhaberinnen	Vertrieb	Zulassungsinhaberinnen	e-mediat	Leistungserbringer
Packungsstruktur (Blister/Stück)	Zulassungsinhaberinnen	Vertrieb	Zulassungsinhaberinnen	e-mediat	Leistungserbringer
Ex-factory-Preise	Zulassungsinhaberinnen	Vertrieb	Zulassungsinhaberinnen	e-mediat	Grossisten
Abgabekategorie	Swissmedic	HMG	Zulassungsinhaberinnen	e-mediat	Leistungserbringer
MwSt.-Nr.	Steuerverwaltung	MwStG	Zulassungsinhaberinnen	e-mediat	Leistungserbringer
GTIN-Code	Refdata	Vertrieb	Refdata	e-mediat	Grossisten
Pharmacode	e-mediat	Vertrieb	e-mediat	e-mediat	Alle
EAN-Code	Swissmedic	Vertrieb	Refdata	e-mediat	Grossisten
Publikumspreise	BAG	KVG	BAG	e-mediat	Leistungserbringer
Limitationen	BAG	KVG	BAG	e-mediat	Leistungserbringer
Kassenzulässigkeit (SL)	BAG	KVG	BAG	e-mediat	Leistungserbringer
LOA	santésuisse - pharmaSuisse	KVG	santésuisse - pharmaSuisse	e-mediat	Apotheken
Andere Informationen					
Liste der Mittel und Gegenstände	BAG	KVG	BAG	e-mediat	Leistungserbringer
Informationen non-Pharma-Produkte	Hersteller	Vertrieb	e-mediat	e-mediat	Grossisten, Apotheken, Drogerien

Source : Liste du Secrétariat

19. Les différents types d'informations couverts par le terme "information sur les médicaments" dans le cadre de cette étude sont décrits plus en détail ci-dessous.

20. Les informations sur les médicaments comprennent notamment les informations suivantes :

- a. **Information sur les médicaments** : L'information sur les médicaments est définie d'une part comme l'information des spécialistes (IF) et d'autre part comme l'information des patients (IP). L'information spécialisée est l'information sur un médicament qui s'adresse aux professionnels de la santé, c'est-à-dire aux professionnels de la médecine et au commerce spécialisé des médicaments. Les informations destinées aux patients sont

celles qui figurent sur la notice d'un médicament. Les informations correspondantes proviennent des fabricants. Sa disponibilité est une condition préalable à l'autorisation du médicament.¹²

21. Les autres informations relatives à la paie sont notamment

- b. **La liste des spécialités** : L'Office fédéral de la santé publique (OFSP) utilise la liste des spécialités pour déterminer quels médicaments sont couverts par l'assurance maladie obligatoire lorsqu'ils sont prescrits par un médecin. La liste des spécialités est une liste d'environ 9 300 articles pour lesquels il existe une obligation de remboursement aux caisses d'assurance maladie. L'OFSP tient cette liste et l'utilise pour déterminer quels médicaments sont soumis à l'assurance maladie obligatoire et lesquels ne le sont pas.¹³ chaque médicament figurant sur la liste, différents identifiants sont enregistrés, tels que la date d'inscription sur la liste, éventuellement la date de retrait de la liste, le prix de vente à l'usine convenu avec le fabricant, le prix de vente au détail (remboursement maximal par les caisses maladie), les limitations et la catégorisation selon la liste des ingrédients et des substances de Swissmedic et de l'OFSP.
- c. Divers **codes et numéros d'identification** tels que le code EAN, les codes de colis, les codes d'enregistrement, les codes pharmaceutiques, etc. :

Le **Pharmacode** est le code de référence attribué par e-mediat. Cette demande peut être faite par le biais d'un formulaire d'enregistrement pour les produits pharmaceutiques et non pharmaceutiques. Il s'agit d'une clé d'identification numérique à sept chiffres qui peut être utilisée pour référencer de manière unique les produits sur le marché suisse de la santé. Il sert de code de référence dans les collections de données de e -mediat et est utilisé par les sociétés de logiciels qui travaillent avec ces données pour définir leurs interfaces.

Le Pharmacode était auparavant également utilisé comme code de référence pour la liste des spécialités de l'OFSP. Dès le 1er avril 2013, l'OFSP a utilisé le GTIN (voir marge n° 22ci-dessous ; Global Trade Item Number) comme numéro de référence, mais n'a abandonné la publication du Pharmacode dans la liste des spécialités qu'à partir du 1er janvier 2015.¹⁴ Jusqu'à la fin de 2016, il était prévu de continuer à publier le Pharmacode (parallèlement au GTIN) dans la base de données Refdata (voir également la note en marge 22).¹⁵ En outre, le Pharmacode est utilisé pour la facturation électronique entre les prestataires de services et les payeurs, ainsi que pour la logistique. Le Pharmacode continuera à remplir ces fonctions au-delà de 2016. ¹⁶Avant l'introduction ou jusqu'à la mise en œuvre du GTIN, le pharmacode, en tant que numéro de référence à tous les niveaux du marché, sera essentiel pour la distribution, la prescription, la vente et la facturation de tous les médicaments. Même au moment de la commande, il exerce encore une fonction de référencement déterminante.

Le **code EAN** (European Article Number) est l'ancien nom du **code GTIN** (Global Trade Item Number). Il s'agit d'une clé d'identification normalisée au niveau international, avec laquelle un article peut être clairement identifié.¹⁷

¹² Voir les articles 13 et 14 et les 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 des médicaments (Ordonnance sur l'autorisation des médicaments, AMZV ; RS 812.212.22).

¹³ Art. 52 al. 1 let. b LAMal en relation avec les art. 64 ss. Art. 64 et suivants de l'ordonnance sur l'assurance maladie (OAMal ; RS 832.102) et art. 30 et suivants de l'ordonnance du 29.9.1995 du DFI sur les prestations de l'assurance obligatoire des soins (Ordonnance sur les prestations de soins, OPLS ; RS 832.112.31).

¹⁴ Bulletin BAG 15/13, p. 239 ; Bulletin BAG 37/15, p. 641.

¹⁵ <http://www.refdata.ch/downloads/company/download/Q&A%20Refdata_D.pdf> (dernière visite le 18 septembre 2015).

¹⁶ <<http://www.e-mediat.ch/de/produkte/data/pharmacode.php>> (dernière visite le 16 septembre 2015).

¹⁷ <http://www.refdata.ch/downloads/company/download/Q&A%20Refdata_D.pdf>, p. 3 (dernière visite le 18 septembre 2015).

- d. **Rémunération liée à la performance (LOA)** : La rémunération liée à la performance est une convention collective conclue entre l'Association suisse des pharmaciens (pharmaSuisse) et santésuisse - les caisses-maladie suisses, et régleme la rémunération des prestations des pharmaciens par les assureurs dans le domaine de la LAMal.¹⁸
22. **En outre**, d'autres informations relatives au produit, telles que le **nom commercial, le fabricant, la forme de dosage, le dosage du principe actif, les prix, le numéro de TVA et les tailles d'emballage, etc.** sont nécessaires pour le traitement des processus susmentionnés (distribution, prescription, vente et facturation de tous les médicaments).
- e. **Les informations sur les acteurs de la santé** (adresses, numéros de facturation, etc.) sont disponibles via la base de données **refdatabase** (anciennement connue sous le nom de swissindex), qui est fournie par la Fondation Refdata. La base de données, qui est mise à jour quotidiennement, est disponible gratuitement. En termes de contenu, il comprend des données sur les partenaires (personnes et institutions) du système de santé suisse ainsi que sur les articles pharmaceutiques (médicaments et produits immunobiologiques autorisés par Swissmedic). Les enregistrements de données individuels sont référencés conformément à la norme internationale GS1 : **GLN** (Global Location Number) pour les partenaires et **GTIN** (Global Trade Item Number) pour les articles. *"Le système GS1 actuel fournit des numéros uniques au monde pour identifier les biens, les services, les objets physiques et les lieux. Ces numéros sont représentables sous forme de codes-barres afin qu'ils puissent être lus électroniquement partout où les processus commerciaux l'exigent. Le système GS1 a été développé pour surmonter les limites des systèmes d'identification propres aux entreprises, aux organisations ou aux secteurs d'activité et permettre ainsi un commerce plus efficace et plus ouvert aux clients. Ces numéros d'identification sont également utilisés pour l'échange de données informatisées (EDI)".*¹⁹Le GTIN a remplacé le **code EAN** et est émis par la Fondation Refdata en collaboration avec GS1 Suisse. La Fondation Refdata est financée par tous les titulaires d'autorisation de mise sur le marché et attribue le GTIN aux titulaires d'autorisation de mise sur le marché moyennant une redevance. La base de données de référence est exploitée par e-mediat.²⁰
23. En principe, ces informations sur les médicaments peuvent être disponibles et utilisées sous forme imprimée ou électronique. Dans le cadre de cette étude, les informations sur les médicaments électroniques sont particulièrement pertinentes. Ces informations sont mises à la disposition des utilisateurs sous forme de collections de données qui peuvent être soit consultées directement (sous forme d'outils de recherche textuelle, par exemple sur les pages d'accueil), soit intégrées dans des systèmes informatiques. Les bases de données accessibles, consultables et lisibles directement par les utilisateurs sont, par exemple, la liste des spécialités de l'OFSP et le pharmavista de e-mediat. En outre, les informations sur les médicaments sont proposées pour une utilisation intégrée sous une forme affinée (sous forme structurée, codée et enrichie d'autres informations) en tant que collections de données lisibles par machine, qui sont intégrées dans des systèmes informatiques ou des solutions logicielles, comme les données INDEX de e-mediat. Les différentes étapes de la fourniture, du traitement, de la distribution et de la vente des données sont examinées ci-dessous au point B.3
24. Dans le catalogue de services Documed/e-mediat (ci-après "marge n° 81), les informations sur les médicaments sont appelées "informations sur les articles, les produits et les spécialistes". Dans le catalogue des prestations 2015, les informations sur les médicaments sont résumées sous forme de "données sur les produits". Pour la présente ordonnance, le terme "information sur les médicaments" est utilisé.

¹⁸ Contrat disponible à l'adresse : < http://www.pharmasuisse.org/data/Oeffentlich/de/Themen/Tarifvertrag_LOA-IV_def_f_09-03-6.pdf> (dernière visite le 2 décembre 2015).

¹⁹ Cf. les spécifications générales du GS1 à l'adresse <<http://www.gs1.ch/docs/default-source/gs1-system-document/genspecs/genspec-all-chapters.pdf?sfvrsn=18>> , p. 15 (dernière visite le 16.9.2015).

²⁰ <http://www.refdata.ch/downloads/company/download/Q&A%20Refdata_D.pdf>, pp. 1 et 2 (dernière visite le 18 septembre 2015).

B.1.2 Autres informations utiles pour les acteurs du secteur de la santé

25. Outre l'information sur les médicaments, l'information sur les autres produits (cf. marg. n° 17) est essentielle pour le service de santé, car ceux-ci ont également un usage médical ou sont vendus dans les mêmes points de vente. Comme les informations sur les médicaments, ces informations peuvent être disponibles sous différentes formes, c'est pourquoi il est possible de se référer aux explications correspondantes (marg. n° 23). Dans les produits INDEX, cette information est vendue avec l'information sur le médicament.

B.1.2.1 MiGeL

26. La **Liste des médicaments et des appareils** (MiGeL) est publiée par l'OFSP et contient les médicaments et les appareils qui servent au traitement ou à l'examen au sens de la surveillance du traitement d'une maladie et de ses conséquences, qui peuvent être montés et/ou utilisés par les assurés eux-mêmes ou, le cas échéant, avec l'aide de personnes qui ne participent pas professionnellement à l'examen ou au traitement, et qui sont couverts par l'assurance maladie obligatoire (art. 20 OAML). La MiGeL contient des numéros d'articles pour les objets, tels qu'une pompe à perfusion, ainsi que le remboursement maximum respectif par numéro d'article par la caisse d'assurance maladie. En revanche, la MiGeL n'inclut pas les autres dispositifs médicaux, tels que les implants ou les produits et articles utilisés par les prestataires de services dans le cadre de leurs activités aux frais de l'assurance maladie obligatoire (art. 20a al. 2 KLV).

B.1.2.2 Données sur les produits non pharmaceutiques

27. Les informations sur d'autres produits sont appelées ici données sur les produits non pharmaceutiques et sont notamment

- a. Informations sur les dispositifs médicaux (art. 4, al. 1, let. b HMG) ;
- b. Informations sur le matériel de pansement, les fournitures médicales, de cabinet et de laboratoire, les aliments médicinaux, les produits de spa/suppléments nutritionnels, les boissons et les aliments en tube, les soins du corps, etc.

B.1.3 Système de publication pharmaceutique (AIPS)

28. Avant qu'un médicament puisse être prescrit ou délivré par des prestataires de soins en Suisse, il doit être autorisé par Swissmedic. Au cours de la procédure d'autorisation, les titulaires d'autorisation doivent soumettre à Swissmedic des IF et des IP²¹ concernant les médicaments à autoriser, qui sont ensuite contrôlés et libérés par Swissmedic. En vertu des articles 13 et 14 de l'AMZV, en liaison avec l'article 16a de l'AVM²², les informations relatives à l'IF et à l'IP doivent être mises à disposition "de manière appropriée", les annexes 4 et 5 de l'AMZV indiquant clairement qu'il doit s'agir d'une publication. des médicaments homéopathiques et anthroposophiques (avec indication), il est possible de se passer d'un IF, mais les IP de ces médicaments doivent être publiés de la même manière que les IP des médicaments conventionnels (art. 18 al. 1 KPAV²³). Dans le cas des médicaments homéopathiques et anthroposophiques sans indication, il n'est pas non plus nécessaire de préparer une IP (art. 18, al. 2, KPAV).

29. Au moment de la décision de la Commission de la concurrence sur la *publication des informations sur les médicaments en* ²⁴2008, les *informations sur les médicaments devaient* être publiées sous forme imprimée et électronique dans un recueil complet.²⁵ Au moment de

²¹ Celles-ci contiennent des informations sur les principes actifs, le dosage, l'application, les effets secondaires, etc. : cf. annexe 4 et 5 de l'AMZV.

²² Ordonnance du 17.10.2001 sur les médicaments (Ordonnance sur les médicaments, OMM ; RS 812.212.21).

²³ Ordonnance du 22.6.2006 de l'Institut suisse des produits thérapeutiques sur l'autorisation simplifiée des médicaments complémentaires et des médicaments à base de plantes (Ordonnance sur les médicaments complémentaires et les médicaments à base de plantes, OCMV ; RS 812.212.24).

²⁴ RPW 2008/3, 385, *Publication d'informations sur les drogues*.

²⁵ Journal de Swissmedic 1/2004, p. 23 et suivantes ; Journal de Swissmedic 2/2004, p. 148.

la décision de la Commission de la concurrence et jusqu'en 2012, seul Documed proposait un tel ouvrage complet imprimé, le compendium. À partir d'avril 2008, suite à une décision de la Cour fédérale refusant la protection du Compendium par le droit d'auteur, la publication électronique pourrait théoriquement être réalisée par ywesee GmbH (ci-après : ywesee).²⁶

30. Les commandes de Swissmedic ont entraîné l'obligation de facto de conclure un contrat de publication avec Documed ou ywesee, pour lequel une redevance a été perçue. Le 17 juin 2011, le Tribunal administratif fédéral a jugé que cette obligation des titulaires d'une autorisation de mise sur le marché, en tant qu'atteinte à la liberté économique (art. 27 de la Constitution fédérale²⁷), nécessitait une base légale formelle, qui n'existait pas. Le tribunal a également estimé que la publication par Swissmedic elle-même était permise ou évidente.²⁸

31. En conséquence, Swissmedic s'est abstenu pour l'instant d'obliger les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché à publier dans un ouvrage complet, mais a recommandé de maintenir temporairement la publication dans le recueil Documed des médicaments ou sur ywesee. L'²⁹objectif était de continuer à disposer d'une base de données aussi complète que possible.

32. En automne 2011, Swissmedic a décidé d'exploiter sa propre base de données électronique complète de toutes les informations sur les médicaments et de lancer un appel d'offres pour le contrat correspondant. Une version imprimée a été dispensée à partir de 2011. Il y avait une demande pour l'AIPS actuellement en vigueur. L'AIPS est financée indirectement par les droits d'inscription.

33. Dans ce contexte, Swissmedic a demandé, entre autres, le développement initial d'une structure de cartographie des données pour la fourniture d'informations sur les médicaments sous forme lisible par machine, la migration initiale des informations déjà publiées sur les médicaments autorisés vers la nouvelle plateforme, la réception d'informations nouvelles ou modifiées approuvées sur les médicaments de la part des titulaires d'autorisation de mise sur le marché et la publication des informations sur les médicaments dans un format technique commun lisible par machine (XML³⁰).³¹ En d'autres termes, l'AIPS est destinée à fournir aux parties intéressées une collection complète d'informations sur les médicaments pour des raisons de sécurité des patients. Grâce à l'AIPS, toutes les informations sont également disponibles en format XML pour les processeurs de données.

34. Comme le montre la figure ci-dessous, selon la conception, les informations sur les médicaments figurant dans l'AIPS représentent la base d'un affinement par des tiers (point 13/14 à l'extrême droite). En outre, une consultation directe est possible via cette page d'accueil (<www.swissmedicin.ch>) (point 14 sur la gauche). Swissmedic a présenté comme suit l'externalisation qui a fait l'objet d'un appel d'offres dans le cahier des charges :

²⁶ ATF 134 III 166 ; pour la directive/recommandation correspondante de Swissmedic, voir Swissmedic Journal 3/2008, p. 164.

²⁷ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (BV ; SR 101).

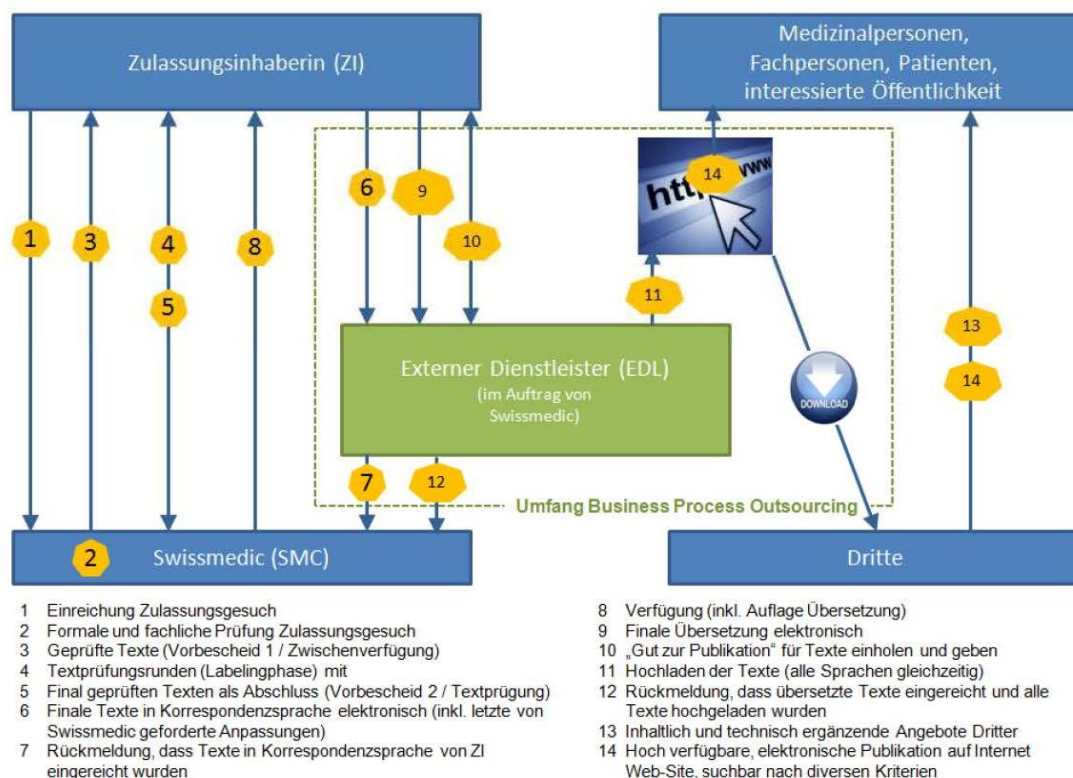
²⁸ Arrêt BVGer C-6885/2008 du 17.6.2011, E. 4.5 et E. 6.3.

²⁹ Communication de Swissmedic du 27.6.2011, disponible à l'adresse < <https://www.swissmedic.ch/aktuell/00673/00688/01524/index.html?lang=fr>> (dernière visite le 14 novembre 2014).

³⁰Le langage de balisage extensible (XML) est un langage de balisage permettant de représenter des données structurées hiérarchiquement sous forme de fichiers texte. Le XML est utilisé, entre autres, pour l'échange de données entre systèmes informatiques, indépendamment de la plateforme et de la mise en œuvre.

³¹ Selon les spécifications de l'appel d'offres public.

Figure 89: Participants et portée de l'externalisation des processus d'entreprise



Source : Swissmedic

35. HCI a obtenu le contrat pour le développement et l'exploitation de la nouvelle plateforme de publication AIPS.³² Depuis le 1er janvier 2013, la publication d'informations sur les médicaments "de manière appropriée" n'est effectuée que sur l'AIPS. En publiant sur l'AIPS, les titulaires d'autorisation de mise sur le marché remplissent leur obligation légale de publication.³³ pas obligés de publier sur d'autres canaux.

36. Selon les informations fournies par Swissmedic, l'AIPS remplit les tâches suivantes (les informations entre crochets sont ajoutées) :³⁴

- "Une plate-forme gratuite d'informations professionnelles et de patients approuvées par les autorités réglementaires pour tous les utilisateurs.
- Une plate-forme gratuite permettant aux titulaires d'une autorisation de mise sur le marché de mettre à la disposition des utilisateurs les IF et PI approuvés par Swissmedic en téléchargeant les textes [point 11 comme indiqué sur le schéma], remplissant ainsi leur obligation légale ; [...].
- La plate-forme AIPS est la première plate-forme complète sur laquelle tous les textes de FI et PI seront publiés à l'avenir ;
- Une plate-forme à partir de laquelle tout "raffineur de données" [par exemple e-mediat] peut télécharger le master complet de l'IF et de l'IP au format XML. Les informations du XML sont limitées aux exigences légales de l'AMZV (annexe 4, article 13 pour l'IF et annexe 5, article 14 pour l'IP)".

³² Communications de Swissmedic des 29.11.2011, 5.4.2012 et 23.7.2012, disponibles à l'adresse <<https://www.swissmedic.ch/aktuell/00673/01430/index.html?lang=de>> (dernière visite le 14.11.2014).

³³ Swissmedic Journal 12/2012, p. 1203 s. Voir aussi ci-dessus, paragraphe 28.

³⁴ AIPS Functional Overview, p. 3, disponible à l'adresse <<https://www.swissmedic.ch/aktuell/00673/01430/index.html?lang=fr>> (dernière visite le 19 septembre 2015).

³⁵ Les frais de fonctionnement de l'AIPS sont couverts par les droits d'enregistrement.

37. Avec l'introduction de l'AIPS, Swissmedic a remplacé la fonction de publication et donc les offres correspondantes de Documed et ywesee (cf. marg. n° 29). L'AIPS représente la nouvelle plateforme d'information sur les médicaments. Sur la base des déclarations de Swissmedic ci-dessus, on peut également supposer que la disponibilité d'un ensemble complet de données est une préoccupation importante pour l'autorité, qui ne pourrait être garantie par la publication par les éditeurs privés.³⁶

B.2 Demande d'informations sur les médicaments

38. Dans une prochaine étape, nous allons maintenant nous intéresser aux consommateurs d'informations sur les médicaments et, en particulier, aux informations sur les médicaments.

39. L'information (électronique) sur les médicaments est utilisée et donc demandée par presque tous les acteurs du système de santé suisse. Il s'agit des prestataires de soins de santé (a), des distributeurs (b) et des payeurs (c) (voir également la figure 6 ci-dessous).

- a. Les médecins et les hôpitaux fournissent des soins de santé ambulatoires et hospitaliers. Les pharmacies (hospitalières) assurent la fourniture de produits pharmaceutiques et informent et conseillent également les clients, en particulier sur l'utilisation des médicaments sans l'avis d'un spécialiste (automédication). En outre, dans certaines régions, les médecins sont autorisés, en vertu du droit cantonal, à auto-dispenser (= dispenser directement) des médicaments. De plus en plus, les médecins, les hôpitaux et les pharmacies tiennent un dossier électronique du patient, qui peut être relié aux informations sur les médicaments. Ils peuvent également gérer leur stock par voie électronique.

Les médicaments des catégories D et E (médicaments en vente libre) peuvent également être délivrés par des pharmaciens agréés par le gouvernement fédéral.³⁷ À cet égard, ils ont également certaines tâches d'information et de conseil. En outre, ils stockent une gamme de produits plus large que les pharmacies dans les domaines des compléments alimentaires et des cosmétiques. Toutefois, comme mentionné ci-dessus, les informations sur ces produits ne font pas partie de la rubrique des informations sur les médicaments.

Les foyers remplissent la tâche de s'occuper des personnes nécessitant des soins et, à cette fin, doivent tenir un dossier du patient - comme les médecins, les hôpitaux ou les pharmacies. En outre, ils ont d'autres tâches telles que la mise à disposition d'un espace de vie et la gestion et s'occupent également de l'organisation administrative de ces tâches connexes par le biais de logiciels.

- b. En dehors des hôpitaux, les prestataires de services achètent généralement les médicaments et éventuellement d'autres produits auprès des grossistes. Ces derniers sont responsables de la distribution des amendes et disposent de gammes, de prix, de codes, etc. individuels qui sont importants pour la commande. Les commandes peuvent arriver par voie électronique, par fax ou par téléphone. En outre, les processus de commande automatisés sont de plus en plus utilisés (stylos scanner, systèmes de facturation, etc.), qui sont enregistrés et traités dans le système du grossiste.

Les pré-grossistes sont des entreprises de logistique pour les produits pharmaceutiques. Certains fabricants de produits pharmaceutiques se concentrent sur leur activité principale, la recherche et le développement, et externalisent d'autres activités. Les principaux services offerts par les pré-grossistes sont la logistique d'entreposage et de distribution. Tous les pré-grossistes ne disposent pas de leurs propres moyens de transport. Sou-

³⁶ Selon les documents et les médias électroniques, le Compendium des médicaments n'a jamais été complètement achevé. Cela est conforme, et sans doute vrai, à l'AIPS qui, en août 2013, avait atteint l'objectif d'exhaustivité à 98 % (voir < <https://www.swissmedic.ch/aktuell/00673/01430/index.html?lang=de> [dernière visite le 10 mars 2017]).

³⁷ Art. 25 al. 1 let. b HMG en liaison avec. Art. 23, 24, 25, 26 et 27 de l'ACV. Une compétence étendue pour délivrer des médicaments en vente libre avec l'avis préalable d'un spécialiste (catégorie C) existe dans le cas de l'article 25b de l'AMV.

vent, le transport des produits pharmaceutiques est à son tour sous-traité à des entreprises de transport spécialisées. En ³⁸outre, les pré-grossistes peuvent offrir aux fabricants divers autres services, tels que le traitement des commandes, la facturation, le recouvrement de créances ou la prise en charge du risque de ducroire (également appelé risque de débiteur). ³⁹

- c. Pour les médicaments qui sont couverts par les assureurs maladie dans le cadre de l'assurance de base ou complémentaire, la facturation doit alors se faire auprès des assureurs maladie. Les informations nécessaires à cet effet sont transmises dans le système Tiers garant par l'assuré à son assureur maladie. Les prestataires de services sont facturés directement par le client. Dans le système du tiers payant, la demande de remboursement auprès des caisses maladie est généralement faite directement par les prestataires de services, c'est-à-dire par le service de distribution respectif vis-à-vis de la caisse maladie du client (cf. art. 42 LAMal). Le client reçoit simplement une copie de la facture.

Les assurances accidents couvrent les frais de traitement à la suite d'un accident (art. 10 LAA⁴⁰) et exigent également les informations correspondantes pour la facturation des médicaments.

L'assurance invalidité prend en charge les coûts résultant de l'invalidité (art. 4 LIV⁴¹) et exige également les informations correspondantes pour la facturation des médicaments.

40. Nombre des activités des acteurs susmentionnés et l'interaction entre eux - comme la tenue des dossiers des patients ou le processus de commande - sont largement soutenues par les technologies de l'information et se déroulent principalement et de plus en plus par voie électronique. En outre, divers outils de recherche textuelle sont accessibles non seulement aux spécialistes mais aussi au grand public. L'intérêt du public est également de plus en plus servi sous forme électronique. Cela se fait électroniquement via des pages d'accueil⁴² ou également via des applications pour smartphones ou tablettes. ⁴³

41. Tous les acteurs mentionnés dépendent à des degrés divers de l'information sur les médicaments électroniques dans le cadre de leurs activités. Ils l'utilisent pour remplir leurs missions de conseil, de prescription et de délivrance de médicaments et d'autres produits au consommateur, de gestion des stocks et de commande associés, et de facturation aux payeurs (cf. également les marges n° 55 suivantes).

B.3 Flux d'informations électroniques sur les médicaments

42. Le schéma suivant illustre le flux de données depuis la publication par les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché ou la mise à disposition via les plateformes des autorités, en passant par le traitement ultérieur par les raffineurs de données et les éditeurs de logiciels, jusqu'à l'utilisation sous forme de collecte de données par les acheteurs. Les différentes étapes sont abordées ci-dessous. Comme mentionné ci-dessus, dans le cadre de cette étude, les questions se posent principalement en rapport avec la publication et la commercialisation des informations sur les médicaments électroniques. Une distinction claire entre ces deux étapes de la chaîne de valeur est donc élémentaire.

Figure 1011: Flux d'informations électroniques sur les médicaments

³⁸ RPW 2005/4, 641 paragraphe 33, *Galenica SA/Alliance Uni*.

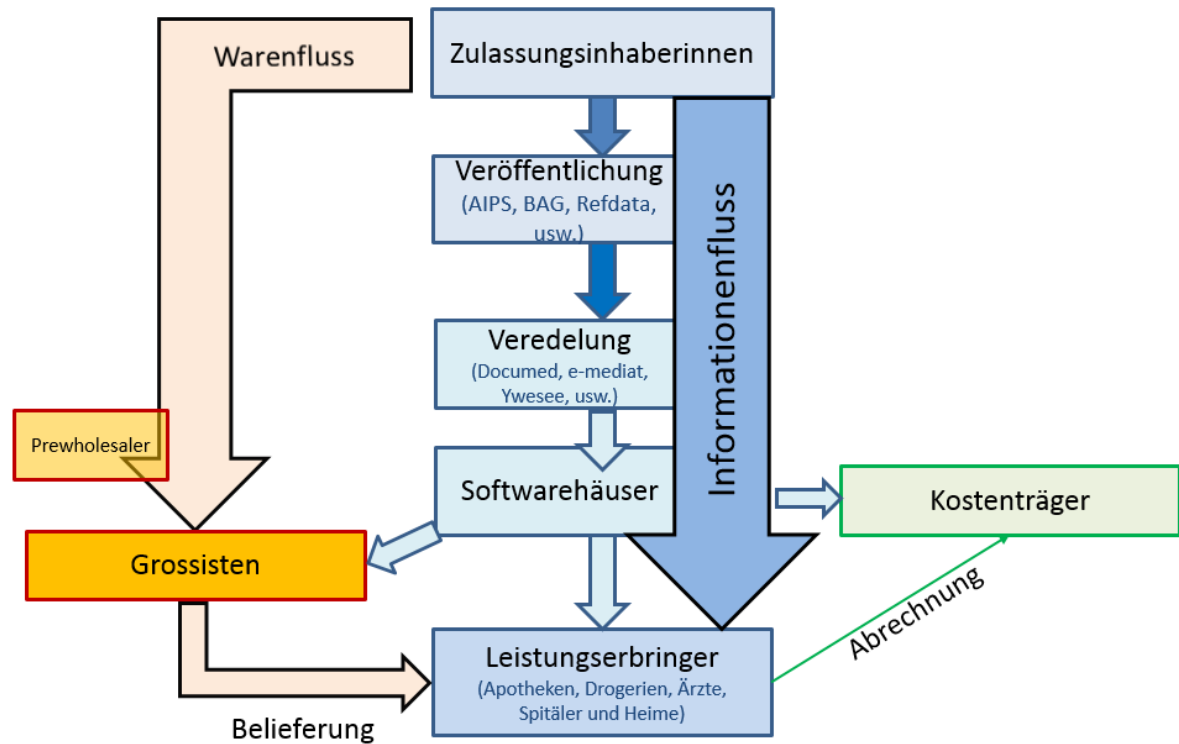
³⁹ RPW 2009/2, 178 al. 36, *Sun Store SA/Aristea SA/Distribpharm SA/Galenica* ; RPW 2015/3, 365 al. 23, *Distribution de médicaments en Suisse concernant l'objet partiel de la pré-vente - arrêt de l'approvisionnement par Alloga AG*.

⁴⁰ Loi fédérale du 20.3.1981 sur l'assurance accidents (LAA ; RS 832.20).

⁴¹ Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LIV ; RS 831.20).

⁴² Comme déjà mentionné, différents acteurs offrent au grand public un accès en ligne aux bases de données : Swissmedic via AIPS, ywesee, just-medical, mais aussi le compendium de Documed.

⁴³ Compendium app, application mobile sur les médicaments.



Source : Liste du Secrétariat

B.3.1 Publication

43. Comme déjà expliqué dans la marge n° 28 suivantes, il existe une obligation réglementaire de publier les informations sur les médicaments dans l'AIPS. D'autres informations sur les médicaments qui sont nécessaires à la distribution, à la délivrance et à la facturation des médicaments sont également mises à la disposition du public dans certains cas (par exemple, liste de spécialités, base de données Refdata, MiGeL). En outre, les fabricants fournissent volontairement des informations - soit par l'intermédiaire des bases de données susmentionnées des autorités et des parties privées (sources primaires), soit directement aux raffineurs de données ou aux utilisateurs finaux de ces informations.

B.3.2 Commercialisation

B.3.2.1 En général

44. Les informations sur les médicaments publiées dans l'AIPS, ainsi que d'autres informations relatives à la distribution des médicaments mentionnées ci-dessus, sont affinées par les entreprises au stade dit de "commercialisation" afin de commercialiser ensuite ces données affinées pour qu'elles soient utilisées par les acheteurs d'ensembles de données structurés.

45. Une fois que les informations sur les drogues ont été saisies dans les systèmes des raffineurs de données, elles sont traitées. L'affinement des données comprend plusieurs étapes. Il s'agit notamment de l'agrégation, de la structuration et du codage :

- a. Agrégation : Dans l'agrégation, les données provenant de différentes sources primaires sont regroupées et combinées dans une seule base de données (par exemple, les données de l'AIPS et la liste des spécialités). En outre, des données qui peuvent être générées par l'utilisateur (par exemple des images de produits) peuvent également être ajoutées.

- b. Structuration : les informations sur les médicaments doivent être structurées de manière à ce que d'autres fonctions, telles que le contrôle des interactions, puissent être programmées sur la base des données. Cette structure correspond, par exemple, aux champs d'un tableau. En même temps, ils doivent être basés sur un modèle uniforme et liés à des identifiants spécifiques (une base). La structure d'un enregistrement de données est différente pour chaque base de données. Le nombre de champs de données qui sont structurés dépend de la quantité de données et de leur répartition. La structure de l'AIPS, par exemple, est dérivée des annexes 4 et 5 de l'AMZV. e-mediat, en revanche, utilise des données provenant de diverses sources et subdivise les informations plus largement que dans l'AIPS. Dès le début de la procédure, e-mediat a indiqué que sa base de données se composait de 18 schémas différents (domaines), dans lesquels différents ensembles de données sont introduits, et donc, par exemple, dans l'hospINDEX (cf. ci-dessous paragraphe 49) [...] des champs de données sont disponibles.⁴⁴
- c. Codage : les champs de données utilisés dans la structuration sont "traduits" en un code lisible par la machine. Par exemple, dans le cas d'un produit pharmaceutique, le code 1 est stocké à l'emplacement correspondant si le produit doit être stocké réfrigéré ou le code 0 si aucune réfrigération n'est nécessaire. Grâce à ce codage, des contrôles d'interaction entre différents produits sont également possibles. Les maisons de logiciels qui proposent des fonctions basées sur les informations sur les drogues doivent connaître le codage.

46. Les données affinées peuvent ensuite être commercialisées par les raffineurs de données, ce qui permet aux données affinées de circuler dans le système informatique respectif des utilisateurs des collections de données. Là, selon le produit logiciel, différentes informations sont extraites et intégrées dans la solution logicielle (cf. marg. n° 51).

47. Les données affinées permettent ainsi, d'une part, la recherche électronique d'informations sur les médicaments via les logiciels respectifs et, d'autre part, l'échange de données de base spécifiques aux articles pour l'exploitation, par exemple, des systèmes de pharmacie et de droguerie sur le point de vente (c'est-à-dire pour le service clientèle, l'assurance qualité, la gestion des stocks, la gestion des matériaux, le processus de vente). Ils sont également utilisés pour paramétrer et informatiser les processus de commande entre les grossistes et les détaillants ("chaîne d'approvisionnement").⁴⁵ Les données sont utilisées par les payeurs dans le cadre du contrôle de leurs factures et par les prestataires de services dans le cadre, entre autres, de la prescription de médicaments, de conseils, de l'exercice de leur devoir de diligence et de contrôle et des processus de facturation.

B.3.2.2 Commercialisation par le biais de l'ICH/e-médiat

48. Cette étude se concentre sur le principal fournisseur de données aussi affinées : e-mediat ou, depuis le 1er janvier 2016, HCI. Depuis 2012, e-mediat propose sept produits INDEX différents qui contiennent des données électroniques sur les articles et les partenaires provenant des bases de données e-mediat au format XML et sont conçus pour répondre aux besoins des utilisateurs. Les articles référencés sont liés à des données commerciales et scientifiques :⁴⁶

- **careINDEX** est destiné aux foyers et comprend environ 100 000 articles (médicaments, pansements et autres).
- **drogINDEX** est destiné aux pharmacies et comprend environ 180 000 articles (médicaments, pansements et autres).

⁴⁴En octobre 2015, 20 régimes différents étaient utilisés ; voir aussi : < <https://index.ws.e-mediat.net/DataDoc/> > (dernière visite le 19 octobre 2015).

⁴⁵ Cf. les constatations correspondantes concernant Galdat (prédécesseur des produits INDEX d'e-mediat) dans RPW 2010/4, 654 para 42 et suivants. *Médicaments hors liste : prix du Cialis, du Levitra et du Viagra*.

⁴⁶ <<http://www.e-mediat.ch/de/produkte/index/index.php>> (dernière visite le 17 septembre 2015).

- **hospINDEX est destiné aux hôpitaux.** La sélection des données est adaptée aux besoins des hôpitaux.
- **medINDEX est destiné aux médecins et comprend environ 100 000 articles (médicaments, pansements et autres).**⁴⁷
- **pharmINDEX est destiné aux pharmacies et comprend environ 180 000 articles (médicaments, pansements et autres).**
- **insureINDEX s'adresse aux unités de coût (assureurs maladie et accident) ainsi qu'aux entreprises de services dans ce domaine et contient non seulement les produits utilisés dans le secteur ambulatoire (Galdat) mais aussi les produits utilisés exclusivement dans le secteur hospitalier (médicaments et autres).**
- **logINDEX s'adresse aux grossistes et comprend environ 180 000 articles (médicaments, pansements et autres).**

49. En 2012, les produits INDEX ont remplacé le produit précédent, Galdat, qui était la base de données principale d'articles à l'échelle nationale développée pour les pharmacies et les grossistes pharmaceutiques depuis 1993. Au fil du temps, Galdat a également été utilisé par d'autres utilisateurs des collections de données (tels que les hôpitaux, les maisons et les compagnies d'assurance maladie).⁴⁸ Selon e-mediat, Galdat a été remplacé principalement parce qu'il ne permettait pas l'individualisation en fonction des besoins des groupes cibles, ce qui est possible avec les indices. Les médecins, quant à eux, ont largement travaillé avec les informations sur les médicaments en format papier et donc avec le compendium imprimé de Documed. Beaucoup d'entre eux disposaient d'un logiciel d'administration des cabinets relativement simple, qui était souvent mis à jour grâce aux données fournies par les grossistes (format IGM). L'IGM leur a donc fourni une ⁴⁹alternative électronique à Galdat. Galdat a été remplacé par medINDEX en ce qui concerne les médecins. HCI anticipe ainsi la numérisation croissante des pratiques médicales avec des processus électroniques plus complexes (mot-clé "dossier électronique du patient"). Les pharmacies, en particulier, ont jusqu'à présent exigé la connexion de la gestion des marchandises, du système de caisse enregistreuse et des informations pharmaceutiques.

50. Les différences entre les différents indices peuvent être liées à l'étendue ou au niveau de détail. Par exemple, le medINDEX n'inclut pas les produits cosmétiques, alors que le drogINDEX le fait.

B.3.3 Transmission aux clients

51. Les "maisons de logiciels" (fournisseurs de systèmes) programment et entretiennent des programmes informatiques adaptés aux besoins des différents acteurs du système de santé suisse et installés dans leurs systèmes/environnements logiciels. Les collections de données sont mises à la disposition des clients via ces produits.

52. Il y a actuellement plus de 150 entreprises de logiciels en activité en Suisse.⁵⁰ Ces entreprises se spécialisent à leur tour dans certains groupes de clients ou outils. Par exemple, certains proposent des systèmes d'administration de cabinet pour les médecins, qui peuvent

⁴⁷ <<http://www.e-mediat.ch/de/produkte/index/index.php>> (dernière visite le 17 septembre.2015) : medINDEX Basic est le plus petit ensemble de données disponible ; étendue des services medINDEX Basic : Produits pharmaceutiques (médicaments approuvés par Swissmedic, vaccins, sérum), produits non pharmaceutiques (matériel de pansement, fournitures médicales, de cabinet et de laboratoire, aliments thérapeutiques, produits de cure/suppléments nutritionnels, alimentation par gorgées et par tubes, hygiène personnelle), limitations, informations spécialisées sur les médicaments et informations destinées aux patients, textes courts, champs de calcul, adresses (fabricant, représentant, fournisseur, payeur, prestataires de services).

⁴⁸Sur Galdat en général : RPW 2010/4, 654 Rz 42 ff. *Médicaments hors liste : prix du Cialis, du Levitra et du Viagra.*

⁴⁹ IGM est le format dans lequel l'e-mediat est utilisé pour distribuer des informations sur les médicaments aux médecins. Celui-ci est basé sur un simple fichier texte et ne permet pas un traitement moderne des données.

⁵⁰< <http://www.e-mediat.ch/de/produkte/index/index.php>> (dernière visite le 8 octobre 2015).

inclure la gestion des comptes clients ou des dossiers électroniques des patients, tandis que d'autres proposent des gestionnaires de soins pour les foyers ou la vente de médicaments sur ordonnance et la gestion des stocks pour les pharmacies. Les hôpitaux travaillent avec des logiciels qui comprennent la gestion du matériel, la gestion de la pharmacie et l'administration des patients. Le groupe Galenica propose également des logiciels pour les médecins (Triamed) et pour les pharmacies et drogueries (Triapharm) par l'intermédiaire de la société HCI.

51

53. La fourniture (distribution) des données peut se faire de différentes manières :

- Le raffineur de données vend les données aux éditeurs de logiciels. Ceux-ci vendent ensuite le logiciel et forment un prix total pour le logiciel et les données. Dans ce cas, les données constituent le produit initial du logiciel. Le raffineur de données lui-même peut également proposer des logiciels supplémentaires et vendre les données avec le logiciel (modèle commercial de ywesee, par exemple).
- En outre, les données peuvent être proposées aux utilisateurs finaux séparément du logiciel. Les données leur sont vendues soit directement par le raffineur de données, soit par l'intermédiaire des maisons de logiciels.⁵²

54. e-mediat poursuit les deux modèles décrits ci-dessus dans la distribution de ses produits de données. La structure de la distribution en relation avec les logiciels propres au groupe, qui sont proposés par une société sœur de e-mediat, peut être laissée ouverte, car elle n'est pas pertinente pour la présente évaluation.

B.3.4 Utilisation des données et utilisation par les acheteurs

55. Les données traitées et lisibles par machine sont utilisées par les demandeurs (n° de marge 38 suivants) pour remplir leurs tâches en rapport avec la consultation, la prescription et la délivrance de médicaments et d'autres produits aux consommateurs, la gestion des stocks et la commande associées, ainsi que la facturation auprès des assureurs maladie.

56. Par exemple, une pharmacie peut utiliser le logiciel de la société CSE Computer für Pharmazie und Medizin AG (qui est basé sur les données INDEX) pour tenir un dossier électronique du patient et appeler toutes les informations sur les médicaments nécessaires pour conseiller le client. En outre, le même logiciel sert également de système de caisse, pour la gestion des marchandises et, si nécessaire, pour la facturation des compagnies d'assurance. En outre, il existe des modules pour la comptabilité, le marketing et les statistiques. D'autres fonctions ont déjà été mentionnées dans la marge n° 52, bien qu'il ne soit pas prévu d'examiner toutes les applications possibles. Il est évident que l'utilisation de logiciels appropriés simplifie considérablement le travail des différents prestataires de services, distributeurs et payeurs de soins de santé par rapport aux soins manuels ou sans logiciel spécialisé.

57. En résumé, on peut affirmer que les informations sur les médicaments sous forme de données INDEX sont utilisées indépendamment des besoins spécifiques des clients individuels en relation avec les solutions logicielles, tant dans la gestion des dossiers des patients, la consultation des consommateurs, la prescription des médicaments, la vente des médicaments, la gestion des stocks et la facturation par rapport aux unités de coût et qu'elles sont centrales pour ces dernières.

B.3.5 Flux d'informations électroniques sur les drogues en Allemagne

58. Lors de l'audition de [...], puis [...] d'e-mediat et de Documed, il a été avancé que le modèle de financement utilisé par le groupe Galenica - dont la moitié est financée par les titulaires de l'autorisation de mise sur le marché et l'autre moitié par les prestataires de services - était également répandu en Allemagne. Par la suite, des enquêtes ont également été menées sur les marchés de référence étrangers, en particulier l'Allemagne. Il est apparu que la situation du marché en Allemagne est comparable à celle de la Suisse (cf. ci-dessous, marge n° 59 et suiv.). En Allemagne aussi, la collecte et la fourniture d'informations sur les médicaments,

⁵¹<<http://www.triapharm.ch/de/>> ; <<http://www.mytriamed.ch/triamed/DE/Home.aspx>> (les deux sites ont été visités pour la dernière fois le 8 octobre 2015).

⁵² Facturation séparée par le raffineur de données ou l'éditeur de logiciels en tant qu'intermédiaire.

mais aussi sur la distribution, sont réglementées par l'État, et d'autres services sont fournis en concurrence. L'argument avancé lors de l'audition selon lequel le modèle de financement en Allemagne était comparable à celui de Documed/e-médiateur n'a pas été confirmé.

59. En Allemagne, les fabricants de produits pharmaceutiques (selon la terminologie suisse : titulaires d'une autorisation de mise sur le marché) sont tenus de joindre à leurs médicaments des notices d'utilisation ("instructions d'emploi") concernant les informations sur les médicaments (article 11 AMG⁵³). En outre, ils ont l'obligation de fournir, sur demande, des informations pertinentes aux professionnels de la santé (article 11a AMG). En adaptation à la modification de la directive européenne sur la pharmacovigilance⁵⁴ 34 (1a) n° 1 AMG a été modifié de telle sorte que les autorités fédérales doivent informer le public de la version actuelle de la notice et des informations spécialisées. Ces informations sont fournies via un portail Internet.⁵⁵ L'inclusion des informations sur les médicaments à fournir dans ce portail Internet est gratuite. Cette tâche du portail est comparable à celle de l'AIPS suisse. Avant l'introduction du portail gouvernemental, les fabricants de produits pharmaceutiques étaient chargés de fournir des informations aux milieux spécialisés via la "liste rouge"⁵⁶. Cela existe toujours au moment de la décision, mais tous les fabricants de produits pharmaceutiques ne coopèrent plus avec la liste rouge, car l'inscription sur la liste est payante et l'information des milieux spécialisés est garantie par le portail du gouvernement. Ainsi, la liste rouge n'est plus complète. Les fonctions que la Liste rouge a permis d'exercer rappellent celles de son homologue suisse, le Compendium.

60. Outre la publication d'informations sur les médicaments, les fabricants de produits pharmaceutiques sont tenus d'informer les caisses d'assurance maladie et les pharmacies des informations pertinentes sur les prix et les produits (informations sur les ventes) et d'utiliser un label uniforme (article 131, paragraphes 4 et 5, SGB V⁵⁷). Sur la base de cette disposition, l'Association nationale des caisses d'assurance maladie a conclu un accord-cadre avec les organisations faïtières des fabricants de produits pharmaceutiques.⁵⁸ Il découle de cet accord-cadre que l'obligation des fabricants de produits pharmaceutiques concernant les informations sur les ventes ne peut être remplie que par l'inclusion dans la base de données de l'IFA GmbH (base de données IFA).⁵⁹ La base de données IFA comprend donc les informations sur les ventes de tous les médicaments autorisés en Allemagne et est donc comparable à la base de données refdatabase ou aux bases de données INDEX en aval. L'IFA attribue également l'identifiant uniforme (Pharmazentralnummer ; PZN). En tant qu'identifiant unique, le PZN est comparable au GTIN/EAN en Suisse, alors que ce dernier n'a pas (encore) de fonction de référencement central dans ce pays. Ce rôle est actuellement joué par un code privé, le Pharmacode, émis et contrôlé par e-médiateur. Les fabricants de produits pharmaceutiques doivent payer pour être inclus dans la base de données de l'ACI, mais les coûts sont relativement faibles.⁶⁰ L'ACI affine ainsi pour la première fois les informations relatives à la distribution. En

⁵³ Loi du 24.8.1976 sur la commercialisation des médicaments (AMG).

⁵⁴ Directive 2001/83/CE instituant un code communautaire de pharmacovigilance pour les médicaments à usage humain, telle que modifiée par la directive 2010/84/UE, JO L 348/74 du 31.12.2010.

⁵⁵ < <http://www.pharmnet-bund.de/static/de/index.html> > (dernière visite le 15 octobre 2015).

⁵⁶ Red List Service Ltd, < <http://www.rote-liste.de/> > (dernière visite le 15 octobre 2015).

⁵⁷ Sozialgesetzbuch vom 20.12.1988 (SGB) Fünftes Buch (V) - Gesetzliche Krankenversicherung.

⁵⁸ Accord-cadre selon le § 131 SGB V sur l'étiquette nationale uniforme des médicaments ainsi que sur les informations sur les prix et les produits des entrepreneurs pharmaceutiques du 14.5.2012, disponible à l'adresse <https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/krankenversicherung_1/arzneimittel/rahmenvertraege/pharmazeutische_unternehmer/AZ_Rahmenvertrag_131_bundeseinheitliche_Arzneimittelkennzeichen_2012-06-20.pdf> (dernière visite le 15.10.2015).

⁵⁹ Contrairement à la Suisse, les spécifications relatives à la codification des données de distribution sont publiques et peuvent être établies par l'industrie pharmaceutique elle-même ou par des tiers (cf. description du produit IFA Info Services - 10189/20189 disponible à l'adresse < <http://www.ifaffm.de/de/home.html> >).

⁶⁰ Cotisation annuelle de base : 50 EUR ; Allocation PZN : 3 EUR ; Données sur les nouveaux articles : EUR 6,- ; modifications EUR 3,- ; liste complète des prix disponible à l'adresse suivante <

Suisse, en revanche, il n'existe pas de réglementation gouvernementale concernant les informations relatives à la distribution ou l'utilisation d'une étiquette uniforme. En Suisse, e-mediat dispose de la collection la plus complète d'informations sur les ventes, qu'elles soient publiées par les fabricants ou générées en interne.

61. Dans le système allemand, une grande variété de sociétés de logiciels prennent directement en charge le perfectionnement des données existantes. Il n'y a pas de raffineur de données qui combine les données existantes et passe ensuite des contrats avec des maisons de logiciels pour une distribution ultérieure. Les éditeurs de logiciels en Allemagne sont en même temps des raffineurs de données. Ils obtiennent les données de l'IFA contre rémunération et les complètent avec les informations sur les médicaments qui sont disponibles via le portail Internet du gouvernement. Le montant de la redevance est déterminé par le type et l'étendue de l'utilisation des données par les éditeurs de logiciels, ou indirectement par les utilisateurs finaux du logiciel - les fournisseurs de services, les distributeurs et les payeurs. Les relations contractuelles directes avec les fabricants de produits pharmaceutiques ne sont présentes, si tant est qu'elles le soient, que par les maisons de logiciels en ce qui concerne le listage. L'inscription peut être comprise comme la présentation spécifique du produit via le produit logiciel. En outre, des mesures publicitaires au sens strict sont également présentes, comme le positionnement spécial du produit dans les recherches.⁶¹ Toutefois, aucun paiement n'est dû pour l'inscription en tant que telle avec une entrée de base. En outre, il existe également des sociétés de logiciels qui renoncent totalement aux paiements des fabricants de produits pharmaceutiques et se financent exclusivement en concédant des licences d'utilisation du logiciel et de la base de données qui le sous-tend à des prestataires de services et à d'autres acheteurs. Le logiciel regroupe les informations sur les ventes et les médicaments et permet ainsi d'affiner les données.

62. Le système en Allemagne montre que l'inclusion d'informations sur les médicaments dans la base de données affinée des maisons de logiciels a lieu sans conclusion de contrat entre les affineurs (maisons de logiciels) et les fabricants de produits pharmaceutiques et donc sans rémunération. Le transfert et l'inclusion des données de vente de l'IFA GmbH par les sociétés de logiciels s'effectuent également sans conclusion de contrat ni paiement entre les sociétés de logiciels et les fabricants de produits pharmaceutiques. Seuls les contrats concernant des services spéciaux tels que le référencement, les mesures de publicité dans le logiciel, etc. existent.

B.4 La conception et la pratique des contrats de Documed/e-médiat au fil des ans

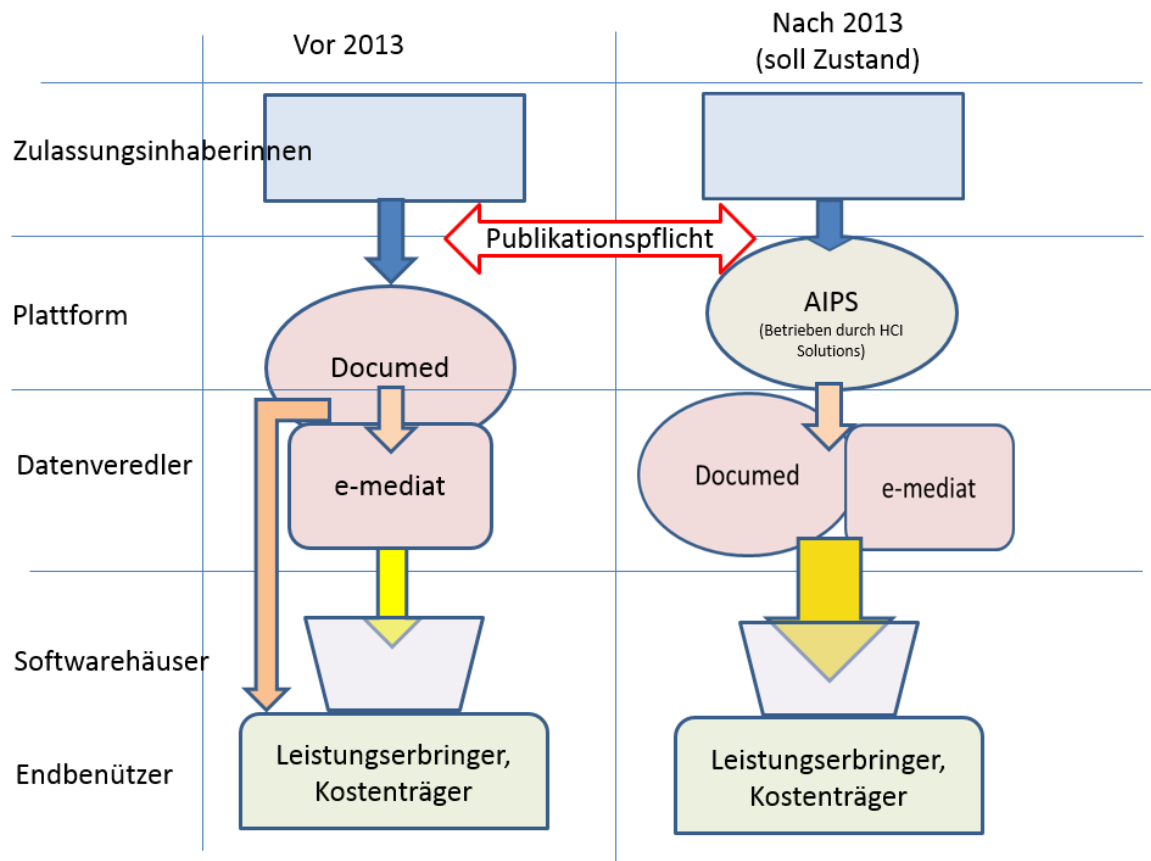
63. Dans ce qui suit, il sera indiqué à quel moment les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché ont conclu un contrat avec quelle société du Groupe Galenica (Documed et/ou e-mediat) et pour quel objet (publication dans le Compendium, inclusion dans les bases de données Galdat/INDEX, référencement de la part de Refdata avec le code EAN/GTIN, attribution d'un code Pharma). Cette section décrit spécifiquement le comportement de Documed/e-mediat dans les conditions cadres énoncées ci-dessus (chapitres B.1, B.2 et B.3).

64. Un aperçu des changements dans la chaîne de valeur résultant de la suppression de l'obligation de publier des informations sur les médicaments avec Documed (ou ywesee) peut être présenté comme suit :

Figure 1213: Chaîne de valeur avant et après 2013

<http://www.ifaffm.de/de/ifa-fuer-anbieter/ifa-preisliste.html> > (dernière visite le 15.10.2015).

⁶¹ Par exemple, des paiements sont effectués pour la position du résultat dans le cadre d'une requête de recherche similaire à celles effectuées par les moteurs de recherche en ligne ou sur les plateformes de réservation d'hôtels. E.G. : Lors de la recherche d'un principe actif correspondant, le médicament du titulaire de l'autorisation de mise sur le marché prêt à payer peut être affiché en premier.



Source : Liste du Secrétariat

B.4.1 Conception anticipée des contrats

B.4.1.1 Contrats de Documed

65. Depuis 1989 et 2002⁶² respectivement, les titulaires d'autorisations de mise sur le marché sont tenus de mettre à la disposition des personnes autorisées à prescrire, délivrer ou utiliser ces médicaments les informations actuelles sur les médicaments approuvées par Swissmedic de manière appropriée (cf. également les commentaires à ce sujet dans les marges n° 28 et 194). Cela a toujours été fait via Documed.

66. Par décision de la Commission de la concurrence du 7 juillet 2008, il a été constaté que Documed détenait une position dominante sur le marché de la publication de FI imprimée et en ligne dans un ouvrage complet et sur le marché de la publication de PI en ligne dans un ouvrage complet et que Documed abusait de sa position en discriminant des partenaires commerciaux en vertu de l'art. 7 al. 1 en liaison avec l'al. 2 let. b de la loi sur la concurrence.⁶³ Les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché devaient supporter les coûts de la publication, les dépenses les plus importantes étant celles liées à la compilation et au travail d'impression.⁶⁴ La procédure standard correspondante en matière de *publication* comprenait la saisie du texte dans la base de données du compendium, la vérification de l'exhaustivité, la clarification des ambiguïtés avec les titulaires d'autorisation de mise sur le marché ou Swissmedic, l'insertion du texte dans le registre des substances actives et le registre thérapeutique corrects, et l'inscription finale du texte après que les titulaires d'autorisation de mise sur le marché aient donné le "feu vert pour l'impression".⁶⁵ Documed a été autorisé à facturer aux titulaires d'autorisations de mise sur le marché ces coûts *liés à la publication*, ce qu'il a fait par le biais d'un

⁶² Contexte expliqué dans le RPW 2008/3, 386 Rz 5 ff. *Publication d'informations sur les médicaments*.

⁶³ RPW 2008/3, 410 Dispositive numbers 1 and 2, *Publication of drug information*.

⁶⁴ RPW 2008/3, 404 paragraphe 199, *Publication d'informations sur les médicaments*.

⁶⁵ RPW 2008/3, 394 paragraphe 199, *Publication d'informations sur les médicaments*.

prix de base basé sur les coûts (coûts de gestion des dossiers) et d'un prix au volume (en fonction de la longueur des textes/du nombre de caractères). En outre, il n'y avait pas de preuves pour l'accusation de financement croisé d'autres produits, qui était également en question à l'époque. Il est apparu que les coûts correspondants, en particulier pour les services et produits vis-à-vis d'autres, tels que les prestataires de services [Galdat, ou base de données INDEX], n'étaient pas supportés par les titulaires d'autorisations de mise sur le marché.⁶⁶

67. Du point de vue de Documed à l'époque, l'argument avancé par Documed selon lequel 40 % de tous les textes déjà publiés devraient subir des modifications rédactionnelles importantes au cours d'une année contractuelle ne semblait pas valable, bien que selon Swissmedic, 90 % des informations sur les médicaments soient restées inchangées.⁶⁷ Les prix identiques entre les nouvelles entrées ou les mutations des informations sur les médicaments figurant dans le recueil et ceux qui pouvaient être repris tels quels dans la version précédente remplissaient le critère de discrimination au sens de l'article 7, paragraphe 1, en liaison avec le paragraphe 2 let. b KG.⁶⁸

68. Même après la conclusion de l'enquête contre Documed en 2008, les titulaires d'autorisations de mise sur le marché ont conclu des contrats *exclusivement avec Documed et concernant exclusivement la publication* de leur IF et PI dans le compendium. Selon le règlement convenu d'un commun accord (également EVR), Documed devait exiger des prix de base rapportés et *justifiés par les coûts ainsi que des prix différenciés* en fonction du volume/de la production pour les informations sur les médicaments qui avaient changé et étaient restés inchangés par rapport à l'année précédente.⁶⁹ Documed a donc conclu des contrats pour - et seulement pour - *la publication dans le Compendium, en mettant l'accent sur l'impression.*⁷⁰ En conséquence, les prix justifiés par les coûts ont été calculés avec un tarif au millimètre. Avec le "*Contrat d'enregistrement, d'inclusion et de publication dans la Pharmacopée suisse*" d'une durée de un à trois ans, les titulaires d'autorisation de mise sur le marché ont enregistré leurs produits pour le compendium, y compris la version électronique, et pour les suppléments (mises à jour). Ce faisant, ils ont accepté les "Conditions générales de contrat" et les "Conditions d'utilisation du portail du compendium"⁷¹ pour les commandes de publications en ligne. Selon l'AVB, les informations de base (FI/PI) ont été publiées en application de l'AMZV et complétées par des informations complémentaires sur les produits thérapeutiques (dites pseudo-FI, informations pour l'utilisation de dispositifs médicaux) qui ne sont pas soumises à publication. Il n'a pas été fait mention de Galdat ou des produits INDEX, ni d'un quelconque transfert de données vers e-mediat. Il n'y avait pas de contrats correspondants avec Documed ou e-mediat à cet égard.

69. [...] c'est qu'avant même la reprise de Documed par Galenica en 2004, il existait un contrat entre Documed et e-mediat et que les deux sociétés se fournissaient mutuellement des données et des codes. L'échange d'informations était soumis à une redevance. Documed a fourni à e-mediat les informations structurées sur les médicaments pour un montant forfaitaire de CHF [...] et e-mediat a fourni à Documed les données et les codes orientés paquet du fichier de base de données Galdat pour un montant forfaitaire de CHF [...]. Toutefois, selon les parties, le paiement de CHF [...] pour la fourniture des données structurées ne couvrait pas le coût total de la préparation. Ce sont plutôt les titulaires d'autorisations de mise sur le marché qui ont financé et financeront dans une très large mesure cette initiative.

70. Selon les parties, les informations spécialisées affinées n'ont été transférées dans les bases de données INDEX que depuis 2008, de sorte que Documed aurait pu transférer une

⁶⁶ RPW 2008/3, 406 para 212 f. *Publication d'informations sur les médicaments.*

⁶⁷ RPW 2008/3, 401 para 162 f. *Publication d'informations sur les médicaments.*

⁶⁸ RPW 2008/3, 401 paragraphe 165 et point 2 du dispositif, *Publication d'informations sur les médicaments.*

⁶⁹ RPW 2008/3, 401 para. 158 f. Accord EVR B II, point 2, *Publication d'informations sur les médicaments.*

⁷⁰ Cf. "Mandat d'enregistrement, d'inscription et de publication à la Pharmacopée suisse", y compris les CG.

⁷¹Portail web de gestion des commandes et des textes lancé en 2008.

grande partie du travail de structuration pour la préparation du compendium dans la base de données INDEX au moyen d'un codage.

B.4.1.2 Contrats de l'e-mediat

71. Outre Documed, e-mediat avait également conclu des contrats avec les titulaires d'autorisations de mise sur le marché, mais ces contrats ont été conclus au nom de Refdata en tant qu'opérateur de la base de données Refdata, qui contient des informations sur les acteurs du secteur de la santé et donc des *informations sur la distribution* (cf. paragraphe 22). Les contrats ont été structurés de telle sorte qu'un "contrat-cadre sur la diffusion d'informations sur les produits de santé sur le marché suisse" a été conclu avec une annexe A concernant la "Base de données de référence pour la gestion des numéros d'identification EAN dans le domaine de la Fondation Refdata". Le référencement des articles a donc été effectué comme un service payant pour les titulaires d'autorisation de mise sur le marché (fournisseurs d'informations). Dans le même temps, il a toutefois été convenu de ce qui suit (informations ajoutées entre crochets) :

Clauses 5 - 7 du contrat : Autorisation, mais non obligation, de saisir, compléter et diffuser les données produits collectées pour Refdata en son nom dans le cadre du référencement (attribution du référencement EAN et inclusion dans la base de données de référence) dans ses propres bases de données sans en devoir la moindre rémunération aux titulaires de l'autorisation de mise sur le marché].

72. Les données collectées dans le cadre du référencement via Refdata ont donc également été utilisées par e-mediat ailleurs pour les produits qu'il commercialise. Plus précisément, ces dispositions ont servi de base à l'utilisation des données recueillies dans GalDat. Cela a également été précisé par e-mediat dans la lettre accompagnant ce contrat :

"En signant le contrat, nous garantissons non seulement de maintenir les données de vos produits dans la base de données de référence MedRef de RefData (disponible gratuitement sur www.medwin.ch), mais aussi de les lire dans nos propres bases de données de référence d'articles, de les relier aux données de référence et de les distribuer aux professionnels du système de santé suisse. Cela garantit une utilisation significative au point de vente et dans la facturation".

73. La clause 5 du contrat stipulait que l'utilisation des données par e -mediat pour d'autres produits, c'est-à-dire spécifiquement GalDat à l'époque, était gratuite pour e-mediat. À l'époque, e-mediat supposait donc que c'était plutôt e-mediat qui devait payer une rémunération pour l'utilisation des données à d'autres fins et non l'inverse. Les titulaires d'autorisations de mise sur le marché ont, quant à eux, payé pour l'attribution du code EAN, mais pas pour l'inclusion des données correspondantes dans les bases de données d'e-mediat.

B.4.1.3 Résumé intermédiaire

74. En résumé, on peut affirmer qu'avant 2013, les titulaires d'autorisations de mise sur le marché payaient exclusivement pour l'inclusion et la publication des informations destinées aux spécialistes et aux patients dans le Compendium conformément au contrat, et que l'inclusion des informations sur les médicaments dans la base de données e-mediat était gratuite. Les parties elles-mêmes déclarent également que l'inclusion des informations sur les médicaments dans la base de données e-mediat a été effectuée pour les titulaires d'autorisations de mise sur le marché sans réglementation contractuelle et sans redevance spécifique.

75. Les parties elles-mêmes admettent que la représentation contractuelle des services développés au fil du temps peut avoir été peu abondante, mais cette considération purement formelle ne doit pas conduire à la conclusion que le comportement était abusif.

B.4.2 Nouvelles dispositions contractuelles à partir de 2013 et solution transitoire

B.4.2.1 Solution intérimaire 2012

76. Les contrats de Documed ont été adaptés en 2012. Début 2012, Documed a envoyé une lettre "Notre offre pour votre présence dans le Compendium suisse des médicaments / publication de FI et PI dans l'année de transition 2012" aux titulaires d'autorisation de mise sur le marché. Cette lettre soulignait ce qui suit :

- a. l'obligation de publication réglementaire sur Documed a été levée, mais la publication par des "moyens appropriés" doit encore être effectuée par les titulaires d'autorisations de mise sur le marché ; la base de données réglementaire sera disponible au plus tôt à partir de la fin de 2012 ;
- b. Avec ses bases de données INDEX, Documed couvre plus de 90 % des systèmes logiciels des prestataires de services ;
- c. jusqu'à la fin mars 2012, les informations resteront dans les médias électroniques et les produits INDEX ; à partir du 1er avril 2012, toutefois, seuls les produits pour lesquels une commande a été passée seront documentés de manière actualisée et complète.

77. Au point ca été annoncé qu'à partir du 1er avril 2012, seules les informations des partenaires contractuels seraient représentées dans la base de données. Cela n'a pas été mis en œuvre et tous les produits ont continué à être représentés avec l'entrée de base même sans contrat correspondant en 2012. Documed a continué à conclure les contrats, et il n'était toujours pas question de transmettre les données à e-mediat.

78. Compte tenu du manque de transparence du système conçu par Galenica, on peut résumer que, selon ces informations, les titulaires d'autorisation de mise sur le marché ont vécu en 2012 avec l'"espoir" légitime que l'introduction de l'AIPS (comparer ses objectifs, paragraphe 36) conduirait à la fin de la relation contractuelle et coûteuse avec Documed.

79. Même les parties admettent lors des auditions qu'elles n'ont pas suffisamment communiqué avec l'industrie pharmaceutique. Ils n'ont pas explicitement indiqué le travail supplémentaire qu'ils avaient effectué dans le cadre de la préparation et de la structuration de l'impression. Ils nient, en se référant à de nombreuses discussions individuelles, que leurs documents contractuels n'étaient pas clairs.

B.4.2.2 Nouvelle conception des contrats à partir de 2013

80. A partir de 2013, le nouveau concept - contrats à honoraires pour la préparation et l'inclusion d'informations sur les médicaments dans les bases de données INDEX - a été définitivement introduit par Documed/e-mediat. Comme l'explique la note en marge 49, Documed/e-mediat a justifié l'ajustement principalement par le fait que le nouveau produit, les indices, permettent une individualisation en fonction de l'acheteur. Cependant, Documed/e-mediat admet également qu'une nouvelle offre a dû être développée en raison de l'introduction de la plate-forme AIPS. Le 20 septembre 2012, Documed/e-mediat a informé les titulaires d'autorisation de mise sur le marché de leur nouvelle offre pour 2013.⁷² Ils ont ensuite envoyé à un grand nombre de titulaires d'autorisation de mise sur le marché une offre (comprenant un catalogue de services et une liste de prix) pour 2013 et les années suivantes, qui devait être signée avant la fin novembre 2012.⁷³ D'un point de vue formel, Documed est resté le partenaire contractuel, mais les noms des deux sociétés figuraient sur la liste des prix et le catalogue des services. L'offre de *Documed et e-mediat* a également été mentionnée dans les informations complémentaires destinées aux titulaires d'autorisations de mise sur le marché. Selon le *"bon de commande"*, Documed est responsable du module D1 et e-mediat du module E1. Le contrat stipule également que *"certains services seront fournis en collaboration avec e-mediat AG"*. On peut donc supposer que Documed et e-mediat ont agi *conjointement* dans ces négociations contractuelles, même si, formellement, seul Documed était partie contractante.

81. La lettre aux licenciés jointe à l'offre indiquait, entre autres, que *"Documed vous garantit une présence optimale dans les systèmes de 115 maisons de logiciels dans tous les groupes de clients et régions linguistiques de Suisse - pour la commande, la prescription et la facturation. [...] Avec la signature, nous vous garantissons également la publication complète de vos informations produits sur tous les prestataires de services du marché des soins de santé à partir du 1.1.2013."*

⁷²

<http://www.e-mediat.ch/wAssetsEmediat/bin/de/veranstaltung_2092012/7_NEU_Peter_neues-Angebot.pdf> (dernière visite le 3 mai 2015).

⁷³ Cf. les questionnaires des titulaires d'autorisation de mise sur le marché, question 11.

82. Le catalogue de services de Documed/e-mediat suivant énumère les services payants. Il convient de noter que le service de base, qui comprend les modules D1 et E1, n'est pas identique aux services des différents modules de D1 et D2. On peut en conclure que, lors de la refonte du catalogue de services, Documed/e-mediat n'a pas mis l'accent sur les services ou modules individuels, mais sur l'inclusion des informations sur les médicaments dans sa base de données contre paiement :

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

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

DOCUMED UND E-MEDIAT, UNTERNEHMEN DER GALENICA GRUPPE

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 Fachinformationen
- ▶ 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. Spitallisten 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 pharmanista inkl. Kurzmonographie ergänzt mit Produktfotografien (sofern vorhanden)
- ▶ Identifizierung
 - ▷ Sachgerechte Fotografie und Vermessung von:
 - ▷ Abgabereinheit
 - ▷ Primärverpackung
 - ▷ Sekundärverpackung
- ▶ Zugang zu Browser «firmINDEX» 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 Arzneimittel

D3 Optional | Sonstige Dienstleistungen

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

E2 Optional | Konsumenten-Kompodium für OTC-Produkte

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

Modul in Vorbereitung:

separate Preisliste ab 1. Quartal 2013 verfügbar

83. Le "service de base" contient les modules D1+E1, bien qu'il ne soit clair, d'après la liste des prix (cf. annexe 1), que ceux-ci peuvent également être réservés individuellement. En tout état de cause, les services énumérés dans l'offre de base ne coïncident pas avec ceux énumérés individuellement sous D1 et E1, ou ne peuvent être attribués à ces modules sans autre forme de procès. Par exemple, au moins selon le catalogue des services, "l'assurance qualité rédactionnelle" ou "la préparation rédactionnelle et technique des informations spécialisées" ne sont pas incluses dans les *différents* modules, car elles ne figurent ni dans D1 ni dans E1. Les activités éditoriales ne sont explicitement mentionnées que dans le module D3. La gestion des commandes via le compendiumPORTAL2 n'est également mentionnée explicitement que dans l'offre de base, bien qu'il s'agisse du système de commande, d'administration et d'enregistrement pour tous les partenaires contractuels (y compris ceux qui ne réservent que le module D1). Le module optionnel D3 contient, comme mentionné, entre autres, le "traitement de texte éditorial" et donc explicitement les activités qui jusqu'en 2012 faisaient l'objet des contrats avec Documed pour la publication. En 2008, la Commission de la concurrence a décidé que le travail de relecture en *vue de la publication* ne constitue pas un couplage inadmissible avec le service de publication et que le travail de relecture entraîne des coûts négligeables. En⁷⁴ outre, le catalogue contient également des fonctions qui n'ont aucun lien avec un service aux titulaires d'une autorisation de mise sur le marché, mais qui sont demandées par les utilisateurs de bases de données affinées, comme la "recherche de substance active, d'indication et de groupe thérapeutique". Il en va de même pour le "Clinical Decision Support (CDS)", un nouvel outil destiné spécifiquement aux hôpitaux.

84. Le contrat joint à la lettre aux titulaires d'autorisation de mise sur le marché ("*Accord sur la publication d'informations dans le Compendium suisse des médicaments et dans les produits de l'index*") portait sur la relation commerciale entre Documed et les titulaires d'autorisation de mise sur le marché pour les commandes de "publication" d'informations dans le Compendium et d'"autres services". Sous la rubrique Utilisation des données, Documed est autorisé à utiliser les données et, pour la première fois explicitement, à les *transmettre à e-mediat*. Tous deux sont alors autorisés à traiter ces données (notamment à les reproduire, les stocker et les diffuser dans les technologies de l'information communes pour les formats du Compendium des médicaments et des autres services). Documed et e-mediat sont autorisés par le contrat à collecter et à diffuser les données nécessaires manquantes. Le "OK to print" doit être accordé par les détenteurs d'autorisation de mise sur le marché conformément aux conditions du compendiumPORTAL2. En outre, la responsabilité de Documed et e-mediat ainsi que de leurs organes, employés et tiers concernés est largement exclue.

85. Le téléchargement vers l'AIPS n'est pas inclus dans les modules. Cependant, Documed/e-mediat s'engage à effectuer le téléchargement vers l'AIPS s'il est mandaté pour le faire, sans exiger de compensation supplémentaire.⁷⁵ Pour ce faire, le client n'a eu qu'à remplir un formulaire de commande séparé, qui a été joint à l'offre de 2012.

86. Documed a envoyé une lettre aux titulaires d'autorisation de mise sur le marché qui n'ont pas signé l'offre le 11 décembre 2012. La lettre contenait notamment les déclarations suivantes

"A partir du 1er janvier 2013, Swissmedic lancera la plateforme "Système de publication d'informations sur les médicaments" (AIPS). À partir de cette date, l'AIPS servira de base juridiquement contraignante pour la publication de textes d'information spécialisés, mais ne couvrira qu'une fraction des enregistrements de données de base et des champs de données traités par Documed et e-mediat. Les prestataires de services - 16 000 médecins, 1 700 pharmacies, 200 hôpitaux, 430 pharmacies, 63 compagnies d'assurance maladie - sont tributaires d'informations complètes, actuelles, généralement valables et contraignantes sur les médicaments provenant d'une source unique. Parce qu'un ouvrage de référence largement soutenu du système de santé suisse augmente la sécurité des patients. "

⁷⁴ RPW 2008/3, 405 paragraphes 203 et suivants. *Publication d'informations sur les médicaments*.

⁷⁵ Ne figure pas sur la liste des prix, aucune compensation supplémentaire pour le téléchargement dans l'ordre.

87. Vers la fin de la lettre, Documed a soulevé la question soulevée⁷⁶ par le Secrétariat de la Commission de la concurrence de savoir si les titulaires d'autorisations de mise sur le marché devraient avoir la possibilité a) de demander des services uniquement pour certaines parties de leurs produits ou b) de ne publier qu'une partie des collections de données (par exemple uniquement l'hospINDEX). L'extrait ci-dessus de la lettre de Documed, avant de soulever la question, indique clairement que ni Documed ni, de son point de vue, les fournisseurs ne seraient intéressés par une telle solution⁷⁷. En outre, Documed - en référence aux informations sur le médicament - a souligné dans la lettre susmentionnée le demi-financement et le bénéfice pour les titulaires d'autorisation de mise sur le marché :

"Au nom des entreprises pharmaceutiques et financé à parts égales par l'industrie et les prestataires de services, Documed met à jour en permanence les informations sur les médicaments. 60 employés qualifiés convertissent les données fournies dans le formulaire souhaité et le complètent. Grâce à leur large gamme de services, tels que le contrôle de format, la liaison de produits, le traitement éditorial, le codage, etc., ils assurent une qualité élevée et donc le plus grand bénéfice possible dans la pratique quotidienne. Cela profite également à votre entreprise. "

88. L'offre faite en octobre 2012 permettait de conclure, au moins implicitement (car sinon aucun contrat ne devrait être conclu), que sans la conclusion du module électronique, les informations sur les médicaments ne seraient pas représentées dans les données de l'INDEX. Documenté/

e-mediat a également confirmé que c'était le cas lorsque les titulaires d'autorisations de mise sur le marché le demandaient.

89. En ce qui concerne la relation entre le "contrat-cadre relatif à la diffusion d'informations sur les produits de santé sur le marché suisse" concernant le référencement dans Refdata, qui jusqu'à présent garantissait également la présence dans les indices (ch. 71ss. ci-dessus), et le module E1 (services se chevauchant partiellement), e-mediat a déclaré ce qui suit en réponse à une demande d'un titulaire d'autorisation de mise sur le marché :

"Un couplage avec l'ordre RefData n'est pas possible de cette manière [...]. e-mediat AG a été chargé par RefData de maintenir cette base de données, mais il s'agit d'une relation contractuelle et ne doit pas être mélangée à l'offre réelle de la société.

Une intégration automatique des données dans les bases de données de l'e-mediat n'est pas prévue ici. Les bases de données d'e-mediat AG contiennent beaucoup plus d'informations que celles fournies par la RefData Foundation".

90. Contrairement à ces déclarations, les paragraphes 5-7 de l'accord-cadre (marge n° 71) stipulent que les données fournies par les titulaires d'autorisation de mise sur le marché à Refdata dans le but d'attribuer un code de référence peuvent être incorporées dans d'autres produits e-mediat. Bien qu'il n'y ait aucune obligation de le faire, la possibilité contractuelle de le faire était prévue.

B.4.2.3 Évolution des prix

91. Il n'est pas nécessaire d'entrer dans le détail de l'évolution des prix dans les contrats, puisque les prix n'ont pas été fixés pour des services spécifiques attribuables aux titulaires de l'autorisation de mise sur le marché, mais que la stratégie globale consistait à financer l'ensemble du système à hauteur d'environ 50 % par les titulaires de l'autorisation de mise sur le marché et 50 % par les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs, comme cela a également été confirmé lors des auditions des parties (voir également les points 87, 107 et 112). En revanche, la gamme des services a considérablement changé et, en particulier, le service de publication - et donc tout l'ancien secteur d'activité de Documed - a été supprimé par l'AIPS. Les prix sont donc liés au financement partiel du système global et sont indépendants de l'effort basé sur les coûts.

⁷⁶ Voir la lettre d'ouverture d'enquête.

⁷⁷ Cette offre est diamétralement opposée aux déclarations de Documed/e-mediat selon lesquelles l'offre de services individuels n'est pas praticable pour Documed/e-mediat et qu'elle est nécessaire pour que les utilisateurs finaux soient complets.

92. Les parties répondent qu'il n'est pas vrai que la répartition des coûts dans la proportion de 50 % de prestataires de services et de 50 % de titulaires d'autorisations de mise sur le marché ait été poursuivie comme une exigence stricte. La déclaration à cet égard a été tirée d'un instantané, qui était correct sous cette forme. Aujourd'hui, la contribution de l'industrie pharmaceutique n'est que de 40%. Le codage et la structuration des données étaient dans l'intérêt à la fois des prestataires de services et des titulaires d'autorisations de mise sur le marché.

93. Les parties considèrent qu'une application à 100 % du principe du pollueur-payeur dans la fixation des tarifs est impossible et non rentable. La structure actuelle des prix est basée sur la structure des coûts par catégorie de produits et sur les dépenses. Même si les parties savaient combien de pharmacies et de médecins travaillent sur les données médicales pertinentes et combien d'assistants travaillent sur les données commerciales, elles ont estimé qu'il était très difficile de décomposer les processus avec précision.

B.4.3 Soumission de l'e-mediat/Document en relation avec l'arrangement contractuel précédent ainsi que l'activité effective

94. Les parties contestent les conclusions fondées sur la formulation des contrats conclus avant 2013 et sur le REV selon lesquelles l'inclusion d'informations sur les médicaments et d'informations commerciales dans les produits de l'INDEX a été effectuée auparavant pour et aux frais des prestataires de services. La représentation contractuelle des services qui s'est développée au fil du temps a peut-être été rare, mais cette considération purement formelle ne doit pas conduire à la conclusion qu'ils ont eu un comportement abusif. Ils n'avaient pas suffisamment communiqué avec l'industrie pharmaceutique et n'avaient pas explicitement indiqué quels services supplémentaires ils avaient fournis dans le processus de préparation et de structuration des imprimés. Selon ces observations et d'autres présentées par les parties au cours des plaidoiries et des auditions, la réalité aurait donc été différente :

95. e-mediat/Documed sont également d'accord avec les autorités pour dire que les titulaires d'autorisation de mise sur le marché ne sont soumis qu'à une obligation légale de publier de manière appropriée et que le processus de perfectionnement allant au-delà n'a pas encore été réglementé. Par conséquent, il n'y a pas d'obligation explicite de fournir les informations sur les médicaments sous une forme codée et structurée. Toutefois, compte tenu des développements techniques et de la demande correspondante des prestataires de services, la formulation ouverte doit également être comprise de manière appropriée comme la publication dans⁷⁸ produits INDEX, c'est-à-dire le transfert des données intégré au processus, qui est de plus en plus important. L'ancien secteur d'activité de Documed n'avait pas complètement disparu à la suite de l'AIPS. Le service de Documed aurait consisté à examiner⁷⁹, réviser et publier les informations sur les médicaments sous une "forme appropriée". Le segment commercial aurait inclus, entre autres, la publication des informations d'experts sous une forme structurée via les bases de données INDEX. Le recueil contenait toujours des informations qui dépassaient le champ d'application de l'AIPS. Les informations spécialisées ont été transférées dans les bases de données INDEX depuis 2008, de sorte que Documed a pu transférer une grande partie du travail de structuration pour la préparation du compendium dans la base de données INDEX au moyen d'un codage. Avant même 2004, date de la reprise de Documed par Galenica, un contrat existait entre Documed et e-mediat et les deux sociétés se fournissaient mutuellement des données et des codes. L'échange d'informations était soumis à une redevance. Documed a fourni à e-mediat les informations structurées sur les médicaments pour un montant forfaitaire de CHF [...] et e-mediat a fourni à Documed les données et les codes orientés paquet de la base de données Galdat pour un montant forfaitaire de CHF [...]. Toutefois, selon les parties, le paiement de CHF [...] pour la fourniture des données structurées ne couvrait pas le coût total de la préparation. Au contraire, ce projet serait et sera financé dans une très large mesure par les titulaires d'autorisations de mise sur le marché.

⁷⁸ Cette formulation indique clairement que le développement de la base de données INDEX et donc l'élargissement de la gamme de services est orienté vers les besoins des prestataires de services.

⁷⁹ Dans ce contexte, voir également les commentaires suivants sur l'assurance qualité, marge n° 102.

96. En outre, le Secrétariat n'a pas reconnu qu'il y avait une énorme valeur ajoutée entre les informations contenues dans le Compendium et les bases de données INDEX actuelles.

97. Depuis 2008, l'indice a été continuellement et radicalement élargi - en fonction de la demande des médecins, hôpitaux, pharmacies, drogueries,⁸⁰ etc. - et massivement optimisé pour une utilisation différenciée.⁸¹ La complexité de l'ensemble des données a considérablement augmenté : Alors qu'en 2008, une entrée dans les bases de données INDEX comportait environ 370 éléments d'information par médicament, en 2013, ce nombre avait presque doublé pour atteindre près de 700⁸². Les champs de données supplémentaires concernaient notamment les informations sur les médicaments (augmentation de 227 à 451 champs de données) et non les données de base, qui étaient historiquement financées par les prestataires de soins de santé. HCI indique en outre que la proportion de domaines pour lesquels HCI est directement ou indirectement responsable sur le plan éditorial a augmenté régulièrement et représente maintenant près des trois quarts des structures de données (72 %). La proportion de données publiques est passée d'environ 35 % à 28 %. En conséquence, les coûts du traitement des données avaient déjà augmenté de manière continue et significative à l'approche du changement de système en 2013 en raison de l'augmentation constante du travail de traitement requis.

98. La préparation des données pour les produits INDEX et la conversion en un format lisible par machine est un processus intellectuellement exigeant, à forte intensité de main-d'œuvre et, en termes de sécurité des patients, sensible. Selon les estimations du HCI, le temps moyen nécessaire pour convertir une nouvelle préparation (y compris l'enrichissement avec des informations supplémentaires et la normalisation afin que les dosages soient coordonnés) dans le format de données lisible par machine est d'environ 27 heures. Le travail serait effectué par une équipe de rédaction spécialisée composée de 50 experts (médecins, pharmaciens et droguistes ainsi que des spécialistes de l'informatique médicale spécialement formés).

99. Les informations sur les médicaments fournies directement à e-mediat ou disponibles via AIPS devraient être transférées dans une structure de base de données très ramifiée. Une grande partie des ensembles de données n'ont pas pu être extraits de l'AIPS, mais ont dû être compilés par l'équipe éditoriale spécialisée d'e-mediat, ou ont dû être élaborés à partir d'une grande variété de sources scientifiques neutres, publiques et acquises commercialement. Cela a souvent donné lieu à des questions difficiles, qui ont parfois nécessité de longs éclaircissements de la part des pharmaciens travaillant à e-mediat.

100. La vérification et l'enrichissement des données des titulaires d'autorisation de mise sur le marché, qui sont nécessaires à la préparation des données INDEX, se chevauchent avec les étapes de travail pour la préparation des données du recueil. La rédaction technique des deux anciennes entités juridiques avait été uniforme.

101. Les données contenaient des informations importantes sous forme lisible par machine qui pouvaient être utilisées pour des médicaments et qui n'étaient pas contenues, n'étaient pas complètes et/ou n'étaient contenues que sous forme de prose variable dans les informations d'experts examinées par Swissmedic. Il s'agit par exemple d'informations sur les excipients, les doses maximales, les informations sur l'utilisation en cas d'insuffisance rénale ou hépatique, les informations sur l'utilisation pendant la grossesse/l'allaitement, les doses pour

⁸⁰ En particulier, les besoins des hôpitaux en matière d'informations spécialisées sous forme électronique ont fondamentalement changé ces dernières années, avec l'introduction croissante de systèmes d'information clinique et de programmes de prescription électronique, et sont devenus plus complexes.

⁸¹ Le passage du format ASCII obsolète (Galdat), qui ne pouvait pas être étendu de manière modulaire, aux enregistrements de données en format XML (INDEX) a signifié une augmentation considérable de l'efficacité et de la qualité : ces produits de données étaient orientés vers l'utilisateur, de structure modulaire et beaucoup plus complets que Galdat et les données IGM.

⁸² Dans le passé, les données contenaient essentiellement le contenu logistique et économique minimal ; aujourd'hui, en combinaison avec les systèmes informatiques des prestataires de services, elles rempliraient des fonctions centrales dans la prescription et l'application, qui seraient indispensables pour une utilisation efficace et sûre des médicaments.

les enfants⁸³, les informations sur les contre-indications et les allergies. En outre, les bases de données contenaient des informations économiques et commerciales qui étaient pertinentes pour la facturation avec les caisses d'assurance maladie, la logistique (par exemple, la question de savoir si un produit devait être réfrigéré) et les questions administratives.

102. L'ajout de telles informations non contenues dans les informations d'expert et générées par le Documed/e-ediat lui-même ne doit pas être assimilé à une assurance de qualité linguistique et éditoriale, comme cela est déjà requis pour la publication de l'IF et de l'IP (cf. marg. n° 66). Par conséquent, les index commercialisés par Documed/e-mediat en tant que "données de qualité assurée" servent également davantage à garantir un certain degré de sécurité des médicaments que la sécurité des patients que Documed/e-mediat revendique toujours, mais qui est associée à l'autorisation de Swissmedic (cf. également les marginaux n° 328 et 353 s.). De telles données permettraient d'accroître la sécurité des patients, car elles permettraient d'identifier les interactions dangereuses à l'aide de l'informatique et de prévenir les erreurs de médication (par exemple, les doses maximales).

103. HCI n'était pas prêt à renoncer au contrôle de la qualité des informations contenues dans ses bases de données.⁸⁴ Cela serait obligatoire si HCI souhaitait continuer à assurer la même qualité de données. Compte tenu de leur importance pour la sécurité des patients, il était essentiel de soumettre les informations spécialisées à un contrôle de qualité rédactionnel et technique lors de leur inclusion dans la plate-forme Internet compendium.ch et les bases de données INDEX - y compris dans le cas d'une "importation" de l'AIPS. La qualité des informations téléchargées vers l'AIPS n'a pas pu être comparée à celle du compendium, qui d'une part contenait des informations vérifiées et d'autre part était enrichi de données supplémentaires.

104. Les diverses innovations de HCI dans la distribution d'informations sur les médicaments avaient été demandées et soutenues par les fabricants de produits pharmaceutiques, même si aucune redevance spécifique n'avait été demandée pour ces innovations.

105. Le fait que la structuration et le codage de l'information sur les médicaments soient également à la charge des fabricants est démontré par le fait que l'industrie s'est volontairement déclarée prête, dans le cadre de la révision du HMG, à soumettre une proposition au processus parlementaire, les coûts étant supportés par les titulaires d'autorisation de mise sur le marché. Sur les 689 champs de données de l'ensemble de la base de données INDEX (à partir de 2016), une part importante serait à l'avenir préparée exclusivement aux frais de l'industrie.

B.4.4 Pratique documentée/médiée à partir de 2013

B.4.4.1 Accords individuels

106. Bien qu'à la suite de l'événement d'information organisé par Documed/e-ediat en septembre 2012 et de la soumission ultérieure d'offres, il y ait eu des craintes justifiées que les titulaires d'autorisations de mise sur le marché sans contrat ou sans module E1 soient supprimés des indices (cf. marges n° 88 et 325 et suivantes), cela n'a pas été fait. Au lieu de cela, de janvier 2013 jusqu'à la fin de cette pratique en septembre 2013, la mutation et la nouvelle inclusion d'informations sur les médicaments provenant de titulaires d'autorisations de mise sur le marché sans accord-cadre E1 étaient possibles sur la base d'accords individuels. e-mediat s'est engagé à inclure ou à modifier gratuitement la nouvelle inclusion ou la mutation dans les bases de données INDEX sur la base de l'accord individuel. Cependant, selon la clause 3 de l'accord individuel, e-mediat laissait entrevoir que l'inclusion ou la mutation des données pourrait prendre plus de temps qu'avec les partenaires contractuels. Cela signifiait

⁸³ Exemples de liens entre les médicaments et les informations scientifiquement évaluées et codées provenant d'institutions qui évaluent les risques de manière indépendante, qui ne sont pas ou peu incluses dans le SmPC. D'autres seraient des recommandations à utiliser en cas d'insuffisance rénale et hépatique et des ensembles de règles pour traiter les interactions chez les patients multimorbides.

⁸⁴ Pour HCI, le fait de pouvoir s'assurer que les données nouvellement enregistrées étaient, d'une part, complètes et, d'autre part, ne contenaient aucune information inexacte, était un élément fondamental d'une prestation de services prudente et responsable.

que le lancement du produit pouvait être considérablement retardé ou même [...].⁸⁵Cependant, Documed/e-mediat a également précisé que si le contrat était conclu à une date ultérieure, le service serait facturé rétroactivement.

107. Les titulaires d'un droit d'entrée qui n'avaient pas conclu de contrat ou qui avaient conclu un contrat sans le module E1 ont été informés le 19 mars 2013, entre autres, des éléments suivants

"Les services d'e-mediat ne sont pas seulement importants pour les prestataires de services, mais aussi pour les fabricants et les titulaires d'autorisations de mise sur le marché, car la préparation des données commerciales (prix, admissibilité à la caisse d'assurance maladie) et des informations spécialisées par e-mediat AG est une condition préalable décisive pour une distribution efficace et sûre des médicaments. C'est pourquoi e-mediat continuera à facturer aux titulaires d'une autorisation de mise sur le marché et aux prestataires de services la moitié des services requis à cette fin (jusqu'en 2012 via Documed).

Depuis l'arrêt du Tribunal administratif fédéral de l'été 2011, par lequel Swissmedic a levé l'obligation pour les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché de publier auprès de tiers contre rémunération, la branche est en pleine mutation. Jusqu'en 2012, il était possible de simplifier et de cofinancer la préparation des données pour les bases de données INDEX grâce aux services éditoriaux correspondants fournis par l'équipe éditoriale de Documed. Documed ne peut plus fournir un tel soutien dans les nouvelles conditions cadres, e-mediat est seul et doit en même temps gérer des ressources limitées.

Cependant, comme aucun accord-cadre "E1" n'a été conclu, une base contractuelle est nécessaire pour le traitement des données par e-mediat. Pour la nouvelle inclusion et l'intégration de votre produit dans la systématique de nos bases de données INDEX, nous avons besoin d'une attribution explicite et d'une confirmation de votre part pour attribuer un ou plusieurs pharmacodes au titulaire de l'autorisation de mise sur le marché et pour les introduire dans nos plates-formes de publication enrichies d'informations complètes conformément à nos règles et règlements et les tenir à jour. Pour cette raison, nous avons ajouté la section "Mutations" au formulaire".

B.4.4.2 Introduction du label "PAQ"

108. En mars et avril 2013, e-mediat a informé les fournisseurs de services (les éditeurs de logiciels avaient déjà été informés en janvier 2013) de l'introduction du "Label QAP" (QAP= "Quality Assurance Partnership" ; "Quality Approved"). Les informations sur les médicaments provenant des titulaires d'autorisation de mise sur le marché qui coopèrent avec Documed/e-mediat sont étiquetées comme étant de qualité approuvée. Toutefois, ce label n'a pas été ajouté aux informations sur les médicaments des partenaires contractuels de Documed/e-mediat, mais les médicaments des titulaires d'une autorisation de mise sur le marché sans contrat, qui ont affiché un IF et/ou un IP modifié sur l'AIPS, ont été marqués avec ce label jusqu'à ce que l'ajustement soit effectué dans la base de données. Dans ce cas, le PAQ a été associé à un "?", qui visait à signaler que l'assurance qualité correspondante était douteuse. Dans les lettres susmentionnées, e-mediat a précisé que l'AIPS n'est pas une plateforme d'édition et n'inclut pas la vérification des traductions. Elle a ensuite informé des principaux changements dans la qualité et l'actualité des informations disponibles suite au passage à l'AIPS. Dans la lettre du 6 mars 2013 aux prestataires de services, e-mediat a notamment déclaré ce qui suit :

"1. [...] Les médias écrits et électroniques continuent à avoir la prétention de vous fournir, en tant que prestataires de soins, des informations pratiques et de qualité sur les médicaments. La majorité des entreprises pharmaceutiques ont accepté de soutenir cette tâche dans l'intérêt de la sécurité des patients. Ces entreprises utilisent les outils logiciels fournis par Documed et travaillent directement avec notre équipe éditoriale scientifique. [...]"

⁸⁵ Plusieurs titulaires d'autorisation de mise sur le marché ont déclaré que les conséquences de la non conclusion d'un contrat étaient, entre autres, des retards dans la publication de nouvelles informations sur les médicaments ou la mutation d'informations existantes (questionnaires des titulaires d'autorisation de mise sur le marché, réponses à la question 12b).

4. *l'examen des informations sur les médicaments provenant de sociétés qui ne coopèrent pas avec nos rédactions spécialisées doit avoir lieu dans le cadre d'un processus distinct. Documed et e-mediat examinent actuellement les informations cliniques qu'ils pourraient inclure provenant de non-contractants. Des questions juridiques telles que la responsabilité des entreprises publiant des informations potentiellement non sécurisées par le biais de l'AIPS sont à l'étude. Malheureusement, les négociations visant à clarifier les droits et obligations peuvent prendre des mois supplémentaires pour les entreprises individuelles, qu'elles soient grandes ou petites.*

5 *Pour des raisons de sécurité des patients, Documed et e-mediat sont tenus d'étiqueter différemment les données sur les médicaments des partenaires contractuels et des partenaires non contractuels. Ainsi, les prestataires de soins peuvent immédiatement reconnaître si les informations provenant de Documed et e-mediat sont de qualité garantie ou si les informations de base ont été téléchargées directement par le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché. Dans le second cas, la responsabilité de l'exactitude et de l'exhaustivité des informations incombe entièrement à l'entreprise responsable. [...]*

Documed fait tout ce qui est en son pouvoir pour soutenir la sécurité des médicaments grâce à des services complets et de qualité. Toutefois, nous dépendons en fin de compte de la volonté de tous les partenaires de travailler ensemble. "

109. Dans la lettre du 25 avril 2013, des informations ont été fournies, entre autres, concernant l'introduction de l'étiquetage des informations modifiées sur les médicaments par l'étiquette [PAQ] comme suit :

"L'étiquetage doit permettre aux prestataires de soins de santé de reconnaître immédiatement si l'information a fait l'objet d'une assurance qualité par Documed et e-mediat ou si les informations de base ont été téléchargées directement par le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché dans la base de données de référence AIPS de Swissmedic. Si les titulaires de l'autorisation de mise sur le marché renoncent à l'assurance qualité de Documed et e-mediat, la responsabilité de l'exactitude et de l'exhaustivité des informations incombe uniquement à la société concernée.

Vous pouvez reconnaître un changement de statut de la qualité de l'information par la désignation [PAQ] contenue dans le nom du produit. La note signifie que des informations modifiées sont disponibles pour ce produit dans l'AIPS, mais que ces informations n'ont pas encore pu être prises en compte pour l'intégration dans les produits INDEX ainsi que www.pharmavista.net et www.compendium.ch. [...]

Heureusement, le nombre de titulaires d'autorisations de mise sur le marché qui travaillent avec nous sur l'assurance qualité a encore augmenté. Cela réduit encore le nombre de produits qui doivent être temporairement étiquetés en conséquence. "

110. Le label [PAQ ?] est apparu dans les bases de données à partir du 1er mai 2013. Des "produits similaires" étaient également liés à la même époque. Les "produits similaires" sont des produits portant la même indication, mais émis par des partenaires contractuels de Documed/e-mediat. Selon Documed/e-mediat, tous les produits sont en principe liés à d'autres produits par des systèmes de codes thérapeutiques (par exemple ATC). Par conséquent, la référence à d'autres produits existe quel que soit le statut contractuel (partenaire non contractuel ou partenaire contractuel).

111. L'étiquette était également visible dans la base de données de référence. Cependant, le référencement via Refdata est indépendant de la conclusion d'un contrat concernant l'inclusion dans les produits INDEX (E-module). Refdata dispose de toutes les données nécessaires au référencement. Cette référence figurait également sur le ticket de caisse et sur les ordonnances lors de l'achat de médicaments auprès de partenaires non contractuels du commerce de détail.

112. Suite à l'intervention de Swissmedic, le label [QAP ?] est devenu "[!]" à partir du 15 août 2013.⁸⁶ Les données non modifiées sont conservées dans le système sans note. En cas de modification des AIPS, les produits des partenaires non contractuels apparaissent dans le

⁸⁶< <http://www.e-mediat.ch/de/qap/index.php> > (dernière visite le 12 octobre 2015).

système avec une référence [!], qui est destinée à signaler aux prestataires de services que le contrôle d'interaction automatisé ne fonctionne pas ou produit éventuellement des résultats incorrects. e-mediat a informé les prestataires de services de ces récentes modifications comme suit (c'est nous qui soulignons)

"Swissmedic ne vérifie et n'approuve que les informations destinées aux spécialistes et aux patients dans une seule langue. Depuis l'introduction de cette nouvelle plate-forme, les entreprises pharmaceutiques peuvent publier tous les textes directement sur la plate-forme Swissmedic, même sans contrôle de qualité externe. Documed ne peut vérifier les textes des partenaires non contractuels qu'après leur publication sur l'AIPS.

L'examen, la systématisation et le codage des modifications apportées à la FI et à l'IP dans les bases de données INDEX sont des activités sensibles et longues qui nécessitent des ressources humaines considérables. Jusqu'à présent, 50 % des coûts ainsi engagés ont été supportés par les titulaires d'autorisation de mise sur le marché et 50 % par les prestataires de services. Le fait que certains titulaires d'autorisation de mise sur le marché ne souhaitent plus contribuer à ces coûts a nécessité un ajustement des ressources, ce qui peut entraîner des retards. A cet égard, les données des partenaires contractuels seront classées par ordre de priorité".

B.4.4.3 Enregistrement selon les besoins

113. A partir du 1er octobre 2013, la pratique des accords individuels a été abandonnée et les nouvelles admissions et les changements concernant les médicaments des partenaires non contractuels n'ont été inclus dans les indices que s'il y avait un "besoin correspondant" de la part des prestataires de services. e-mediat a informé de cette étape comme suit

"Pour la distribution de produits nouveaux ou mutés de parties non contractantes dans les bases de données INDEX, e-mediat se réserve le droit d'inclure les informations en fonction des besoins des prestataires de services".

114. Selon ce "principe du besoin", Documed/e-mediat ou, à la suite de la restructuration, HCI inclut également les nouvelles informations sur les médicaments dans les indices ou modifie les données au moment de la décision. Selon les informations fournies par les titulaires d'autorisations de mise sur le marché/ywese, cette inclusion a lieu relativement rapidement ou est retardée ou pas du tout, selon la décision prise par Documed/e-médiat.

115. Cette inclusion dans les indices ne s'est pas faite et ne se fera pas sans complications supplémentaires. Par exemple, il y a eu des incidents avec des médicaments provenant de partenaires non contractuels où certaines informations n'ont pas été incluses, comme la catégorisation de l'inscription ou non d'un produit dans la liste des spécialités de l'OFSP, c'est-à-dire s'il est couvert ou non par l'assurance de base. Et le lien avec le code pharmaceutique ne fonctionnait pas toujours bien non plus, ce qui pouvait entraîner une baisse des commandes.

116. Cependant, le facteur décisif est que Documed/e-médiat décide d'inclure ou non les données dans les produits INDEX. S'ils arrivent à la conclusion qu'il n'y a pas de demande, les données ne seront pas incluses. Cela réduit considérablement les chances de succès, en particulier lors du lancement d'un nouveau produit. Sans une présence auprès des prestataires de soins de santé, des distributeurs et des payeurs, le succès commercial d'un médicament est sérieusement compromis⁸⁷. C'est pourquoi certains titulaires d'autorisation de mise sur le marché ont également conclu un contrat.

⁸⁷ Dans ce contexte, les parties soulignent que les produits pourraient être commandés, vendus et facturés même sans la présence des données commerciales dans l'INDEX. En même temps, cependant, ils soulignent à plusieurs reprises que la présence dans la base de données INDEX [préparation des données commerciales et des informations spécialisées par HCI] est la base d'une distribution sûre et efficace, ce qui justifie le bénéfice pour l'industrie pharmaceutique et donc son obligation de contribuer.

B.4.4.4 Réglementation et financement de l'inclusion dans les indices des informations sur les médicaments concernant les produits homéopathiques et des données sur les produits non pharmaceutiques

117. Les contrats relatifs à l'inclusion d'informations qui n'ont jamais été soumises à une obligation (par exemple, les données sur les produits non pharmaceutiques), en revanche, étaient structurés de manière très différente.

118. Par exemple, un titulaire d'une autorisation de mise sur le marché ([...]) a noté ce qui suit au cours de l'entretien :

"Nous vendons de nombreux produits non pharmaceutiques (principalement des dispositifs médicaux). Ils se trouvent également dans lesdits produits INDEX et rien n'a jamais été facturé pour eux. Nous ne comprenons pas bien pourquoi il y a cette différence due à l'e-mediat, à notre avis le service est le même".

119. En revanche, [...] dispose d'un "contrat sur la diffusion d'informations sur les produits de santé sur le marché suisse" avec e-mediat concernant la "fourniture de données d'articles sur des produits non enregistrés par Swiss Health sur le marché suisse de la santé". Le traitement et l'enregistrement des informations à mettre à disposition via le formulaire de notification sont effectués moyennant une redevance de listage par produit. Les coûts sont gérables : saisie initiale du dossier 5 CHF ; entretien 3 CHF/an.

120. Sur la page d'accueil de l'e-mediat, les coûts des parapharmacies et des produits sans information spécialisée officiellement approuvée (informations sur d'autres produits pharmaceutiques) sont également déclarés. Pour les parapharmaceutiques, l'ouverture du dossier coûte 5 CHF par article et 3 CHF par article et par an pour le maintien. Les produits sans information spécialisée officiellement approuvée coûtent 50 CHF par article et par an.⁸⁸

121. Toujours en ce qui concerne les médicaments homéopathiques, pour lesquels des dispositions facilitées s'appliquent en matière d'information sur les médicaments (cf. marg. n° 28), e-mediat a poursuivi une stratégie différente pour le passage aux indices de 2013. Un titulaire d'autorisation de mise sur le marché ([...]), qui avait auparavant un contrat pour le recueil, puis en 2012 pour le forfait et également pour le référencement dans la base de données de référence, a déclaré à cet égard :

"Nous devons recevoir un projet de contrat. Nous n'avons pas reçu ce projet. Lors de notre enquête téléphonique, on nous a dit de ne pas nous inquiéter. Même sans contrat, ses recours continueraient à figurer dans le recueil en ligne. Pour les remèdes homéopathiques, il faudrait d'abord rédiger un contrat".

B.4.4.5 Gamme de services 2016

122. L'offre de Documed/e-mediat a légèrement changé depuis qu'elle a été faite en 2013. Toutefois, l'objet du contrat lui-même reste le même : l'inclusion des informations sur les médicaments dans la base de données et la diffusion ultérieure de ces données. Le téléchargement des informations sur les médicaments dans l'AIPS, d'autre part, fait désormais partie intégrante du module D.⁸⁹ Toutefois, pour les besoins de cette évaluation, l'offre de services de 2013 sera utilisée, car c'est à ce moment que le comportement à évaluer devient particulièrement apparent.

B.4.4.6 Gamme de services 2017

123. En avril 2016, le Secrétariat a été informé par les destinataires de l'enquête du nouveau modèle de tarification pour 2017. En raison de l'enquête en cours et de l'échec des négociations concernant un règlement à l'amiable (cf. paragraphe 158f.), HCI avait décidé de rendre le modèle de tarification plus basé sur les coûts à partir de 2017. En conséquence, à partir de 2017, les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché devront supporter des coûts plus

⁸⁸ <http://www.e-mediat.ch/wAssetsEmediat/bin/de/Artikelstammdaten/2014_12_16_aktuell_einlageblatt_preise_v0111_internerdruck.pdf> (dernière visite le 22 octobre 2015).

⁸⁹ <http://www.hci-solutions.ch/wAssetsHCI/bin/de/offers/industry/hci_dienstl_de_2015_v0402_ia.pdf> (dernière visite le 22 septembre 2015).

élevés au moment de la mise sur le marché d'un produit, tandis que les coûts de maintenance et de distribution des données pour les produits inchangés seront réduits.

C Historique du processus

C.1 Précisions préliminaires

124. En 2010, le Secrétariat a ouvert une enquête préliminaire sur la distribution de médicaments en Suisse. Elle se fondait sur les notifications et les rapports des titulaires d'autorisations de mise sur le marché et des entreprises de la chaîne de distribution concernant une éventuelle position dominante, un abus de cette position et des accords dans ce secteur économique. Dans ces procédures, il y avait également des indications de violations possibles de la loi sur les cartels dans le domaine de la commercialisation des informations sur les médicaments électroniques.

125. Le 30 décembre 2011, le Secrétariat a envoyé un questionnaire à e-mediat, qui portait notamment sur la diffusion de l'information sur les médicaments. Par soumission du 5 mars 2012, e-mediat a répondu au questionnaire. Le 8 juin 2012, Documed a répondu à un deuxième questionnaire dans lequel l'évolution actuelle du cadre réglementaire et l'évolution des prix de la part de Documed ont fait l'objet d'une discussion.

126. Entre le 18 janvier 2012 et le 7 décembre 2012, diverses entreprises ([...]) ont fourni des informations complémentaires. Celles-ci concernaient, d'une part, le comportement de l'e-mediat, qui aurait abusé de sa prétendue position dominante en imposant des prix déraisonnables ou en menaçant de retirer les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché de ses produits, et, d'autre part, la structure générale et le fonctionnement du marché, y compris en particulier la diffusion d'informations sur les médicaments électroniques par les maisons de logiciels. En outre, l'attention du Secrétariat a été attirée sur le fonctionnement de l'AIPS et sur la possibilité que HCI soit victime d'une concurrence déloyale lors de la procédure d'appel d'offres de l'AIPS.

127. Le 11 octobre 2012, le Secrétariat a reçu une plainte contre Documed et e-mediat. Le plaignant était ywesee, une société offrant des services logiciels et des bases de données sur le marché des soins de santé.⁹⁰ Une demande a été faite pour l'ouverture d'une procédure formelle et, en même temps, pour que des mesures de précaution soient prises contre Documed et e-mediat. La plainte et la demande étaient fondées, mutatis mutandis, sur le fait que Documed et e-mediat obligerait les titulaires d'autorisations de mise sur le marché à conclure de nouveaux contrats avec e-mediat pour l'inclusion d'informations sur les médicaments en vue de leur publication dans le recueil et de leur inclusion dans les produits Documed/e-ediat (produits INDEX), bien que ces informations sur les médicaments soient accessibles gratuitement à tous sur l'internet via l'AIPS à partir du 1er janvier 2013. Documed et e-mediat abuseraient également de leur position dominante présumée en proposant l'inclusion dans le recueil et dans l'INDEX de produits uniquement en combinaison et pour tous leurs médicaments ("bundling") et en rendant la conclusion d'un contrat pluriannuel très attrayante en raison des rabais élevés, ce qui rendrait très difficile l'entrée des concurrents sur le marché. En outre, e-mediat a menacé de retirer des produits INDEX les données des titulaires d'autorisations de mise sur le marché qui n'étaient pas prêts à conclure de nouveaux contrats. Cela serait désastreux pour le système de santé suisse, car il ne serait alors plus possible de trouver différents médicaments chez les prestataires de services, ce qui mettrait en danger la sécurité des patients et entraînerait des distorsions dans les ventes au niveau des titulaires d'autorisation de mise sur le marché, puisque les médicaments qui n'apparaissent pas dans les indices seraient remplacés par d'autres médicaments visibles dans les indices.

128. Les parties ont été informées de la réception de la demande ; elles ont présenté leurs observations le 29 octobre 2012. Dans leurs observations, les parties ont formulé diverses

⁹⁰ En particulier, grâce à sa solution logicielle oddb2xml, que la société distribue directement via <www.oddb.org>, mais aussi en tant que fournisseur de données pour d'autres plateformes (<www.just-medical.com>/<www.med-drugs.ch>, tous les sites ayant été visités pour la dernière fois le 16 septembre 2015).

demandes de procédure et de fond, notamment que la demande soit rejetée ou qu'elle ne soit pas acceptée.

129. En raison de l'absence d'exigences spécifiques pour la délivrance de mesures de précaution, notamment en raison du manque d'urgence, le Secrétariat n'a pas soumis de demande correspondante à la Commission de la concurrence. Par lettre datée du 14 décembre 2012, le Secrétariat a informé le demandeur que sa demande d'adoption de mesures conservatoires ne pouvait pas être acceptée et que, par conséquent, le Secrétariat ne soumettrait pas de demande à la Commission de la concurrence.

130. Documed et e-mediat ont commenté à plusieurs reprises la question de la commercialisation des informations sur les médicaments électroniques au cours de l'enquête préliminaire, également en dehors des questionnaires et de la déclaration sur l'application du 11 octobre 2012. En particulier, le 11 septembre 2012 et le 16 octobre 2012, les parties ont fourni des informations sur les futurs accords contractuels avec les titulaires d'autorisations de mise sur le marché après l'entrée en vigueur de l'AIPS.

C.2 Enquête

131. En raison des nombreuses allégations dans le domaine de la commercialisation des informations électroniques sur les médicaments, de l'actualité de la question suite à l'introduction de l'AIPS au 1er janvier 2013, et du fait que les enquêtes dans ce domaine étaient plus avancées par rapport aux autres éléments étudiés dans l'enquête préliminaire "Distribution de médicaments en Suisse", le Secrétariat a décidé de retirer ce domaine de l'enquête préliminaire. Le Secrétariat, en accord avec un membre du Bureau, a ouvert la présente enquête -320249 Commercialisation d'informations sur les médicaments électroniques contre Galenica, HCI, Documed et e-mediat le 6 décembre 2012.- Le Secrétariat a annoncé l'ouverture de l'enquête aux destinataires de l'enquête le 7 décembre 2012. Le 28 décembre 2012, le Secrétariat a annoncé l'ouverture de l'enquête par le biais d'une publication officielle conformément à l'article 28 du Code des obligations suisse. ⁻⁹¹

132. L'enquête doit montrer si Galenica ou HCI, Documed et e-mediat ont une position dominante dans le domaine de la commercialisation des informations électroniques sur les médicaments et s'ils abusent de cette position vis-à-vis des fabricants de produits pharmaceutiques et de leurs concurrents.

133. Au moment de l'ouverture de l'enquête, il y avait des indications de restrictions de concurrence correspondantes, peut-être inadmissibles, de la part des sociétés susmentionnées dans le domaine du traitement et de la distribution des informations électroniques sur les médicaments. En raison de leur position sur le marché, e-mediat et Documed semblaient être en mesure d'inciter les titulaires d'autorisations de mise sur le marché à nouer et à entretenir des relations commerciales concernant l'inclusion de leurs informations électroniques sur les médicaments dans les collections de données d'e-mediat. L'enquête doit également fournir des informations sur la conformité des conditions contractuelles individuelles avec le droit des ententes. Il s'agit, entre autres, de l'obligation pour les titulaires d'autorisations de mise sur le marché qui concluent un contrat concernant l'inclusion d'informations sur les médicaments électroniques dans les collections de données d'e-mediat de conclure un tel contrat pour les informations sur les médicaments de tous leurs produits. En outre, le manque d'influence des titulaires d'autorisations de mise sur le marché sur l'utilisation ultérieure de leurs données a été examiné. L'enquête visait à déterminer dans quelle mesure, entre autres, les pratiques susmentionnées entravent les concurrents aux différents niveaux. Dans ce contexte, le comportement de HCI dans le cadre de la procédure d'appel d'offres de Swissmedic concernant l'exploitation et la gestion de l'AIPS a également été examiné. Les relations verticales entre Documed/e-mediat et les éditeurs de logiciels étaient également pertinentes.

⁹¹ SOGC n° 252-130e année du 28.12.2012, numéros de notification 6995846, 6995848 et 6995850 ; BBI 2012 9833, 9833 et suivants.

C.2.1 Participation de vips et ywesee à l'enquête en tant que tiers impliqués au sens de l'article 43 KG et demande de participation d'un titulaire d'autorisation de mise sur le marché

134. Par lettre datée du 6 février 2013, vips, l'Association des entreprises pharmaceutiques suisses, a informé le Secrétariat qu'elle souhaitait participer à la procédure en tant que partie. Par lettre datée du 18 avril 2013, le Secrétariat a accordé à vips le statut de tiers sans statut de partie conformément à l'article 43, paragraphe 1, alinéa b KG.

135. Par la soumission du 21 juin 2013, le vips, en tant que tiers impliqué, a commenté les différents aspects de la procédure (enquête, sécurité du patient, mode actuel, arrangement consensuel, facilité essentielle). L'objectif était de souligner l'importance d'une plate-forme de médicaments fonctionnelle pour tous les acteurs concernés.

136. Le 31 octobre 2014, ywesee a déposé une demande d'autorisation d'intervention. Le Secrétariat a signifié la demande de statut de partie aux parties le 12 novembre 2014, et les parties ont soumis leurs commentaires dans le délai prolongé le 11 décembre 2014. Par la suite, le Secrétariat a demandé des informations supplémentaires à ywesee concernant ses activités et la manière dont le comportement faisant l'objet de l'enquête entrave la capacité de ywesee à entrer sur le marché ou à être compétitif. ywesee a soumis ses commentaires le 9 janvier 2015. Par lettre du 9 mars 2015, la demande a été rejetée et les parties ont été informées de la décision. ywesee a toutefois obtenu le droit de participer à la procédure en tant que tiers intéressé sans statut de partie au sens de l'article 43, paragraphe 1, point a), de la loi sur la concurrence.

137. Le 3 décembre 2015, le Secrétariat a reçu une demande d'un titulaire d'une autorisation de mise sur le marché pour obtenir le statut de partie conformément à l'article 43, paragraphe 1, lettre a), de la loi sur les substances chimiques. La même demande avait déjà été soumise auparavant - à savoir le 30 mars 2015 - mais a été retirée par le demandeur en raison d'éventuels désavantages de la part de Documed/e-médiat. Le 18 décembre 2015, le Secrétariat a rejeté la demande de statut de partie du titulaire de l'autorisation de mise sur le marché, car le délai de notification de 30 jours (cf. art. 28 al. 2 KG) avait déjà expiré. La publication officielle déclenchant la date limite pour toute notification a eu lieu le 28 décembre 2012.

C.2.2 Actions d'enquête auprès de divers tiers

C.2.2.1 Swissmedic

138. Le 14 mars 2013, le Secrétariat a envoyé un questionnaire à Swissmedic sur le thème de l'origine, de la mise en adjudication et du fonctionnement de l'AIPS. Swissmedic a soumis sa réponse à la demande d'information le 12 avril 2013. Le 10 décembre 2013, le secret officiel avait été levé. Le 13 novembre 2013 et le 10 décembre 2013, Swissmedic a soumis les pièces jointes en suspens.

139. Le 27 mai 2013, une discussion a eu lieu entre le Secrétariat et Swissmedic au sujet de l'AIPS. Le résumé de la discussion a été versé au dossier et envoyé à Swissmedic pour être clarifié et complété. Par lettre du 19 juillet 2013, Swissmedic a demandé à participer à la procédure, en particulier la possibilité de faire une déclaration devant la Commission. Après examen de la demande, le Secrétariat a informé Swissmedic le 1er octobre 2013 que sa demande ne pouvait pas être acceptée. Swissmedic a accepté cette décision par lettre datée du 24 octobre 2013.

C.2.2.2 Titulaires de l'autorisation

140. Entre le 28 mars 2013 et le 4 avril 2013, le Secrétariat a envoyé des questionnaires à tous les titulaires d'autorisation de mise sur le marché en Suisse (environ 300 selon la liste de Swissmedic). Les réponses à la demande d'informations ont été reçues à partir du 1er avril 2013. Entre le 30 mai 2013 et le 6 juin 2013, le Secrétariat a envoyé des rappels aux titulaires d'autorisation de mise sur le marché qui n'avaient pas encore répondu au questionnaire. Certaines entreprises ont reçu un nouveau rappel le 20 août 2013. A partir du 6 mai 2013, le Secrétariat a posé à différents titulaires d'autorisation de mise sur le marché des questions de clarification et, dans certains cas, des questions complémentaires, auxquelles il a été répondu à partir du 6 mai 2013.

141. Le 14 octobre 2013 et le 15 octobre 2013, le Secrétariat a contacté différents titulaires d'autorisations de mise sur le marché afin de clarifier les secrets commerciaux. Dans la plupart des cas, cela a été achevé en février 2014, les dernières entreprises en mai 2014.

C.2.2.3 Refdata

142. Par lettre datée du 13 juin 2013, la Fondation Refdata (voir considérant 22) a été invitée à une réunion le 4 juillet 2013. Le résumé de la réunion a été conservé dans les archives et envoyé à Refdata pour être clarifié et complété.

C.2.2.4 Maisons de logiciels

143. Le 1er juillet 2013 et le 23 août 2013, le Secrétariat a envoyé un questionnaire à des maisons de logiciels sélectionnées dans tous les canaux de distribution. Au 10 juillet 2013, le Secrétariat a reçu les réponses. Par lettre datée du 19 août 2013, le Secrétariat a envoyé des rappels aux entreprises dont les réponses étaient encore en suspens. A partir du 21 août 2014, le Secrétariat a posé des questions de clarification à certaines maisons de logiciels sur la demande d'information du 1er juillet 2013 afin de clarifier les questions en suspens, d'obtenir des informations sur les développements actuels du point de vue des maisons de logiciels et de demander des contrats ultérieurs. Les réponses ont été reçues à partir du 10 septembre 2014.

144. Le 2 juillet 2014, une réunion a eu lieu entre le Secrétariat et une maison de logiciels ([...]). Le résumé de la réunion a été conservé dans un dossier et envoyé à l'éditeur de logiciels pour être nettoyé et complété.

C.2.2.5 Participants à l'appel à propositions AIPS

145. Le 18 juillet 2013, le Secrétariat a envoyé un questionnaire à trois sociétés qui, outre HCI, avaient participé à l'appel d'offres AIPS. Les trois entreprises ont répondu entre le 1er août 2013 et le 4 novembre 2013.

C.2.2.6 Diffusion d'informations sur les drogues en Allemagne

146. Le 20 septembre 2013, le Secrétariat a interrogé deux sociétés impliquées dans la distribution d'informations sur les médicaments en Allemagne ([...]) sur le marché et les structures de distribution des informations électroniques sur les médicaments en Allemagne. Les réponses ont été reçues les 21 et 22 octobre 2013. Les questions ouvertes ont été clarifiées par téléphone et un résumé du contenu de l'entretien a été conservé dans le dossier.

C.2.2.7 Entretien avec un témoin

147. Le 20 février 2014, [...], ancien employé de HCI, responsable de l'appel d'offres AIPS et du développement des bases de données de HCI, a été entendu comme témoin concernant la participation de HCI à l'appel d'offres AIPS en présence des parties. Le procès-verbal de l'audition a été déposé.

C.2.2.8 Actions d'enquête en rapport avec l'audit du HMG

148. Au printemps 2015, le Secrétariat a demandé aux différents organes compétents (Swiss-med, le Secrétariat de la Commission des assurances sociales et de la santé et l'Office fédéral de la santé publique) des informations sur les développements dans le cadre de la révision en cours du HMG au Parlement. ywesee a également commenté la révision du HMG, mais sans demande correspondante du Secrétariat.

C.2.3 Participation volontaire de tiers à la procédure

149. Le 3 octobre 2013, le Secrétariat a reçu une notification d'une pétition de l'Association pour la pharmacie indépendante, IFAK, pour maintenir pharmINDEX. Le Secrétariat a fait part de ses commentaires à ce sujet le 24 octobre 2013. Par la suite, le Secrétariat a reçu diverses informations sur l'approche de l'IFAK en matière de collecte de signatures.

150. Le 14 octobre 2014, ywesee a déposé une requête pour fouiller les locaux, ce que le secrétaire a refusé le 17 octobre 2014, après quoi ywesee a de nouveau fait des commentaires.

151. Outre les actions d'enquête et les informations fournies volontairement par des tiers, qui sont énumérées séparément ici, le Secrétariat a reçu en permanence des informations de diverses sources sur le fonctionnement du marché, sur l'AIPS et sur le comportement de e-mediat, Documed ainsi que HCI.

C.2.4 Les actions d'enquête auprès des parties et leur participation à la procédure

C.2.4.1 Interrogatoires et demandes d'informations

152. Le 15 février 2013, le Secrétariat a convoqué [...] et [...] à comparaître devant les Parties pour des audiences prévues et tenues le 20 février 2013. Par lettre datée du 13 mars 2013, les parties ont commenté le procès-verbal publié. Le 4 avril 2013, le Secrétariat a envoyé la version révisée du procès-verbal de l'audition avec [...], que les parties ont signée et renvoyée le 22 avril 2013.

153. Par lettre du 26 juin 2013, le Secrétariat a envoyé aux parties une demande d'informations sur la structure des tarifs et des remises des modules de contrats D1, E1 et du module de base D1/E1, ainsi que sur le nombre et le chiffre d'affaires des contrats par module. Par la soumission du 2 juillet 2013, les parties ont répondu au questionnaire, après quoi le Secrétariat a précisé son questionnaire. Les parties ont répondu le 5 août 2013.

154. Dans leur communication du 10 février 2014, les parties ont demandé une consultation des prestataires de services (en particulier les pharmacies, les médecins et les hôpitaux). En raison de l'émergence de négociations sur un règlement à l'amiable (cf. marge n° 159ci-dessous), la demande a été temporairement reportée avec l'accord des parties⁹² et sera désormais traitée dans le cadre du présent arrêt (cf. marge n° 161suivants).

155. Le 27 mars 2014, le Secrétariat a envoyé à HCI, Documed et e-mediat une demande d'informations concernant tous les bilans et comptes de résultats des sociétés HCI, Documed et e-mediat pour les années 2009-2013, à laquelle les parties ont répondu le 25 avril 2014. Le 10 novembre 2015, le Secrétariat a demandé les bilans et comptes de résultats de ces sociétés pour 2014, qui ont été soumis le 18 novembre 2015.

C.2.4.2 Inspection des dossiers

156. Au cours de l'enquête préliminaire, les parties n'ont pas eu accès au dossier conformément à l'article 26, paragraphe 3 KG, malgré une demande en ce sens. Les parties ont à nouveau demandé l'accès au dossier au stade de l'enquête le 29 janvier 2013 et le 18 février 2013. Le 7 février 2013, les parties ont été informées que l'apurement des secrets commerciaux des dossiers en vue de l'inspection des dossiers n'était pas encore terminé. Par la suite, le 4 avril 2013, les parties ont reçu une mise à jour du dossier. Le 15 mai 2013, le Secrétariat a accordé l'accès électronique aux dossiers accumulés jusqu'à la fin mars 2013. Sur demande, le Secrétariat a fourni aux Parties un index actualisé des dossiers et des dossiers en suspens le 4 juin 2013. Par la soumission du 12 septembre 2013, les parties ont commenté les dossiers divulgués et ont demandé l'accès à de nouveaux dossiers dès que possible et, en ce qui concerne un document avec des expurgations, que les noms des sociétés soient divulgués ou que le dossier soit retiré des dossiers. Le 13 novembre 2013, le Secrétariat a fourni aux Parties une liste de dossiers mise à jour et a commenté les demandes faites le 12 septembre 2013. Le 17 février 2014, le Secrétariat a accordé l'accès électronique au dossier accumulé jusqu'au 15 octobre 2013. Par lettre datée du 30 avril 2014, le Secrétariat a accordé l'accès électronique au dossier accumulé jusqu'au 10 avril 2014. Ensuite, par lettre datée du 16 juillet 2014, l'accès électronique au dossier a été accordé pour les dossiers accumulés jusqu'au 5 juin 2014. Les parties ont commenté les dossiers divulgués le 11 août 2014. Par courrier électronique daté du 22 janvier 2015, le Secrétariat a accordé l'accès électronique aux dossiers accumulés jusqu'au 31 décembre 2014. Simultanément à la demande du secrétariat au titre de l'article 30, paragraphe 2, du CPC, l'accès au dossier a été accordé une nouvelle fois. Les parties ont ensuite eu accès au dossier le 1er décembre 2016.

⁹² Discussion informelle sur l'éventuelle ouverture de négociations sur un règlement à l'amiable avec les parties en date du 15.5.2014.

C.2.4.3 Participation volontaire des parties à l'enquête

157. Tout au long de la procédure d'enquête, les parties ont soumis diverses informations non sollicitées pour établir les faits. Le 22 février 2012, les parties ont soumis l'étude "Basic analysis of master data" et un projet de lettre d'information de e-médiateur aux prestataires de services concernant "Quality-Assured medicinal product information in transition (Quality Assurance Partnership (QAP))". Les 13 mars 2013, 22 avril 2013, 19 juin 2013, 2 juin 2013, 17 septembre 2013 et 16 octobre 2013, les parties ont informé le secrétariat de l'évolution du marché, en particulier de l'ajustement des contrats de Documed/e-médiateur avec les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché. Le 3 décembre 2013, les parties ont informé le Secrétariat de l'avis de certains prestataires de services (GSASA, Association suisse des pharmaciens officiels et hospitaliers) sur le marché de l'information électronique sur les médicaments et ont suggéré de réaliser une enquête auprès de tous les prestataires de services. Le Secrétariat a répondu le 17 décembre 2013, déclarant qu'une enquête auprès des prestataires de services n'était pas appropriée, car un éventuel abus de Documed/médiateur à l'encontre des titulaires d'autorisations de mise sur le marché était en cours d'investigation et une enquête auprès des prestataires de services ne pouvait pas clarifier ces questions. Par la suite, le 10 février 2014, les parties ont présenté la demande d'interrogatoire des prestataires de services susmentionnée (paragraphe 154).

C.2.4.4 Discussions avec les parties et négociations en vue d'un règlement à l'amiable

158. Le 20 décembre 2012, les parties ont été invitées à une discussion sur le fonctionnement de l'AIPS et de la base de données INDEX, ainsi que sur le comportement des parties vis-à-vis des titulaires d'autorisation de mise sur le marché qui n'avaient pas conclu de contrat avec e-médiateur et Documed. Le 13 novembre 2013, une réunion a eu lieu avec les parties pour discuter des prochaines étapes de la procédure et de l'accès au dossier.

159. A partir du printemps 2014, les parties et le Secrétariat ont discuté de la possibilité d'un règlement à l'amiable. À la suite de ces discussions naissantes, les parties ont pris position le 1er mai 2014 sur la révision actuelle du HMG et sur les développements et discussions actuels sur le marché entre les prestataires de services et les titulaires d'autorisations de mise sur le marché. Le 15 mai 2014, une première discussion a eu lieu entre les parties et le Secrétariat sur la possibilité d'un règlement à l'amiable. Une nouvelle discussion sur le thème du règlement consensuel a suivi le 14 août 2014. Le 27 octobre 2014, les parties et le Secrétariat ont signé le cadre de négociation pour un règlement consensuel. Les négociations sur le RVE ont été clôturées sans succès le 10 juillet 2015 et la procédure a été poursuivie dans le cadre de la procédure ordinaire.

C.2.4.5 Demande de récusation

160. Le 10 août 2015, HCI, e-médiateur et Documed ont déposé une demande de récusation contre plusieurs employés du Secrétariat impliqués dans la procédure. La raison invoquée pour cette demande était qu'ils avaient fait des déclarations au cours des négociations du RVE qui ont donné lieu à une apparence de partialité et que l'issue de la procédure était donc prédéterminée. Le directeur adjoint a commenté la demande le 21 août 2015 et a nié l'existence de motifs de récusation, à la suite de quoi HCI, e-médiateur et Documed ont maintenu leur demande et la récusation est devenue litigieuse. Par la suite, le 21 septembre 2015, le Président de la Commission de la concurrence, en sa qualité d'autorité de contrôle du Secrétariat, a décidé qu'il n'y avait pas lieu de récuser le dossier. Le 22 octobre 2015, HCI, e-médiateur et Documed ont déposé un recours contre l'ordonnance du président de la Commission de la concurrence auprès du Tribunal administratif fédéral. Toutefois, cette demande a été rejetée dans un arrêt du 12 février 2016.⁹³ Selon le Tribunal administratif fédéral, les autorités non judiciaires sont soumises à des exigences d'indépendance moins élevées que les personnes judiciaires.⁹⁴ En outre, il découle de l'article 29 de la loi sur la concurrence que le Secrétariat

⁹³ Arrêt du BVGer B-6830/2015 du 12.2.2016, *HCI Solutions AG et al /WEKO*.

⁹⁴ Arrêt BVGer B-6830/2015 du 12.2.2016, E. 4.3, *HCI Solutions AG et at. c. OMD*.

doit faire connaître son point de vue sur l'existence d'une restriction illicite de la concurrence.

95

C.2.5 Motion de procédure concernant l'interrogatoire des prestataires de services

161. Le 10 février 2014, les destinataires de l'enquête ont présenté une requête de procédure pour une enquête auprès des prestataires de services (notamment les pharmacies, les médecins, les hôpitaux) avec un catalogue de questions sur différents sujets. Si nécessaire, une sélection représentative de prestataires de services doit être interrogée. Suite à la motion de procédure, des efforts ont été faits pour négocier un règlement à l'amiable et de telles discussions ont ensuite eu lieu. Pour cette raison, l'examen de la motion de procédure a été reporté pour le moment (cf. marge n° 154).

162. Conformément à l'art. 39 KG en liaison avec l'art. 33 al. 1 LCA,⁹⁶ le Secrétariat doit accepter tous les éléments de preuve qui lui sont proposés s'ils semblent propres à éclaircir les faits de l'affaire. Selon la doctrine et la jurisprudence, l'art. 33, al. 1, de la loi sur la protection des consommateurs (VwVG) comporte deux exigences : La preuve offerte doit pouvoir prouver un fait qui est juridiquement pertinent par rapport aux faits de l'affaire, et la preuve offerte doit être apte à fournir cette preuve. Cela signifie que l'autorité doit accepter tout élément de preuve susceptible d'établir un fait dont l'existence dépend du fait qu'une décision doit être prise sur les faits en question d'une manière ou d'une autre.⁹⁷

163. Ensuite, les différents éléments de preuve proposés ou les questions posées aux prestataires de services sur les différents sujets doivent être examinés quant à leur pertinence et leur adéquation juridiques.

- a. "Qualité des données INDEX en général et en comparaison avec les services concurrents (variété des données, qualité et adéquation à la pratique)" :

Au cours de l'examen des faits, il a été établi que les données de l'INDEX sont de très haute qualité et qu'il n'existe pas de services concurrents comparables (cf. marge n° 55 et suivantes et 256 ci-dessous). Un interrogatoire concernant une comparaison avec des services concurrents n'est plus nécessaire, puisque l'importance des données INDEX sur le marché et donc l'éventuelle domination du marché a déjà été établie de manière juridiquement suffisante sur la base des preuves disponibles. En outre, la qualité du bien ou du service en question n'est pas pertinente pour que l'éventuel abus de position dominante soit spécifiquement examiné. Sur la base de ce qui précède, la qualité des données de l'INDEX n'est pas juridiquement pertinente pour l'évaluation de l'abus de position dominante, et dans la mesure où des preuves doivent être fournies, elles peuvent l'être par les éléments recueillis.

- b. "Importance des données INDEX dans la distribution des médicaments, par rapport à l'efficacité de la distribution et par rapport à la sécurité de la distribution des médicaments" :

L'importance de la distribution physique a été établie (voir considérants 55 et suivants). L'importance des données de l'INDEX pour la distribution physique ressort déjà des fichiers. Il n'est donc pas nécessaire de prouver à nouveau ce qui a déjà été établi.

- c. "Conséquences pour les prestataires de services si les données de l'INDEX ou des données comparables n'étaient plus proposées" :

Comme déjà décrit ci-dessus (marg. n° 51 et suiv.), les données INDEX assument une fonction centrale par leur présence dans les systèmes logiciels des prestataires de services. Comme expliqué, cela s'applique à la distribution, la consultation, la prescription, la délivrance et la facturation des médicaments. Toutefois, les relations avec les titulaires d'autorisations de mise sur le marché et les éditeurs de logiciels ont été examinées.

⁹⁵ Arrêt BVGer B-6830/2015 du 12.2.2016, E. 5.2, *HCI Solutions AG et al. c. OMD*.

⁹⁶ Loi fédérale du 20.12.1968 sur la procédure administrative (loi sur la procédure administrative, LPA ; RS 172.021).

⁹⁷ ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2013 Rz 536 s. ; BGE 135 I 187, 190 E. 2.2 ; BGE 124 I 241, 242 E. 2.

L'importance des données de l'INDEX et les conséquences si elles n'étaient plus disponibles ne sont pas juridiquement pertinentes pour les faits de l'affaire, car un comportement abusif existe quelle que soit la réponse.

- d. "Qui doit payer pour la préparation des données de l'INDEX ? Les fabricants de produits pharmaceutiques ou les prestataires de soins de santé ? Veuillez motiver votre réponse" :

Le choix du participant au processus économique qui doit financer un service est déterminé par des critères économiques objectifs et non par les sentiments subjectifs d'un participant économique. En outre, la réaction des prestataires de services est également prévisible. Il est évident que les entreprises s'efforcent de maintenir leurs coûts aussi bas que possible. Avec une telle question, il est donc clair que les prestataires de services ont identifié les titulaires d'autorisation de mise sur le marché comme étant ceux qui devraient supporter les coûts. Pour les mêmes raisons, cette question n'a pas été posée aux détenteurs d'autorisations de mise sur le marché. Afin de pouvoir évaluer la question de la prise en charge des coûts, seules les informations sur le fonctionnement du marché qui ont déjà été collectées et sur lesquelles se fonde la présente évaluation sont nécessaires. Cette question économique peut être suffisamment évaluée sur la base de l'expertise propre du Secrétariat, c'⁹⁸est pourquoi il n'est pas nécessaire d'apporter des preuves à ce sujet. Les preuves nécessaires concernant le fonctionnement du marché ont déjà été recueillies, et les preuves présentées ici n'ont pas permis de clarifier cette question et sont donc inappropriées.

- e. "Rôle des bases de données INDEX sur le maintien du devoir de diligence des prestataires de soins de santé et des fabricants de médicaments (mot-clé : sécurité des patients)" :

Le devoir de diligence des titulaires d'autorisations de mise sur le marché en matière d'information sur les médicaments est réglementé par la loi (cf. ci-dessous marge n° 193f.). Par conséquent, aucune preuve ne doit être recueillie à cet égard. Les autorités de concurrence peuvent évaluer la situation juridique sur la base de leur propre expertise. En outre, un comportement abusif est également possible dans le cadre du commerce de données sensibles et importantes.

- f. "Avantages des données de l'INDEX pour les fabricants de produits pharmaceutiques du point de vue des prestataires de soins de santé" :

Le fonctionnement du marché a déjà fait l'objet d'une enquête (par exemple, entretiens avec les titulaires d'autorisations de mise sur le marché et les sociétés de logiciels, diverses observations des destinataires de l'enquête et des tiers, auditions, etc.) On peut également se demander dans quelle mesure les prestataires de services peuvent fournir des informations sur les avantages des données INDEX pour les titulaires d'autorisations de mise sur le marché, car ils se trouvent dans une situation différente de celle des titulaires d'autorisations de mise sur le marché et ne connaissent pas les avantages sur la base de leur propre expérience. L'évaluation serait une analyse externe. L'opinion subjective des prestataires de services ne peut pas influencer de manière significative les éléments de preuve concernant la situation du marché. En outre, cet aspect de l'affaire a déjà été examiné. Il est donc laissé à la discrétion de l'autorité de ne pas accepter de nouveau les preuves proposées ou l'opinion subjective des prestataires de services ne semble pas apte à prouver ce point.

- g. "Du point de vue des prestataires de soins de santé interrogés, une base de données basée uniquement sur des sources accessibles au public (open source) pourrait-elle assurer une distribution efficace et sûre des médicaments" :

Comme déjà expliqué aux points a. -c. et e., la qualité des données et des éventuels produits concurrents n'est pas juridiquement pertinente pour l'éventuel abus de position dominante.

164. Les preuves proposées ne sont donc pas suffisantes pour satisfaire aux exigences de l'art. 33 al. 1 LCA et ne seront pas retenues. La motion de procédure est rejetée.

⁹⁸ Cf. à cet égard le jugement du BGer U 410/04 du 3.11.2006, E. 3 ; BGE 122 V 157, 162 E. 1d.

C.2.6 Demandes des destinataires de l'enquête pour mettre fin à l'enquête

165. Le 28 janvier 2016 et le 9 mai 2016, les destinataires de l'enquête ont déposé une demande d'abandon de la présente enquête. Dans les deux cas, les destinataires de l'enquête ont fondé leurs demandes d'interruption sur la révision en cours du HMG (voir marge n° 199 suivantes). Selon le nouveau règlement, les titulaires d'autorisation de mise sur le marché sont responsables de fournir le contenu légalement requis des informations sur les médicaments et doivent également supporter les coûts de leur structuration. Cet argument n'est déjà pas valable dans la mesure où les titulaires d'autorisations de mise sur le marché doivent déjà payer pour la publication et donc l'inclusion de leurs données dans l'AIPS.

166. Les demandes de résiliation ne sont pas accordées. Il ne convient pas de clore l'enquête, car une violation sanctionnable de la législation antitrust s'est produite, comme l'expliquent les considérations suivantes.

C.2.7 Envoi de la demande et des observations des parties et des tiers concernés /Processus de décision de la Commission de la concurrence

167. Le 12 mai 2016, le Secrétariat a envoyé la demande aux destinataires de l'injonction ou à leurs représentants légaux et a accordé l'accès au dossier.

168. Le Secrétariat a reçu une demande de prolongation du délai de Galenica/HCI le 6 juin 2016. Ce dernier a été partiellement accordé le 8 juin 2016 et le délai pour les commentaires a été prolongé jusqu'au 13 juillet 2016, tandis que le délai pour la désignation des secrets d'affaires et la présentation des chiffres de vente pour l'exercice 2015 n'a été prolongé que jusqu'au 20 juin 2016.

169. Le 20 juin 2016, Galenica/HCI a soumis dans les délais les chiffres de vente et une version de la demande ajustée au secret commercial. Une deuxième demande de prolongation du délai a été reçue par le Secrétariat le 7 juillet 2016. Elle a demandé une brève prolongation du délai jusqu'au 31 juillet 2016 en raison de la complexité de l'affaire et de la nécessité d'obtenir un rapport d'expertise économique en suspens. Le 8 juillet 2016, le Secrétariat a rejeté la deuxième demande de prolongation du délai, car il n'y avait pas de motifs qualifiés pour une prolongation.

170. Les observations des parties ont été déposées le 13 juillet 2016. Dans leurs observations, les destinataires de l'injonction ont demandé (1) que la procédure d'enquête soit abandonnée et (2) qu'il soit établi que HCI n'a pas de position dominante sur le marché de la publication de PI en ligne dans un ouvrage complet et sur le marché de la publication de FI imprimée et en ligne dans un ouvrage complet. Dans l'alternative (3), ils ont demandé que l'affaire soit renvoyée au Secrétariat pour une enquête plus approfondie, en particulier pour une enquête auprès des prestataires de services. Par la suite (4), ils ont demandé qu'aucune sanction ne soit imposée à Galenica et/ou HCI ou que la sanction soit massivement réduite.

171. Par lettre du 20 juin 2016, Galenica/HCI a déposé une motion de procédure visant à renoncer à la signification de la demande à ywesee (en tant que tiers impliqué) ou à obliger ywesee à garder la demande secrète jusqu'à la conclusion finale de la procédure, sous la menace de sanctions en cas de non-respect en vertu de l'art. 292 CP⁹⁹. L'application susmentionnée a été complétée le 23 juin à la demande du Secrétariat par les vips - des tiers également impliqués. Après consultation des parties et des tiers concernés, le Secrétariat a convenu avec Galenica/HCI que la demande serait soumise à commentaires après que les tiers concernés se soient engagés à ne pas rendre la demande publique. Les parties ont donné leur consentement écrit à cette procédure le 8 juillet 2016.

172. Le 27 juin 2016, le Secrétariat a invité Swissmedic à présenter ses observations. Celle-ci est arrivée le 7 juillet 2016 et ne contenait que des commentaires sur la base juridique de l'AIPS, mais aucun autre commentaire de fond sur la demande.

173. ywesee a reçu la demande de commentaires le même jour, après réception de l'engagement signé en date du 1er juillet 2016. Les commentaires ont été reçus le 13 juillet 2016. Il contenait des ajouts concernant le GTIN et le MiGel.

⁹⁹ Code pénal suisse du 21.12.1937 (StGB ; SR 311.0).

174. Après que le Secrétariat ait invité les vips à soumettre un engagement, ce dernier a renoncé à signifier la demande du Secrétariat le 4 juillet 2016 et a donc également renoncé à tout commentaire.

175. Le 6 septembre 2016, les parties ont déposé un rapport d'expertise économique. Une seconde a été déposée le 2 décembre 2016.

176. Une audition de HCI a été organisée par la WEKO le 10 octobre 2016.

177. L'audition de dr-ouwerkerk ag a eu lieu le 7 novembre 2016, et celle de ywesee le 21 novembre 2016. Le 5 décembre 2016, Christoph Bangerter, MD, ancien directeur de Documed et e-mediat, a été entendu.

178. Le 21 novembre 2016, la WEKO a demandé la soumission de tous les contrats et dispositions avec les éditeurs de logiciels de HCI qui étaient en vigueur à la fin de 2012 (quelle que soit la date de signature). HCI a soumis les documents demandés le 29 novembre 2016.

D Considérations

D.1 Champ d'application

D.1.1 Champ d'application personnel

179. À titre personnel, la loi sur les cartels s'applique aux entreprises privées et publiques (art. 2, al. 1, de la loi sur les cartels). Les entreprises au sens de la loi sur les cartels sont tous les acheteurs ou fournisseurs de biens et de services dans le processus économique, quelle que soit leur forme juridique ou organisationnelle (art. 2 al. 1bis KG). En définissant le champ d'application personnel, le CPC part donc d'une conception fonctionnelle de l'entreprise. Par conséquent, dans le cas des groupes de sociétés, les sociétés de groupe juridiquement indépendantes ne constituent pas des entreprises au sens de l'art. 2 al. 1bis LCC en raison de leur manque d'indépendance économique. Dans ce cas, le groupe dans son ensemble est considéré comme une entreprise.¹⁰⁰

180. La présente enquête est dirigée contre e-mediat, Documed et HCI. Elles sont ou étaient toutes des filiales à 100 % de Galenica, qui est également la cible de la procédure (voir la structure du groupe dans la Figure 4).

181. Un groupe existe lorsque plusieurs entreprises juridiquement indépendantes sont économiquement combinées sous une gestion uniforme pour former une entreprise globale en tant qu'unité économique.¹⁰¹ Les différentes filiales d'un groupe ne sont généralement pas considérées comme une entreprise si, premièrement, la société mère est en mesure de contrôler effectivement sa filiale et, deuxièmement, exerce effectivement cette capacité, de sorte que¹⁰² les sociétés du groupe ne sont pas en mesure de se comporter indépendamment de la société mère. Dans ces cas, selon la jurisprudence antérieure, le groupe est considéré comme une seule entité économique.¹⁰³

182. Il est clair que Galenica et HCI (ainsi que Documed et e-mediat jusqu'en 2016) sont ou étaient des entreprises juridiquement indépendantes agissant dans le processus économique en tant qu'acheteurs ou fournisseurs de biens et/ou de services. Documed et e-mediat ont également officiellement agi de concert (négociation conjointe de contrats, combinaisons de

¹⁰⁰ JENS LEHNE, dans : Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (eds.), 2010, Art. 2 KG N 27 ; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 et 341 ; BGer jugement 2C_484/2010 du 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 3, *Publigroupe SA et al./WEKO* ; BVGer jugement, RPW 2010/2, 335 E. 4.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁰¹ RPW 2011/1, 109 paragraphe 95, *SIX/Terminaux avec conversion dynamique des monnaies (DCC)* ; arrêt BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.2, *Publigroupe SA et co-participants/WEKO*.

¹⁰² Principe dit de gestion par opposition au principe de contrôle, selon lequel l'existence d'un groupe est déjà supposée si une possibilité de contrôle existe, même - et ceci par opposition au principe de gestion - si cette possibilité n'est pas effectivement exercée.

¹⁰³ Arrêt BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.1, *Publigroupe SA et co-participants/WEKO* ; arrêt BVGer, RPW 2015/3, 579, E. 27, *Swisscom ADSL II* ; arrêt BVGer du 13.11.2015, E. 2.1.2, *Bayerische Motoren Werke AG*.

leurs produits, fourniture de services mutuels, etc.), notamment dans les offres de nouveaux contrats à partir de 2013. Par conséquent, le comportement en question pourrait être attribué soit à eux conjointement, soit à HCI en tant que société de gestion de ces deux sociétés, soit à Documed, d'une part, et à e-mediat, d'autre part. À la suite de la restructuration, le 1er janvier 2016, HCI a repris les activités commerciales de Documed et e-mediat. HCI est également l'opérateur de l'AIPS, mais a précédemment externalisé cette tâche à e-mediat. Le comportement extérieur en question, qui fait l'objet de la présente évaluation, émanait et émane d'eux. Il est également concevable qu'elles s'inscrivent dans la stratégie globale du Groupe Galenica et qu'elles soient placées sous la direction de la société mère. En particulier, les diverses restructurations récentes au sein du groupe laissent penser que Galenica, en tant que société mère, a non seulement la possibilité d'exercer une influence, mais qu'elle le fait aussi, du moins en partie. L'entreprise soumise au droit des ententes est la totalité de toutes les sociétés combinées et donc le groupe dans son ensemble.¹⁰⁴

183. Il est donc établi que le Groupe Galenica est un groupe qui, dans son ensemble, répond à la définition d'entreprise au sens de l'art. 2 al. 1bis CO. Il convient de noter que la définition d'une entreprise au sens de l'art. 2 al. 1bis CO ne répond pas à la question de savoir qui est le destinataire de l'injonction (voir D.2ci-dessous).¹⁰⁵

D.1.2 Champ d'application matériel

184. D'un point de vue matériel, la loi sur les cartels couvre la conclusion d'ententes et d'autres accords de concurrence, l'exercice d'un pouvoir de marché et la participation à des fusions (art. 2 al. 1 KG).

185. Une position dominante est une forme qualifiée de pouvoir de marché.¹⁰⁶ La question de savoir si le groupe Galenica est une entreprise dominante au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la loi sur les sociétés anonymes et s'il y a restriction illicite de la concurrence au sens de l'article 7 de la loi sur les sociétés anonymes sera examinée plus loin dans le cadre de l'évaluation. Si la position dominante est affirmée, l'exercice d'un pouvoir de marché est également établi. Si une position dominante est refusée, l'examen du pouvoir de marché est obsolète, car il n'y a pas, dans ce cas, de comportement relevant du droit des ententes au sens de l'article 7 KG. Il est fait référence aux commentaires qui y sont faits.

D.1.3 Portée locale et temporelle

186. Il n'est pas nécessaire de discuter du champ d'application local et temporel de la loi sur les cartels dans ce cas, car les conditions sont manifestement remplies et les destinataires de l'injonction ne contestent pas le champ d'application local et temporel.

D.2 Destinataires de la décision

187. En particulier, si un groupe est qualifié d'entreprise au sens de la loi sur les cartels, la question se pose de savoir quelle(s) entreprise(s) de ce groupe est(sont) destinataire(s) de la commande. En effet, un groupe en tant que tel n'est pas une entité juridique de droit suisse et n'a donc pas de personnalité juridique. Toutefois, pour des raisons juridiques, le destinataire de la commande ne peut être que quelqu'un qui a sa propre personnalité juridique, ce qui signifie qu'un groupe en tant que tel ne peut être destinataire de la commande. Les destinataires de l'injonction ne peuvent être que des sociétés individuelles du groupe, c'est pourquoi il faut déterminer en dessous de quel niveau elles se trouvent.

188. Dans l'arrêt *Swisscom ADSL II*, le Tribunal administratif fédéral a déclaré en ce sens que le groupe en tant que tel ne peut pas être partie à la procédure, car il n'a pas la capacité juridique. Bien qu'il soit formellement correct d'inclure toutes les sociétés du groupe, cela n'est pas non plus approprié ; l'autorité administrative dispose plutôt d'une certaine latitude pour

¹⁰⁴ Arrêt BVGer du 14.9.2015, E. 29, *Swisscom ADSL II*.

¹⁰⁵ RPW 2004/2, 419 marge n° 56, *Swisscom ADSL*.

¹⁰⁶ Cf. RPW 2001/2, 268 al. 79, *Watt/Migros - EEF* ; Message relatif à la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, KG) du 23.11.1994, OFC 1995 I 468 (ci-après : Message KG 1995), 547 s. ; JÜRIG BORER, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 2005, art. 2 al. 14.

réduire le nombre de destinataires de la commande. En règle générale, il conviendrait d'inclure la société mère en plus des sociétés du groupe agissant concrètement, puisque la société mère a causé ou du moins toléré le comportement en violation du droit des ententes en vertu du pouvoir de gestion qui lui est conféré. En outre, des sanctions et des mesures doivent également être imposées à la société mère, car elle incarne la puissance économique du groupe. Les ¹⁰⁷mêmes déclarations figurent également dans l'arrêt rendu par la Cour administrative fédérale dans l'affaire *Bayrische Motoren Werke AG*. ¹⁰⁸

189. Selon les décisions les plus récentes du Tribunal administratif fédéral, la société mère peut donc être considérée comme le destinataire de l'ordonnance et sanctionnée dès lors qu'on peut supposer qu'il existe une relation de groupe au sens du principe de gestion. ¹⁰⁹

190. En l'espèce, outre les filiales directement concernées - Documed, e-mediat et HCI - il semble approprié de considérer la société mère, Galenica, comme le destinataire de l'injonction en raison de l'appartenance des sociétés au groupe (voir paragraphe 182) toutefois de noter que Documed et e-mediat ont été fusionnés dans HCI le 1er janvier 2016 (fusion par absorption) et que seule HCI existe désormais sur le plan juridique.

191. Les destinataires du présent arrêt sont donc à la fois la filiale du groupe HCI et Galenica en tant que société mère du groupe.

D.3 Dispositions réservées

192. La loi sur les cartels est réservée aux réglementations qui ne permettent pas la concurrence sur un marché de certains biens ou services, en particulier les réglementations qui établissent un marché d'État ou un ordre de prix et celles qui accordent des droits spéciaux à des entreprises individuelles pour l'accomplissement de missions publiques (art. 3 al. 1 KG). La loi ne couvre pas non plus les effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle. En revanche, les restrictions à l'importation fondées sur des droits de propriété intellectuelle sont soumises à l'appréciation de cette loi (art. 3 al. 2 CO).

D.3.1 Règles relatives à la fourniture d'informations sur les médicaments

193. En 2008, la Commission de la concurrence avait déjà traité la question d'une éventuelle réglementation réservée en matière d'information sur les médicaments dans le cadre de la décision sur la publication de l'information sur les ¹¹⁰Elle est notamment parvenue à la conclusion que les exigences suivantes *pour les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché sont* fixées au niveau des lois et des ordonnances, mais que celles-ci ne constituent pas une réserve au sens de l'art. 3 al. 1 de la loi sur la concurrence dans ce cas précis :

- Devoir de prudence dans la manipulation des produits thérapeutiques (art. 3 HMG) ;
- Obligation de fournir des informations sur les médicaments dans le cadre de la procédure d'autorisation de mise sur le marché (art. 11, al. 1, let. f HMG) ;
- Swissmedics est responsable de la procédure d'autorisation et de la décision d'autorisation (art. 16 HMG) ainsi que de la description plus détaillée des documents à présenter dans le cadre de la demande d'autorisation (art. 11 al. 3 HMG) ;
- Obligation du demandeur de mettre le résumé des caractéristiques du produit en vigueur, approuvé par l'Institut [Swissmedic], à la disposition des personnes autorisées à prescrire, délivrer ou utiliser ces médicaments de manière appropriée, le résumé des caractéristiques du produit devant satisfaire aux exigences de l'annexe 4 de l'ordonnance sur l'autorisation des médicaments (art. 14 AMZV) ;
- Obligation de mettre les informations sur les patients à la disposition des personnes autorisées à prescrire, délivrer ou utiliser des médicaments à usage humain (art. 15 AMZV ; exigences selon les annexes 5 et suivantes de l'AMZV) ;

¹⁰⁷ Arrêt BVGer, RPW 2015/3, 585 E. 68 ff, *Swisscom ADSL II*.

¹⁰⁸ Arrêt BVGer du 13.11.2015, E. 2.1.2, *Bayerische Motoren Werke AG*.

¹⁰⁹JOST (note de bas de page 100), n° de marge 725, est d' accord.

¹¹⁰ Cf. RPW 2008/3, 390 paragraphes 47 et suivants. *Publication d'informations sur les médicaments*.

- La signification de l'expression "mettre à disposition de manière appropriée" n'est pas définie plus précisément dans le règlement relatif à l'autorisation de mise sur le marché. Toutefois, il ressort clairement des annexes 4 et 5 du règlement relatif à l'autorisation de mise sur le marché qu'il doit s'agir d'une publication.

194. Ces fondements juridiques n'ont pas fondamentalement changé depuis l'évaluation de l'époque. Les directives de Swissmedic, qui précisent plus en détail les exigences en matière de publication, ont été modifiées (cf. les commentaires en marge n° 28ss.), mais ne constituent pas une réserve au sens de l'art. 3 al. 1 CO. Sur la base des directives de Swissmedic, les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché doivent désormais publier les informations sur les médicaments sur l'AIPS. Cette publication sur l'AIPS respecte pleinement l'obligation légale des titulaires d'autorisation de mise sur le marché.¹¹¹ La publication est réglementée de manière exhaustive par les directives de Swissmedic. En outre, étant donné que la présente affaire concerne la commercialisation de l'information sur les médicaments et non la publication sur l'AIPS en tant que telle, la question de savoir si HCI s'est vu accorder des droits spéciaux pour le fonctionnement de l'AIPS conformément à l'article 3, paragraphe 1, sous b), du code suisse des obligations peut être laissée en suspens.

195. La commercialisation ultérieure des informations sur les médicaments n'est pas réglementée par le Journal Swissmedic ni par d'autres dispositions légales. Toutefois, il est à noter que les informations contenues dans le système AIPS représentent les données de base pour un affinement ultérieur et que celles-ci sont mises gratuitement à la disposition des affineurs de données.¹¹²

D.3.2 Dispositions relatives aux obligations de contrôle et de responsabilité au niveau des prestataires de services

196. Au niveau des prestataires de services, il existe des devoirs d'inspection et de diligence dans la manipulation des médicaments (art. 3 et art. 26 HMG). Ces devoirs de soins se réfèrent aux règles reconnues de la science médicale et pharmaceutique. *En ce qui concerne les médecins, le Tribunal fédéral déclare ce qui suit (bien que cela puisse également s'appliquer à d'autres prestataires de services) : "Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les devoirs de soins du médecin sont généralement basés sur les circonstances de l'affaire individuelle, à savoir le type d'intervention ou de traitement, les risques associés, la marge d'appréciation et d'évaluation dont dispose le médecin, ainsi que les moyens et l'urgence de la mesure médicale".*¹¹³ Afin de respecter ces obligations, les prestataires de services ont besoin, entre autres, des informations pertinentes sur les médicaments. C'est pourquoi, de l'avis du législateur et de Swissmedics, celles-ci doivent également être mises gratuitement à la disposition du public. Toutefois, ces devoirs de vérification et de diligence ne concernent pas la publication des informations sur les médicaments en tant que telles ou toute commercialisation en aval de ces données.

197. Toutes les dispositions susmentionnées ne constituent pas une réserve au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la loi sur les cartels en ce qui concerne la commercialisation des informations sur les médicaments, qui exclurait l'application de la loi sur les cartels.

198. Le¹¹⁴Tribunal fédéral et la Commission de la concurrence se sont¹¹⁵déjà penchés sur la protection des droits d'auteur de FI et PI. C'est pourquoi on peut se référer à cette question et affirmer qu'il n'existe pas de dispositions réservées au sens de l'art. 3, al. 2 KG.

¹¹¹ Journal Swissmedic 12/2012, p. 1203 s.

¹¹² Journal Swissmedic 12/2012, p. 1203.

¹¹³ BGE 134 IV 175, 177 E. 3.2.

¹¹⁴ BGE 134 III 166, 169 E. 2.

¹¹⁵ RPW 2008/3, 386 Rz 75 ff, *Publication d'informations sur les médicaments*.

D.3.3 Excursus : révision en cours du HMG

199. Le 7 novembre 2012, le Conseil fédéral a adopté le projet de révision du HMG et rédigé un message.¹¹⁶ Le Conseil national a traité la révision lors d'une session spéciale en mai 2014 (Session 2014 Ia) en tant que premier Conseil. Le Conseil des États a traité le projet de loi lors de la session d'hiver 2014 (Session 2014 IV) en tant que deuxième Conseil. La décision du Conseil des États étant différente de celle du Conseil national, le projet de loi est revenu au Conseil national pour une révision sur les différences dans la session extraordinaire de mai 2015 (Session 2015 Ia). Le Conseil des États a ensuite traité à nouveau le projet de loi lors de la session d'automne 2015 (Session 2015 III). Il n'a toujours pas été possible de parvenir à un accord entre les Conseils. Lors de la session d'hiver 2015 (Session 2015 IV), le Conseil national a de nouveau pris une décision différente du résultat du vote au Conseil des États.

200. Toutefois, l'article 67 E-HMG, qui a été révisé par le Conseil national et qui concerne l'information du public et donc aussi l'étendue et la structure de la publication, a été adopté par le Conseil des États en tant que deuxième chambre lors de la session d'automne 2015, ce qui a permis de dégager un consensus à cet égard. La procédure législative est terminée. L'Assemblée fédérale a adopté la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (loi sur les produits thérapeutiques, LPT), modification du 18 mars 2016. La période référendaire expire le 7 juillet 2016. Après adoption par le Parlement, les dispositions d'application nécessaires devraient être rédigées au printemps 2017.

201. Selon la version adoptée, à l'avenir, une fondation sera chargée de rendre accessible l'information sur les médicaments à la place de Swissmedic et pourra déterminer l'étendue et la structure de l'information sur les médicaments à publier (art. 67 al. 3, 4 et 5 HMG). À la suite de la révision, la portée et la structure des informations à fournir par les IF pourraient donc changer. Toutefois, comme auparavant, seules les informations sur les médicaments (ou les informations relatives à la sécurité des patients) seront couvertes par cette disposition. L'affinement des données en aval de la publication via la Fondation ne sera toujours pas réglementé par la loi, pas plus que l'utilisation d'autres données (de nature commerciale, non pharmaceutique, etc.) ou l'utilisation d'un label d'état.

202. Les obligations des titulaires d'autorisation de mise sur le marché qui ne sont pas encore entrées en vigueur ne sont pas pertinentes pour cette étude, car les obligations de l'actuelle loi sur les produits thérapeutiques sont centrales. La loi actuelle sur les produits thérapeutiques stipule dans quelle mesure et dans quelle structure les titulaires d'autorisations de mise sur le marché doivent fournir des informations actualisées sur les médicaments, et que leur obligation est donc épuisée.

D.3.4 Conclusion

203. Sur les marchés à évaluer ici, il n'existe pas de réglementation qui ne permette pas la concurrence. La réserve de l'art. 3 al. 1 et 2 KG n'est pas non plus invoquée par les parties.

D.4 Comportement illégal des entreprises dominantes

204. Les entreprises dominantes se comportent illégalement si, en abusant de leur position sur le marché, elles empêchent d'autres entreprises d'entrer en concurrence ou de l'exercer, ou si elles désavantagent l'autre partie du marché (art. 7, al. 1 KG). L'article 7, paragraphe 2, du Code civil énumère des exemples de ce type de comportement, en vertu desquels il convient d'examiner au cas par cas si le comportement visé à l'article 7, paragraphe 2, du Code civil constitue une entrave ou un désavantage au sens de l'article 7, paragraphe 1, du Code civil.¹¹⁷

¹¹⁶ Message concernant la modification de la loi sur les produits thérapeutiques, FF 2013 1 ss ; projet de loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (loi sur les produits thérapeutiques, HMG), FF 2013 131 ss.

¹¹⁷ ATF 139 I 72, 103 s. E. 10.1.2, *Publigroupe SA et autres /WEKO*.

D.4.1 Remarques préliminaires sur les questions de droit de la preuve (en particulier sur l'évaluation et la mesure des preuves)

D.4.1.1 Évaluation des preuves

205. Dans les procédures d'administration des ententes, le principe de la libre appréciation des preuves s'applique (art. 39 KG en liaison avec l'art. 19 VwVG et, mutatis mutandis, l'art. 40 BZP¹¹⁸). Les autorités de concurrence décident si elles considèrent qu'un fait est prouvé, en dehors de toute règle de preuve et uniquement en fonction de leur opinion personnelle fondée sur un examen consciencieux des preuves. Pour apprécier les éléments de preuve, ils doivent examiner et évaluer leur force de persuasion au cas par cas à la lumière des circonstances spécifiques, sans être liés par des règles juridiques ou guidés par des approches schématiques. En conséquence, les autorités de concurrence évaluent les preuves sur la base de leurs propres convictions et en tirent également des conclusions, sans être liées par des règles de preuve rigides. ¹¹⁹¹²⁰Cela inclut - bien sûr - la possibilité de fournir des preuves au moyen de preuves circonstanciées,¹²¹ en soulignant que les preuves circonstanciées ne sont pas des preuves de "moindre degré", mais qu'elles peuvent tout aussi bien répondre aux exigences de la norme de preuve.

D.4.1.2 Mesure de preuve

206. En ce qui concerne la norme de preuve qui doit être respectée dans les procédures administratives antitrust¹²² ordinaires, on peut dire ce qui suit :

207. En principe, dans les procédures administratives, les preuves sont réputées avoir été fournies si l'autorité est convaincue de la réalisation de la circonstance juridiquement pertinente,¹²³ une certitude absolue n'étant pas nécessaire à cet effet, ¹²⁴ce qui devrait être largement conforme à la norme de preuve dite standard en droit civil et à la norme de preuve appliquée en droit pénal.¹²⁵

208. Toutefois, dans certains domaines du droit administratif ou en ce qui concerne certains faits, cette norme de preuve est réduite par dérogation au principe susmentionné et il suffit pour la preuve qu'un fait existe seulement, mais néanmoins, avec une probabilité écrasante. ¹²⁶À juste titre, même dans le cas d'infractions au droit des ententes menacées de sanctions, aucune preuve stricte ne peut être exigée pour les circonstances factuelles dont l'établissement au moyen d'une preuve stricte n'est pas possible ou n'est pas raisonnable en raison de

¹¹⁸ Loi fédérale du 4.12.1947 sur la procédure civile fédérale (BZP ; RS 273).

¹¹⁹ C'est le cas, bien qu'en ce qui concerne la libre appréciation des preuves en droit pénal, par exemple BGE 133 I 33, 36 et suivants. E. 2.1.

¹²⁰ Au lieu de cela, BSK KG-Beat ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN (n. 100), art. 30 KG N 99 ; BSK KG-Stefan BILGER (n. 100) art. 39 KG N 62.

¹²¹ Voir par exemple MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, "Si unus cum una..." : Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114-121, 116.

¹²² Il en va de même pour les procédures d'octroi de mesures conservatoires.

¹²³ Voir, par exemple, le jugement 2A.407/2002 du 29.11.2002, E. 3 du Tribunal fédéral concernant l'égalité.

¹²⁴ Voir, par exemple, l'arrêt du Tribunal fédéral 2A.500/2002 du 24.3.2003, E. 3.5 concernant le droit fiscal ; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Demande de rénovation concrète de la Bibliothèque nationale suisse (BNS)*. Voir également AMSTUTZ/KELLER/REINERT (note 121), 118 avec d'autres références ; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, dans : *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Waldmann/Weissenberger (eds.), 2009, art. 12 VwVG N 214 avec d'autres références.

¹²⁵ L'arrêt du Tribunal fédéral 6B_748/2011 du 31.5.2012 montre clairement que même en droit pénal, il n'y a pas d'exigences exagérées, c'est-à-dire purement scientifiques, en matière de preuve.

¹²⁶ Au lieu de cela, KRAUSKOPF/EMMENEGGER (fn 124), dans : *Kommentar VwVG*, Art. 12 VwVG N 216.

la nature de l'affaire. C'est régulièrement le cas, en particulier, des connaissances économiques et des développements et situations hypothétiques.¹²⁷ exigences minimales auxquelles les preuves dans les procédures administratives en matière d'ententes menacées de sanctions doivent en principe satisfaire sans entrer en conflit avec diverses garanties procédurales, y compris celles découlant de la CEDH, ont été clarifiées par les plus hautes juridictions. C'est pourquoi de plus amples explications sont ici obsolètes et on peut se référer à l'arrêt du Tribunal fédéral et à des arrêts plus récents du Tribunal administratif fédéral dans le cas de *Swisscom ADSL II* et dans le cas de *BMW*.¹²⁸

D.4.2 Position dominante

209. Les entreprises occupant une position dominante sur le marché sont définies comme des entreprises individuelles ou plusieurs entreprises qui, en tant que fournisseurs ou clients sur un marché, sont en mesure de se comporter dans une large mesure indépendamment des autres acteurs du marché (concurrents, fournisseurs ou clients) (art. 4 al. 2 KG).

210. Pour déterminer si une entreprise occupe une position dominante, il est nécessaire non seulement de tenir compte des données relatives à la structure du marché, mais aussi d'examiner les dépendances spécifiques.¹²⁹

D.4.2.1 Dominance du marché

211. Documed/e-mediast ou HCI ne pourront pas se comporter dans une mesure significative indépendamment des autres acteurs du marché s'ils sont confrontés à une concurrence réelle et/ou potentielle suffisamment forte. Afin d'examiner cette question, il faut d'abord définir le marché pertinent. Par analogie avec l'article 11, paragraphe 3, du VKU¹³⁰, cette évaluation se fait sur la base d'un produit et d'une composante géographique. L'avis de la contrepartie du marché est décisif pour la définition du marché.

D.4.2.1.1 Les marchés concernés

D.4.2.1.1.1 Oppositions au marché

212. Comme déjà mentionné (cf. marg. n° 48), Documed/e-mediast et HCI sont actifs dans le domaine du raffinement des données, c'est-à-dire le traitement des données économiques et scientifiques nécessaires à la distribution, la délivrance et la facturation des médicaments. Les informations sur les médicaments publiées sur l'AIPS ainsi que d'autres informations pertinentes pour la distribution des médicaments sont enregistrées, structurées, codées (cf. marg. n° 44 suivants pour les différentes étapes de perfectionnement) et mises à disposition dans des formats spécifiques à l'usage des acheteurs d'ensembles de données affinés.

D.4.2.1.1.1.1 Prestataires de services, distributeurs et payeurs

213. Les contreparties du marché qui présentent un intérêt dans le casu sont les consommateurs de produits de données pour la distribution, la prescription, la délivrance et la facturation des produits pharmaceutiques.

214. Les produits de données servent à paramétrer et à informatiser les processus de commande entre les grossistes et les détaillants ("chaîne d'approvisionnement" ; marge n° 47) et les payeurs dans le cadre de la vérification de leurs factures. Les produits de données sont

¹²⁷ Il convient ici de citer à titre d'exemple la pratique constante du droit civil, selon laquelle, malgré la norme de preuve standard qui s'applique en principe en droit civil, la causalité tant naturelle qu'hypothétique ne doit être prouvée qu'avec une prépondérance de probabilité (exemple ATF 132 III 715, 720 ss. E. 3.2 m.w.H.).

¹²⁸ BGE 139 I 72, 91 f. E. 8.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, cf. également E. 9.2.3.4 de cet arrêt, selon lequel cela s'applique spécifiquement aussi à la définition du marché ; arrêt BVGer, RPW 2015/3, 602 E 4.3.c). 160 et suivants. *Swisscom ADSL II* ; confirmé dans l'arrêt du CAA du 13.11.2015, E. 3.11.3, *Bayerische Motoren Werke AG*.

¹²⁹ Message du 7 novembre 2001 relatif à la modification de la loi sur les cartels, BBl 2002 2022 (ci-après : Message relatif à la loi de 2003), 2045.

¹³⁰ Ordonnance du 17.6.1996 sur le contrôle des concentrations entre entreprises (VKU ; RS 251.4).

utilisés par les prestataires de services dans le cadre de la prescription effective de médicaments, de conseils, de l'exercice de leur devoir de diligence et de contrôle et des processus de facturation, entre autres. Ces utilisateurs des collectes de données sont la contrepartie sur le marché des raffineurs de données, c'est-à-dire les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs (voir également les commentaires en marge n° 38 et suivants et 55 et suivants).

D.4.2.1.1.1.2 Maisons de logiciels

215. En outre, les raffineurs de données sont confrontés aux maisons de logiciels qui proposent des systèmes d'administration de cabinets médicaux, des systèmes de marchandises et des systèmes économiques, etc. aux mêmes groupes de clients (prestataires de services, distributeurs et payeurs) (n° de marge 51 suivants). Dans la distribution des données traitées aux prestataires de services, aux distributeurs et aux payeurs, qui est pertinente ici parce qu'elle est prédominante en Suisse, les collectes de données ne sont pas directement accessibles, mais circulent dans le système informatique respectif. Là, selon le produit logiciel, différentes informations sont extraites et intégrées dans la solution logicielle (cf. également les marges n° 44 suivantes et 51 et suivantes ainsi que les commentaires sur les sociétés de logiciels au B.3.3). Les éditeurs de logiciels offrent diverses fonctions aux utilisateurs finaux des données. Les éditeurs de logiciels, pour leur part, ont des relations contractuelles avec les responsables du traitement des données concernant l'utilisation des données et les interfaces correspondantes. Par conséquent, les entreprises de traitement de données et les éditeurs de logiciels sont également des adversaires sur le marché en ce qui concerne l'intégration des bases de données dans les solutions logicielles. Toutefois, l'utilisation de la base de données par les éditeurs de logiciels diffère de celle des prestataires de services, des distributeurs et des payeurs, car les premiers n'utilisent pas les données eux-mêmes mais les exigent comme base de leur propre produit.

D.4.2.1.1.1.3 Titulaires de l'autorisation

216. Jusqu'à la fin de 2012, les titulaires d'autorisations de mise sur le marché demandaient et payaient exclusivement la publication de leurs informations sur les médicaments et donc formellement seulement leur inclusion dans le recueil. À l'époque, Documed proposait ce service pour répondre à l'obligation légale de publication des titulaires d'autorisation de mise sur le marché (marge n° 65). Depuis 2013, les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché ne peuvent remplir leur obligation de publication que sur l'AIPS et l'offre de Documed à cet égard n'est plus nécessaire. Comme c'était le cas jusqu'au passage à l'euro en 2013, il n'y aurait toujours pas eu de demande d'inclusion d'informations sur les médicaments dans les indices Documed/e-médiateur si celles-ci avaient été reprises de l'AIPS (au lieu du Compendium) et intégrées et affinées dans les ensembles de données Documed/e-médiateur en fonction des besoins des prestataires de services, des distributeurs et des payeurs, comme c'était le cas auparavant gratuitement (marg. n° 7, 68s. et 74).

217. En créant l'AIPS, Swissmedic n'avait pas l'intention d'affecter la position de l'e-médiateur, c'est-à-dire l'unité commerciale officiellement impliquée dans le raffinage des données. Au contraire, elle a supposé que l'AIPS pourrait améliorer encore les produits de l'e-médiateur et, plus généralement, de tous les raffineurs de données possibles, puisque l'AIPS mettrait gratuitement à la disposition de l'e-médiateur toutes les informations sur les médicaments, ce que Documed ne pouvait pas faire avec le Compendium¹³¹.

218. À partir de 2013, cependant, les titulaires d'autorisations de mise sur le marché ont été confrontés à une nouvelle offre. Documed/e-médiateur a refusé de reprendre les données de l'AIPS et a proposé aux titulaires d'autorisations de mise sur le marché d'inclure les mêmes informations sur les médicaments dans leurs ensembles de données, moyennant une redevance. Les titulaires d'autorisations de mise sur le marché, même si tous ne le font pas volontairement, deviennent maintenant des demandeurs et en même temps des contreparties du marché pour l'inclusion des informations sur les médicaments dans les indices Documed/e-médiateur.

¹³¹ Cf. fn 36.

219. Les destinataires de l'enquête ont affirmé à plusieurs reprises au cours de la procédure que les titulaires d'autorisations de mise sur le marché avaient également intérêt à être représentés dans les indices et qu'ils devaient donc supporter une partie des coûts. Les destinataires de l'enquête sont également d'avis que Documed/e-médiateur, avec ses indices, a une fonction de plate-forme entre les titulaires d'autorisations de mise sur le marché et les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs. L'existence d'une fonction de plate-forme est examinée dans le cadre de la définition du marché (cf. D.4.2.1.8).

220. Ensuite, dans un premier temps, le marché sera délimité vis-à-vis des prestataires de services, des distributeurs et des payeurs et la position de Documed/e-médiateur sur ce marché sera évaluée. Ensuite, le marché sera délimité vis-à-vis des titulaires d'autorisation de mise sur le marché et la position de Documed/e-médiateur sur ce marché sera évaluée avant d'analyser si ces marchés sont des marchés "ordinaires" (un fournisseur et un acheteur) ou s'il existe un marché dit "biface" (un fournisseur et deux groupes d'acheteurs).

D.4.2.1.2 Le marché pertinent concernant les contreparties de marché des prestataires de services, des distributeurs et des unités de coût ainsi que des éditeurs de logiciels

D.4.2.1.2.1 Marché de produits concerné

221. Le marché de produits comprend tous les biens ou services qui sont considérés comme substituables par l'opposant au marché en ce qui concerne leurs caractéristiques et leur destination (art. 11 al. 3 let. a VKU, qui doit être appliqué ici par analogie). Le facteur décisif est de savoir si, du point de vue de l'adversaire sur le marché, les biens et les services sont en concurrence les uns avec les autres. Cela dépend de la question de savoir si les clients considèrent qu'ils sont substituables en ce qui concerne leurs caractéristiques et l'utilisation prévue. Le facteur décisif est donc l'*interchangeabilité fonctionnelle* (concept de marché de la demande) des biens et des services du point de vue de la contrepartie du marché. En outre, il existe d'autres méthodes pour déterminer l'interchangeabilité des biens et des services du côté de la demande. Ce faisant, l'objet de l'enquête doit toujours être pris comme point de départ.¹³²

222. Dans le cas présent, il est logique d'utiliser l'offre d'e-médiateur aux prestataires de services, aux distributeurs et aux payeurs, décrite dans la marge n° 44 et suivantes, comme point de départ pour la définition du marché. Sur la base de ces explications, des *informations sur les médicaments sont demandées pour la distribution, la prescription, la délivrance et la facturation des médicaments, ce qui peut donc être considéré comme la définition la plus large possible du marché de produits en cause.*

223. Les informations correspondantes peuvent maintenant être obtenues par la contrepartie du marché en principe sous diverses formes et par divers canaux : imprimées dans les médias imprimés correspondants, en ligne à partir de diverses sources (pages de référence, sources primaires) ou agrégées sous forme de collections de données affinées et lisibles par machine qui permettent l'exécution de certaines activités spécifiques à l'utilisateur sur la base de l'informatique.

224. Sur la base de ce qui précède, la question se pose donc de savoir si, du point de vue de la contrepartie de marché, les collectes de données imprimées ou les collectes de données électroniques (partielles) mises à disposition via des bases de données accessibles au public constituent des alternatives aux bases de données consultables via une solution logicielle qui permet d'effectuer diverses activités sur une base informatisée.

D.4.2.1.2.1.1 Obtenir des informations sur les médicaments dans la presse écrite

225. En ce qui concerne le travail avec la presse écrite, le Compendium a longtemps été à l'avant-garde, notamment dans le domaine de la profession médicale, puisqu'il a été distribué gratuitement à 34 000 prestataires de services, conformément aux directives émises par Swissmedic à l'époque. Le Compendium a été publié pour la dernière fois en 2013 et deviendra donc de plus en plus dépassé et non pertinent pour le travail quotidien (en particulier des

¹³² Dans l'ensemble : ATF 139 I 72, 93 s. E. 9.2.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

médecins). Lors du passage à l'AIPS, Swissmedic a explicitement décidé de renoncer à l'exigence d'une publication imprimée. En particulier, l'information sur les médicaments, qui est particulièrement importante pour assurer la sécurité des patients, n'est donc plus disponible sous forme imprimée. Bien que certains ensembles de données (partiels) puissent également être commandés sous forme imprimée (par exemple, la liste des spécialités, MiGeL), ces ensembles de données ne contiennent qu'une partie des informations requises par les acheteurs. En se procurant exclusivement de telles publications imprimées, les prestataires de services ne peuvent pas remplir leur obligation de diligence de manière exhaustive ou seulement moyennant des frais supplémentaires considérables, et les fonctions remplies par un ensemble de données affiné vont au-delà des ensembles de données (partiels) disponibles dans les médias imprimés.

226. On peut en conclure que les utilisateurs de la presse écrite consulteront de plus en plus les pages de référence électroniques en complément ou passeront complètement à celles-ci à l'avenir, et que la presse écrite ne remplace pas les enregistrements de données raffinés et lisibles par machine.

D.4.2.1.2.1.2 Obtention d'informations sur les médicaments à partir d'ensembles de données non raffinées (sources primaires).

227. Si les fournisseurs de services, les distributeurs et les payeurs ont accès à l'Internet, ils ont accès aux informations nécessaires sur les médicaments. La commande et la distribution de médicaments se font essentiellement par le biais de listes de commande. Contrairement au travail avec une solution logicielle, dans laquelle des collections de données agrégées sont incorporées et grâce à laquelle la réalisation de diverses activités sur la base de l'informatique est rendue possible, lors de l'obtention de l'information, toutes les informations doivent être compilées manuellement à partir d'une grande variété de sources (liste de spécialités, Refdata, AIPS, etc.). Certaines informations commerciales telles que le numéro de TVA Non. doit être demandée et collectée directement auprès des titulaires d'autorisation de mise sur le marché.

228. Si les différentes fonctions, qui sont rendues possibles par le logiciel correspondant dans lequel les informations sur les médicaments sont introduites, sont également incluses dans l'évaluation, les différences deviennent encore plus claires. L'utilisation des données et les avantages qui en résultent pour les acheteurs ont déjà été expliqués ci-dessus (cf. marg. n° 55). En résumé, on peut dire qu'un logiciel qui fonctionne sur la base de données affinées et lisibles par machine fournit une ou plusieurs caractéristiques concrètes et individualisées aux prestataires de services, au distributeur ou au payeur (comme un dossier électronique du patient) et celles-ci sont liées aux informations sur les médicaments et sont également liées à la gestion des stocks et aux ventes. Ces processus nécessitent des données affinées et lisibles par machine.

229. On peut supposer que les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs qui travaillent avec des systèmes informatiques voudront continuer à utiliser leurs systèmes existants, étant donné que des investissements ont déjà été réalisés à cet égard et que les avantages des produits logiciels en termes d'efficacité sont connus et que les flux de travail sont conçus en conséquence.¹³³ Ces utilisateurs ne sont pas prêts à travailler exclusivement avec des données qui peuvent être consultées en ligne ou via la presse écrite, mais qui ne sont pas automatiquement réutilisées. Ils s'en tiendront à leurs processus (déjà depuis longtemps) supportés par voie électronique et veulent essentiellement effectuer autant d'étapes de travail électronique qu'auparavant et demander les collectes de données correspondantes.

¹³³ Cf. également le résultat de l'analyse de base des données de base (marg. n° 157), qui, en ce qui concerne la question de savoir si les concurrents de l'e-médicament offrent une alternative aux produits INDEX, conclut qu'il serait regrettable du point de vue hospitalier que l'"état de la technique" se dégrade et que le statu quo devrait au moins être maintenu si possible. En outre, l'analyse de base conclut qu'il n'existe pas d'autres bases de données disponibles pour les hôpitaux. L'abandon des données raffinées au profit de données non raffinées signifierait une perte de qualité encore plus importante a minori ad maius et ne représenterait pas un substitut.

Les processus centraux doivent continuer à fonctionner de manière électronique et sur la base de données affinées.¹³⁴

230. Ce qui précède amène à la conclusion que le passage des recherches manuelles à partir de diverses sources à une solution logicielle peut être considéré comme une alternative, mais que le passage d'une solution logicielle à des recherches manuelles à partir de diverses sources n'entraîne pas la perte des fonctionnalités spécifiques à l'utilisateur du logiciel. Pour les fournisseurs, les distributeurs et les payeurs qui utilisent déjà des systèmes électroniques, les données non raffinées et non lisibles par machine ne sont pas des substituts. Cette conclusion est également étayée par l'augmentation générale de l'utilisation des aides électroniques et par les tendances et les efforts de la Confédération et des cantons dans le domaine de la santé en ligne.¹³⁵Dans sa pétition, l'Association IFAK qualifie également de "laborieuses" les recherches qui doivent être menées si les données ne sont pas disponibles sous une forme affinée et lisible par machine. En outre, cela impliquerait un "effort administratif renouvelé".

D.4.2.1.2.1.3 Conclusion

231. On peut donc supposer que la contrepartie du marché, c'est-à-dire les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs, demandent des données traitées et lisibles par machine dans le cadre des activités informatiques, ce qui permet de supposer qu'il existe un *marché de produits* correspondant pour les *données traitées et lisibles par machine relatives aux informations sur les médicaments*.

232. Les éditeurs de logiciels ont besoin pour leur service de données raffinées sous forme lisible par machine, auxquelles leurs logiciels peuvent accéder en fonction de la fonction souhaitée. Leurs logiciels et interfaces sont adaptés à ces bases de données et il n'est pas possible d'utiliser le logiciel sans données. Les éditeurs de logiciels doivent fournir aux utilisateurs finaux des données traitées et lisibles par machine, c'est pourquoi ils exigent eux-mêmes ce produit de base, à condition qu'ils ne souhaitent pas apparaître eux-mêmes sur le marché en tant que sous-traitants de données¹³⁶. On peut donc supposer qu'il existe un marché pour les *données traitées et lisibles par machine relatives à l'information sur les médicaments en ce qui concerne les maisons de logiciels partenaires du marché*.

D.4.2.1.2.2 Marché géographique en cause

233. Le marché géographique comprend la zone dans laquelle la contrepartie du marché demande ou offre les biens ou services composant le marché de produits (art. 11 al. 3 let. b VKU, applicable ici par analogie).

234. Les conditions-cadres du système de soins de santé sont définies par la législation nationale. Il en résulte diverses particularités nationales en ce qui concerne l'information sur les médicaments, sa publication et sa langue (voir également D.3). En outre, les médicaments font l'objet d'une licence spécifique pour la Suisse, ce qui signifie que les ensembles de données contenant des informations sur les médicaments doivent tenir compte des circonstances nationales et que les ensembles de données comparables provenant de l'étranger ne peuvent pas être substitués. Une délimitation linguistique plus étroite et régionale serait également envisageable, puisque les utilisateurs des données la demandent principalement dans une seule langue. En revanche, les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché sont tenus de publier les informations sur les médicaments en allemand, français et italien sur l'AIPS. La structure des informations sur les drogues est également prédéfinie indépendamment de la langue et sera identique pour les différentes langues dans des bases de données affinées. On peut donc supposer que le coût de la fourniture de données complètes, affinées

¹³⁴ Sur la nature de la distribution des données et le rôle des maisons de logiciels dans le système prévalant en Suisse en ce qui concerne la liberté de choix de l'acquéreur par rapport aux données, voir B.3.3.

¹³⁵ Selon les audits, c'est précisément la préparation à la santé en ligne qui a conduit à une forte expansion des données structurées et donc à une poussée du développement d'indices, suivie de l'introduction de systèmes cliniques.

¹³⁶ Cf. marg. n° 53 sur les différents types de distribution.

et lisibles par machine, en plusieurs langues au lieu d'une seule, est relativement faible. Les produits INDEX sont donc également distribués dans toute la Suisse.

235. On peut donc supposer qu'il existe un *marché national* pour les données traitées et lisibles par machine.

D.4.2.1.3 évaluation du marché

236. Il convient d'examiner au cas par cas si l'e-mediat/Documed ou HCI peut se comporter indépendamment des concurrents, des fournisseurs ou des clients au sens de l'art. 4 al. 2 KG. Ils ne peuvent pas se comporter de manière indépendante s'ils sont confrontés à une concurrence actuelle ou potentielle suffisamment forte. Toutefois, la position sur les marchés en amont, en aval ou voisins doit également être prise en compte.¹³⁷

237. Jusqu'en 2008, les informations sur les médicaments ne pouvaient être publiées que par le biais du compendium Documed. Comme les directives de Swissmedic prévoyaient une obligation correspondante, Documed a pu se positionner comme un partenaire incontournable dans le secteur de la santé. La position dominante sur le marché en cause a déjà été établie par la Commission de la concurrence (voir note 63). L'entrée sur le marché de ywesee n'a guère¹³⁸ modifié la position de Documed au cours des années suivantes, car seuls les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché qui n'étaient pas tenus de publier des informations spécialisées et étaient donc autorisés à publier purement par voie électronique ont pu se soustraire à cette obligation.

238. En tant que société sœur, e-mediat était la seule entreprise à avoir accès aux données collectées par Documed (informations sur les médicaments), qu'elle a reprises à ce dernier pour CHF [...] par an. En outre, elle a elle-même collecté des données en tant qu'opérateur de la base de données de référence.¹³⁹ Ces données et d'autres ont été regroupées par e-mediat et proposées à Galdat (paragraphe 49). Avec ce produit, e-mediat est devenu le premier et le seul fournisseur de collections complètes d'informations sur les médicaments pour la distribution et la délivrance de médicaments. Le système de distribution et de délivrance des médicaments en Suisse, qui repose en grande partie sur des données électroniques agrégées et affinées, s'appuie sur ces collectes de données de l'e-mediat. La base de leur structure est le "Pharmacode", qui est attribué par e-mediat et est devenu entre-temps l'identifiant dans les systèmes (cf. marg. n° 21). Seuls les développements futurs du marché montreront dans quelle mesure le GTIN remplacera le Pharmacode. Dans tous les cas, le Pharmacode continuera à être maintenu par e-mediat jusqu'à nouvel ordre.

239. Comme expliqué ci-dessus, il existe une demande de données agrégées et affinées, lisibles par machine, au niveau des fournisseurs de services, des distributeurs et des payeurs, ainsi que des éditeurs de logiciels. En raison de l'évolution historique, seul l'e-mediat a été actif sur ce marché pendant une longue période. Les éditeurs de logiciels ont donc adapté leurs systèmes et interfaces à la structuration et au codage de l'e-mediat et au code pharmaceutique.

D.4.2.1.3.1 Concurrence actuelle

240. Jusqu'en 2012, avec Galdat, e-mediat était le seul fournisseur d'une base de données complète, affinée et lisible par machine pour les informations sur les médicaments. Toutefois, si l'on examine les offres de données d'autres fournisseurs, on constate qu'aucune fonctionnalité comparable n'était et n'est encore possible sur la base de celles-ci, car leurs données ne sont pas affinées dans les mêmes qualités/formes, quantités et profondeurs que celles de Galdat ou des produits INDEX. Cette évaluation de la situation du marché est toujours détenue par les destinataires de l'enquête.¹⁴⁰

¹³⁷ RPW 2004/2, 436 paragraphes 130 et suivants, *Swisscom ADSL*.

¹³⁸ Résultats des questionnaires des titulaires d'autorisation de mise sur le marché, question 3.

¹³⁹ Cf. marge n° 71 et suivantes et marge n° 22 pour les données contenues dans la base de données de référence.

¹⁴⁰ "En particulier, ywesee GmbH n'est pas active dans le domaine du codage et de la structuration d'informations sur les médicaments accessibles au public dans une base de données lisible par machine, comme le fait e-mediat AG avec ses produits INDEX". Voir également le paragraphe 266.

241. Toutefois, étant donné que l'introduction de l'AIPS devait également créer une nouvelle dynamique sur le marché (cf. B.1.3), l'évolution qui a suivi l'introduction de l'AIPS sera examinée plus en détail ci-dessous : À peu près au même moment que le lancement de l'AIPS, une plate-forme a été mise en place par dr-ouwerkerk ag avec just medical/médicaments, cofinancée par les titulaires d'autorisations de mise sur le marché individuelles, qui représente actuellement peut-être un concurrent aux produits INDEX. Les informations sur les médicaments sont fournies par ywesee. La base de données comprend une interface qui permet, par exemple, l'intégration dans un site web.¹⁴¹ Ces fournisseurs regroupent les données accessibles au public dans une base de données et proposent ces données affinées sous forme lisible par machine aux prestataires de soins de santé (en particulier les médecins). Cela signifie que seules les informations sur les médicaments (et le MiGeL¹⁴²) sont disponibles, mais pas, par exemple, les données sur les produits non pharmaceutiques. Même si l'on supposait que les données de Just-Medical/Med-Drugs ou ywesee pourraient être utilisées via les programmes communs des maisons de logiciels établies, la concurrence actuelle ne serait pas suffisamment importante pour avoir une influence disciplinaire sur Documed/e-Mediat. dr-ouwerkerk ag a cessé ses activités de préparation de données en 2014.

242. Au moment où l'offre a été faite en ce qui concerne les contrats transitoires pour 2012, Documed a supposé qu'elle avait une couverture de marché de plus de 90 % avec les produits INDEX. On peut supposer que les < 10 % restants n'étaient pas encore passés à des solutions logicielles à l'époque et que cette proportion était plus faible au moment de la décision de la WEKO. Documed/e-mediat souligne également le caractère indispensable de leurs produits INDEX en insistant sur le fait que les produits INDEX répondent à un besoin des prestataires de services qui ne peut être satisfait que par les données INDEX.¹⁴³ Ils déclarent également à plusieurs reprises que le marché serait très bien contestable si leur produit était reproduit.

243. En outre, les facteurs suivants plaident contre la concurrence actuelle entre les raffineurs de données :

- a. Le Groupe Galenica a intégré verticalement la chaîne de valeur de la distribution des médicaments et la diffusion des informations correspondantes sur les médicaments (voir note 10). Les sociétés du Groupe Galenica sont actives à tous les niveaux du marché, certaines d'entre elles occupant une position forte sur le marché.¹⁴⁴ Ces entreprises continueront à acheter des produits INDEX.
- b. En particulier, la distribution physique des médicaments dépend des sociétés du Groupe Galenica, c¹⁴⁵est pourquoi une coopération en matière d'information sur les médicaments avec un partenaire de Galenica pourrait sembler avantageuse pour les prestataires de services.
- c. HCI dispose de ressources financières plusieurs fois supérieures à celles des autres concurrents grâce aux revenus qu'elle tire des licenciés.¹⁴⁶

¹⁴¹< http://typo3.ouwerkerk.interway.ch/fileadmin/user_upload/PDF/80822_factsheet_meddrugs_de.pdf> (dernière visite le 21.9.2015).

¹⁴² Cependant, selon l'analyse de base des données de base (cf. note en marge 157), la liste des données MiGel n'est pas liée aux produits.

¹⁴³ Cf. n.a. ci-dessus les informations de la partie Documed/e-médiat aux prestataires de services et aux titulaires d'autorisations de mise sur le marché, marge n° 80 et suivantes. Dans ce contexte, voir également la pétition de l'IFAK, marge n° 149.

¹⁴⁴ Cf. dernièrement : RPW 2015/3, 370 marginal no. 79, *distribution de médicaments en Suisse concernant l'objet partiel de la pré-vente - arrêt de l'approvisionnement par Alloga AG*.

¹⁴⁵ Le plus grand pré-grossiste, Alloga AG, et le plus grand grossiste, Galaxis AG, appartiennent tous deux au groupe Galenica (cf. figure 3 et les commentaires dans RPW 2015/3, 366 et 368 paragraphes 32 et 46, *Distribution de médicaments en Suisse concernant la sous-question de pré-grossiste - arrêt de l'approvisionnement par Alloga AG*). Cf. également la déclaration de décision de Galaxis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft concernant la distribution physique des médicaments, qui sera bientôt publiée dans RPW.

¹⁴⁶ ywesee ne dispose pas d'une puissance financière similaire à celle du groupe Galenica.

- d. La position sur le marché de Documed et de l'e-mediat s'est développée depuis longtemps. Documed/e-mediat et HCI sont donc depuis longtemps un partenaire indispensable dans le secteur des soins de santé (cf. marg. n° 28 et suivants et 65 et suivants). Outre leurs relations commerciales avec les titulaires d'autorisations de mise sur le marché, les éditeurs de logiciels et les acheteurs des bases de données INDEX et du compendium, la quasi-totalité des bases de données primaires externalisées sont également exploitées par e-mediat.
- e. La taille de la base de données Documed/e-mediat ou HCI n'est pas facilement reproductible.
- f. La distribution vers et via les maisons de logiciels est plus difficile pour les autres fournisseurs, car tous les fournisseurs existants de solutions logicielles dans le domaine de l'information sur les médicaments (sauf ywesee lui-même) coopèrent avec Documed/e-mediat ou HCI (contrôle de l'interface). Actuellement, aucune autre interface n'est disponible¹⁴⁷, les coûts du passage sont élevés (pour les coûts de passage de Galdat aux produits INDEX, voir note 148) et l'utilisation de la structure de la base de données pour d'autres bases de données est dans certains cas contractuellement interdite pour les maisons de logiciels (voir marge n° 360 suivantes).
- g. Les éditeurs de logiciels ont dû faire face à des coûts d'investissement élevés lorsqu'ils sont passés de Galdat aux produits INDEX.¹⁴⁸ Ces coûts doivent d'abord être amortis avant qu'un éventuel changement de fournisseur de données puisse être envisagé.

244. Le nombre de prestataires de services, de distributeurs et de payeurs travaillant avec Documed/e-mediat confirme la conclusion selon laquelle ils sont en position dominante sur le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments :

¹⁴⁷ Selon [...], aujourd'hui et depuis le passage à la base de données INDEX, presque tous les éditeurs de logiciels travaillent exclusivement avec une interface orientée vers le Pharmacode et les données INDEX. Quelques maisons de logiciels offrent encore la possibilité de mettre à jour les données via IGM.

¹⁴⁸ Questionnaires maisons de logiciels, question 9.

Tableau 1: Liste du nombre de contrats INDEX et estimation de la part de marché

	nombre de contrats ¹⁴⁹	Estimation de la part de marché
Pharmacies	1'790	100.0 % ¹⁵⁰
Hôpitaux	373	100.0 % ¹⁵¹
Médecins en exercice	16'000	89.9 % ¹⁵⁰
Drogueries	324	57.8 % ¹⁵²
Maisons	84	100.0 % ¹⁵⁰
Grossistes	22	100.0 % ¹⁵³
Les compagnies d'assurance maladie	69	100.0 % ¹⁵¹
Maisons de logiciels	156	non disponible

Source : Liste du Secrétariat ; chiffres selon les sources.

245. Il est donc établi qu'il n'y a, si tant est qu'il y en ait, qu'une concurrence réelle très limitée sur le marché des données traitées et lisibles par machine relatives aux informations sur les médicaments.

D.4.2.1.3.2 Concurrence potentielle

246. Pour que les concurrents potentiels aient un effet disciplinant sur les entreprises actives sur le marché, il faut d'une part une probabilité suffisante d'entrée sur le marché, qui doit également pouvoir se faire suffisamment rapidement. D'autre part, l'entreprise candidate doit être de taille suffisante pour assurer le bon fonctionnement de la concurrence.¹⁵⁴

247. ywesee tente depuis un certain temps de concurrencer le groupe Galenica dans le domaine de l'information sur les médicaments (cf. paragraphe 29). Après que la publication d'informations sur les médicaments ait été théoriquement¹⁵⁵ possible avec ywesee, ce dernier a également tenté de s'établir vis-à-vis des prestataires de services. Elle y est parvenue en tant que fournisseur de niche dans le domaine des médecins (cf. marg. n° 266).

248. Étant donné que les obstacles à la concurrence actuels mentionnés dans la marge n° 243, il ne faut pas s'attendre à une modification de la situation concurrentielle dans un avenir prévisible. En effet, les facteurs supplémentaires suivants sont généralement défavorables à l'entrée sur le marché ou à un développement de l'offre actuelle : En raison de la législation nationale dans le secteur des soins de santé et en particulier en ce qui concerne l'information sur les médicaments, l'entrée sur le marché de sociétés internationales semble peu probable. Le nouveau règlement juridique adopté par les Conseils lors de la consultation approfondie (art. 67 du GME ; cf. marg. n° 199 suivants) entraînera également une modification significative

¹⁴⁹< http://www.documed.ch/wAssetsDocumed/bin/de/2014_12_16_Doc_Folder_Dienstl_de_2015_Apo_v0307_interactive.pdf> (dernière visite le 19 octobre 2015).

¹⁵⁰ Office fédéral de la statistique, Santé, 2014 (nombre de pharmacies : 1 764 ; nombre de médecins exerçant en libéral : 17 804 ; nombre de maisons de retraite et de soins : 1 580, bien que selon l'Interpharma - cf. fn 152- seules une cinquantaine de maisons possèdent leur propre pharmacie).

¹⁵¹ Office fédéral de la santé publique, Faits et chiffres, 2014 (nombre d'hôpitaux : 293 ; nombre d'assureurs maladie : 60).

¹⁵² Interpharma, Gesundheitswesen Schweiz, édition 2015, p. 39 (nombre de drogueries : 561).

¹⁵³ Les cinq plus grands grossistes pharmaceutiques (Galaxis AG, Amedis, Voigt, Unione Farmaceutica et PharmaFocus) couvrent 95 % du marché.

¹⁵⁴ RPW 2011/4, 632 paragraphe 729, ASCOPA.

¹⁵⁵ En raison de l'obligation d'impression - une option correspondante a été offerte exclusivement par Documed sous la forme du recueil - un contrat avec Documed était inévitable jusqu'en 2012 pour les produits comportant des informations spécialisées, qui publiaient alors les informations sur les médicaments sous forme imprimée et en ligne dans un ouvrage complet (voir également RPW 2008/3, p. Rz 11 et suivantes, *Publication des informations sur les médicaments*).

du cadre juridique. Les tâches décisives seront transférées à une fondation, et diverses questions concernant la mise en œuvre par la fondation sont encore ouvertes¹⁵⁶. Tant que le cadre juridique n'est pas clarifié et que la structure concrète n'est pas définie, les investissements semblent peu probables.

249. Il n'y a donc pas de concurrence potentielle qui aurait une influence disciplinaire sur le Groupe Galenica.

D.4.2.1.3.3 Déclaration de Galenica Ltd et HCI sur la situation concurrentielle sur le marché des données traitées et lisibles par machine relatives aux informations sur les médicaments

250. En général, les parties font valoir que les marchés en cause sont caractérisés par la concurrence en matière d'innovation, les effets de réseau et la concurrence "pour" le marché, ce qui tend à aboutir à un résultat "le gagnant remporte tout". HCI occupe une position de leader sur le marché, mais n'est guère protégée de manière pertinente pour la concurrence par des coûts de conversion et des verrouillages, et ne peut en aucun cas se comporter dans une mesure substantielle indépendamment des autres acteurs du marché. [...] sa position sur le marché est vulnérable aux changements réglementaires. Le fait que les concurrents actuels jouent un rôle plutôt insignifiant n'a rien à voir avec les barrières à l'entrée sur le marché ou avec d'autres avantages asymétriques du HCI relevant du droit des ententes. La raison de leur succès était la concurrence sur le fond et non un comportement restrictif (par exemple par le biais des clauses contractuelles mentionnées par le Secrétariat). Ce n'est pas pour rien que les maisons de logiciels ont mis en doute la qualité des données provenant d'autres fournisseurs de données. Si une entreprise concurrente était prête à investir dans la même mesure dans un service de rédaction spécialisé, une organisation commerciale et une gestion professionnelle, l'entrée sur le marché devrait être possible sans problème. Comme il s'agissait d'un marché de niche avec des perspectives de profit limitées et que HCI offrait ses services de haute qualité et à des prix modérés, personne n'avait apparemment été prêt à faire les investissements nécessaires dans le passé.

251. Le fait qu'il n'y ait pas de concurrence sur ce marché n'a rien à voir avec des barrières à l'entrée ou une position inattaquable du HCI, mais peut être justifié par le fait qu'il s'agit d'un marché de niche économiquement insignifiant avec des perspectives de profit plafonnées.

252. Sur la base des recherches de WILLI¹⁵⁷, il était clair que HCI occupait une position de leader sur le marché en ce qui concerne les offres de données spécifiques aux groupes d'utilisateurs. La position d'un leader du marché ne doit cependant pas être confondue avec une position dominante au sens de l'art. 4 al. 2 de la loi sur la concurrence, car une entreprise dominante devrait pouvoir se comporter de manière significative indépendamment des autres acteurs du marché, alors qu'un leader du marché est limité dans sa marge de manœuvre. La préparation de données structurées est un monopole naturel contestable.

253. Les arguments des parties sont indifférenciés par rapport aux marchés et peuvent ne pas être convaincants. La Commission de la concurrence partage l'avis des parties selon lequel la concurrence sur le marché des données traitées et lisibles par machine relatives aux informations sur les médicaments devrait, le cas échéant, prendre la forme d'une concurrence pour l'innovation, comme c'est généralement le cas dans le secteur électronique. Cependant, la WEKO conteste que la concurrence pour le marché soit en jeu. L'existence même de différents clients (médecins, pharmacies, hôpitaux, etc.) ayant des exigences différentes plaide en faveur de différentes solutions spécifiques possibles de la part de plusieurs prestataires, qui peuvent exister côte à côte dans la concurrence. C'est le cas en Allemagne, par exemple. Contrairement aux marchés en amont (pour la publication de FI et PI, chacune en ligne dans un ouvrage complet, à garantir aujourd'hui via l'AIPS), il n'existe pas de monopole naturel contestable sur le marché considéré.

¹⁵⁶En raison du manque de transparence concernant le modèle d'IHM qui prévaut actuellement et pour lequel une approche a déjà été tentée sans succès avec l'AIPS, on peut également se demander dans quelle mesure des problèmes tels que ceux examinés ici peuvent être prévenus et contrés à l'avenir par une réglementation juridique qui soit à nouveau claire en soi.

¹⁵⁷ Analyse de base des données de base (cf. marge n° 157).

254. Le fait que même HCI reconnaisse qu'elle joue un rôle de leader sur le marché et que les concurrents éventuels jouent un rôle insignifiant ne signifie rien d'autre, dans ce contexte et en relation avec les déclarations ci-dessus, que le fait que HCI est dominante au sens de la loi sur les cartels. Il se peut que l'offre d'autres concurrents potentiels soit insuffisante. Toutefois, les raisons pour lesquelles il n'y a pas de concurrent sont secondaires à la constatation d'une position dominante. Le fait est que seule HCI est active sur ce marché depuis des années.

255. *Ad abundantiam*, on peut également mentionner que Galenica a agi de manière indépendante à plusieurs reprises, que ce soit pour le lancement de produits INDEX, la structuration des relations contractuelles avec les maisons de logiciels ou la suppression du format IGM lors du transfert de Galdat à INDEX, etc. sans limiter sa marge de manœuvre.¹⁵⁸

D.4.2.1.4 Résultat intermédiaire

256. La Commission de la concurrence a établi que le groupe Galenica, par l'intermédiaire de ses filiales Documed, e-mediat et HCI, détient une position dominante sur le marché des données traitées et lisibles par machine relatives aux informations sur les médicaments.

D.4.2.1.5 Le marché pertinent en ce qui concerne la contrepartie commerciale des titulaires d'une autorisation de mise sur le marché

D.4.2.1.5.1 Marché de produits concerné

257. Le marché de produits comprend tous les biens ou services qui sont considérés comme substituables par l'autre partie au marché en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (article 11, paragraphe 3, point a), du VKU, qui s'applique par analogie ici).

258. Document/médiat offrent aux titulaires d'autorisations de mise sur le marché la conclusion d'un contrat pour l'inclusion de leurs informations sur les médicaments dans leurs ensembles de données (indices). En même temps, Documed/e-mediat offre également un certain nombre d'autres services dans le cadre de son catalogue de services qui ne sont pas liés à "l'inclusion dans la base de données" en termes de contenu, mais qui ne peuvent être réservés indépendamment de celle-ci. *Prima vista*, le principal marché factuellement pertinent concerne l'accès aux ensembles de données électroniques que les fournisseurs de services consultent ou utilisent. Documed/e-mediat offre aux titulaires d'une autorisation de mise sur le marché un moyen de mettre les informations sur leurs médicaments à la disposition des prestataires de soins, des distributeurs et des payeurs. Le marché en cause est donc le *marché de l'accès aux ensembles de données électroniques relatives aux informations sur les médicaments pour les prestataires de soins de santé, les distributeurs et les payeurs*.

259. La transmission électronique d'informations sur les médicaments par les titulaires d'autorisations de mise sur le marché en dehors de ce canal électronique ne constitue pas un véritable substitut, car les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs sont intéressés par un travail électronique complet qui fonctionne ou est compatible avec leur logiciel appliqué et qui n'est pas uniquement axé sur des informations individuelles distinctes sur les médicaments. Seul Documed/e-mediat offre la possibilité de mettre toutes les informations sur les médicaments à la disposition des prestataires de services, des distributeurs et des payeurs sous la forme qu'ils souhaitent et dont ils ont besoin, à savoir par le biais d'indices (cf. marg. n° 256). Il est donc essentiel que les titulaires d'autorisations de mise sur le marché soient inclus dans les ensembles de données documentaires/médias. Même si les titulaires d'autorisations de mise sur le marché sont légalement tenus de télécharger les informations sur les médicaments dans l'AIPS, cela n'est pas suffisant pour la représentation dans les index e-mediat. L'AIPS n'est pas utilisé par Documed/e-mediat comme source principale d'information sur les médicaments (voir également la figure 4), car ils refusent d'inclure les données de l'AIPS. De plus, contrairement à la base de données Documed/e-mediat, l'AIPS ne contient pas de données affinées. M.a.w. les données sur l'AIPS n'ont été ni combinées avec d'autres informations provenant d'autres sources primaires (par exemple la liste des spécialités), ni

¹⁵⁸ Voir les paragraphes 48, 49, 360.

structurées et codées (cf. marg. n° 44suiv.). Ainsi, le marché de produits en cause peut être défini comme le marché de l'accès aux ensembles de données électroniques concernant les informations sur les médicaments.

260. Les parties soutiennent que le marché de produits en cause devrait être défini plus largement et devrait inclure la préparation et le contrôle des données ainsi que l'enregistrement et la maintenance d'ensembles de données électroniques et, en même temps, l'utilisation d'une infrastructure établie.

261. Contrairement aux déclarations des parties concernant l'étendue du marché de produits en cause vis-à-vis des licenciés, la Commission de la concurrence est d'avis que les éléments d'accès avancés ainsi que le type de distribution des données requises par les clients et donc la distribution via ou la coopération avec presque tous les éditeurs de logiciels ne sont pas des critères de définition du marché, mais des caractéristiques de l'offre spécifique de l'e-médiateur et font donc partie du problème de position sur le marché.¹⁵⁹

D.4.2.1.5.2 Marché géographique en cause

262. Comme les informations concernent des médicaments autorisés en Suisse, le marché géographique pertinent doit être défini au niveau *national*. Pour la justification, on peut se référer à la marge n° 233et suivantes.

D.4.2.1.6 évaluation du marché

D.4.2.1.6.1 Concurrence actuelle

263. Dans le cadre des programmes qu'ils utilisent, les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs demandent l'accès aux informations sur les médicaments sous la forme fournie par Documed/e-médiateur - les index¹⁶⁰. Seul Documed/e-médiateur propose actuellement ce formulaire. En outre, l'interface avec les éditeurs de logiciels est contrôlée par Documed/e-médiateur (interface propriétaire ; cf. également ci-dessus, paragraphe 243, f), de sorte qu'aucun autre processeur de données ne pourrait distribuer sa base de données via les mêmes éditeurs de logiciels. Afin d'être représentés dans cette base de données, les indices, qui est demandée par les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs, les titulaires d'autorisation de mise sur le marché demandent l'accès à cette base de données. Seul Documed/e-médiateur peut garantir cet accès. C'est pourquoi Documed/e-médiateur détient une part de marché de 100 % pour les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché qui souhaitent garantir aux prestataires de services, aux distributeurs et aux payeurs l'accès à leurs données affinées et lisibles par machine (voir considérant 242). La domination du marché est donc donnée.

D.4.2.1.6.2 Concurrence potentielle

264. Tant que Documed/e-médiateur occupe une position dominante sur le marché des données traitées et lisibles par machine relatives aux informations sur les médicaments et que l'interface avec les maisons de logiciels n'est pas divulguée, il n'y a pas de concurrence potentielle, car les barrières à l'entrée sur le marché sont trop élevées (cf. marg. n° 246et suivants).

D.4.2.1.6.3 Déclaration de Galenica Ltd et HCI sur la situation concurrentielle sur le marché de l'accès aux ensembles de données électroniques relatives aux informations sur les médicaments

265. Outre les explications fournies au point D.4.2.1.3.3 concernant leur position vulnérable sur le marché, les parties font valoir que le Secrétariat ignore le fait que HCI est également soumis aux effets disciplinaires des contreparties du marché [...]. HCI ne peut poursuivre ses activités que si ses bases de données sont complètes, de bonne qualité et à jour, si ses

¹⁵⁹ La situation du marché en Allemagne, par exemple, est différente à cet égard. Diverses offres de plusieurs raffineurs qui sont également actifs comme raffineurs de données se côtoient (cf. marg. n° 61).

¹⁶⁰ Dans ses commentaires, HCI part également du principe qu'une concurrence réelle existe du fait de la possibilité de reproduire son produit existant (voir considérant 132).

données sont lisibles par machine et si ses produits sont toujours innovants. Les titulaires d'autorisations de mise sur le marché sont conscients de la contrainte d'exhaustivité qui pèse sur le HCl et disposent donc d'une puissance commerciale considérable. C'est d'autant plus considérable que l'entreprise pharmaceutique en question est grande. Pour cette seule raison, HCl n'est pas en mesure de se comporter indépendamment des autres acteurs du marché.

266. Malgré l'exigence d'exhaustivité, les Documed/e-mediat ont pu se permettre la perspective de supprimer les titulaires d'autorisations de mise sur le marché des ensembles de données. En même temps, ils disent eux-mêmes que sans leurs produits, une distribution sûre et efficace ne serait pas possible, et c'est là qu'ils voient le grand avantage d'une présence dans les données INDEX pour les titulaires d'autorisations de mise sur le marché. Compte tenu du fait qu'actuellement et à court terme, aucune offre concurrente a) n'est disponible et b) ne peut être distribuée, la Commission de la concurrence assume une position dominante de e-mediat/Document¹⁶¹. En ce qui concerne ywesee mais aussi les autres offres prétendument concurrentes, HCl énumère elle-même les lacunes de leur offre par rapport à la sienne¹⁶². Le fait que le ywesee jouisse d'une certaine demande auprès des médecins ne permet pas, selon la Commission de la concurrence, de conclure que le Documed/e-mediat est soumis à des effets disciplinaires (cf. supra paragraphe 249). Ainsi, les parties déclarent également que celui qui remporte le concours d'invention et d'innovation - ou qui peut présenter une nouvelle offre convaincante, par exemple pour les hôpitaux de taille moyenne ou pour les chaînes de pharmacies - "prend" souvent la quasi-totalité du marché en cause en peu de temps.

D.4.2.1.7 Résultat intermédiaire

267. Par le biais de ses filiales Documed, e-mediat et HCl, le Groupe Galenica occupe une position dominante sur le marché de l'accès aux ensembles de données électroniques relatives aux informations sur les médicaments.

D.4.2.1.8 Marché biface

268. La question se pose maintenant de savoir si les marchés définis précédemment doivent être chacun définis comme des marchés "normaux" (un groupe de fournisseurs et un groupe de demandeurs) ou s'il existe un marché dit "biface" (un groupe de fournisseurs et deux groupes de demandeurs). Dans la deuxième situation, Documed/e-mediat remplirait une fonction de plateforme.

269. La Commission de la concurrence a déjà traité à plusieurs reprises des questions relatives aux marchés bifaces.¹⁶³

270. En général, les marchés sont définis comme bifaces si, d'une part, plusieurs groupes de demandeurs sont réunis et si, d'autre part, il existe des effets de réseau indirects entre ces groupes de demandeurs. Les externalités existant entre les deux groupes de demandeurs sont

¹⁶¹ Même avec la suppression des clauses restrictives pertinentes, les éditeurs de logiciels ont des contrats existants et des coûts de changement récents qu'ils voudront d'abord amortir, à moins que la demande d'autres produits n'atteigne des niveaux critiques.

¹⁶² ywesee est une micro-entreprise spécialisée dans la compilation de données accessibles au public. Cependant, contrairement à HCl, ywesee n'avait pas sa propre équipe de rédaction spécialisée. Au paragraphe 132, il est indiqué, en ce qui concerne l'offre de dr-ouwerkerk ag, que cette dernière aurait dû investir davantage, constituer sa propre équipe de rédaction spécialisée et aligner son offre sur celle de HCl afin de pouvoir menacer la position de cette dernière. Si les concurrents mettaient en place leur propre rédaction spécialisée, ils pourraient facilement concurrencer HCl sur le marché de niche étudié (considérant 145).

¹⁶³ RPW 2007/2, 283 et suivants. marge no. 272 ss, *Fin de la téléphonie mobile* ; RPW 2005/2, 314 ss, marge no. 36 ss, *Tamedia AG/Edipresse SA/Homegate AG* ; RPW 2006/1, 85 ss. marge n° 162 ss, *frais d'interchange des cartes de crédit* ; RPW 2011/1, 116 ss. paragraphe 139 et suivants, *SIX/Terminaux avec conversion dynamique des monnaies (DCC)* ; RPW 2015/2, 174 paragraphe 89, *Frais d'interchange des cartes de crédit Domestics II (KKDMIF II)* ; RPW 2016/1, 67 et suivants. Rz 183, *Plateformes de réservation en ligne pour les hôtels*.

internalisées par l'entreprise qui offre la plate-forme. ¹⁶⁴Ainsi, la valeur ajoutée d'une telle plate-forme réside notamment dans le fait qu'elle coordonne la demande d'un grand nombre de clients des deux groupes de demandeurs, ce qui génère des externalités de réseau positives en faveur des deux groupes de demandeurs.

271. Une autre caractéristique typique des marchés bifaces est la capacité du fournisseur de plate-forme à déterminer non seulement le niveau global du prix de ses services (c'est-à-dire la somme des prix payés par les groupes de demande au total), mais aussi la structure des prix (c'est-à-dire que la plate-forme peut généralement déterminer lequel des groupes de demande paie combien). Par exemple, le service peut être gratuit pour un groupe de demandeurs, tandis qu'un autre groupe de demandeurs doit payer pour le service. ¹⁶⁵

272. La structure concurrentielle des marchés bifaces est également déterminée en particulier par le fait que les groupes de clients peuvent utiliser plusieurs plateformes en parallèle (ce qu'on appelle le "multihébergement") ou une seule plateforme (ce qu'on appelle le "singlehébergement").¹⁶⁶ De même, une distinction peut être faite selon qu'une transaction vérifiable a lieu entre les groupes de demande (comme dans le cas du paiement par carte de crédit) ou non (par exemple, dans le cas de la publicité dans un journal gratuit). ¹⁶⁷

273. Dans ce qui suit, ces propriétés sont brièvement expliquées par rapport à la situation actuelle.

D.4.2.1.8.1 Effets de réseau indirects

274. Dans le cas des plateformes, il y a de forts effets de réseau indirects pour les deux groupes de demande. Par exemple, les plateformes de réservation en ligne ont une fonction d'intermédiaire entre un grand nombre de clients finaux et un grand nombre d'hôtels. Du point de vue du client final, une plateforme de réservation en ligne spécifique est particulièrement intéressante si elle peut offrir un large choix d'hôtels différents (pour la destination souhaitée). A l'inverse, il est évident que du point de vue des hôtels, une plateforme de réservation en ligne est d'autant plus attractive que les clients l'utilisent. ¹⁶⁸

275. Dans le cas présent, les deux groupes de consommateurs seraient les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché, d'une part, et les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs, d'autre part. Pour les détenteurs d'autorisations de mise sur le marché, la plateforme Documed/e-médiat serait d'autant plus attrayante que les fournisseurs de services, les distributeurs et les payeurs consulteraient ses ensembles de données. Inversement, les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs sont intéressés par un ensemble complet de données en fonction de leurs activités.

276. Théoriquement, une plate-forme serait donc concevable sur les marchés définis qui recueille les informations sur les médicaments des titulaires d'une autorisation de mise sur le marché et les propose aux prestataires de services, aux distributeurs et aux payeurs. La valeur ajoutée pour eux est qu'ils n'ont pas à obtenir les informations sur les médicaments pour la consultation, la prescription, la vente, la distribution et la facturation des médicaments auprès de nombreuses sources distinctes. Pour les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché, la valeur ajoutée réside dans le fait que les informations sur leurs médicaments sont accessibles aux prestataires de services, aux distributeurs et aux payeurs. Les médicaments eux-

¹⁶⁴ Siehe hierzu DAVID S. EVANS, in : Yale Journal on Regulation, 20(2), The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets, 2003, 325-381 ; MARC RYSMAN, in : Journal of Economic Perspectives, 23(3), The Economics of Two-Sided Markets, 2009, 125-43 ; JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, in : Journal of the European Economic Association, 1(4), Platform Competition in Two-Sided Markets, 2003, 990-1029.

¹⁶⁵ Voir ROCHET/TIROLE (note de bas de page 164). Dans certaines circonstances, il peut y avoir une répercussion indirecte du prix payé à la plate-forme sur l'autre groupe d'acheteurs (subventionnés), par exemple via le prix du produit négocié par la plate-forme.

¹⁶⁶ Vgl. MARK ARMSTRONG, in : The RAND Journal of Economics, 37, Competition in two-sided markets, 2006, 668-691.

¹⁶⁷ LAPO FILISTRUCCHI/DAMIEN GERADIN/ERIC VAN DAMME/PAULINE AFFELDT, Définition du marché dans les marchés bifaces : Theory and Practice, TILEC Discussion Paper No. 2013-009, 2013.

¹⁶⁸ RPW 2016/1, 67 et suivants. paragraphe 188, *Plates-formes de réservation en ligne pour les hôtels*.

mêmes, en revanche, sont proposés et demandés sur des marchés distincts. Le nombre de consultations de la plateforme par les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs dépendrait de la quantité d'informations sur les médicaments disponibles sur la plateforme.

277. Ce bénéfice supplémentaire est remis en question si, comme dans le cas présent, l'État ou les titulaires d'autorisation de mise sur le marché prennent eux-mêmes en charge, directement ou indirectement, la collecte d'informations sur les médicaments pour affiner les données. Une telle activité étatique ou une telle activité par les titulaires d'autorisation de mise sur le marché eux-mêmes devrait faciliter le fonctionnement des plateformes, puisque toutes les informations seraient disponibles, tout en réduisant la volonté de payer de ce groupe de consommateurs. En outre, la question se pose de savoir quelle valeur ajoutée sous forme d'internalisation des effets de réseau Documed/e-médiat offre encore aux titulaires d'une autorisation de mise sur le marché si les informations nécessaires sur les médicaments sont déjà disponibles collectivement.

278. L'effet bénéfique des plates-formes est que, grâce à leur service, elles regroupent et rassemblent les efforts auparavant fragmentés, c'est-à-dire la collecte d'informations provenant de différentes sources, de chaque utilisateur individuel de la plate-forme. Un tel effet ne peut être observé dans le cas présent. La base de données Documed/e-médiat contient plutôt des informations complètes sur les produits des titulaires d'autorisation de mise sur le marché en raison de la réglementation de l'État (AIPS, BAG) et de la coordination de la part des titulaires d'autorisation de mise sur le marché (refdatabase). Documed/e-médiat a une position dominante sur le marché vis-à-vis des fournisseurs de services, des distributeurs et des payeurs, qui est due à des raisons historiques d'une part et à des barrières élevées à l'entrée sur le marché d'autre part. On peut donc nier que l'e-médiat contribue à la maximisation des effets de réseau en raison de son activité vis-à-vis des deux contreparties du marché.

D.4.2.1.8.2 Groupes de demande

279. En raison des effets de réseau indirects, il est essentiel qu'une plate-forme ait une taille critique pour au moins un des groupes de demande. Par exemple, on peut supposer qu'un commerçant n'acceptera qu'une carte de crédit utilisée par un nombre suffisant de clients finaux payants. À l'inverse, les clients finaux ne sont intéressés que par une carte de crédit acceptée par un nombre suffisant de commerçants.

280. Par conséquent, il est important qu'une plate-forme s'adresse aux deux groupes de demande ("faire monter les deux côtés"),¹⁶⁹ une taille critique devant d'abord être atteinte pour le succès d'une plate-forme.¹⁷⁰

281. Historiquement, les titulaires d'autorisations de mise sur le marché et les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs étaient actifs sur des marchés distincts : Les titulaires d'autorisations de mise sur le marché ont demandé la publication d'informations sur les médicaments (de Documed¹⁷¹) et les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs ont demandé des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments (de e-médiat). e-médiat a ainsi affiné les données dont il disposait. Grâce à la relation étroite entre Documed et e-médiat, cette dernière a pu obtenir dès le début un ensemble de données presque complet d'informations sur les médicaments dans la structure qu'elle souhaitait (taille critique atteinte) et a pu ensuite acquérir presque 100% des prestataires de services, des distributeurs et des payeurs en tant que clients de sa base de données. e-médiat et Documed ont ainsi pu atteindre pratiquement tous les demandeurs des deux côtés. Au moment de la décision, Documed/e-médiat touchait également deux groupes de clients.

¹⁶⁹ Voir RYSMAN (fn 164).

¹⁷⁰ Was auch als "Huhn-oder-Ei-Problem" bezeichnet wird : Siehe GEOFFREY PARKER/MARSHALL W. VAN ALSTYNE, Two-Sided Network Effects : A Theory of Information Product Design, *Management Science*, 51(10), 2005, 1494-1504 ; ROCHET/TIROLE (Fn 164) ; sowie BERNARD CAILLAUD/BRUNO JULLIEN, in : *RAND Journal of Economics*, 34(2), Chicken & egg : competition among intermediation service providers, 2003, 309-328.

¹⁷¹ RPW 2008/3, 393 et suivants. marge n° 84 et suivantes. *Publication d'informations sur les médicaments*.

282. La seule façon pour un raffineur de données potentiel (entrant) de concurrencer Documed/e-mediat est d'offrir aux prestataires de soins de santé, aux distributeurs et aux payeurs une base de données complète, innovante et peu coûteuse. Ce faisant, le concurrent potentiel devra reprendre gratuitement les informations sur les médicaments de l'AIPS, car il n'a aucune possibilité de gagner les titulaires d'autorisations de mise sur le marché en tant que groupe de demande, car ceux-ci sont déjà liés à Documed/e-mediat ou ne seraient pas prêts à payer deux fois.

D.4.2.1.8.3 Structure des prix

283. Une autre caractéristique des marchés bifaces est que la plate-forme ne détermine pas seulement le prix de son service dans son ensemble, mais qu'elle a également la possibilité de réduire le prix vis-à-vis d'un groupe de clients et de l'augmenter en même temps dans la même mesure vis-à-vis de l'autre groupe de clients. Cela peut affecter le volume des transactions et donc avoir un impact significatif sur le succès de la plate-forme vis-à-vis des deux groupes de demandeurs.¹⁷² Dans de nombreux cas, les groupes de demande connectés par la plate-forme se caractérisent par une volonté différente de payer pour l'accès à la plate-forme, de sorte qu'il peut être logique pour une plate-forme de faire payer l'accès à une seule contrepartie de marché. Il existe¹⁷³ également un certain nombre d'exemples de marchés bifaces où une plate-forme choisit une telle approche et où, en fin de compte, un groupe de clients en subventionne un autre : par exemple, le logiciel de lecture des fichiers PDF est fourni gratuitement aux utilisateurs finaux, tandis que les entreprises qui créent généralement ces fichiers doivent payer le logiciel correspondant. Une situation similaire peut être observée dans le cas des cartes de crédit, où les commerçants doivent invariablement payer les transactions, tandis que les clients finaux reçoivent parfois des cartes de crédit gratuitement.¹⁷⁴

284. Lors de l'évaluation des marchés bifaces au regard du droit de la concurrence, les interactions causées par la structure des prix doivent être prises en compte, d'autant plus qu'un examen isolé des prix vis-à-vis d'un groupe de clients pourrait conduire à la conclusion erronée de l'existence d'un comportement tel que la pratique de prix prédateurs.¹⁷⁵

285. Il serait purement spéculatif d'analyser dans le contexte du marché actuel comment la structure des prix aurait théoriquement évolué, c'est-à-dire comment la ou les plates-formes auraient fixé les prix. Une telle tentative serait d'autant plus difficile que l'État et les titulaires d'autorisation de mise sur le marché mettent eux-mêmes gratuitement à la disposition des affineurs de données toutes les informations sur les médicaments et les ventes de médicaments, pour des raisons de politique de santé ou pour faciliter la distribution (cfB.1.1).

286. En l'espèce, Documed/e-mediat semble avoir décidé, dans une première phase, c'est-à-dire jusqu'à la fin de 2012, de concevoir la structure tarifaire de manière à ce que les titulaires de l'autorisation de mise sur le marché ne paient pas un prix ou un tarif d'accès contractuellement fixé pour la plate-forme et que les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs assument la totalité des coûts de la plate-forme sous forme de licences (puisque'il s'agit d'un marché non transactionnel, cf. ci-dessous, paragraphes 288 et suivants). Cela a permis à l'e-mediat de se comporter comme un monopole, puisqu'il était le seul à être actif sur le marché des données raffinées et lisibles par machine.

287. Après 2013, les destinataires de l'enquête ont introduit un tarif spécifique aux frais des titulaires d'autorisation de mise sur le marché pour l'inclusion des informations individuelles sur les médicaments dans les produits INDEX, mais n'ont pas réduit les tarifs pour les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs. Ainsi, dans ce cas, la *prima vista* n'est pas une modification de la structure des prix, mais une augmentation du niveau global des prix.

¹⁷² JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, in : RAND Journal of Economics, 35(3), Two-Sided Markets : A Progress Report, 2006, 645-667.

¹⁷³ Voir CAILLAUD/JULLIEN (note de bas de page 170).

¹⁷⁴ Ces exemples et d'autres se trouvent dans EISENMANN/PARKER/VAN ALSTYNE ; dans la pratique de la WEKO par exemple : RPW 2016/1, 67 et suivants. paragraphe 9, *Plates-formes de réservation en ligne pour les hôtels*.

¹⁷⁵ Vgl. JULIAN WRIGHT, in : Review of Network Economics, 3(1), One-Sided Logic in Two-Sided Markets, 2004, 44-64.

Cette augmentation de prix ne peut être justifiée par la logique des marchés bifaces (non-neutralité de la structure des prix), puisque la modification des prix n'affecte pas le nombre de demandeurs et le volume des interactions. Le fonctionnement de la plateforme était déjà assuré dans le cadre du modèle de tarification initial, puisque ni les tarifs aux dépens des prestataires de services ni les tarifs de 2008 fixés dans le cadre de l'EVR aux dépens des titulaires de licences n'ont été sensiblement ajustés. Même avec l'introduction de la nouvelle offre de services aux licenciés en 2013, ces derniers se sont vu promettre des réductions par rapport aux tarifs qu'ils avaient précédemment payés pour la publication. En conséquence, HCI déclare que le niveau des prix est aujourd'hui inférieur à celui d'avant 2013. À cet égard, l'argument de HCI selon lequel, avant le changement de système, les coûts supportés par les utilisateurs ne suffisaient plus à couvrir les coûts de traitement toujours croissants ne semble pas valable. Par conséquent, on peut supposer d'après ce qui a été dit que l'augmentation actuelle du niveau global des prix pourrait être un écrémage de la volonté de payer d'un fournisseur de plate-forme dominant sur le marché.

D.4.2.1.8.4 Marchés transactionnels et non transactionnels

288. En général, on peut distinguer les marchés bifaces entre les marchés de transaction et les marchés de non-transaction. Les marchés bifaces sans transaction se caractérisent par le fait qu'aucune transaction n'a lieu entre les deux groupes de demandeurs et que, même si une interaction a lieu, elle n'est pas observable, de sorte qu'aucun frais de transaction, aucun frais d'interaction et aucun tarif à deux niveaux ne peut être facturé. Ces marchés non transactionnels existent principalement dans le secteur des médias. Par exemple, un journal ne peut généralement pas facturer de frais de transaction aux annonceurs lorsqu'un lecteur lit un message publicitaire. Sur ces marchés sans transaction, il peut être approprié d'envisager des marchés de produits pertinents distincts pour chaque contrepartie de marché. Ainsi, dans la pratique précédente de la Commission de la concurrence dans le domaine de la presse écrite, on supposait des marchés de lecteurs et des marchés publicitaires distincts.¹⁷⁶

289. En revanche, sur les marchés de transactions bilatérales comme les cartes de débit ou de crédit, il existe des transactions observables entre les deux groupes de demandeurs. Ainsi, non seulement une plate-forme peut tout au plus facturer des frais d'adhésion, mais elle peut également facturer des frais pour l'utilisation effective de la plate-forme, c'est-à-dire qu'elle peut facturer un tarif à deux niveaux.¹⁷⁷

290. En l'espèce, aucune transaction mesurable n'a lieu entre les titulaires d'autorisation de mise sur le marché et les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs à la suite de la médiation des ensembles de données relatives à l'information sur les médicaments, de sorte qu'il est possible de conclure à l'existence d'un marché non transactionnel.

D.4.2.1.8.5 Le logement individuel et le logement collectif

291. Si plusieurs plateformes sont actives sur le même marché, les membres des groupes de demande liés par ces plateformes peuvent décider d'utiliser une seule de ces plateformes ("singlehoming") ou plusieurs plateformes ("multihoming"). La possibilité de multihébergement a à son tour des répercussions sur la structure de la concurrence, par exemple en termes de structure des prix, sur les marchés bifaces.¹⁷⁸

292. Il n'est pas exclu que plusieurs plateformes soient actives sur le marché des données traitées et lisibles par machine relatives à l'information sur les médicaments et que le single ou le multihoming soit appliqué en fonction de la force des groupes de demande. Dans le cas présent, cependant, la question du multihébergement ne se pose pas, car il n'y a pas de concurrents actuels ou potentiels.

¹⁷⁶ Cf. par exemple RPW 2009/3, 245 ss, *Tamedia/PPSR*.

¹⁷⁷ FILISTRUCCHI/GERADIN/VAN DAMME/AFFELDT (note de bas de page 167).

¹⁷⁸ EVANS (fn 164).

D.4.2.1.9 Résumé

293. En résumé, les activités de Documed/e-mediat présentent les caractéristiques spécifiques suivantes, qui plaident en principe en faveur d'un marché biface :

- **Effets de réseau indirects : Plus les titulaires d'autorisations de mise sur le marché** sont représentés sur une plate-forme, plus celle-ci est attrayante pour les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs. Inversement, les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché veulent utiliser une plateforme pour s'adresser au plus grand nombre possible de fournisseurs de services, de distributeurs et de payeurs potentiels. Dans le cas présent, cependant, les effets indirects du réseau étaient déjà maximisés avant l'augmentation des prix en 2013, car la plate-forme était garantie d'une participation maximale des deux groupes de demande en raison de l'obligation de publication.
- **Groupes de demande** : Documed/e-mediat sert de médiateur entre deux groupes de demande, à savoir entre les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché d'une part et les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs d'autre part.
- **Structure de prix** : la structure de prix choisie pour la plate-forme post-2013 prévoit désormais un tarif facturé aux titulaires d'autorisations de mise sur le marché pour l'inclusion d'informations sur les médicaments ou pour l'accès aux bases de données INDEX, sans réduire les tarifs des prestataires de services, des distributeurs et des payeurs. Cette approche ne pourrait pas être justifiée par la logique des marchés bifaces (non-neutralité de la structure des prix), puisque la modification des prix n'affecte pas le nombre de demandeurs et le volume des interactions.
- **Transaction** : suite à la médiation de Documed/e-mediat, aucune transaction directe n'a lieu entre les groupes de demande.
- **Multihébergement** : le multihébergement est pratiquement impossible au moment de la décision en raison de l'absence de concurrence actuelle et potentielle et du manque d'interfaces au niveau des maisons de logiciels.

D.4.2.1.10 Conséquences pour l'évaluation du comportement éventuellement illicite

294. Néanmoins, un certain nombre d'éléments conduisent à la conclusion que, dans le cas présent, le possible caractère bilatéral des activités de Documed/e-mediat est d'une importance secondaire pour la suite de l'analyse :

- **Pas d'internalisation des effets de réseau indirects** : À cet égard, on peut se référer aux observations figurant au considérant 278. En outre, le fait que les deux contreparties du marché utilisent les produits et services de Documed/e-mediat n'est pas imputable à la conception de la structure des prix, qui serait typique des marchés bifaces. Le caractère bilatéral du marché est donc d'une importance secondaire.
- **Deux marchés distincts** : Les produits et services que Documed/e-mediat fournit aux deux contreparties du marché diffèrent fondamentalement en termes factuels. De même, aucune transaction mesurable par l'intermédiaire de Documed/e-mediat n'a lieu entre les deux contreparties du marché. Pour ces raisons, il convient de considérer deux marchés de produits en cause distincts.

295. En résumé, on peut affirmer que dans la situation considérée ici, il existe en principe un marché biface. Dans certains cas, cependant, l'analyse peut être limitée à un seul côté du marché, à condition que les conditions de l'autre côté du marché restent constantes. C'est le cas ici. Dans la situation initiale, les détenteurs de licences ne payaient pas de prix pour les services de la plate-forme et les utilisateurs finaux assumaient le coût total de la plate-forme sous forme de licences. Désormais, les titulaires d'autorisations de mise sur le marché doivent également payer un tarif pour l'inclusion de leurs informations sur les médicaments, mais les tarifs des prestataires de services, des distributeurs et des payeurs n'ont pas été réduits et leur situation est restée la même. Par conséquent, une analyse ceteris paribus ou une focalisation sur un côté du marché est possible.

D.4.2.1.11 Déclaration de Galenica Ltd et HCI sur les conséquences pour l'évaluation du comportement éventuellement inadmissible

296. Les destinataires de l'enquête font valoir que le secrétariat de la Commission de la concurrence indique que l'analyse du droit de la concurrence devrait être limitée au marché concernant les titulaires de licences, étant donné que les conditions du marché concernant les prestataires de services sont restées constantes. Les utilisateurs finaux ont payé le coût total des services de la plate-forme. Ces deux déclarations sont inexactes : l'éventail des services a été considérablement élargi et modifié ces dernières années. L'expansion concernait en particulier l'information sur les médicaments et non les données de base nécessaires à la distribution. Pour cette seule raison, une analyse *ceteris paribus* n'a pas été possible. En outre, les titulaires d'autorisations de mise sur le marché avaient également contribué aux coûts par le biais des contrats de publication avec Documed. Les étapes de travail pour la compilation des données du compendium et pour le traitement des bases de données INDEX ont été caractérisées par des chevauchements et des synergies.

D.4.3 Détermination de la position dominante sur le marché en ce qui concerne l'obligation de notification indépendante du chiffre d'affaires pour les projets de fusion (art. 9, al. 4 KG)

297. Le Tribunal administratif fédéral a récemment rejeté la constatation isolée d'une position dominante sur le marché en vertu de l'article 4, paragraphe 2, de la loi sur les sociétés anonymes (KG).¹⁷⁹ D'une part, la décision doit être limitée à la conséquence juridique, c'est-à-dire l'ordonnance d'une sanction ou la renonciation à une telle sanction. En revanche, il n'y avait pas de base juridique correspondante dans la procédure d'administration de l'entente. En effet, seules les mesures à prendre peuvent être décidées dans le cadre de l'article 30 de la loi sur les cartels, alors que les conclusions pures qui découlent de l'enquête sur les cartels ne peuvent être fondées sur l'article 30 de la loi sur les cartels. Bien que l'art. 25 LCA, selon lequel une autorité compétente en la matière peut émettre une ordonnance déclarative d'office ou sur demande, soit applicable en principe, il présuppose un intérêt correspondant à une ordonnance déclarative digne de protection et portant sur des droits ou obligations concrets. La procédure devant le Tribunal administratif fédéral ayant abouti à une condamnation pour abus de position dominante, une décision déclarative correspondante ne pouvait pas être fondée sur l'art. 25 LFP en l'absence d'un intérêt digne de protection dans la détermination isolée d'une position dominante. Selon le Tribunal administratif fédéral, une constatation de position dominante sur le marché pour une période déterminée ne peut en principe pas avoir d'effet contraignant pour une période ultérieure. Il est donc exclu d'assumer une position dominante sur le marché pour des périodes ultérieures sans examen complémentaire des circonstances. Le critère de la position dominante sur le marché devait plutôt être à nouveau clarifié pour chaque procédure. Pour les mêmes raisons, "il n'est pas nécessaire de déterminer au préalable la position dominante sur le marché au regard de l'article 9, paragraphe 4, de la loi".

298. Le Tribunal administratif fédéral a fondé cette décision principalement sur l'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire de la *terminaison mobile*.¹⁸⁰ Toutefois, la Cour suprême fédérale n'a pas adopté une position aussi stricte, comme le montre le tableau ci-dessous. Selon le Tribunal fédéral, il est cependant nécessaire pour l'application de l'art. 25 LCA que, d'une part, il existe un intérêt (public) à un jugement déclaratoire digne de protection et que, d'autre part, cet intérêt ne puisse pas être aussi bien sauvegardé par une ordonnance de forme.¹⁸¹ Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que ce n'était pas le cas, étant donné que la procédure de sanction contestée était expressément limitée à une période déterminée dans le passé, que les conditions du marché avaient changé et qu'il aurait fallu procéder à de nouvelles enquêtes avec détermination de la position sur le marché pour l'examen des faits postérieurs en matière de concurrence.¹⁸²

¹⁷⁹ Arrêt BVGer B-7633-2009 du 14.9.2015, E. 8 p. 186 et suivantes.

¹⁸⁰ Voir l'arrêt BVGer, RPW 2010/2, 242, *Swisscom AG/WEKO*.

¹⁸¹ ATF 137 II 199, 218 s. E. 6,5 s. (= RPW 2011/3, 449 E. 6.5 f.), *Mobilfunkterminierung*.

¹⁸² ATF 137 II 199, 219 E. 6.5.1. (= RPW 2011/3, 449 E. 6.5.1.), *Terminaison mobile*.

299. Toutefois, le Tribunal fédéral a explicitement déclaré, en se référant à une décision de la Commission de recours en matière de concurrence (REKO/WEF) de l'époque, que dans l'affaire en question, en particulier, aucune obligation de notification en vertu de l'art. 9 al. 4 KG n'était en cause.¹⁸³ Dans sa décision, le REKO/WEF est parvenu à la conclusion que "du point de vue de l'intérêt légitime à une décision déclaratoire (cf. art. 25, al. 2, de la loi sur les cartels), une décision qui ne fait que constater la situation juridique au regard du droit des cartels [semble] recevable, par exemple, si le tribunal inférieur entend mettre fin à une enquête parce qu'une entreprise occupant une position dominante sur le marché se comporte de manière licite, mais doit être soumise à l'obligation d'information prévue par le droit des concentrations en vertu de l'art. 9, al. 4, de la loi sur les sociétés". Le ¹⁸⁴Tribunal fédéral (6.5.2.) voit également une place pour un intérêt public dans un jugement déclaratoire ayant des effets juridiques résultant de l'art. 9 al. 4 KG.

300. En vertu de l'art. 9, al. 4, CO, il existe une obligation de notification indépendante du chiffre d'affaires pour les projets de fusion lorsque la fusion concerne une entreprise pour laquelle il a été légalement établi, dans le cadre d'une procédure prévue par la présente loi, qu'elle occupe une position dominante sur un marché déterminé en Suisse, et que la fusion affecte ce marché ou un marché situé en amont ou en aval de celui-ci ou encore un marché voisin. Comme le montre le libellé de la loi, l'obligation de notifier les fusions indépendamment du chiffre d'affaires prévue par cette disposition présuppose que les autorités de concurrence ont légalement établi la position dominante dans les procédures antitrust. Selon le Message sur la loi sur les concentrations de 1995, l'obligation de notifier les concentrations indépendamment du chiffre d'affaires au sens de l'art. 9, al. 4 de la loi sur les concentrations doit permettre de lutter contre la suppression de la concurrence effective par des concentrations sur des marchés régionaux ou sur des marchés très concentrés et de faible volume, et d'agir contre les entreprises qui occupent déjà une position dominante sur le marché et qui tentent de supprimer la concurrence effective par l'acquisition successive de petites entreprises en profitant de la clause de minimis de l'art. 9, al. 1, let. b de la loi sur les concentrations.¹⁸⁵

301. Il est donc conforme à l'intention du législateur et il y a un intérêt public digne de protection à ce que la position dominante d'une entreprise sur le marché soit déterminée de manière indépendante ou distincte, si cette entreprise doit être soumise à l'obligation de déclaration prévue à l'article 9, paragraphe 4, de la loi sur les sociétés anonymes et que la position dominante sur le marché se prolonge au-delà de la date de la décision.

302. En outre, pour établir une position dominante, il est indifférent que la société dominante qui doit être soumise à l'obligation de notification en vertu de l'art. 9 al. 4 KG ait eu ou non un comportement illicite au sens de l'art. 7 KG (cf. marg. n° 299). Il convient non seulement de soumettre une entreprise dominante à l'obligation de déclaration prévue par le droit des fusions si la poursuite de l'enquête montre que l'entreprise dominante a eu un comportement illicite au sens de l'article 7 du Code civil, mais aussi si l'enquête est interrompue parce que toutes les exigences de l'article 7 du Code civil ne sont pas remplies. En outre, la détermination séparée peut également être nécessaire en ce qui concerne les procédures de recours.¹⁸⁶ Il est concevable que le Tribunal administratif fédéral, contrairement à la Commission de la concurrence, nie une pratique abusive, mais soutienne néanmoins la position dominante d'une entreprise sur le marché, qui se maintiendra et sera donc pertinente pour les futures procédures de contrôle des concentrations en rapport avec l'art. 9 al. 4 de la loi sur la concurrence. Comme le Tribunal administratif fédéral n'annule généralement que l'ordonnance, cela signifierait que la Commission de la concurrence ne pourrait pas exercer ses pouvoirs d'examen en matière de contrôle des concentrations dans ces cas, qui sont prévus par le législateur et qui ont un sens en cas de position dominante sur le marché. Et ce, malgré le fait que la position dominante ait été largement clarifiée et prouvée dans le cadre d'une procédure. Comme mentionné ci-dessus, la loi ne peut pas avoir pour objet d'examiner les fusions pertinentes sous l'angle de la concurrence uniquement si, outre la position dominante sur le marché, il y a également

¹⁸³ ATF 137 II 199, 219 E. 6.5.2. (= RPW 2011/3, 449 E. 6.5.2.), *Terminaison mobile*.

¹⁸⁴ Décision du REKO/WEF du 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 ff. 556 E. 6.2.6, avec d'autres références.

¹⁸⁵ BBI 1995 I 468, 581.

¹⁸⁶ Cf. arrêt REKO/WEF, RPW 2005/3, p. 530 et suivantes, E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*.

eu un comportement abusif et que la Commission de la concurrence a imposé une ou plusieurs sanctions.

303. Pour les marchés en question (marché des données traitées et lisibles par machine relatives aux informations sur les médicaments et marché de l'accès aux ensembles de données électroniques relatives aux informations sur les médicaments), il existe un tel intérêt public à établir une position dominante sur le marché. L'enquête a montré que Galenica, par l'intermédiaire de sa filiale HCI (anciennement Documed/e-mediat), détient actuellement une position dominante sur les marchés susmentionnés. Il a également été démontré que la concurrence sur ces marchés est faible. Il existe donc au moins un risque que Galenica reprenne des concurrents (potentiels) réalisant un chiffre d'affaires inférieur à CHF 100 millions afin de consolider sa position sur le marché, d'autant plus que Galenica est également fortement positionnée sur les marchés voisins¹⁸⁷.

304. Compte tenu de l'objectif de l'obligation de notification des projets de fusion au sens de l'art. 9, al. 4, de la loi sur la concurrence, qui est indépendant du chiffre d'affaires, il existe un intérêt public digne de protection à établir la position dominante de Galenica sur le marché des données traitées et lisibles par machine relatives aux informations sur les médicaments et sur le marché de l'accès aux ensembles de données électroniques relatives aux informations sur les médicaments en Suisse. Sur la base de l'art. 25 al. 1 LCA en combinaison avec l'art. 9 al. 4 KG, la position dominante de Galenica doit donc être établie séparément dans le présent arrêt.

305. Les parties font valoir qu'une conclusion distincte serait clairement en contradiction avec la jurisprudence de la Cour suprême fédérale, raison pour laquelle des commentaires supplémentaires seraient superflus. Dans ce contexte, il peut être fait référence aux remarques ci-dessus, notamment au paragraphe 299. Même avant la jurisprudence du Tribunal fédéral, il est possible de procéder à une détermination séparée, qui doit être utilisée conformément aux remarques ci-dessus pour que la disposition légale de l'art. 9 al. 4 KG remplisse son but.

D.4.4 Comportements inacceptables

D.4.4.1 Introduction

306. Selon la clause générale de l'art. 7 al. 1 KG, les entreprises dominantes se comportent de manière illicite si, en abusant de leur position sur le marché, elles empêchent d'autres entreprises d'entrer en concurrence ou de l'exercer, ou si elles désavantagent l'adversaire sur le marché. On peut faire une distinction entre le comportement dit d'exclusion et le comportement dit d'exclusion ou d'exploitation. Une classification claire n'est pas possible dans tous les cas, car les pratiques commerciales des entreprises qui dominent le marché peuvent être à la fois entravantes et exploitantes.¹⁸⁸

307. Il y a *abus d'exclusion* lorsque d'autres entreprises (généralement des concurrents réels ou potentiels, mais aussi, dans un premier temps, d'autres acteurs du marché) sont empêchées d'entrer en concurrence ou de l'exercer. Il importe peu que l'entrave se produise sur le marché de l'entreprise dominante ou sur un marché en amont ou en aval. Ainsi, le comportement d'exclusion englobe tout comportement des entreprises dominantes en dehors de la concurrence loyale au fond, qui est dirigé contre des concurrents (réels ou potentiels) ou des partenaires commerciaux et qui restreint leur capacité à agir sur le marché dominé ou voisin.¹⁸⁹

308. En revanche, dans le cas d'un *abus de désavantage* ou d'*exploitation*, l'opposant au marché (c'est-à-dire les fournisseurs ou les clients de l'entreprise dominante) est désavantagé en étant forcé d'accepter des conditions ou des prix abusifs. Un abus d'exploitation typique est donc l'imposition de prix ou d'autres conditions commerciales déraisonnables au sens de l'art.

¹⁸⁷ Cf. le récent rachat de Pharmapool Aktiengesellschaft par Galenica/Galexis Ltd. et les explications dans les motifs correspondants de la décision qui sera bientôt publiée dans RPW.

¹⁸⁸ RPW 2014/4, 683 al. 96, *politique des prix SDA* ; RPW 2010/1, 166 al. 322, *politique des prix Swisscom ADSL* ; voir aussi ATF 139 I 72, 100 ss. E. 10.1.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁸⁹ EGB 139 I 72, 100 ss. E. 10.1.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H ; cf. également Botschaft KG 1995 (fn 106), 569.

7 al. 2 let. c KG. L'exploitation abusive se caractérise par la recherche d'avantages économiques par l'entreprise dominante en portant atteinte aux intérêts de ses partenaires commerciaux et des consommateurs en exploitant sa position dominante.¹⁹⁰

309. Dans l'art. 7 al. 2 KG, le législateur a établi une liste non exhaustive de comportements qui visent à illustrer ou à concrétiser l'interdiction de l'art. 7 al. 1 KG.¹⁹¹ Toutefois, les faits énoncés à l'article 7, paragraphe 2, du Code civil ne constituent pas en soi un comportement illicite ; les critères de la clause générale de l'article 7, paragraphe 1, du Code civil doivent toujours être remplis pour qu'il y ait abus.¹⁹²

310. Comme l'a déclaré le Tribunal fédéral dans l'affaire *Publigroupe*, un double test doit être appliqué dans chaque cas individuel pour déterminer s'il y a un comportement illégal ou un abus : Dans un premier temps, il convient d'examiner si un comportement constitue une entrave ou un désavantage au sens de l'art. 7 al. 2 CO. Dans un deuxième temps, il convient d'examiner les justifications possibles (ce qu'on appelle les raisons commerciales légitimes). Un comportement illégal est réputé exister s'il n'y a pas de raison objective à la discrimination, à l'exploitation ou à l'entrave. La doctrine reconnaît également d'autres critères pour l'évaluation de la question de savoir s'il existe un comportement illicite ou un abus, comme l'intention d'entraver ou de déplacer, l'affaiblissement de la compétitivité, la concurrence non performante ou la mise en balance des intérêts axée sur la norme.¹⁹³

D.4.4.2 Application de prix déraisonnables (art. 7, al. 2, let. c KG)

D.4.4.2.1 Base juridique

311. Dans la liste d'exemples de l'art. 7 al. 2 KG, l'alinéa c énumère l'imposition de prix ou d'autres conditions commerciales déraisonnables comme exemple d'exploitation abusive au sens de l'art. 7 al. 1 KG. Les entreprises qui dominent le marché tentent généralement de maximiser leurs profits en exploitant le manque de concurrence afin d'exploiter les clients sur les marchés en amont ou en aval.¹⁹⁴

312. L'art. 7, al. 2, let. c KG prévoit les éléments suivants de l'infraction : (1) l'imposition de (2) prix ou d'autres conditions, qui (3) doivent être déraisonnables (caractère déraisonnable). Le libellé de l'article 7, paragraphe 2, alinéa c KG distingue le prix et les autres conditions générales, bien que la ligne de démarcation entre le prix et les autres conditions générales ne puisse pas être clairement établie.¹⁹⁵

313. En ce qui concerne l'infraction unique de l'art. 7, al. 2, let. c, CO, qui traite de l'*application de prix* ou d'autres conditions commerciales déraisonnables, l'élément comportemental de l'imposition constitue l'élément qualificatif qui s'ajoute à la domination du marché et aux prix déraisonnables. Par conséquent, selon le Tribunal fédéral, l'élément de contrainte de l'art. 7 al. 2 let. c KG a une signification autonome.¹⁹⁶ Par conséquent, pour qu'il y ait abus de marché au sens de l'art. 7, al. 1 en liaison avec l'al. 2 let. c KG, il faut au moins qu'une pression soit exercée sur la partie adverse du marché, qui se fonde sur la position dominante sur le marché et que la partie adverse du marché n'a rien à opposer ou qu'elle ne peut pas éviter.¹⁹⁷

314. Un autre élément de l'infraction prévue à l'art. 7 al. 2 let. c KG est le *caractère déraisonnable du prix* ou d'autres conditions. Le caractère déraisonnable des prix ou d'autres conditions est un terme indéfini. Par conséquent, la doctrine part du principe que l'application de

¹⁹⁰ EGB 139 I 72, 100 ss. E. 10.1.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.

¹⁹¹ Cf. RPW 2012/3, 467 paragraphe 71, *Erdgas Zentralschweiz AG* ; Message KG 1995 (fn 106), 570.

¹⁹² Cf. message KG 1995 (fn 106), 570 ; RPW 2004/2, 368 marge n° 57, offre groupée de produits "*Talk & Surf*".

¹⁹³ ATF 139 I 72, *Publigroupe SA et al./WEKO* ; RPW 2014/4, 683 paragraphe 100, *politique des prix SDA*.

¹⁹⁴ WEKO, décision du 21.9.2015, *connexion WAN de Swisscom*, paragraphe 393.

¹⁹⁵ BSK KG-Amstutz/Carron (fn 100), art. 7 N 293.

¹⁹⁶ Arrêts du Tribunal fédéral 2C.343/2010 et 2C.344/2010 du 11.4.2011 (ATF 137 II 199), E. 4.3.4.

¹⁹⁷ Arrêts du Tribunal fédéral 2C.343/2010 et 2C.344/2010 du 11.4.2011 (ATF 137 II 199), E. 4.3.5.

l'art. 7 al. 2 let. c KG exige une extrême prudence.¹⁹⁸ Le législateur parle de caractère déraisonnable en ce qui concerne les conditions commerciales si elles sont manifestement déraisonnables en raison des circonstances concrètes.¹⁹⁹ Dans ce contexte, le législateur part du principe qu'il existe un rapport raisonnable entre la valeur du service offert par une entreprise en position dominante sur le marché et le prix qui lui est demandé.

315. Selon la pratique de la Commission de la concurrence, un prix fixé par une entreprise dominante est déraisonnable s'il n'a aucun rapport raisonnable avec la contrepartie économique et s'il n'est pas l'expression d'une concurrence sur le fond, mais plutôt d'une position de quasi-monopole dominante sur le marché en cause.²⁰⁰ Pour cet examen, la Commission de la concurrence applique l'"approche comparative du marché" ("méthode relative" ou "méthode de référence"), la "méthode des coûts" ("méthode absolue") ou la méthode "as-if". Dans ce dernier, les prix sont simulés comme si le marché était soumis à une concurrence non faussée.²⁰¹

316. En résumé, selon l'art. 7 al. 2 let. c KG, trois éléments de l'infraction doivent être remplis, qui seront examinés plus en détail ci-dessous : Ce comportement concerne le prix ou les conditions de vente qui sont forcés et déraisonnables. Enfin, ces prix ou conditions commerciales ne doivent pas être justifiés par des raisons objectives ("raisons commerciales légitimes"). Toutefois, l'existence de raisons commerciales légitimes dans le cas de l'imposition de prix ou d'autres conditions déraisonnables est étroitement liée au caractère déraisonnable des conditions contractuelles correspondantes.²⁰²

317. Comme déjà mentionné dans la marge 310, l'examen des différentes variantes factuelles de l'art. 7 al. 2 CO doit être effectué dans chaque cas en liaison avec la clause générale de l'art. 7 al. 1 CO. Toutes les variantes factuelles de l'art. 7 al. 2 CO doivent être appliquées en liaison avec l'art. 7 al. 1 CO, qui fixe les critères généraux de manière uniforme pour toutes les variantes factuelles. Il ne serait pas non plus opportun de fixer les obstacles à la preuve de l'abus pour une seule variante de l'art. 7 al. 2 CO que pour les autres variantes ou la clause générale, ni de fixer les obstacles plus bas pour une seule variante d'infraction et de permettre ainsi une intervention des autorités et l'imposition de sanctions. Le fait qu'un critère d'inadmissibilité différent pour les différentes variantes de l'infraction serait contraire au système est également évident du fait qu'un certain comportement peut remplir plusieurs variantes de l'infraction en même temps.²⁰³

318. Selon la pratique de la Commission de la concurrence, une pratique abusive n'existe pas seulement lorsque d'autres entreprises sont exclues de l'entrée ou de l'exercice de la concurrence. Un obstacle ou l'existence d'un effet d'éviction qui restreint la concurrence effective est suffisant.²⁰⁴

319. Dans ce qui suit, le comportement pertinent de Documed/e-médiat en relation avec ces faits sera d'abord résumé ou il sera fait référence à des éléments déjà expliqués et ensuite examiné pour savoir s'il constitue une infraction.

D.4.4.2.2 Prix ou conditions de vente

320. Dans les faits, il a été expliqué qu'à partir du 1er janvier 2013, Documed/e-médiat exigeait désormais des titulaires d'autorisations de mise sur le marché une compensation spécifique pour l'inclusion dans leur base de données du service précédemment fourni gratuitement (cf. marge n° 80 et suivantes). Concrètement, les prix des services sont indiqués dans le catalogue des services 2013 (note en marge 81) et la liste des prix 2013 (cf. annexe 1).

¹⁹⁸ BSK KG-Amstutz/Carron (fn 100), art. 7 N 312.

¹⁹⁹ BBI 1995 I 468, 572 f. (nf 297), paragraphe 2.3.2.

²⁰⁰ RPW 2008/4, 579 Rz 176, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

²⁰¹ RPW 2008/4 579 Rz 176, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern* ; RPW 2006/3, 433 Rz 55, *Medikamentenpreis Thalidomid*.

²⁰² BSK KG-Amstutz/Carron (fn 100), art. 7 N 318.

²⁰³ RPW 2011/1, 144 Rz 351, *SIX/Terminaux avec Conversion dynamique des monnaies (DCC)*.

²⁰⁴ RPW 2011/1, 151, Rz 345 et suivants, *SIX/Terminaux avec conversion dynamique des monnaies (DCC)*.

321. Le premier élément de l'infraction est donc rempli. La question se pose ensuite de savoir si les prix pour l'inclusion dans la base de données Documed/e-médiat étaient forcés et déraisonnables.

D.4.4.2.3 Mise en œuvre

322. Il convient d'examiner dans quelle mesure les documents/médias ont exercé une pression sur l'autre côté du marché au sens de l'art. 7 al. 1 KG en liaison avec l'art. 7 al. 2 let. c KG, qui est fondée sur la domination du marché et que l'autre côté du marché n'a rien à contrer ou ne peut éviter. Dans ce contexte, l'opposant au marché des titulaires d'autorisations de mise sur le marché est au premier plan, car les prix de l'inclusion de leurs produits dans la base de données sont en jeu.

323. Le facteur décisif pour la position dominante vis-à-vis des titulaires d'autorisation de mise sur le marché est la position de Documed/e-médiat de l'autre côté du marché, c'est-à-dire sa position sur le marché des données traitées et lisibles par machine relatives aux informations sur les médicaments. Sur ce marché, Documed/e-médiat ou HCI sont le fournisseur dominant d'une base de données complète. Comme expliqué aux considérants 240 et suivants, bien que ywese propose également une telle base de données, elle n'est guère répandue. Cela signifie que seule l'inclusion d'un médicament dans la base de données Documed/e-médiat peut garantir sa présence dans les systèmes des prestataires de services, des distributeurs et des payeurs. Cette présence est ce qui permet de vendre un médicament via les systèmes établis et est donc essentielle pour son succès économique. L'importance de l'inclusion dans les bases de données INDEX est démontrée, par exemple, par la déclaration suivante faite par une société de distribution à un titulaire d'autorisation de mise sur le marché dont le médicament n'était pas inclus dans la base de données : *"[...] Les systèmes de point de vente de nos clients [prestataires de services] obtiennent leurs données de base presque exclusivement par e-médiat. Tant que [vos] articles ne sont pas référencés sur e-médiat, nous pouvons les commander chez vous, mais nous ne réaliserons aucune vente au commerce spécialisé. Veuillez nous informer lorsque les produits sont entièrement enregistrés sur e-[m]édiat"*.

324. Si un médicament n'est pas représenté dans les indices, la distribution, la prescription et la vente de ce produit sont rendues si difficiles que son succès économique est en fait rendu impossible. Cela signifie que la compétitivité du produit dépend non seulement de ses propriétés, mais aussi de sa présence dans la base de données INDEX. L'importance de l'inclusion des informations sur les médicaments dans la base de données INDEX permet à Documed/e-médiat de forcer le paiement des prix qu'il demande pour la présence dans sa base de données.

325. Une titulaire d'une autorisation de mise sur le marché a décrit la pression qu'elle subit de la part d'e-médiat comme suit : *"Nous devons donc toujours mener notre correspondance avec e-médiat en tenant compte du fait que e-médiat a le pouvoir de cesser soudainement de publier/distribuer toutes nos données sur les produits. Cela entraînerait une chute complète des ventes et menacerait l'existence de notre entreprise en quelques semaines". De même, "[...] alors que nous sommes confrontés à la menace latente de l'e-médiat qui supprime tous nos médicaments de leur base de données et met ainsi gravement en danger notre existence économique ! Dès que les informations sur nos produits ne seraient plus disponibles pour nos clients, nos ventes s'effondreraient"*.

326. Il ressort clairement des entretiens avec les titulaires d'autorisations de mise sur le marché que Documed/e-médiat a délibérément utilisé sa position pour générer une pression économique, c'est-à-dire pour les obliger à payer les prix qu'ils fixent. Les moyens de pression utilisés étaient la menace de retrait des produits INDEX et la non-inclusion de nouveaux produits ou la non-application de mutations (cf. en détail ci-dessus, paragraphe 86 suivants). Les titulaires de l'autorisation de mise sur le marché ont supposé qu'ils ne seraient pas inclus dans les indices sans conclure un contrat et payer la compensation stipulée (cf. liste des avantages au marginal n° 81) et que cela aurait un effet négatif sur la vente et la distribution des médicaments.²⁰⁵ Entre-temps, la plupart des titulaires d'autorisations de mise sur le marché ont été

²⁰⁵ Cf. questionnaires des titulaires d'autorisation de mise sur le marché, réponses aux questions 11b et 12.

incités à conclure un contrat et à payer les prix demandés, mais certains tentent encore de résister à la pression. Ces titulaires d'autorisation de mise sur le marché continuent à être désavantagés dans l'inclusion des médicaments (cf. marge n° 37 et suivants) afin de forcer l'acceptation des prix de Documed/e-médiat.

327. La menace de retrait de la base de données n'était pas le seul moyen de pression utilisé par Documed/e-médiat. En introduisant et en utilisant le "label de qualité" [PAQ]/[!] (n° de marge 108 suivants), Documed/e-médiat a pu exercer encore plus de pression sur les titulaires d'autorisations de mise sur le marché.²⁰⁶ En utilisant le label [QAP ?]/[!], Documed/e-médiat a sanctionné les titulaires d'autorisation de mise sur le marché qui n'étaient pas prêts à conclure le contrat aux prix prévus. Il convient de rappeler que l'information véhiculée par ce label "assurance qualité en question" était en contradiction avec le fait que les informations sur les médicaments avaient été approuvées par Swissmedic. D'autre part, le label a créé une incertitude chez les prestataires de soins, les distributeurs et les payeurs quant à la fiabilité des informations concernant le produit stigmatisé. En particulier, les prestataires de services peuvent être incités à passer à la vente ou à la prescription de produits de substitution qui ne sont pas marqués de ce label. Cette mesure de Documed/e-médiat exerce également une pression sur les titulaires d'autorisation de mise sur le marché et renforce l'élément de coercition des prix fixés par Documed/e-médiat.

328. Les destinataires de l'enquête affirment que l'étiquette sert la sécurité des patients. Toutefois, il convient de noter que la sécurité des patients est déjà garantie sur la base des informations sur les médicaments publiées sur l'AIPS. La publication des informations destinées aux experts et aux patients, et donc l'examen et l'approbation préalables par Swissmedic, doivent et doivent garantir la sécurité des patients. Un label qui va au-delà n'est pas nécessaire et est même trompeur. La sécurité du patient est examinée et évaluée plus en détail ci-dessous sous l'aspect de la justification factuelle (cf. marg. n° 354 f.).

329. Les destinataires de l'enquête affirment en outre dans leur déclaration que leurs menaces concernant le retrait des indices ont été "provoquées" par certains titulaires d'autorisation de mise sur le marché afin de servir de preuve dans la présente procédure. Les menaces réelles des représentants/employés de l'e-médiat, en revanche, n'ont pas été contestées par les destinataires de l'enquête. Ils peuvent également être justifiés par des déclarations des titulaires d'autorisations de mise sur le marché.

330. Enfin, les destinataires de l'enquête affirment que la déclaration selon laquelle "les produits qui ne sont pas inclus dans l'INDEX ne peuvent être commandés et vendus ou facturés par les pharmacies" est incorrecte. La raison invoquée est que "les données commerciales d'un produit peuvent être saisies dans les systèmes logiciels par les pharmaciens, les droguistes, etc. sans grand effort." Grâce à ce processus, les données commerciales des produits nouveaux ou mutés ont pu être saisies dans le système de la pharmacie correspondante en 2 minutes.

331. Toutefois, la saisie manuelle d'informations sur les médicaments dans la base de données ne peut pas être considérée comme un substitut au raffinement par un raffineur de données dans la mesure où les utilisateurs paient une redevance pour ce service (voir également la marge n° 227 et suivantes). En outre, dans la pratique, il est impossible pour le demandeur de saisir les données car, selon les destinataires de l'enquête, les données de l'INDEX sont très complexes, divers champs de données doivent être remplis via [...] et cela exige beaucoup de travail de la part du personnel spécialisé. En outre, lors de l'audition de [...], les craintes des titulaires d'autorisation de mise sur le marché que des médicaments ne figurant pas dans les indices puissent entraîner des complications dans la distribution et la facturation aux payeurs ont été confirmées.

D.4.4.2.4 Déclaration de Galenica SA et de HCI Solutions SA concernant l'exécution

332. Les parties font également valoir que l'activité d'information sur les médicaments de HCI a réalisé un chiffre d'affaires d'environ [...] millions de CHF en 2015. Cela fait de HCI une petite entreprise par rapport aux groupes pharmaceutiques multinationaux qui emploient des milliers

²⁰⁶ Réponses des différents titulaires d'autorisation de mise sur le marché à la question 11.

de personnes et dont le chiffre d'affaires se chiffre en milliards, comme Astra-Zeneca dont le chiffre d'affaires mondial s'élèvera à 24,7 milliards de dollars en 2015. De ce seul point de vue, il ne semble pas plausible de supposer que HCl puisse imposer des conditions ou des prix déraisonnables aux titulaires d'autorisations de mise sur le marché. Les titulaires d'autorisations de mise sur le marché savaient que HCl devait garantir l'exhaustivité des bases de données aux prestataires de services. Par conséquent, la position de pouvoir de HCl vis-à-vis des titulaires d'autorisation de mise sur le marché, telle que décrite par le Secrétariat, n'existait pas. Le contraire était vrai : les grands fabricants de produits pharmaceutiques en particulier avaient un énorme potentiel de menace vis-à-vis de HCl, car HCl ne pouvait jamais se permettre de supprimer les produits de sociétés telles que Roche ou Novartis des bases de données. Il n'est pas non plus correct d'affirmer que des produits qui ne sont pas répertoriés dans les bases de données de HCl n'auraient pas pu être vendus. Les produits auraient pu être prescrits et commandés.

Résumé intermédiaire

333. Ces arguments ne sont pas convaincants. Premièrement, il n'est pas dans l'intérêt des entreprises de subir des pertes/réductions de revenus à cause d'un système de distribution qui ne fonctionne plus correctement. HCl elle-même déclare à plusieurs reprises que ses bases de données sont la base d'une distribution sûre et efficace. En outre, [...] a tenté de se soustraire à la pression de HCl et de mettre en place une alternative (voir considérant 241) - sans succès. Le fait qu'entre-temps [...] ait également conclu un contrat avec HCl montre plutôt qu'ils sont effectivement dépendants d'une présence dans les bases de données d'e-médiateur. En outre, la comparaison est déjà insuffisante dans la mesure où, premièrement, le chiffre d'affaires mondial ne peut pas être mis en relation avec les coûts spécifiques du traitement des informations sur les médicaments pour le marché suisse, deuxièmement, tous les titulaires d'autorisation de mise sur le marché ne disposent pas des ressources correspondantes et, troisièmement, l'accusation de coercition en général ne peut pas être contrée par le fait que les revenus générés de cette manière sont simplement faibles.

334. En résumé, la Commission de la concurrence considère que l'élément de coercition est présent dans la conduite du Document/e-médiateur faisant l'objet de l'enquête.

D.4.4.2.5 Inappropriation

335. Selon la pratique antérieure de la Commission de la concurrence, l'inadéquation des prix peut être déterminée, comme déjà mentionné ci-dessus, notamment sur la base du "concept de marché comparatif", de la "méthode des coûts" et de la méthode "as-if" (cf. marge n° 315).

336. Dans l'approche dite "comparative des marchés", l'inadéquation d'un prix est déterminée par une comparaison avec les prix pratiqués sur des marchés comparatifs situés dans des conditions similaires.²⁰⁷ La méthode des marchés comparatifs ne peut fournir des preuves utilisables de l'inadéquation des prix que si les marchés comparatifs sont juridiquement et factuellement comparables. Pour qu'une comparaison avec d'autres entreprises concurrentes soit possible, un marché comparable doit être évident. Bien qu'un marché comparatif soit apparent avec l'Allemagne, la "méthode du concept de marché comparatif" est appliquée in casu sous une forme modifiée. Il est utile de comparer le même marché sur deux périodes différentes, en particulier la situation du marché avant et après l'introduction de l'AIPS. En d'autres termes, la situation dans laquelle les destinataires de l'enquête n'ont pas demandé d'indemnisation aux titulaires d'autorisations de mise sur le marché pour leur inclusion dans les bases de données INDEX est comparée à la situation actuelle. Pour cette évaluation, il est nécessaire de prendre en compte notamment le règlement à l'amiable de 2008 (voir paragraphe 67 et suivants), la situation avant l'introduction de l'AIPS et l'existence éventuelle d'un marché biface (voir paragraphe 263 et suivants).

337. Sur la base de l'accord consensuel conclu, les prix facturés par les titulaires d'autorisation de mise sur le marché pour la publication jusqu'en 2012 devraient être des prix basés sur les coûts. Selon les considérations de l'époque, les recettes correspondantes ont été utilisées exclusivement pour la publication des informations sur les médicaments et non pour l'inclusion

²⁰⁷ RPW 2008/4, 579 Rz 177, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

des données dans les bases de données e-média. Avec le changement du cadre réglementaire (cf. marg. n° 28) et l'introduction de l'AIPS, le service de publication des informations sur les médicaments par Documed/e-média a été supprimé. Depuis lors, les titulaires d'autorisations de mise sur le marché peuvent remplir leur obligation de publication en téléchargeant les informations sur les médicaments à l'AIPS.

338. Jusqu'à la refonte du service en 2012, les contrats conclus par les titulaires d'autorisation de mise sur le marché avec Documed, qui portaient exclusivement sur la publication et les tarifs correspondants, les ont amenés à penser que la base de données était financée unilatéralement (et intégralement) par les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs, que ce financement pouvait garantir le fonctionnement de la plate-forme, et qu'après la suppression de l'obligation de publication dans le recueil, les contrats étaient adaptés et l'inclusion dans les indices était désormais soumise à une redevance pour les titulaires d'autorisation de mise sur le marché (marg. n° 80 suivants).

339. Compte tenu de cette situation, à savoir que l'inclusion dans les bases de données INDEX était gratuite, la question se pose de savoir si (1) le prix demandé n'est pas déraisonnable, ou si (2) le caractère déraisonnable ne se produit qu'au-delà d'un certain niveau.

340. En ce qui concerne la question de savoir s'il est déraisonnable de facturer un prix, les parties font valoir que les activités de Documed et de e-média n'étaient pas clairement séparées, même avant la fusion avec HCI. Bien que le travail des deux sociétés dans la préparation des données INDEX ait été en principe divisé (Documed était responsable de la préparation des données médicales, tandis que e-média était responsable de la préparation des données logistiques et commerciales), il a toujours été étroitement lié. En conséquence, les services des deux sociétés ont été intégrés dans les bases de données INDEX. De la part de Documed, le travail de structuration pour la préparation du compendium aurait pu être transféré dans une large mesure à la base de données INDEX par le biais d'un codage.

341. Les parties font également valoir que, du point de vue des détenteurs de publications, HCI offrait deux produits complémentaires avant l'introduction de l'AIPS : en publiant dans Documed, ils étaient en mesure de remplir l'obligation de publication et, en même temps, ils s'assuraient d'être inclus dans les bases de données. Toutefois, la suppression de l'un des deux services complémentaires a modifié la structure des prix, de sorte que HCI a réagi en faisant payer davantage les titulaires d'autorisations de mise sur le marché.

342. Si l'on suit les déclarations des parties, les titulaires d'autorisations de mise sur le marché - contrairement à ce que laisse supposer la situation contractuelle et donc contrairement à la situation initiale en marge n° 337 suivants - auraient déjà payé jusqu'à présent pour l'inclusion de leurs informations sur les médicaments dans les index et donc pour l'accès aux bases de données de l'e-média. Le travail de structuration effectué pour la publication de l'IF et de l'IP dans le Compendium serait toujours effectué (cependant, malgré et sans tenir compte de l'AIPS)²⁰⁸ pour le codage et l'inclusion ultérieurs des mêmes informations dans les données INDEX du Documed/e-média, c'est pourquoi la demande d'un prix de la part des titulaires d'autorisation de mise sur le marché même après 2013 pour l'exécution d'un service déjà fourni plus tôt - même s'il n'est pas offert ouvertement et financé indirectement - ne serait pas en soi fondamentalement inadmissible (pas d'augmentation du niveau de prix en soi).

343. En ce qui concerne le montant de toute compensation, les parties font les commentaires suivants par rapport aux chiffres figurant dans le compte de résultat et à la question de savoir pourquoi la rémunération exigée des titulaires d'autorisation de mise sur le marché à la suite du changement de système en 2013 n'a pas entraîné de recettes supplémentaires pour e-média : Les rémunérations couvraient principalement les dépenses engagées par Documed pour la préparation des données, qui avaient augmenté ces dernières années en raison de l'augmentation constante du contenu informatif des bases de données INDEX (d'un peu plus de 200 champs de données en 2007 à environ 700 champs de données en 2013). Le fait que

²⁰⁸ Il resterait ouvert et difficile d'évaluer, en raison du manque de transparence, dans quelle mesure certains travaux sont ou peuvent être effectués par l'IF en vue de la publication sur AIPS - une copie du recueil - qui doit être garantie par l'IF, et si l'expansion continue du service est soutenue par toutes les parties prenantes.

la rémunération des modules D et E n'ait pas non plus entraîné une augmentation correspondante des recettes chez Documed, malgré l'expansion des services, mais qu'elle ait au contraire été réduite, est dû au fait que Documed a répercuté les économies réalisées grâce aux gains d'efficacité et à la suppression de l'impression de livres sur les titulaires d'autorisations de mise sur le marché et l'industrie pharmaceutique. En outre, la réduction des recettes de Documed en 2013 est due au fait que certaines sociétés pharmaceutiques n'étaient pas initialement prêtes à conclure un contrat avec Documed.

344. Enfin, outre l'ouverture de l'enquête, l'introduction de la nouvelle structure tarifaire avec le remplacement du système basé sur le millimètre à la suite de la décision du Tribunal fédéral a conduit à des réductions de prix significatives à massives pour la majorité des entreprises à partir de 2013 (jusqu'à 40 % par rapport au tarif déjà réduit en 2012). En outre, des conditions avantageuses supplémentaires ont été accordées à toutes les entreprises pharmaceutiques avec effet rétroactif au 1.1.2013.

345. Documed/e-mediat fait valoir que le partage des coûts de l'ensemble du système consistant en la publication des informations sur les médicaments par la ZI et la reprise et la vente de produits de données aux prestataires de services par e-mediat existait déjà auparavant. Même avant 2012, le service fourni par HCI aurait compris que HCI publiait les informations sur les médicaments sous une "forme appropriée" et que les titulaires d'autorisations de mise sur le marché et leurs produits étaient inclus dans les bases de données. Avant même le 31 décembre 2012, les titulaires d'autorisations de mise sur le marché étaient des clients pour l'inclusion de leurs produits dans les produits INDEX de HCI, même si aucune redevance spécifique n'avait été facturée à cet effet.

346. Sur la base des observations des parties, la Commission de la concurrence suppose qu'il y a un manque de transparence en ce qui concerne les activités et l'interaction de Documed/e-mediat et le financement de leurs activités. Elle a des doutes quant à savoir quelle entreprise a fourni quelles activités et à quel coût. Cela vaut également pour les implications financières de l'expansion des bases de données.

347. Dans ce contexte, la Commission de la concurrence estime que le concept de marché comparatif ajusté ne fournit pas de preuve de caractère déraisonnable, que ce soit pour la question de savoir si la demande d'un prix est déraisonnable ou si elle ne se produit qu'au-delà d'un certain niveau.

348. Au contraire, les doutes susmentionnés persistent, car dans le cas présent, l'inadéquation n'a pas été démontrée sur la base des méthodes habituelles. La méthode du marché comparatif au sens de l'article 13, paragraphe 1, point a), de la loi sur la protection des consommateurs²⁰⁹ et de la doctrine ainsi que la méthode des coûts n'ont pas été appliquées. Toutefois, l'applicabilité de cette dernière semble également discutable pour la Commission de la concurrence en raison de la complexité des circonstances. Par conséquent, la question de savoir si le prix facturé est déraisonnable et, dans l'affirmative, à quel niveau, doit rester ouverte dans ce cas.

349. Dans le cas présent, l'inadéquation du prix pour l'inclusion des informations sur les médicaments dans la base de données Documed/e-mediat ne peut être prouvée par la méthode "as-if", contrairement à la demande du Secrétariat. Ici, les prix sont simulés comme si le marché était exposé à une concurrence non faussée (note en marge 315).

350. Dans une situation de concurrence, un cofinancement par les titulaires d'autorisations de mise sur le marché pour l'inclusion de données publiques (dans le casu AIPS) ne serait pas envisageable. Si des offres concurrentes comparables étaient disponibles sur le marché pour l'accès à des données affinées et lisibles par machine relatives aux informations sur les médicaments, aucun des concurrents concernés ne pourrait exiger de paiement pour l'inclusion d'informations sur les médicaments dans la base de données, car les titulaires d'autorisations de mise sur le marché ne seraient pas tributaires de cette inclusion. En concurrence, un concurrent ne ferait que se nuire à lui-même en le faisant, car il réduirait la base de données qu'il offre aux acheteurs de ces données raffinées et lisibles par machine. Par conséquent, il serait

²⁰⁹ RPW 2007/2, 273 paragraphe 203 et 296 paragraphe 386, *Terminaison mobile*.

déraisonnable d'exiger des titulaires d'autorisations de mise sur le marché une redevance pour l'inclusion des informations sur les médicaments dans la base de données Documed/e-médiat.

351. Cependant, la Commission de la concurrence suppose que la preuve basée sur la méthode "comme si" ne répond pas au niveau de preuve requis en casu.

352. Par conséquent, l'élément du caractère déraisonnable n'est pas rempli et il n'est pas nécessaire d'examiner ci-dessous s'il existe une entrave à la concurrence au sens de l'article 7, paragraphe 1, du Code civil et les éventuelles justifications factuelles.

353. Uniquement en ce qui concerne l'argument de la sécurité des patients, en raison de l'importance centrale que les parties attachent à cet aspect dans le cadre de leur conduite, quelques explications suivent ci-dessous. Les destinataires de l'enquête font valoir, par exemple, que la sécurité des patients ne peut être garantie dans le cas de données obtenues uniquement à partir des bases de données publiques. En particulier, le travail manuel de Documed/e-médiat permet de vérifier les interactions par logiciel.

354. Il convient de noter que l'objectif de la loi sur les produits thérapeutiques est de garantir la sécurité des patients (art. 1, al. 1, LPC). La LPC impose des devoirs de diligence à tous les acteurs dans la manipulation des produits thérapeutiques (cf. marges n° 193 et 196). L'étendue de ces devoirs de soins est en partie définie par des ordonnances. Les devoirs de diligence des titulaires d'une autorisation de mise sur le marché en ce qui concerne les informations relatives à la sécurité des patients sont réglementés dans l'AMZV et dans les annexes 4 et 5. Le SmPC contient entre autres des indications et des contre-indications. La version actuelle du SmPC est disponible sur AIPS. Comme déjà expliqué (marg. n° 35), la publication de l'information sur les médicaments sur l'AIPS remplit l'obligation (de diligence) des titulaires d'autorisation de mise sur le marché en ce qui concerne le traitement des informations pertinentes pour la sécurité des patients. La référence faite par les destinataires de l'enquête à la sécurité des patients est répétée, mais de manière générale et ne justifie pas que les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché soient soumis à une obligation de diligence plus large dans la manipulation des médicaments que la réglementation explicitement prévue dans la loi et l'ordonnance. Les remarques des destinataires de l'enquête sur la sécurité des patients portent plutôt sur le devoir de diligence des prestataires de services lors de la prescription et de la délivrance de médicaments.²¹⁰

D.4.4.2.6 Résultat intermédiaire

355. L'existence d'un comportement illicite au sens de l'art. 7, al. 1, en liaison avec l'art. 7, al. 2, let. c KG, n'est pas suffisamment établie en l'espèce, de sorte que, en appliquant la maxime "*in dubio pro reo*", aucune violation de la loi sur les cartels ne peut être établie et aucune sanction ne peut être infligée aux parties. Un renvoi de l'affaire au Secrétariat est nécessaire, compte tenu de la complexité d'une analyse des coûts et du fait qu'une grande partie des questions soulevées par le comportement des parties est couverte par d'autres faits traités dans la décision.

D.4.4.3 Restriction de la production, de la commercialisation ou du développement technique (art. 7 al. 2 let. e KG)

356. En pratique, les limites entre les différents types de comportement visés à l'article 7, paragraphe 2, du Code pénal sont souvent floues et un type de comportement peut remplir plusieurs éléments d'une infraction.

²¹⁰ "Les données sans ces informations supplémentaires sont inutiles pour les pharmacies, les drogueries, les médecins, les hôpitaux ou les compagnies d'assurance maladie"; "Si, par exemple, un patient obtient un médicament d'un médecin et que ce patient est ensuite dirigé vers l'hôpital où des préparations supplémentaires sont administrées, l'hôpital doit pouvoir effectuer le contrôle d'interaction correspondant pour les médicaments délivrés à l'hôpital avec toutes les autres préparations prises par le patient." ; "Sinon, il faut s'attendre à des erreurs de médication" ; cf. également les points de vue soumis par les destinataires de l'enquête de l'Association IFAK : "[...] nous [les pharmacies] sommes tributaires d'un matériel d'information complet, exhaustif et fiable". Et "Les données doivent être préparées de telle sorte que les fournisseurs de systèmes puissent les intégrer dans les logiciels des pharmacies. Ce n'est qu'ainsi que des flux de travail efficaces et basés sur la qualité pour maintenir la sécurité des patients sont possibles".

D.4.4.3.1 Base juridique

357. La restriction de la production, des ventes ou du développement technique est réputée exister lorsque les conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- a. Le comportement en question est celui qui conduit à une restriction de la production, des ventes ou du développement technique (voir les considérants 360 et suivants ci-dessous) ;
- b. le comportement empêche d'autres entreprises d'entrer en concurrence ou de l'exercer ou désavantage l'opposant au marché (voir les considérants 371 et suivants) ;
- c. la restriction de la production, des ventes ou du développement technique entraînée par le comportement n'est pas justifiée par des raisons objectives (raisons commerciales légitimes ; voir les considérants 379 et suivants ci-dessous).

358. L'article 7, paragraphe 2, alinéa e KG couvre notamment les comportements des entreprises dominantes visant à restreindre l'accès des concurrents au marché.²¹¹ fois la restriction des ventes propres et l'influence sur les ventes des concurrents.²¹²

359. La restriction des ventes peut être réalisée par des *actions unilatérales* et *bilatérales*. Les actions unilatérales trouvent leur origine dans l'entreprise dominante elle-même, par exemple en refusant d'approvisionner certains acheteurs. Les actions bilatérales comprennent notamment les accords qui restreignent les ventes des concurrents par des obligations d'achat exclusif ou des rabais.²¹³

D.4.4.3.2 Limitation des ventes

360. Dans le cas présent, e-mediat a inclus la²¹⁴ clause suivante dans les contrats individuels avec les éditeurs de logiciels :

"Dans la mesure où [...] considère qu'il est utile pour la production ou le développement ultérieur des produits contractuels de fournir aux utilisateurs des produits un accès supplémentaire aux données de base des partenaires et des produits qui leur sont utiles (c'est-à-dire à des données autres que les données HOSPINDEX et CIS), il est tenu de se procurer ces données auprès d'e-mediat. Dans la mesure où e-mediat n'est pas disposé à les fournir ou n'est pas en mesure de le faire dans un délai raisonnable adapté au problème, [...] est autorisé à se procurer ces composants ailleurs".

361. Une clause largement identique est également présente dans le contrat avec [...], bien que dans ce contrat la "période utile" soit spécifiée comme étant de six mois.

362. Les maisons de logiciels correspondantes se sont donc vu interdire d'acquérir sur le marché des données de base supplémentaires sur les partenaires et les produits ; elles ont dû accorder à e-mediat un privilège exclusif pour satisfaire cette demande. Seulement si e-mediat ne veut pas ou ne peut pas offrir ces données, les maisons de logiciels sont autorisées à se procurer ces données auprès d'autres raffineurs de données ou à se procurer et raffiner ces données elles-mêmes à partir de sources primaires. Ainsi, il existe une obligation d'achat exclusif des données nouvellement demandées en faveur de l'e-mediat.

363. La clause suivante se trouve également dans les contrats avec les éditeurs de logiciels :

"Sans le consentement écrit préalable d'e-mediat, SWH [société de logiciels] n'est pas autorisé 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

²¹¹ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 KG N 418 und N 441; EVELYNE CLERC/ PRANVERA KËLLEZI, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 7 II LCart Rz 235.

²¹² ZÄCH (Fn 221), Rz 688; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 211), Art. 7 II LCart Rz 239.

²¹³ RPW 2014/4, 688 paragraphe 131, *politique des prix et autres comportements de la SDA* ; BSK KG-Amstutz/Carron (n. 100), art. 7 KG N 442 f ; CR Concurrence-Clerc/Këllezzi (n. 211), art. 7 II LCart paragraphe 247.

²¹⁴ Désigné dans les tableaux comme la clause A.

sont structurées de la même manière ou essentiellement de la même manière que les données d'e-mediat.

364. Cette clause interdit aux éditeurs de logiciels d'utiliser les structures existantes pour les produits d'autres raffineurs de données ou pour leurs propres bases de données si les éditeurs de logiciels voulaient eux-mêmes raffiner les données. Cela garantit que l'e-mediat peut continuer à fournir les données dans leur intégralité. Il n'est par exemple pas possible pour les éditeurs de logiciels d'obtenir les informations sur les médicaments d'un concurrent ou de charger les informations sur les médicaments directement depuis l'AIPS et de les affiner eux-mêmes, alors que e-mediat fournit les données non pharmaceutiques.

365. HCI a soumis 176 contrats le 29 novembre 2016 à la demande de la Commission de la concurrence. Les contrats couvrent la période 2007 - 2016. À la demande de la Commission de la concurrence, le Secrétariat a évalué tous les contrats en ce qui concerne l'utilisation des clauses mentionnées dans la demande.

366. Le tableau ci-dessous indique, tout d'abord, combien de contrats conclus entre 2007 et 2011, puis ceux conclus pendant la période transitoire de 2012 à 2014 et ceux conclus de 2015 à 2016 contenaient la clause déjà reproduite au paragraphe 363

Tableau 2 : Nombre de contrats avec clause correspondante par rapport aux différentes périodes :

Période	Clause A		Clause B		Clause B	
	Oui	Non	Oui	Non	Oui	Non
2007 – 2011	1		4	35	10.3 %	89.7 %
2012 – 2014			75	27	73.5 %	26.5 %
2015 – 2016			3	23	11.6 %	88.4 %
Total 2007 - 2016	1		83	86	49.1 %	50.9 %

Source : Accords des parties, liste du Secrétariat

367. Ce premier tableau montre que HCl a systématiquement inclus la clause B pendant la période critique (2012-2014) lors du renouvellement des contrats ou en concluant des addenda aux contrats existants. Comme HCl n'a pas soumis de nouvelle version de la plupart de ces contrats, on peut supposer que ces clauses sont toujours valables dans les contrats conclus entre 2012 et 2014.

368. Ce n'est qu'à partir de 2015 que HCl²¹⁵ a opté pour une nouvelle formulation. 21 des 23 contrats conclus depuis 2015 contiennent cette nouvelle formulation et ont été considérés comme des contrats sans clause. Entre-temps, la majorité des entreprises respectives ont conclu un contrat avec HCl pour la première fois. Cela est dû au fait qu'aucune version antérieure des contrats avec les détenteurs d'autorisation de mise sur le marché respectifs n'a été soumise.

Tableau 3 : Application de la clause B en fonction du produit et de la période de l'INDEX

Clause B	2007 – 2011		2012 – 2014		2015 – 2016		2007 – 2016 Total	
	Oui	Non	Oui	Non	Oui	Non	Oui	Non
careINDEX	0	2	8	3	1	7	9	12
hospINDEX	2	13	29	6	3	5	34	24
medINDEX	0	12	17	5	1	8	18	25
pharmINDEX	2	1	12	10	0	2	14	13
Autres (log-, insure-, drogINDEX)	0	3	2	2	0	2	2	7
Plusieurs INDEX	0	2	4	0	0	0	4	2

Source : Accords des parties, liste du Secrétariat

369. La répartition de l'application de la clause entre les différents produits INDEX et en fonction de la période montre une fois de plus la stratégie de HCl au cours de la période considérée.

370. Les deux clauses décrites restreignent les ventes des concurrents réels et potentiels par des obligations d'achat exclusif.

²¹⁵ Les données spécifiques aux clients ou les données de tiers peuvent être ajoutées aux données INDEX existantes dans la solution logicielle, à condition que leur source soit clairement visible. La source des données ainsi que toute modification doivent être affichées de manière visible pour le client.

D.4.4.3.3 Restriction de la concurrence

371. L'article 7, paragraphe 2, alinéa e KG est axé sur les pratiques d'exclusion ou de prédation de l'entreprise dominante à l'égard de ses concurrents. Cela couvre les comportements qui restreignent l'accès au marché de concurrents réels ou potentiels sans que cela ne soit une conséquence du développement normal du marché ou de la concurrence normale sur le fond. Les accords d'exclusivité ou les rabais sont des moyens classiques de conserver les clients, ce qui empêche les concurrents actuels et potentiels de se faire concurrence.²¹⁶

372. En raison de la prérogative de l'e-médiateur de fournir les données nouvellement demandées, il est impossible pour les concurrents actuels ou potentiels de fournir ces données aux éditeurs de logiciels. Ils sont ainsi contraints de quitter le marché pour des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments, ou des barrières à l'entrée sur le marché sont érigées. Si les éditeurs de logiciels devaient répondre à un nouveau besoin, la conclusion du contrat entre l'éditeur de logiciels et e-médiateur concernant la fourniture de ces nouvelles données ne résulterait pas du fait que e-médiateur offre de meilleures conditions contractuelles concernant ces nouvelles données, mais uniquement en raison de l'obligation d'achat exclusif des éditeurs de logiciels. Cette clause est orientée vers l'avenir et a pour effet de cimenter la position dominante dans le futur. Même si le marché se développe et que la demande des fournisseurs de services, des distributeurs et des payeurs change, l'entrée sur le marché au niveau de l'affinement des données sera considérablement plus difficile. Pour pouvoir entrer sur le marché, cette clause exige des concurrents potentiels qu'ils proposent un ensemble complet de données. En d'autres termes, la spécialisation sur de nouvelles demandes ainsi que l'offre et la distribution d'ensembles de données partiels par l'intermédiaire d'éditeurs de logiciels existants ne sont pas possibles.

373. Afin de garantir l'exécution du contrat (et donc aussi de l'obligation d'achat exclusif), il a été convenu d'une pénalité contractuelle qui serait due en cas de manquement.

374. L'interdiction de l'utilisation des structures pour d'autres programmes ferme le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les drogues aux offres de concurrents potentiels. En particulier, la mise en œuvre d'ensembles de données partiels provenant d'autres raffineurs de données est interdite. Cette clause augmente les barrières à l'entrée pour les concurrents potentiels (qui pourraient également être les éditeurs de logiciels eux-mêmes), car les éditeurs de logiciels devraient construire un logiciel entièrement nouveau afin de mettre en œuvre un éventuel produit concurrent. Les concurrents potentiels devraient également proposer un ensemble complet de données (c'est-à-dire des informations sur les médicaments et des données non pharmaceutiques), faute de quoi le changement de fournisseur de logiciels ne serait pas intéressant pour eux.²¹⁷

375. Les parties soutiennent que les deux clauses contractuelles en question n'ont en fait pas empêché les concurrents actuels ou potentiels d'entrer en concurrence ou de l'exercer. Aucune demande de ce type n'a été faite par les sociétés de logiciels. De plus, avec un délai de préavis de deux ans, il ne peut être question de verrouillage du marché.

376. Cependant, la manière dont ces clauses ont été appliquées (systématiquement à partir de 2012) montre clairement, selon la Commission de la concurrence, que la stratégie Documed/e-médiateur était dirigée contre des concurrents potentiels. C'est précisément dans la période (2012 - 2014) que divers événements (décision du Tribunal administratif fédéral, introduction de l'AIPS) auraient pu ouvrir la possibilité à d'autres fournisseurs de prendre pied sur le marché et mettre en danger la position de Documed/e-médiateur.

377. Lors des auditions, ywesee et dr-ouwerkerk ag ont déclaré que leur tentative d'entrer sur le marché avec des produits similaires aux produits INDEX avait été un échec. Cela avait conduit dr-ouwerkerk ag à décider finalement de ne plus être actif dans ce domaine à partir de 2014. ywesee, pour sa part, est certain que ces clauses lui ont causé un préjudice considérable.

²¹⁶ RPW 2014/4, 688 paragraphe 134, *la politique de prix et autres comportements de la SDA*.

²¹⁷ Vu les effets similaires à ceux de la décision de la Commission du 22 juin 2005 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE dans l'affaire COMP/A.39.116/B2 - Coca-Cola.

378. Ces deux clauses ferment le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments aux concurrents réels et potentiels et produisent donc des effets anticoncurrentiels.

D.4.4.3.4 Justification factuelle

379. Les restrictions des ventes peuvent constituer un comportement objectivement nécessaire et peuvent être justifiées par des raisons d'efficacité économique.²¹⁸

380. Dans leurs observations, les parties font valoir que HCI a conclu des accords de licence avec les prestataires de services. Dans ces accords, HCI s'engage à fournir ces données aux prestataires de services par l'intermédiaire d'éditeurs de logiciels. Cette obligation contractuelle vis-à-vis des prestataires de services justifie que HCI s'assure dans les contrats avec les éditeurs de logiciels que les données parviennent effectivement aux clients de HCI.

381. Si les sociétés de logiciels devaient obtenir leurs données de différentes sources, cela entraînerait un risque de réputation pour le HCI. Étant donné que les utilisateurs finaux des données (c'est-à-dire les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs) ne seraient guère en mesure de déterminer quelles données proviennent de quelle source, il y aurait un risque qu'ils attribuent également à HCI des erreurs dans les données d'autres prestataires, ce qui pourrait nuire de façon permanente à la réputation de HCI.

382. Comme justification objective, la question se pose alors dans ce cas de savoir si les éditeurs de logiciels sont dépendants de données provenant d'une source uniforme, c'est-à-dire d'un raffineur de données, pour le fonctionnement du logiciel, car sinon les fonctions du logiciel sont limitées (exigence technique). Cette question a été posée aux éditeurs de logiciels dans le cadre de leur enquête.²¹⁹ Ce faisant, de nombreux éditeurs de logiciels ont remis en question l'étendue et la qualité des données provenant d'autres fournisseurs.²²⁰ Les prestataires de services, les distributeurs et les payeurs sont intéressés par des données de haute qualité, ce qui est garanti par les données INDEX. Les autres fournisseurs ne pouvaient pas fournir la portée et la qualité requises.

383. Toutefois, l'enquête a révélé que, d'un point de vue technique, il serait possible d'inclure dans le logiciel d'autres données ou même des maîtres de données différents pour les informations sur les médicaments et les données sur les produits non pharmaceutiques. L'enquête a toutefois montré que les réponses concernant l'effort nécessaire pour changer la référence des données provenant de différentes sources étaient très différentes. Comme l'ont fait remarquer certaines entreprises de logiciels, il n'est pas possible de répondre à cette question dans l'abstrait sans connaître la portée et la structure concrète de la source de données alternative.

384. Par la suite, la question de la possibilité technique d'intégrer des données provenant de différents raffineurs de données dans un produit logiciel a été discutée plus en détail avec une grande société de logiciels ([...]). Il a été spécifiquement confirmé que, d'un point de vue technique, il est possible d'intégrer des données provenant de différentes sources. Le plus simple serait que ces différents ensembles de données aient la même référence et, de préférence, le même format. Sinon, le logiciel devrait être programmé pour lire plusieurs formats et le programme accéderait à ces données en fonction de sa fonction. Toutefois, cela n'a pas non plus été qualifié de techniquement impossible. Au contraire, l'éditeur de logiciels a souligné que ses logiciels étaient proposés sur la base de medINDEX et d'IGM, car ils étaient particulièrement populaires auprès des médecins. Comme certaines données ne sont pas disponibles avec l'IGM (par exemple les prix actualisés), certaines applications qui s'appuient sur ces données ne fonctionnent pas. Toutes les autres applications qui ne dépendent pas de ces données fonctionnent cependant sans plus attendre.

385. Dans l'ensemble, cela montre qu'il serait techniquement possible pour les éditeurs de logiciels d'obtenir des données de différentes sources.

386. La question soulevée par les éditeurs de logiciels sur l'étendue et la qualité des données est indépendante de la question des exigences techniques pour les données. La qualité et la

²¹⁸ RPW 1999/2, 214 paragraphe 37, *Teleclub AG c. Cablecom Holding AG*.

²¹⁹ Questionnaires maisons de logiciels, question 16-20.

²²⁰ Questionnaires maisons de logiciels, question 19.

portée sont des variables concurrentielles normales. En concurrence, des offres différentes en termes de qualité ou de portée sont tout à fait envisageables, d'autant plus que le prix peut également être différent. Enfin, il convient de noter que la qualité des informations sur les médicaments et donc des informations pertinentes pour la sécurité des patients est contrôlée et réglementée par Swissmedic.

387. Le fait que la clause poursuivait d'autres raisons que celles mentionnées ci-dessus et n'était pas nécessaire est également démontré par le fait que HCl a pu procéder à un ajustement à court terme en ce qui concerne les contrats nouvellement conclus (considérant 368).

388. Aucune autre justification n'est apparente et la restriction du paragraphe ne peut donc pas être justifiée.

D.4.4.3.5 Résultat intermédiaire

389. L'obligation d'achat exclusif des maisons de logiciels pour les données de base supplémentaires des partenaires et des produits ainsi que l'interdiction d'utiliser les structures du logiciel à d'autres fins limitent les ventes des concurrents de manière abusive au sens de l'art. 7 al. 1 en liaison avec l'al. 2 let. e KG.

D.4.4.4 Conditions attachées à la conclusion de contrats selon lesquelles les parties contractantes acceptent ou fournissent des services supplémentaires (art. 7, al. 2, let. f KG)

D.4.4.4.1 Base juridique

390. Les opérations liées affectent la liberté de la partie contractante de conclure des transactions selon sa volonté et peuvent - sans que cela soit justifié en termes de performance - modifier la situation concurrentielle sur le marché du bien lié en faveur de l'entreprise dominante.²²¹ Toutefois, la vente liée peut également être utilisée pour évincer des concurrents : Ceci d'une part en érigeant des barrières à l'entrée²²² et d'autre part en transférant le pouvoir de marché à un marché en amont ou en aval (théorie de l'effet de levier). Outre leurs²²³ effets restrictifs sur la concurrence, les ventes liées peuvent aussi entraîner des gains d'efficacité (notamment grâce aux économies d'échelle et de gamme) et être justifiées par des raisons économiques.²²⁴

391. La vente liée est abusive au sens de l'article 7, paragraphe 1, en liaison avec le paragraphe 2, point f), de la loi si les quatre caractéristiques suivantes sont présentes : (1) la vente liée et le produit lié sont des biens distincts, (2) le fournisseur pratique la vente liée, (3) la vente liée a un effet restrictif sur la concurrence et (4) la vente liée ne peut être objectivement justifiée.

392. Plusieurs situations possibles de vente liée sont envisagées ici :

- a. Les entreprises de logiciels qui utilisent les données INDEX comme base de données, ou les prestataires de services dont la solution logicielle est basée sur les données INDEX, doivent obtenir les informations sur les médicaments et les données sur les produits non pharmaceutiques auprès de e-mediat (ci-après **"regroupement des données"** : n° de marge 393suivants).
- b. L'inclusion des informations sur les médicaments dans les bases de données INDEX n'est effectuée que si les titulaires d'autorisation de mise sur le marché obtiennent simultanément les services de contrôle de la qualité éditoriale, de traitement technique de l'IF et d'optimisation des tableaux et graphiques de Documed/e-mediat. En outre, le téléchargement des informations sur les médicaments dans l'AIPS est offert gratuitement (ci-après **"regroupement de modules"** : marg. n° 413et suivants).

²²¹ ZÄCH, ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2005, paragraphe 702.

²²² RPW 2014/4, 697 paragraphe 203, *Politique de prix et autres conduites du SDA*.

²²³ RPW 2011/1, 182 Rz 506 ff. *SIX/Terminaux avec conversion dynamique des monnaies (DCC)*.

²²⁴ BSK KG-Amstutz/Carron (fn 100), art. 7 N 508 et suivants.

D.4.4.4.2 Regroupement de données

393. Les sociétés de logiciels et les prestataires de services qui achètent les produits INDEX à e-mediat ont accès à l'ensemble des données, qui comprennent à la fois des informations sur les médicaments et des données non pharmaceutiques.²²⁵ Comme déjà expliqué (note en marge 53), les produits INDEX sont distribués de deux manières différentes. Par conséquent, le regroupement en question concerne soit les éditeurs de logiciels, soit les fournisseurs de services, les distributeurs et les payeurs. Toutefois, le modèle de distribution choisi n'est pas pertinent pour l'évaluation du regroupement. Il n'est actuellement pas possible pour les fournisseurs de services, les distributeurs et les payeurs d'obtenir des données (ensembles de données partielles) de différents fournisseurs dans le cadre d'une solution logicielle, que celles-ci soient obtenues par l'intermédiaire d'une société de logiciels ou directement par e-mediat.

D.4.4.4.2.1 Séparation des services

394. Pour qu'il y ait vente liée, il faut que deux ou plusieurs produits ou services distincts ou séparés soient liés par la vente liée. On peut notamment présumer que des biens ou services distincts sont fournis si les consommateurs, s'ils avaient le choix, achèteraient les biens ou services liés auprès de différents fournisseurs. Une autre indication est le moment où les entreprises se spécialisent dans la fourniture du bien lié (sans le bien lié). Les biens ou services qui, après une analyse approfondie du marché, sont attribués à des marchés différents peuvent être considérés comme des biens distincts.²²⁶

395. Afin d'évaluer la séparation des services (accès aux données), il faut d'abord considérer les produits sous-jacents aux données. Les données ne peuvent pas être considérées séparément des produits ; après tout, l'étendue et la nature des données dépendent de manière cruciale des produits sous-jacents.

396. Les médicaments sont définis par la loi (art. 4 al. 1 let. a HMG). Les produits non pharmaceutiques ont déjà été définis pour la présente évaluation (marg. n° 27), mais il est néanmoins utile de les examiner à nouveau de plus près, car ils couvrent un groupe beaucoup plus hétérogène que les médicaments. Il y a beaucoup moins d'exigences légales pour les produits non pharmaceutiques. Les dispositifs médicaux sont régis par les articles 45 et suivants. Cependant, les dispositions pertinentes sont beaucoup moins détaillées et les fabricants doivent se conformer à moins de réglementations que dans le cas des médicaments. D'autres produits non pharmaceutiques sont également (en partie) soumis à des exigences légales, mais celles-ci poursuivent un objectif différent de celui des médicaments ou des dispositifs médicaux. Les cosmétiques, par exemple, sont soumis à la loi sur les denrées alimentaires²²⁷ et à ses ordonnances d'application. À l'exception de certains dispositifs médicaux, les²²⁸ produits non pharmaceutiques (par exemple les pansements) peuvent être vendus sans plus attendre dans un magasin non spécialisé dans les produits pharmaceutiques. Cela inclut, par exemple, les matériaux d'habillement déjà mentionnés ou les produits cosmétiques.

397. Par conséquent, les données des produits non pharmaceutiques diffèrent des informations sur les médicaments. Tous les produits non pharmaceutiques ne peuvent pas être regroupés. Les dispositifs médicaux, par exemple, doivent comporter des informations sur le produit (art. 7 MepV en liaison avec les directives européennes correspondantes). Toutefois, ces informations sont également disponibles pour d'autres produits non pharmaceutiques (par

²²⁵ Cf. offre e-mediat : <<http://www.e-mediat.ch/de/produkte/index/index.php>> (dernière visite le 2 juin 2015).

²²⁶ RPW 2011/1, 183 para 514 et suivants. *SIX/Terminaux avec conversion dynamique des monnaies (DCC)* ; RPW 2014/4, 697 marge n° 198, *politique des prix et autres comportements de la SDA* ; CR Concurrence-Clerc/Këllezi (nn 202), art. 7 II LCart marge n° 275.

²²⁷ Loi fédérale du 9.10.1992 sur les denrées alimentaires et les objets usuels (loi sur les denrées alimentaires, LMG ; RS 817.0).

²²⁸ Selon l'art. 47 s. de la loi sur les médicaments, le Conseil fédéral peut édicter d'autres dispositions concernant la mise sur le marché, la délivrance et l'utilisation, ce qu'il a fait notamment dans l'ordonnance du 17.10.2001 sur les dispositifs médicaux (ODM ; RS 812.213).

exemple, les boissons et les aliments pour animaux). Toutefois, contrairement aux médicaments, les produits non pharmaceutiques présentent un risque beaucoup plus faible pour la santé humaine, c'est pourquoi ils sont soumis à des exigences d'information moins restrictives. En particulier, ces informations sur les produits ne sont pas approuvées par les autorités, comme c'est le cas pour les informations sur les médicaments. Par conséquent, il n'existe pas non plus de bases de données publiques dans lesquelles toutes les informations sur les produits seraient regroupées, car l'hypothèse réglementaire est que le marché peut s'organiser à cet égard et qu'il n'y a pas de problèmes de sécurité des patients si toutes les informations ne sont pas accessibles au public. Ainsi, les données sur les produits non pharmaceutiques comprennent essentiellement des informations importantes pour la distribution et la facturation. Dans l'ensemble, les produits non pharmaceutiques et leurs données ne sont pas fondamentalement différents des produits que l'on trouve habituellement dans les points de vente au détail.

398. En revanche, les concurrents sur le marché des données affinées et lisibles par machine relatives aux informations sur les médicaments ne proposent que des informations sur les médicaments et aucune donnée relative aux produits non pharmaceutiques (cf. marges n° 241 et 243).

399. Sur la base des considérations ci-dessus, l'accès aux ensembles de données sur les médicaments et aux ensembles de données sur les produits non pharmaceutiques est considéré comme un service différent, car les ensembles de données et les produits sous-jacents sont différents.

D.4.4.2.2 Lier les services par le prestataire

400. La vente liée de biens ou de services peut être fondée sur une clause contractuelle (vente liée contractuelle), sur une décision technique ou dans la conception physique des biens concernés (vente liée technologique ou physique) ou être imposée par des incitations économiques.²²⁹

401. La littérature et la pratique distinguent les techniques de liage suivantes :²³⁰ Dans le cas de la vente liée, un vendeur ne propose le bien A (bien lié) qu'à la condition que le bien B (bien lié) soit également acheté. Le bien lié B peut également être acheté sans l'achat simultané du bien A. Dans le cadre d'un regroupement pur, les biens A et B ne sont disponibles qu'en faisceau, c'est-à-dire seulement ensemble. Dans le cas d'une offre groupée mixte, souvent appelée "rabais sur les paquets", les produits A et B sont proposés individuellement ainsi que sous forme de paquet. La somme des prix de la vente individuelle est supérieure au prix du lot, ce qui crée des incitations économiques à l'achat des deux biens auprès de l'entreprise dominante. Le fournisseur dominant veille ainsi à ce que l'acheteur n'achète pas seulement des biens sur le marché dominant, mais aussi des biens soumis à la concurrence d'autres marchés.

402. Dans le cas présent, l'accès est accordé exclusivement aux produits INDEX, sans possibilité d'accès partiel aux informations sur les médicaments ou aux données sur les produits non pharmaceutiques.²³¹ Il s'agit d'un pur regroupement, car les services ne sont pas disponibles séparément.

²²⁹ RPW 2014/4, 697 paragraphe 200, *politique des prix et autres comportements de la SDA* ; CR Concurrence-Clerc/Këllezi (n. 202), art. 7 II LCart paragraphe 274 ; BSK KG-Amstutz/(n. 100), art. 7 KG N 533.

²³⁰ RPW 2014/4, 697 para 201, *politique des prix et autres comportements de la SDA* ; CR Concurrence-Clerc/Këllezi (n. 202), art. 7 II LCart para 262 et 274 ; BSK KG-Amstutz/Carron (n. 100), art. 7 KG N 494 et suiv.

²³¹ Cf. offre e-mediat (<<http://www.e-mediat.ch/de/produkte/index/index.php>> [dernière visite le 2 juin 2015]).

D.4.4.4.2.3 Restriction de la concurrence

403. Les ventes liées et groupées peuvent exclure des concurrents et élever des barrières à l'entrée.²³² En particulier, la vente liée peut transférer la position dominante sur le marché du produit lié au marché d'un marché voisin, en amont ou en aval (théorie dite de l'effet de levier). La Commission de la concurrence a déjà traité en profondeur des effets anticoncurrentiels de la théorie de l'effet de levier et des critiques qui lui sont adressées. Il découle de cette pratique qu'une entreprise dominante peut recourir à la vente liée pour étendre sa puissance de marché à un marché voisin, en amont ou en aval, pour des raisons de maximisation des profits. En outre,²³³ la vente liée peut également être utilisée pour désavantager l'autre partie du marché en la forçant à acheter un bien ou un service dont elle ne veut pas, ou à des conditions qu'elle ne souhaite pas.²³⁴

404. Le regroupement des données se concentre sur les effets d'éviction. Les informations sur les médicaments sont toutes accessibles au public. Une agrégation des informations sur les drogues est également possible pour des tiers sans autre formalité. Les données relatives aux produits non pharmaceutiques, en revanche, ne sont pas accessibles au public et peuvent être obtenues auprès de différentes sources (par exemple, directement auprès des fournisseurs ou d'autres collecteurs de données). Cela crée des barrières à l'entrée sur le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments pour les fournisseurs alternatifs qui n'offrent que des informations sur les médicaments, car pour concurrencer efficacement les produits INDEX, les concurrents potentiels doivent offrir au moins un éventail similaire de données et donc de données non pharmaceutiques en plus des informations sur les médicaments. Si ces deux services différents étaient dégroupés, l'entrée sur le marché et la concurrence ne seraient possibles que dans l'un des deux domaines, le domaine de l'information sur les médicaments étant au premier plan, car cette information est accessible au public. Documed/e-médiat et HCI, cependant, ferment le marché à une telle concurrence potentielle en offrant des informations sur les médicaments uniquement associées à des données sur les produits non pharmaceutiques, bien qu'il s'agisse de services différents. Par ce regroupement, l'entreprise dominante crée ainsi des obstacles à l'entrée sur le marché.

405. Documed/e-médiat déclare que l'une des raisons pour lesquelles les entreprises concurrentes (en particulier ywesee, mais cela s'applique également aux autres concurrents potentiels) ne peuvent pas s'établir sur le marché est qu'elles ne peuvent pas offrir toute la gamme des données de Documed/e-médiat : "[...] *puisque'une pharmacie vend non seulement des médicaments approuvés par Swissmedic, mais aussi d'autres articles tels que des brosses à dents, du papier toilette, des articles de pharmacie, etc. Tant que les données de ywesee GmbH ne couvriront qu'une fraction de la base d'articles d'une pharmacie, celle-ci ne pourra jamais s'établir sur ce marché.* "C'est précisément ce relèvement des barrières à l'entrée qui constitue la restriction de concurrence en cause ici et ferme le marché aux offres concurrentes d'informations sur les médicaments.

406. Les parties font valoir que cette allégation est de nature théorique et ne peut être étayée sur la base des conditions du marché. HCI - comme toute autre entreprise participant au processus économique - ne propose que des produits pour lesquels il existe une demande. Ses concurrents ne proposaient pas non plus de tels produits.

407. HCI n'a jamais été approché par les sociétés de logiciels ou les fournisseurs de services dans le but d'obtenir uniquement les données non pharmaceutiques ou un ensemble partiel de données défini différemment. Si de telles demandes avaient été faites, HCI aurait examiné la question soulevée par le Secrétariat. Les contrats prévoyaient des durées courtes. Les sociétés de logiciels se retireraient de leurs contrats à court terme. L'entrée de tiers n'était pas limitée par les contrats. Au contraire, les données pharmaceutiques et non pharmaceutiques

²³² RPW 2014/4, 697 paragraphe 203, *politique des prix et autres comportements de la SDA* ; BSK KG-Amstutz/Carron (n. 100), art. 7 KG N 537 f ; CR Concurrence-Clerc/Këllezi (n. 202), art. 7 II LCart paragraphe 278.

²³³ RPW 2011/1, 182 f. Rz 506 ff, *SIX/Terminaux avec Conversion dynamique des monnaies (DCC)*.

²³⁴ RPW 2014/4, 697 paragraphe 203, *politique des prix et autres comportements de la SDA* ; BSK KG-Amstutz/Carron (nf 100), art. 7 KG N 543.

formaient un ensemble intégré de données qui était souhaité par les parties contractantes sous cette forme et était utilisé par les utilisateurs sous cette forme.

408. Comme il n'y a pas eu de demande pour des ensembles de données partiels qui n'ont pas été offerts, on ne peut pas accuser HCI de ne pas les avoir offerts. Dans cette situation initiale, le premier élément de la vente liée abusive faisait déjà défaut : les données pharmaceutiques et non pharmaceutiques n'étaient pas des marchandises distinctes. Sur la base des informations obtenues lors des auditions (déclarations de ywesee et dr-ouwerkerk ag), la Commission de la concurrence voit également des indications selon lesquelles l'accès à des données non pharmaceutiques dans la présente affaire n'a été considéré par aucun concurrent comme un obstacle à l'offre d'un produit tel que les produits INDEX.

409. En conséquence, l'existence d'effets d'éviction n'a pas été prouvée et l'action de HCI ne peut donc pas être considérée comme illégale.

D.4.4.4.2.4 Justification factuelle

410. Des raisons techniques ou économiques impérieuses ainsi que certaines exigences en matière d'assurance qualité, comme les aspects de sécurité en particulier, sont concevables pour justifier le couplage de différents services.²³⁵ outre, une justification sur la base de gains d'efficacité, tels que des économies d'échelle et de gamme ou une réduction des coûts de recherche, peut également être envisagée.²³⁶

411. Dans le cas présent, la question de la justification objective ne se pose plus en raison de l'absence d'effets de déplacement.

D.4.4.4.2.5 Résultat intermédiaire

412. Le regroupement de données effectué par Documed/e-mediat ou HCI dans le cas présent ne remplit pas les critères d'une condition liée à la conclusion de contrats au sens de l'art. 7 al. 1 en liaison avec l'al. 2 let. f KG.

D.4.4.4.3 Regroupement de modules

413. Dans le service de base (modules D1 + E1), outre la publication décrite dans le recueil et l'inclusion des données dans les indices, les services "Assurance qualité rédactionnelle (comparaison linguistique, contrôles de plausibilité)", "Préparation rédactionnelle et technique des informations spécialisées" et "Optimisation des tableaux et graphiques" sont également proposés. Ces services peuvent être résumés pour la présente évaluation comme "l'assurance de la qualité rédactionnelle et technique". Individuellement, ces services n'ont pas été offerts et ils doivent être obtenus si les autres services du module de base sont obtenus. En d'autres termes, le choix se fait uniquement entre tous les services du module ensemble ou aucun.

414. Le téléchargement vers l'AIPS n'était pas inclus dans les modules, mais Documed/e-mediat s'est engagé à effectuer le téléchargement vers l'AIPS si on le lui demandait, sans exiger de compensation supplémentaire (voir paragraphe 85).²³⁷

415. La WEKO s'est déjà penchée sur le couplage des travaux de correction et de la publication des informations sur les médicaments en 2008.²³⁸ Il a été constaté que, bien que le travail de correction et la publication soient des services différents qui ont été couplés, cela était justifié par des raisons d'efficacité, car les coûts des corrections étaient négligeables par rapport aux coûts de la publication. La distinction entre publication et correction entraînerait des coûts globalement plus élevés.²³⁹

416. Toutefois, cette situation concernait le lien entre la correction et la publication (au moment de la décision : AIPS) et diffère donc du lien entre l'assurance qualité rédactionnelle et

²³⁵ Message KG 1995 (n. 106), 576 ; CR Concurrence-Clerc/Këllezi (n. 211), art. 7 II LCart marginal n° 284.

²³⁶ BSK KG-Amstutz/Carron (fn 100), art. 7 KG N 508 et suiv.

²³⁷ Ne figure pas sur la liste des prix, aucune compensation supplémentaire pour le téléchargement dans l'ordre.

²³⁸ RPW 2008/3, 405 paragraphes 203 et suivants. *Publication d'informations sur les médicaments.*

²³⁹ RPW 2008/3, 405 paragraphe 204, *Publication d'informations sur les médicaments.*

technique et l'inclusion dans le recueil et les indices qui est en cause dans la présente affaire, car elle ne concerne pas la publication prévue par les règlements, mais le perfectionnement ultérieur en aval de celle-ci.

417. En ce qui concerne les remarques générales sur les différents éléments de l'infraction, qui sont traitées ci-dessous, il est fait référence aux remarques du point D.4.4.4.2

D.4.4.4.3.1 Séparation des services

418. Afin d'évaluer la séparation des services, il faut distinguer entre la publication et l'offre actuelle d'inclure l'information sur le médicament dans le Compendium. Dans le passé, les titulaires d'autorisations de mise sur le marché devaient publier les informations relatives à leurs médicaments dans le recueil afin de se conformer à une obligation légale ; cette obligation légale existe encore aujourd'hui exclusivement pour la publication sur l'AIPS, mais pas pour l'inclusion dans le recueil.

419. En ce qui concerne la publication obligatoire sur l'AIPS (fonctionnement de l'AIPS en marge n° 28 et suiv.), une assurance qualité rédactionnelle et technique est effectuée par Swissmedic dans le cadre de la demande d'autorisation de mise sur le marché (cf. Figure 8 marge n° 34). Dans ce processus, les titulaires de l'autorisation de mise sur le marché procèdent à une assurance qualité préalable des informations sur les médicaments, qui sont approuvées par Swissmedic dans le cadre de la procédure d'autorisation de mise sur le marché. Cette procédure garantit la qualité de l'information sur les médicaments et remplit ainsi le devoir de diligence qui incombe aux titulaires d'une autorisation de mise sur le marché (cf. marg. n° 193 suivants). Il n'est pas nécessaire de renouveler l'assurance qualité éditoriale après la publication des informations sur les médicaments.

420. L'assurance qualité préalable peut être effectuée par les titulaires d'autorisation de mise sur le marché eux-mêmes ou par des parties externes. Conformément à la jurisprudence, les titulaires d'autorisation ne sont pas non plus explicitement tenus d'engager un fournisseur privé pour le processus de téléchargement vers l'AIPS. Swissmedic se conforme à ces exigences en fournissant aux détenteurs d'autorisations de mise sur le marché des formulaires à télécharger à l'AIPS de manière indépendante. Il est donc possible pour les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché d'effectuer un contrôle de qualité et de télécharger les informations sur les médicaments à l'AIPS de manière indépendante.

421. En outre, l'externalisation de ces processus est également possible. Ce contrôle de qualité et ce téléchargement peuvent être effectués par des entreprises spécialisées. Bien que les parties nient l'existence d'un tel marché - contrairement à 2008 - au moins huit entreprises ont offert ces services en 2013, selon les réponses des titulaires d'autorisation de mise sur le marché au questionnaire du Secrétariat.²⁴⁰ Documed/e-mediat pourrait également offrir séparément un contrôle de qualité *pour la publication sur l'AIPS* et le téléchargement des informations sur les médicaments sur l'AIPS. En outre, les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché peuvent effectuer le contrôle de qualité et le téléchargement de manière indépendante.²⁴¹

422. Dans le cas présent, l'inclusion dans la base de données dans le cadre de l'affinement est liée ou couplée au service d'assurance qualité et au téléchargement sur l'AIPS. Il convient de noter que certains travaux effectués dans le cadre de l'inclusion de données dans la base de données d'un finisseur de données sont si étroitement liés à ce dernier qu'il n'est pas possible de séparer les services. Il s'agit, par exemple, de processus tels que la structuration et le codage des données (cf. marg. n° 45). Le contrôle de la qualité rédactionnelle et technique, en revanche, doit être effectué comme une étape de travail supplémentaire. En structurant et en codant, l'assurance qualité ne peut pas être réalisée en même temps avec le même effort ou avec un effort supplémentaire insignifiant. En outre, ce service fourni par Documed/e-mediat n'apporte une valeur ajoutée que s'il est effectué avant la publication sur AIPS. Toutefois, en raison de la conception des modules, il est lié à l'inclusion dans le recueil ou les index.

²⁴⁰ Clinipace AG, pharma services Oehler GmbH, Fast Lane Pharma Services GmbH, Drac AG, Five Office Ltd, Soweco GmbH, Parcopharm AG et Regulix GmbH.

²⁴¹ Questionnaires des titulaires d'autorisation de mise sur le marché, question 7 ; en partie aussi question 8.

423. Le téléchargement des informations sur les médicaments dans l'AIPS doit également être effectué comme une étape supplémentaire, indépendamment de la structuration et du codage ou de l'inclusion des données dans les produits de l'INDEX.

424. Il est donc possible pour les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché d'effectuer eux-mêmes le contrôle de qualité de la publication sur l'AIPS et du téléchargement sur l'AIPS (publication en tant que telle) ou de l'externaliser auprès de différentes sociétés spécialisées dans ce domaine, ce qui prouve l'existence de services distincts.

425. Les parties réfutent cet argument du Secrétariat et affirment que l'hypothèse de base du Secrétariat selon laquelle l'inclusion des informations professionnelles et des informations sur les patients dans le Compendium et les bases de données INDEX devrait être facilement séparable de l'assurance qualité rédactionnelle et technique s'avère déjà intenable. Dans son argumentation à cet égard, le Secrétariat ne reconnaît pas que l'assurance qualité rédactionnelle et technique, d'une part, fait partie intégrante du processus d'inclusion des informations en question dans le compendium et les bases de données INDEX et, d'autre part, peut difficilement être séparée des autres étapes de travail, telles que le codage et la structuration, en ce qui concerne les processus (exécution parallèle).

426. Cependant, le catalogue de services contredit ces affirmations. Le module D3 (services optionnels/autres) stipule que les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché doivent acheter séparément le traitement de texte rédactionnel et les traductions, c'est pourquoi il doit être possible de séparer ces services du processus d'inclusion des informations d'experts et de patients dans le compendium et les bases de données INDEX.

427. Le fait que HCI ait également le droit de vérifier à nouveau l'exactitude des informations sur les médicaments, indépendamment de la procédure précédente (voir considérant 102), est une décision commerciale légitime qui ne constitue cependant pas un motif de justification.

D.4.4.4.3.2 Lier les services par le prestataire

428. Dans le cas présent, Documed/e-mediat couple contractuellement l'achat du service d'assurance qualité rédactionnelle et technique avec l'inclusion dans le compendium et les données INDEX dans le module de base D1 + E1.²⁴² Il s'agit d'un pur regroupement, car les services ne sont pas disponibles séparément.

429. En revanche, le téléchargement de données vers l'AIPS ne doit pas nécessairement être obtenu. Toutefois, les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché qui optent pour le téléchargement vers l'AIPS via Documed/e-mediat bénéficient du fait que celui-ci est offert gratuitement s'ils obtiennent le module de base D1 + E1. Le téléchargement d'²⁴³informations sur les médicaments dans l'AIPS n'est pas proposé séparément. Il s'agit donc d'un couplage contractuel. En raison de l'arrangement contractuel actuel, le téléchargement vers l'AIPS est proposé comme un élément fixe du module D - contrairement au catalogue des prestations 2013 à l'étude (cf. marg. n° 122). Par conséquent, il existe actuellement aussi un pur regroupement.

D.4.4.4.3.3 Restriction de la concurrence

430. En ce qui concerne les effets d'éviction de la vente liée, la doctrine est unanime : le risque de verrouillage anticoncurrentiel du marché est plus grand si l'entreprise dominante poursuit en permanence une stratégie de vente liée ou groupée,²⁴⁴ ce qui est le cas en l'espèce. Grâce à ce regroupement supplémentaire avec l'assurance qualité éditoriale et technique, Documed/e-mediat est en mesure d'évincer les concurrents qui n'offrent qu'une assurance qualité ou d'aggraver leur position concurrentielle. En outre, les titulaires d'autorisations de

²⁴² Selon le catalogue des prestations des parties, cf. également le paragraphe 82 ci-dessus.

²⁴³ Ne figure pas sur la liste des prix, aucune compensation supplémentaire pour le téléchargement dans l'ordre.

²⁴⁴ Communication de la Commission - Orientations sur les priorités de la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'exclusion des entreprises dominantes, JO C 45/02 du 24.2.2009, paragraphe 53 p. 15 ; CHRISTIAN AHLBORN/DAVID S. EVANS/A. JORGE PADILLA dans : The Antitrust Bulletin/Sprintemps-Été 2004, The antitrust economics of tying : a farewell to per se illegality, 332.

mise sur le marché sont également dans la situation où ils doivent obtenir une assurance qualité rédactionnelle et technique de Documed/e-ediat, même s'ils ne le souhaitent pas. Comme la représentation dans les indices est essentielle pour les processus avec les fournisseurs de services, les distributeurs et les payeurs ainsi que les sociétés de logiciels et donc pour le succès économique d'un médicament, les titulaires d'autorisation de mise sur le marché doivent également obtenir l'assurance qualité rédactionnelle et technique de Documed/e-médiat par le biais du regroupement pur.

431. Le téléchargement des informations sur les médicaments dans l'AIPS ne devait pas nécessairement être obtenu à partir de Documed/e-médiat, mais il était offert gratuitement. C'est pourquoi il y avait une forte incitation économique pour les titulaires d'autorisation de mise sur le marché à traiter également le téléchargement via Documed/e-médiat afin de réduire les coûts. Dans le cas contraire, le montant payé séparément pour un service serait plus élevé que celui que les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché devraient payer si le téléchargement était obtenu via Documed/e-médiat. La vente liée déplace donc les concurrents qui proposent un téléchargement sur l'AIPS. Le téléchargement est également proposé sous forme de forfait, ce qui a les mêmes effets d'éviction.

432. En même temps, le regroupement ou la vente liée crée également des barrières à l'entrée, puisqu'un concurrent potentiel offrant uniquement un contrôle de qualité et/ou le téléchargement vers l'AIPS devrait en même temps entrer sur le marché en aval des données raffinées lisibles par machine afin de concurrencer efficacement Documed/e-médiat. Si, en revanche, seul le contrôle de la qualité et/ou le téléchargement vers l'AIPS est proposé, les DAMM n'en auront pas (ou peu) besoin, car ils obtiennent déjà (doivent obtenir) ces services auprès de Documed/e-médiat.

433. Cependant, le regroupement n'entrave pas seulement les tiers, mais désavantage également les titulaires d'autorisations de mise sur le marché. S'ils effectuent eux-mêmes le contrôle de qualité ou font appel à un tiers, cela a pour seul effet d'augmenter les coûts, puisqu'ils doivent alors payer à nouveau Documed/e-médiat pour le même service s'ils veulent être représentés dans les données INDEX.

434. Le regroupement de modules entraîne des effets d'éviction et d'exploitation et donc des effets anticoncurrentiels.

D.4.4.3.4 Justification factuelle

435. Enfin, les parties mentionnent que, même en supposant que l'inclusion d'informations sur les spécialistes et les patients dans le recueil et les bases de données INDEX, d'une part, et l'assurance qualité rédactionnelle et technique, d'autre part, soient des services fondamentalement distincts, la subordination de ces services devrait au moins être qualifiée de justifiée objectivement. Le fait que le compendium et les bases de données INDEX contiennent des données extrêmement sensibles (sécurité des patients), dont HCI garantit l'exactitude à ses partenaires contractuels, rend indispensable que HCI s'assure de l'exactitude et de l'exhaustivité des informations des spécialistes et des patients chaque fois qu'elle les inclut dans le compendium et dans les bases de données INDEX. Une assurance de qualité rédactionnelle et technique correspondante est l'une des exigences de base pour une prestation de services prudente et responsable. Cela explique également le succès du HCI.

436. Dans l'enquête *Publication d'informations sur les médicaments*, il a été avancé que le travail de correction était négligeable par rapport aux coûts standard du processus et qu'une séparation des services entraînerait probablement des coûts globalement plus élevés.²⁴⁵ Cette argumentation est également envisageable dans le cas présent. Toutefois, comme décrit ci-dessus, les faits sont différents en ce que le service groupé en l'espèce n'est pas la publication prévue par la loi, mais l'inclusion des données dans *une* base de données d'*un* raffineur de données. Les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché ne sont pas tenus de conclure un tel contrat par des exigences légales ou réglementaires. À cet égard, il importe peu que l'assurance qualité rédactionnelle et technique ne représente qu'une partie négligeable des coûts, d'autant plus qu'il n'y a pas de demande de *nouveau* contrôle de l'information sur les médicaments *après la publication*. Par conséquent, cet argument ne tient pas la route. Dans

²⁴⁵ RPW 2008/3, 405 paragraphe 204, *Publication d'informations sur les médicaments*.

une situation de concurrence, les différents raffineurs de données ne pourraient pas offrir une assurance qualité en aval de la publication, car le même service serait ainsi payé plusieurs fois.

437. Pour l'inclusion dans la base de données INDEX, certains travaux tels que la structuration et le codage des informations sur les médicaments sont essentiels afin de ne pas nuire aux fonctions de la base de données. La question se pose donc de savoir si le contrôle de la qualité éditoriale et technique conduit à des gains d'efficacité ou si les effets d'éviction l'emportent sur ceux-ci. Toutefois, si la structuration et le codage sont logiquement et étroitement liés à l'inclusion des données dans la base de données, le contrôle de la qualité éditoriale et technique n'est pas obligatoire. Les informations sur les médicaments provenant de l'AIPS pourraient être incluses dans la base de données Documed/e-médiat, placées dans la structure appropriée et codées sans aucun autre contrôle. Pour l'assurance qualité éditoriale et technique, une étape de travail supplémentaire, qui existe indépendamment de l'inclusion dans la base de données, doit être effectuée. En tout état de cause, un contrôle de qualité supplémentaire n'est pas dans l'intérêt des titulaires de l'autorisation de mise sur le marché, car ils peuvent déjà avoir acheté un tel service ou avoir engagé eux-mêmes les dépenses correspondantes (cf. marg. n° 419 et suivants).

438. Il est concevable que le téléchargement d'informations sur les médicaments dans l'AIPS soit associé à de faibles coûts. Néanmoins, dans le cas présent, ce sont les effets d'éviction qui prévalent. La pression économique pour l'inclusion dans les données INDEX est utilisée pour déplacer les fournisseurs concurrents du service de téléchargement des informations sur les médicaments à l'AIPS.

439. Il existe des barrières élevées à l'entrée sur le marché des données raffinées lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments et sur le marché de l'accès aux dossiers électroniques concernant les informations sur les médicaments. D'autres entreprises offrant une assurance qualité et/ou le téléchargement des informations sur les médicaments sur l'AIPS ne peuvent pas facilement proposer une telle base de données et, par conséquent, une concurrence effective pour l'ensemble de l'offre liée n'est pas possible. La vente liée a donc pour effet d'éliminer en grande partie la concurrence, ce qui ne peut être justifié par les gains d'efficacité possibles.

D.4.4.4.3.5 Résultat intermédiaire

440. Le regroupement de modules effectué en l'espèce par Documed/e-médiat et HCI remplit la condition liée à la conclusion de contrats au sens de l'art. 7 al. 1 en liaison avec l'al. 2 let. f KG.

D.4.4.5 Discrimination des partenaires commerciaux en ce qui concerne les prix ou d'autres conditions (art. 7, al. 2, let. b KG)

441. Les prix pour les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché des modules du catalogue de services Documed/e-médiat sont identiques, que l'information sur les médicaments ait été modifiée ou non. Sur cette base, la discrimination des titulaires d'autorisation de mise sur le marché en matière de prix ou d'autres conditions est examinée ci-dessous.

D.4.4.5.1 Base juridique

442. L'art. 7 al. 2 let. b KG interdit aux entreprises dominantes de discriminer leurs partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions. Ils sont donc liés par une exigence d'égalité de traitement. La discrimination peut se produire à la fois en cas de traitement inégal des mêmes faits (discrimination directe) et en cas de traitement égal de faits inégaux (discrimination indirecte).²⁴⁶ n'y a pas de discrimination si le comportement de l'entreprise dominante est fondé sur des raisons objectives (raisons commerciales légitimes).²⁴⁷

²⁴⁶ RPW 2008/3, 399 marge n° 140, *publication d'informations sur les médicaments* ; RPW 2008/4, 590 marge n° 224, *accords tarifaires pour les assurances complémentaires du canton de Lucerne* ; CR Concurrence-Clerc/Këllezi (note 211), art. 7 II LCart marge n° 90 et suiv.

²⁴⁷ Cf. RPW 2011/1, 178 Rz 484 f., *SIX/Terminaux avec conversion dynamique des monnaies (DCC)* ; RPW 2008/4, 590 Rz 224, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

D.4.4.5.2 Égalité de traitement

443. Dans le cas présent, la discrimination indirecte entre en ligne de compte, car les titulaires d'autorisation de mise sur le marché doivent payer un prix identique, que Documed/e-médiat ait ou non subi une charge de travail en raison de changements dans les informations sur le médicament ou d'une nouvelle inclusion. La nouvelle admission est pertinente pour le prix dans la mesure où le nombre de médicaments et donc le prix augmente. Toutefois, il n'y a pas de différence de prix entre la nouvelle saisie complète des informations sur un médicament dans la base de données, le changement d'articles individuels ou la conservation complète de toutes les informations. La question se pose, comme déjà dans le cas de la *publication d'informations sur les médicaments*, de savoir si la conséquence de coûts identiques pour des informations modifiées et inchangées sur les médicaments constitue une discrimination.

444. En ce qui concerne l'inclusion dans le Compendium, il convient de noter qu'en 2008, la Commission de la concurrence a approuvé un règlement à l'amiable avec Documed dans lequel ce dernier s'engageait à "*maintenir un volume et des prix de production plus bas pour les textes inchangés d'informations destinées aux experts et aux patients que pour les textes modifiés*". La décision de l'époque concernait le marché de la publication d'informations spécialisées sous forme imprimée et en ligne dans un ouvrage complet, ainsi que le marché de la publication d'informations sur les patients en ligne dans un ouvrage complet. En raison de la modification du cadre réglementaire, ce marché a cessé d'exister. Bien que le compendium en ligne en tant que tel ne soit plus un support de publication, il est resté en principe. Il semble donc étrange qu'une même entreprise, alors que le marché sur lequel elle s'est comportée illégalement a cessé d'exister, applique un comportement identique à un marché connexe. Acte documenté/médiat dans la conduite à évaluer ici sur le marché pour l'accès aux ensembles de données électroniques concernant les informations sur les médicaments. D'un point de vue formel, un tel comportement ne constitue pas une infraction à l'accord (article 50 de la LCA), car il n'est pas basé sur le même marché. Néanmoins, pour d'éventuels motifs de justification, il est possible de se référer intégralement aux explications dans le cas de la *publication d'informations sur les médicaments*, étant donné que les circonstances, en particulier la relation entre les informations sur les médicaments inchangées et modifiées, n'ont pas changé de manière significative.²⁴⁸

445. En l'espèce, on peut faire valoir que le contrôle d'interaction pour la diffusion ultérieure de la base de données déclenche également un effort supplémentaire pour les médicaments dont l'information sur les médicaments est restée inchangée. En d'autres termes, un changement peut se produire pour différents médicaments si, par exemple, le médicament A (dont les informations sur le médicament ont été modifiées) n'est plus compatible avec le médicament B (dont les informations sur le médicament sont identiques).

446. Il convient de noter que, si l'obligation de verser une compensation devait être affirmée, celle-ci devrait également être compensée par la redevance comparativement plus élevée perçue par le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché pour la modification des informations relatives au médicament. En outre, lorsque de nouvelles indications ou contre-indications sont connues, les titulaires de l'autorisation de mise sur le marché sont tenus d'adapter les informations sur le médicament en conséquence.

447. HCl, e-médiat et Documed indiquent également dans les motifs de leur recours contre la décision du président de la Commission de la concurrence relative à la demande de récusation que les coûts supportés par e-médiat sont principalement engagés lorsque les informations sur le médicament doivent être enregistrées sous une forme nouvelle ou modifiée. On comprend donc d'autant moins pourquoi aucune distinction n'est faite entre ces différentes situations en termes de prix.

448. Cette pratique désavantage les titulaires d'autorisations de mise sur le marché dont les informations sur les médicaments sont inchangées [...] par rapport à ceux dont les informations sur les médicaments sont modifiées, puisque les coûts leur sont imposés indépendamment des dépenses encourues.

449. Les parties font valoir que les titulaires d'autorisations de mise sur le marché ne demandent pas les services de HCl pour des produits individuels mais pour l'ensemble de la

²⁴⁸ RPW 2008/3, 401 paragraphe 162 et suivants, *Publication d'informations sur les médicaments*.

gamme avec des degrés de mutation variables. Il est conforme à l'expérience de HCl que les effets critiqués seraient déjà compensés dans une période contractuelle d'un an. Les titulaires d'autorisation de mise sur le marché préféreraient également que les coûts soient déterminés à l'avance, car ils peuvent être planifiés de manière fiable dans les budgets annuels. Si les coûts dépendaient des mutations, il ne serait pas possible de déterminer à l'avance quels frais seraient encourus.

450. En outre, HCl obtient des informations de tiers pour l'enrichissement des données INDEX, par exemple une partie des données pour l'aide à la décision clinique. Ces coûts ont également été engagés indépendamment des mutations dans les informations individuelles sur les médicaments. Même si les informations sur les produits dans l'AIPS n'ont pas changé, des ajustements dans les données de l'INDEX ont été nécessaires en raison d'autres sources.

D.4.4.5.3 Restriction de la concurrence

451. Le fait de facturer les mêmes prix pour le traitement d'informations sur les médicaments présentant différents niveaux de complexité, comme l'inclusion de nouvelles informations, la mutation ou même la conservation inchangée des informations dans la base de données, entraîne un désavantage concurrentiel pour les titulaires d'autorisations de mise sur le marché qui encourent moins de frais. [...]. En réponse à cet argument, la partie déclare que le modèle de prix indifférencié n'entraînerait qu'un désavantage notable pour les titulaires d'autorisations de mise sur le marché qui sont représentés dans les bases de données presque exclusivement avec des informations sur les médicaments inchangées. Toutefois, HCl n'a pas connaissance d'un tel cas.

452. La nouvelle liste de prix pour 2017 montre que HCl a ajusté l'offre à cet égard. Toutefois, l'ajustement de l'offre ne s'est pas nécessairement fait sur la base de l'idée d'égalité de traitement, mais sur la constatation que les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché préféreraient financer les services de HCl au moment du lancement du produit par le biais du budget de développement du projet et non par les frais de fonctionnement courants. Les factures correspondantes de HCl se situeraient dans une fourchette absolument négligeable par rapport aux budgets correspondants. En revanche, la valeur des services de HCl pour les détenteurs de licences était très élevée. L'adaptation prévue de l'offre permettrait d'accommoder les titulaires d'autorisations de mise sur le marché.

453. Même si plusieurs titulaires d'autorisations de mise sur le marché (par exemple, 3M, Hoffmann La Roche, Doetsch Grether, Vifor International AG, IVF Hartmann, Beiersdorf, Armeepothke, Sérolab)²⁴⁹ ne commercialisent que des médicaments autorisés depuis des années, la Commission de la concurrence ne dispose pas de preuves concrètes de cette circonstance au cours de l'enquête. Malgré le récent changement de prix de la part de HCl, la Commission de la concurrence conclut donc qu'il n'y a pas suffisamment de preuves d'une entrave à la concurrence et de cas concrets de discrimination dans cette affaire. La détermination jusqu'ici indifférenciée des prix pour l'inclusion d'informations sur les médicaments dans la base de données INDEX par HCl n'a pas pu être prouvée comme étant problématique en vertu du droit des ententes.

D.4.4.5.4 Justification factuelle

454. Compte tenu des conclusions ci-dessus, il n'est pas nécessaire d'analyser une quelconque justification factuelle.

D.4.4.5.5 Résultat intermédiaire

455. La conséquence en termes de coûts identique pour les titulaires d'une autorisation de mise sur le marché, indépendamment des dépenses effectives pour la conservation d'informations inchangées sur les médicaments, les mutations d'informations sur les médicaments et l'inclusion de nouvelles informations sur les médicaments, n'entraîne aucune discrimination à l'encontre des partenaires commerciaux au sens de l'article 7, paragraphe 1, en liaison avec le paragraphe 2, sous b), de la loi KG.

²⁴⁹ <https://www.swissmedic.ch/arzneimittel/00156/00221/00222/00230/index.html?lang=de>, version Excel liste étendue des préparations (première date d'approbation de la préparation)

D.4.4.6 Sous-cotation des prix ou d'autres conditions commerciales à l'encontre de certains concurrents (art. 7, al. 2, let. d KG)

456. La présente enquête a également permis d'éclaircir la question de savoir si HCI s'est comportée de manière illicite dans le cadre de l'appel d'offres de l'AIPS en sous-cotant les concurrents de l'appel d'offres concernant le prix de manière abusive au sens de l'art. 7 al. 1 en liaison avec l'al. 2 let. d KG.

D.4.4.6.1 Base juridique

457. Selon le Dispatch, il y a prix d'éviction lorsque l'entreprise dominante, sans aucune perspective de maximisation des profits à court terme, cherche à chasser du marché un concurrent sélectionné et plus faible, puis, après que ce dernier a quitté le marché, est capable de relever les prix au-dessus du niveau du marché. La détermination de la question de savoir si une stratégie de prix bas est l'expression d'une concurrence au mérite ou si elle est poursuivie exclusivement sur la base d'objectifs prédateurs doit être évaluée sur la base des circonstances générales. Les prix appliqués ne doivent pas nécessairement être inférieurs aux coûts.²⁵⁰

458. En principe, il n'est pas interdit à l'entreprise dominante de proposer des prix bas. Au contraire, elles sont l'expression du fait que la concurrence fonctionne malgré la domination du marché et que l'entreprise dominante doit également tenter de maintenir ou d'accroître sa part de marché par un comportement efficace. La loi antitrust n'a pas pour but de protéger les concurrents inefficaces contre la concurrence de l'entreprise dominante.²⁵¹ Toutefois, la sous-cotation abusive des prix ou d'autres termes de l'échange se distingue de la lutte souhaitée pour les parts de marché par l'intention prédatrice. L'entreprise dominante renonce à maximiser ses profits à court terme afin de pouvoir augmenter les prix au-delà du niveau concurrentiel après que les concurrents ont quitté le marché. Toutefois, il est également concevable que l'entreprise dominante cherche à maximiser ses profits sur un marché connexe en raison de prix d'éviction. L'efficacité des prix prédateurs à l'égard des concurrents potentiels sera probablement jugée plus élevée que celle des concurrents actuels.²⁵²

459. La Commission de la concurrence et le Secrétariat ont déjà examiné ces faits dans la pratique.²⁵³ Ils ont notamment examiné s'il existe une approche systématique, contre qui la stratégie est dirigée, s'il est possible de maximiser les profits à court terme et s'il est possible d'augmenter à nouveau les prix une fois que les concurrents ont été chassés du marché.²⁵⁴ Chaque cas, une attention particulière a été accordée à la fixation des prix pendant la stratégie de bas prix. Dans les cas précédents, il a été examiné si les prix étaient inférieurs aux coûts variables moyens. En outre,²⁵⁵ il a été examiné si une éventuelle stratégie de prix bas était habituelle dans l'industrie.²⁵⁶

460. La pratique européenne interdit également la sous-cotation dans l'intention de pratiquer des prix d'éviction. La pratique des tribunaux européens tient également compte de la relation entre les prix et les coûts. Les prix inférieurs aux coûts variables moyens ont toujours été considérés comme inadmissibles, car aucun autre objectif que l'éviction des concurrents n'est envisageable. Dans le cas de prix supérieurs aux coûts variables moyens mais inférieurs aux coûts totaux moyens - c'est-à-dire les coûts fixes plus les coûts variables -, l'intention d'opérer

²⁵⁰ Message KG 1995 (fn 106), 572 f.

²⁵¹ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 100), Art. 7 KG N 324; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (Fn 211), Art. 7 II LCart Rz 193.

²⁵² BSK KG-Amstutz/Carron (fn 100), art. 7 KG N 372.

²⁵³ RPW 1997/3, 310 f. marge n° 25 et suivantes. , *Telecom PTT/Flexnet* ; RPW 1997/4, 502 s., marge n° 78 s. , *Recymet AG* ; RPW 2002/3, 432 et suivants. marge n° 6, *Radio- und TV-Markt St. Gallen* ; RPW 2003/1, 64 ss. marge n° 12 ss. , *Espace Media Group/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung* ; RPW 2004/4, 1012 f. marge n° 48 et suivantes. , *Cornèr Banca SA/Telekurs AG*.

²⁵⁴ RPW 2002/3, 432 et suivants. Rz 6, *Marché de la radio et de la télévision de Saint-Gall*.

²⁵⁵ RPW 2004/4, 1012 paragraphe 50 f. *Cornèr Banca SA/Telekurs AG*.

²⁵⁶ RPW 2003/1, 66 ff. Rz 19 ff. *Espace Media Group/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung*.

un retrait doit également être prouvée.²⁵⁷ Dans un cas, la CJCE a même considéré comme abusifs des prix supérieurs aux coûts totaux moyens, mais toujours fixés en dessous des prix du concurrent.²⁵⁸ Cette pratique a été fortement critiquée dans la doctrine, car les prix supérieurs aux coûts totaux devaient toujours être considérés comme admissibles parce qu'ils représentaient la concurrence souhaitée sur le fond.²⁵⁹

461. La tarification et la stratégie de l'appel d'offres AIPS (voir les considérants 31 et suivants) de la part de HCI sont examinées ici.

D.4.4.6.2 Sous-cotation des prix

462. HCI a proposé un prix de CHF [...] pour la mise en œuvre de l'AIPS et de CHF [...] pour l'opération annuelle. Cette offre était nettement inférieure à celles des autres soumissionnaires. Ces derniers proposaient des prix pour la mise en œuvre de [...] à [...] CHF et pour l'exploitation annuelle de [...] à [...] CHF, les prix annuels d'exploitation n'étant pas proposés au même niveau chaque année par les différents soumissionnaires (tous les prix sont hors TVA). La différence entre les offres est particulièrement frappante en ce qui concerne la mise en œuvre. L'augmentation par rapport à la deuxième offre la moins chère (soumise par [...]) est de [...] %. Les autres offres, en revanche, présentent une différence beaucoup plus faible entre elles. Le tableau suivant indique le pourcentage d'augmentation des prix offerts par niveau.

Tableau 4 : Prix proposés pour la mise en œuvre

Mise en œuvre	Offre	Augmentation en
HCI	CHF [...]	
[...]	CHF [...]	+ [...]
[...]	CHF [...]	+ [...]
[...]	CHF [...]	+ [...]

Source : Liste du Secrétariat

463. La différence concernant l'opération est beaucoup plus faible, mais à cet égard également, HCI a fait l'offre la plus favorable, comme le montre le tableau suivant. Le pourcentage d'augmentation se rapporte dans chaque cas au montant total de la phase préliminaire :

Tableau 5 : Prix proposés pour l'opération

En CHF	Première année	Deuxième année	Troisième année	4ème année (facultatif)	Année 5 (facultatif)	Total	Augmentation en
HCI	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	+ [...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	+ [...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	+ [...]

Source : Liste du Secrétariat

464. La quantité de travail impliquée dans la mise en œuvre à HCI a été évoquée lors du témoignage du responsable du développement et du chef de projet de l'AIPS, [...]. [...] a déclaré que l'AIPS était une "mini-édition" d'un système que HCI/Documed/e-mediat avait déjà

²⁵⁷ Arrêt de la CJCE du 3.7.1991, C-62/86, *AKZO Chemie BV/Commission*, Rec. 1991, p. I-3453 et suiv. Arrêt de la CJCE du 14.11.1996, C-333/94 P, *Tetra Pak International/Commission*, Recueil 1996, p. I-6011 et suiv. Arrêt de la CJCE du 30.1.2007, T-340/03, *France Telecom/Commission*, Rec. 2007, p. II-167 et suiv. confirmé par l'arrêt de la CJCE du 2.2.2009 C-202/07 P *France Telecom/Commission*, Recueil 2009, p. I-2369 et suiv. paragraphe 95 et suivants.

²⁵⁸ Arrêt CJCE 16.3.2000 C-395/96 P et C-396/96 P *Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA, Dafa-Lines A/S/Commission*, Rec. 2000, p. I-1365 et suiv. paragraphes 111 et suivants.

²⁵⁹ Statt vieler : MASSIMO MOTTA, *Politique de la concurrence : Theory and Practice*, 2004, 442.

développé (Compendium). L'AIPS était relativement "primitif" par rapport à ce système. Par conséquent, environ 90 % des logiciels étaient déjà en place. Le fait que HCI ait pu proposer la mise en œuvre au prix de loin le plus bas n'a pas surpris le témoin et il a attribué cela aux circonstances déjà expliquées, à savoir que le savoir-faire et certaines parties du logiciel étaient déjà disponibles.

465. Une comparaison entre le Compendium déjà disponible dans le groupe et l'AIPS demandé²⁶⁰ montre en fait que les fonctions étaient déjà disponibles pour la plupart dans le Compendium ou que les fonctions pour l'AIPS ont dû être plutôt redimensionnées. Il semble donc plausible que HCI ait eu un effort de programmation considérablement plus faible que ses concurrents qui n'utilisaient pas déjà ce type de logiciel. Les soumissionnaires AIPS défaits ont également déclaré dans leur questionnaire que le prix offert par HCI est compréhensible si le logiciel correspondant était déjà largement disponible et ne devait pas être développé récemment. Cela expliquerait la différence par rapport aux prix nettement plus élevés qu'ils offrent.

466. Même si le système était déjà en place, les coûts de son développement pouvaient être imputés aux consommateurs. Cela serait normalement aussi approprié, car en reprenant la publication avec l'AIPS, Documed perd tout le domaine d'activité de la publication d'informations sur les médicaments. Par la suite, plus aucun chiffre d'affaires ne peut être généré sur ce marché, puisque la publication n'est possible que sur AIPS. Dans la situation de concurrence, une entreprise a essayé de proposer moins cher que les concurrents, mais toujours de manière à pouvoir réaliser un bénéfice. Après tout, un système entier qui avait été développé pendant de nombreuses années a été vendu à Swissmedic. Dans l'intérêt de la transparence des coûts, il serait donc approprié de faire payer Swissmedic.

467. Documed/e-mediat/HCI, d'autre part, poursuivent une stratégie de contrôle de la chaîne de valeur globale et imputent les coûts du système global de manière égale aux prestataires de services, aux distributeurs et aux payeurs, ainsi qu'aux titulaires d'autorisations de mise sur le marché, comme déjà expliqué en détail ci-dessus (cf. B.4). Conformément à ce plan global, il est souhaitable qu'ils proposent également une publication réglementée sur l'AIPS. On peut ainsi éviter qu'un concurrent acquière un savoir-faire et, dans une phase ultérieure, Documed/e-mediat peut également être compétitif sur le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments et donc également sur le marché de l'accès à des informations affinées et lisibles par machine sur les médicaments.

468. Le prix offert indique que HCI/Documed/e-mediat a décidé d'adopter une stratégie de prix aussi bas afin d'empêcher des concurrents potentiels d'entrer sur le marché et de réaliser des revenus supplémentaires sur le marché des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments et sur le marché de l'accès à des données affinées et lisibles par machine concernant les informations sur les médicaments, ainsi que pour faire respecter les contrats conclus avec les titulaires d'autorisations de mise sur le marché pour l'inclusion des informations sur les médicaments avec les revenus associés. Bien que le coût de développement du logiciel préexistant aurait pu être inclus dans le calcul des prix, cela n'a pas été fait. En fait, pour réaliser un profit raisonnable sur le système qui a été développé pendant des années et qui a maintenant disparu, il aurait été nécessaire d'inclure ces coûts. Il est évident qu'aucun concurrent n'a pu proposer au prix indiqué, car il aurait dû d'abord développer le logiciel approprié, ce qui entraîne inévitablement des coûts plus élevés. En n'incluant délibérément pas ces facteurs de prix, HCI/Documed/e-mediat a empêché une maximisation des profits à court terme qui aurait pu être obtenue de la mise en œuvre et du fonctionnement de l'AIPS. Un tel comportement ne semble avoir de sens économique que si des profits peuvent être réalisés soit ultérieurement, soit sur des marchés connexes.

469. Dans une prochaine étape, il faudrait maintenant analyser les coûts, car la comparaison entre les concurrents et l'existence d'une stratégie prédatrice ne peuvent à elles seules conduire à la conclusion que les prix sont sous-cotés de manière abusive, puisque le caractère abusif d'un prix doit être basé sur les coûts de l'entreprise dominante.²⁶¹ À cet égard, le prix de revient

²⁶⁰ Swissmedic, Spécification des exigences supplémentaires, Exigences pour la plate-forme.

²⁶¹ Voir également la pratique européenne : arrêt de la CJCE du 17.2.2011 C-52/09 *TeliaSonera Sverige* [2011] Recueil de jurisprudence I-00527, point 41.

n'est pas une limite absolue, mais il est également possible de caractériser un comportement comme abusif si les prix sont supérieurs au prix de revient et qu'une stratégie prédatrice est présente.²⁶²

470. En l'espèce, il convient de noter que Documed a engagé des dépenses d'environ [...] millions de francs suisses pour la publication des informations sur les médicaments dans l'ouvrage imprimé et dans le recueil en ligne entre 2009 et 2011. Documed s'est engagé à baser ses prix sur les coûts et seule la publication a fait l'objet du contrat. Pour le fonctionnement de l'AIPS, en revanche, un prix de CHF [...] par an a été proposé.

471. En l'espèce, il n'est toutefois pas procédé à une analyse approfondie des coûts, car l'accent est mis sur l'abus de prix à l'encontre des titulaires de l'autorisation de mise sur le marché, d'autres comportements abusifs ont été prouvés et l'effort d'une analyse des coûts est disproportionné par rapport au résultat possible d'une *nouvelle* violation de l'art. 7 al. 1 en liaison avec l'al. 2 de la loi sur la concurrence. Par conséquent, une enquête aussi approfondie et approfondie ne serait pas proportionnée pour pouvoir éventuellement établir ultérieurement qu'une nouvelle infraction a également été commise.

D.4.4.6.3 Résultat intermédiaire

472. En résumé, la question est laissée ouverte de savoir si les faits de l'art. 7 al. 1 en liaison avec l'al. 2 let. d KG sont remplis, car une analyse approfondie des coûts ne serait pas proportionnée.

D.4.5 Résultat

473. En résumé, on peut affirmer que les destinataires de l'enquête ont un comportement illicite au sens de l'article 7, paragraphe 1, en liaison avec le paragraphe 2, lettres b, c, e et f [recte : e et f] KG.

D.5 Mesures

474. En vertu de l'article 30, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence, la Commission de la concurrence décide des mesures à prendre ou de l'approbation d'un règlement à l'amiable. Les mesures en ce sens sont à la fois des ordres d'élimination de restrictions illicites de la concurrence (cf. marge n° 475suiv.) et des sanctions pécuniaires (cf. marge n° 486suiv.).

D.5.1 Ordre des mesures

475. S'il y a une restriction illicite de la concurrence, la Commission de la concurrence peut ordonner des mesures pour l'éliminer en imposant aux parties concernées l'obligation de faire (exiger) ou de s'abstenir de faire (interdire) une certaine chose. Ces ordonnances doivent toujours respecter le principe de proportionnalité, c'est pourquoi les mesures dépendent du type et de l'intensité de l'infraction spécifique à la concurrence.²⁶³

476. Il convient de noter d'emblée que les mesures ne sont justifiées que tant qu'il existe une menace d'un tel comportement. Dans le cas d'un comportement au sens de l'article 7 KG, la position dominante sur le marché est particulièrement importante. Un comportement qui, en principe, relève du champ d'application de l'article 7 KG n'est considéré comme punissable par la loi que si l'élément de position dominante sur le marché est (également) présent. Par conséquent, un comportement au sens de l'article 7 de la loi par une entreprise est menacé tout au plus tant que l'entreprise est dominante sur le marché.

477. Si le Groupe Galenica n'occupe plus à l'avenir de position dominante sur l'un ou l'autre marché, il a donc la possibilité de demander une modification ou une révocation des mesures (art. 30 al. 3 KG).

478. Les infractions ou violations des mesures à ordonner dans ce cas peuvent faire l'objet de sanctions administratives ou pénales conformément aux articles 50 et 54 du code des obligations suisse. Cette sanction ou punissabilité résulte sans plus de cérémonie de la loi elle-

²⁶² Cf. note de bas de page 250, 257.

²⁶³ BSK KG-Zirlick/Tagmann (fn 100), art. 30 KG N 58 f.

même, ce qui permet de se passer d'une menace correspondante - simplement déclaratoire et non constitutive - de sanction ou de punition dans l'ordonnance.

D.5.1.1 Mesures concernant la restriction des ventes

479. En ce qui concerne la restriction des ventes (section D.4.4.3.1), seule l'interdiction du comportement est remise en question. Il n'y a pas de mesure plus légère qui pourrait éliminer l'entrave à la concurrence identifiée. Une interdiction de l'utilisation des clauses d'exclusivité s'avère donc en principe proportionnée et apte à éliminer la restriction de concurrence identifiée.

480. La restriction des ventes dans le cas présent est effectuée par l'utilisation de clauses dans les contrats entre e-mediat et les éditeurs de logiciels qui imposent une obligation d'achat exclusif aux éditeurs de logiciels pour des données de base supplémentaires sur les partenaires et les produits d'e-mediat et une interdiction aux éditeurs de logiciels d'utiliser les structures du logiciel basées sur les données INDEX à d'autres fins. En interdisant l'utilisation et l'application des clauses contractuelles pertinentes, la restriction de la concurrence peut être éliminée.

481. Il faut donc interdire au Groupe Galenica, dans le cadre d'une mesure, d'utiliser et d'appliquer les clauses contractuelles des contrats avec les éditeurs de logiciels qui prévoient une obligation d'achat exclusif de la part des éditeurs de logiciels pour des partenaires supplémentaires et des données de base des produits chez e-mediat ou HCI, ou les clauses qui interdisent aux éditeurs de logiciels d'utiliser autrement les structures des logiciels basés sur la base de données du Groupe Galenica.

D.5.1.2 Mesures concernant le regroupement de modules

482. En ce qui concerne le faisceau de modules (section D.4.4.4.2), seule l'interdiction du comportement est remise en question. Il n'y a pas de mesure plus douce qui pourrait éliminer la restriction de concurrence identifiée. Une interdiction du regroupement de modules s'avère donc en principe proportionnée et apte à éliminer la restriction de concurrence identifiée.

483. La restriction de concurrence identifiée concerne l'offre groupée de divers services (en particulier le contrôle de la qualité rédactionnelle et technique des informations sur les médicaments) avec l'inclusion des informations sur les médicaments dans les indices Documed/e-mediat (cf. marg. n° 413). Le dégroupage peut supprimer la restriction de la concurrence.

484. Le Groupe Galenica devrait donc être tenu, dans le cadre d'une mesure, d'offrir le service d'inclusion des informations sur les médicaments dans les index et d'autres services aux titulaires d'autorisations de mise sur le marché sur une base dégroupée.

485. En outre, dans le cadre d'une mesure, le Groupe Galenica doit être obligé d'offrir un contrôle de qualité rédactionnel et technique des informations sur les médicaments ainsi que le téléchargement des informations sur les médicaments à l'AIPS à des prix basés sur les coûts.

D.5.2 Sanctionner

D.5.2.1 Généralités

486. En vertu de l'article 49a, paragraphe 1, de la loi sur les sociétés, une entreprise qui participe à un accord illégal au sens de l'article 5, paragraphes 3 et 4, de la loi sur les sociétés ou qui adopte un comportement illégal au sens de l'article 7 de la loi sur les sociétés, se verra facturer un montant pouvant atteindre 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. L'article 9, paragraphe 3, de la loi sur les sociétés anonymes est applicable mutatis mutandis. Le montant est déterminé en fonction de la durée et de la gravité du comportement illégal. Il faut tenir compte de manière appropriée du bénéfice présumé que la société a réalisé de ce fait.

487. En vertu de leur ratio legis, les sanctions administratives prévues aux articles 49a et suivants du code de la concurrence - et notamment les sanctions directes introduites lors de la révision de 2003 en cas d'infractions aux règles de concurrence particulièrement préjudiciables - visent à assurer l'application effective des règles de concurrence et à prévenir les

infractions aux règles de concurrence par leur effet préventif. Les ²⁶⁴sanctions directes ne peuvent être imposées que conjointement avec une ordonnance finale déclarant la restriction de concurrence en question illégale. ²⁶⁵

D.5.2.2 Faits de l'art. 49a al. 1 KG

488. L'imposition d'une sanction aux parties à la procédure présuppose qu'elles se sont conformées aux faits énoncés à l'article 49a, paragraphe 1, du Code pénal.

D.5.2.2.1 Société

489. Les restrictions illicites de la concurrence visées à l'article 49a, paragraphe 1 KG doivent être commises par une "entreprise". La définition d'une entreprise est basée sur l'article 2, paragraphe 1, et sur l'article 1bis KG.²⁶⁶ Pour la qualification des parties en tant qu'entreprises, il est fait référence ici aux explications sous la marge n° 179 et suivantes.

D.5.2.2.2 Comportement illicite au sens de l'article 49 bis, paragraphe 1, de la loi sur les sociétés commerciales (KG)

490. En vertu de l'article 49a, paragraphe 1, du Code pénal, une entreprise qui participe à un accord illicite en vertu de l'article 5, paragraphe 3 ou 4, du Code pénal ou qui se comporte de manière illicite en vertu de l'article 7 du Code pénal est passible d'une sanction. La sanction du deuxième type d'infraction mentionné à l'article 49a, paragraphe 1, de la loi sur les sociétés commerciales, qui présente un intérêt en l'espèce, exige qu'une société en position dominante ait un comportement illicite au sens de l'article 7 de la loi sur les sociétés commerciales.

491. Afin d'éviter les licenciements, on peut se référer ici aux remarques précédentes, en particulier à la conclusion en marge n° 473. En résumé, il convient de noter ici que ces exigences sont remplies dans le cas présent.

D.5.2.3 Reprochabilité

492. Selon la pratique de la Commission de la concurrence et des tribunaux, outre la factualité et l'illégalité du comportement, l'entreprise doit au moins être accusée de "négligence", c'est-à-dire d'une violation objective du devoir de diligence au sens de la reproductibilité. Un manque objectif de diligence raisonnable au sens de la reproductibilité existe notamment si une entreprise adopte un comportement tout en sachant qu'il pourrait éventuellement être en violation du droit des ententes.²⁶⁷ facteur décisif est un manque objectif de diligence dans le sens d'une faute d'organisation. ²⁶⁸

493. Dans la décision *Swisscom ADSL II*, le Tribunal administratif fédéral a également confirmé la pratique de la Commission de la concurrence selon laquelle la culpabilité organisationnelle suffit pour établir la reprochabilité et que la culpabilité organisationnelle n'entraîne pas une sanction sans faute. ²⁶⁹

494. Si une violation de la législation antitrust a été prouvée, la violation objective du devoir de diligence est généralement aussi donnée. Ce n'est que dans de rares cas qu'il n'y aura pas de faute de la part de l'entreprise ; par exemple, si les infractions aux règles antitrust commises par un employé qui n'est pas membre d'une personne morale n'étaient pas connues au sein

²⁶⁴ Message KG 2003 (fn 129) 2023, 2033 et suivantes et 2041 ; STEFAN BILGER, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, 2002, 92.

²⁶⁵ Message KG 2003 (fn 129) 2034.

²⁶⁶ Au lieu de beaucoup : JÜRIG BORER, *Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG)*, 3e éd. 2011, art. 49a KG N 6.

²⁶⁷ Cf. arrêt du FAC, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA et co-participants/WEKO*.

²⁶⁸ Cf. ATF 139 I 72, non publié E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135 E. 12.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*, avec d'autres références.

²⁶⁹ BVGer B-7633/2009 arrêt du 14.9.2015, E. 676 s., *Swisscom ADSL II*.

de l'entreprise et que cela n'aurait pas pu être le cas même si l'organisation avait été correctement conçue et si l'entreprise avait pris toutes les mesures raisonnables pour prévenir l'infraction aux règles antitrust.²⁷⁰

495. Par conséquent, il est reprochable au regard du droit des cartels si l'entreprise peut être accusée d'une violation en vertu de l'art. 49a al. 1 KG, au moins en tant que violation objective du devoir de diligence. Par conséquent, il y a tout d'abord un reproche à faire au droit des ententes si les personnes physiques ont commis les actes en question, qu'elles ont accomplis pour l'entreprise impliquée dans la restriction illicite de la concurrence,²⁷¹ intentionnellement ou par négligence. En outre, une société peut également être accusée d'une violation objective du devoir de diligence, notamment si les personnes physiques agissant au nom de la société ont manqué à leur devoir d'intervenir contre de tels actes ou si la société est généralement coupable d'une négligence organisationnelle. Il s'agit du fait que l'entreprise n'a pas pris toutes les précautions possibles et raisonnables pour empêcher la commission d'une infraction à la législation antitrust au sein de l'entreprise.

496. Dans le cas présent, le Groupe Galenica est accusé de bien plus qu'une simple carence organisationnelle ; il faut supposer qu'il y a eu au moins une possible violation intentionnelle du droit des ententes.

497. En principe, on peut supposer que les entreprises ont connaissance de la loi sur les cartels.²⁷² Le Groupe Galenica a également une connaissance réelle de la législation antitrust, puisqu'il a déjà été impliqué dans des procédures antitrust à plusieurs reprises.²⁷³ En outre, au moment où la stratégie de mise en œuvre du changement de cadre réglementaire a été définie, une enquête préliminaire sur la distribution des médicaments en Suisse était déjà en cours au Secrétariat de la Commission de la concurrence (voir marge n° 124). Avant même l'introduction du catalogue de services en 2013 et la réorganisation de l'offre, e-mediat a reçu une demande d'information en décembre 2011 dans le cadre de cette enquête préliminaire, qui concernait les produits INDEX. En outre, à une date antérieure, une clause de sortie pour les éditeurs de logiciels a été incluse concernant la distribution de la base de données au cas où la Commission de la concurrence interviendrait.

498. Le Groupe Galenica devait également être conscient de sa position dominante sur le marché des données traitées et lisibles par machine relatives aux informations sur les médicaments, ainsi que sur le marché de l'accès aux informations traitées et lisibles par machine sur les médicaments. Les marchés de la publication d'informations destinées aux patients en ligne dans un ouvrage complet et de la publication d'informations spécialisées imprimées et en ligne dans un ouvrage complet, qui ont été éliminés à la suite de la modification du cadre réglementaire, sont adjacents au marché à évaluer ici. Les destinataires de l'enquête savaient également que Galdat était pendant longtemps le seul produit sur le marché en cause. En outre, même lorsqu'ils ont fait l'offre en 2012, ils ont supposé une couverture du marché de plus de 90 %, ce qui aurait dû au moins sensibiliser l'entreprise à la portée de l'article 7 de la loi sur les cartes de crédit. Ils étaient donc conscients qu'ils étaient également en position dominante vis-à-vis des titulaires d'autorisations de mise sur le marché pour l'accès à une information médicale affinée et lisible par machine.

²⁷⁰ RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/Terminaux avec Conversion dynamique des monnaies (DCC)*.

²⁷¹ Dans ce contexte, il convient de préciser que non seulement les personnes morales (comme c'est déjà le cas uniquement sur la base de l'art. 55 du code civil du 10.12.1907 [CC ; RS 210]) sont en mesure d'engager la société au sens du droit de la concurrence, mais aussi au moins tous les employés ayant un pouvoir de décision indépendant dans leur domaine d'activité (en ce sens, l'art. 29 let. c StGB. Il n'est pas nécessaire de répondre ici à la question de savoir si d'autres personnes peuvent provoquer une telle obligation de la part de la société, car elle n'est pas pertinente dans le cadre de la présente enquête.

²⁷² RPW 2011/1, 190 Rz 560, *SIX/Terminaux avec Conversion dynamique des monnaies (DCC)*.

²⁷³ RPW 2008/3, 385 ss, *publication d'informations sur les médicaments* ; RPW 2010/4, 649, *Hors liste des médicaments ; prix du Cialis, du Levitra et du Viagra*. Dernièrement : RPW 2015/3, 363, *Distribution de médicaments en Suisse concernant le sujet partiel de la pré-vente - arrêt de l'approvisionnement par Alloga AG*.

499. Le Groupe Galenica devait donc être conscient d'un éventuel comportement inadmissible au regard du droit des ententes lors de la définition de sa stratégie, mais il ne s'est pas abstenu de la mettre en œuvre et a au moins accepté la violation des dispositions antitrust. Même après l'ouverture de l'enquête, le Groupe Galenica n'a pas cessé de se comporter. L'ouverture de l'enquête a rappelé aux responsables un éventuel problème au regard de la législation antitrust, mais ils n'ont pas pour autant procédé aux ajustements nécessaires ou ne se sont pas abstenus d'adopter le comportement décrit ci-dessus.

500. Dans l'ensemble, l'entreprise devait être consciente des éventuelles violations de la législation antitrust des différentes pratiques tout au long de la période et au moins les accepter.

D.5.2.4 Dimensionnement

501. La conséquence juridique d'une infraction au sens de l'art. 49a al. 1 KG est que l'entreprise fautive se voit imputer un montant pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices. Ce montant représente donc la sanction la plus élevée possible. La sanction spécifique est déterminée en fonction de la durée et de la gravité du comportement illicite, le bénéfice présumé que l'entreprise a réalisé grâce à ce comportement devant être pris en compte de manière appropriée.

502. Les critères d'évaluation concrets et donc les détails de l'évaluation de la sanction sont ²⁷⁴précisés dans l'ordonnance sur les sanctions du CPC (cf. art. 1 let. a LSS). La détermination du montant de la sanction est en principe laissée à la discrétion de la Commission de la concurrence, qui est limitée par les principes de proportionnalité²⁷⁵ et d'égalité de traitement.²⁷⁶ La Commission de la concurrence détermine le montant effectif de la sanction en fonction des circonstances spécifiques de l'affaire, l'amende devant être fixée individuellement pour chaque entreprise impliquée dans une infraction dans les limites fixées par la loi. ²⁷⁷

D.5.2.4.1 Sanction maximale

503. En aucun cas, la pénalité ne dépassera 10 % du chiffre d'affaires total de l'entreprise en Suisse au cours des trois derniers exercices (art. 49a al. 1 KG et art. 7 LCR). Comme le montre notamment le message sur le ²⁷⁸KG 2003, les trois derniers exercices clos avant le prononcé de l'arrêt sont décisifs.²⁷⁹ Le chiffre d'affaires des entreprises au sens de l'article 49a, paragraphe 1, de la loi sur les sociétés anonymes (KG) est calculé de manière analogue selon les critères de calcul du chiffre d'affaires pour les fusions, les articles 4 et 5 du VKU s'appliquent par analogie. La sanction maximale ainsi calculée ne constitue pas le point de départ du calcul de la sanction concrète (cf. ci-dessous) ; au contraire, à la fin du calcul de la sanction concrète sur la base des autres critères mentionnés dans le CPC et l'ordonnance sur les sanctions du CPC, il est vérifié si le montant maximal n'est pas dépassé (art. 7 CPC) ; si nécessaire, une réduction correspondante doit être effectuée.

504. Dans le cas des sociétés de groupe, tout le chiffre d'affaires des sociétés contrôlées (filiales, sociétés mères, sociétés sœurs et entreprises communes) doit être inclus dans le calcul du chiffre d'affaires (art. 5, al. 1, let. a-d VKU). Le chiffre d'affaires de l'entreprise au sens de l'article 49a, paragraphe 1, de la loi sur les sociétés anonymes est donc déterminé au niveau du groupe, tandis que l'article 5, paragraphe 2, de la loi sur les sociétés anonymes

²⁷⁴ Ordonnance du 12.3.2004 sur les sanctions contre les restrictions illicites de la concurrence (Ordonnance sur les sanctions contre les OPC, RS 251.5).

²⁷⁵ Art. 2, al. 2, LSSE.

²⁷⁶ Cf. PETER REINERT, dans : Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (ed.), 2001, ART. 49A KG N 14 ainsi que RPW 2006/4, 661 Rz 236, Flughafen Zürich AG (*Unique*) - Valet Parking.

²⁷⁷ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Entreprises d'installation électrique de Berne*.

²⁷⁸ Message KG 2003 (fn 129) 2037.

²⁷⁹ Dans tous les cas, le même résultat s'applique, par exemple, au RPW 2011/1, 191 paragraphe 572, *SIX/Terminaux avec conversion dynamique des monnaies (DCC)* ; RPW 2016/2, 428 paragraphe 326, *Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA)*.

prévoit que le chiffre d'affaires intragroupe ne doit pas être pris en compte dans le calcul du chiffre d'affaires total.

505. Pendant le comportement abusif, Documed, e-mediat et HCI appartenait au Groupe Galenica. Dans le cas présent, les exercices financiers 2013-2015 doivent être pris en compte. Le chiffre d'affaires total du Groupe Galenica en Suisse s'est élevé à CHF [...] en 2013, CHF [...] en 2014 et CHF [...] en 2015. Le ²⁸⁰chiffre d'affaires total cumulé pour les trois dernières années est donc de [...] CHF. La sanction maximale est donc de CHF [...].

D.5.2.4.2 Calcul concret des sanctions

506. En vertu de l'article 49a, paragraphe 1, du Code pénal, le montant spécifique de la sanction dans le cadre de la sanction est déterminé en fonction de la durée et de la gravité du comportement illicite. Il faut également tenir compte de manière appropriée du profit présumé généré par le comportement illégal. L'ordonnance sur les sanctions pour les infractions à l'ordonnance sur les produits de base (KG-Sanktionsverordnung) fonde initialement le calcul de la sanction sur un montant de base, qui est ensuite adapté à la durée de l'infraction dans un deuxième temps, avant que les circonstances aggravantes et atténuantes puissent être prises en compte dans un troisième temps.

D.5.2.4.2.1 Montant de base

507. Selon l'ordonnance de sanction de la CPC, le montant de base peut atteindre 10 % du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise concernée sur *les marchés concernés en Suisse* au cours des trois derniers exercices, en fonction du type et de la gravité de l'infraction (art. 3 CPC). Conformément à l'objet de l'art. 3 LCCA, le chiffre d'affaires réalisé au cours des trois exercices précédant la cessation du comportement anticoncurrentiel est déterminant.²⁸¹ Toutefois, selon le contexte, il peut être approprié de prendre l'année de cessation du comportement anticoncurrentiel comme dernier exercice commercial s'il est plus étroitement lié au comportement.²⁸² cette période d'infraction à l'accord sert également, enfin et surtout, à écriémer autant que possible les bénéfices de l'entente.

D.5.2.4.2.2 Limite supérieure du montant de base (chiffre d'affaires sur le marché concerné)

508. Selon l'art. 3 LCR, la limite supérieure du montant de base est de 10 % du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise concernée sur les marchés en cause en Suisse au cours des trois derniers exercices précédant la fin de la restriction illicite de la concurrence.

509. Le comportement de Documed/e-mediat est toujours en cours, c'est pourquoi le chiffre d'affaires de 2013-2015 peut être pris comme base. Documed et e-mediat ont généré leur chiffre d'affaires sur le marché des données traitées et lisibles par machine relatives aux informations sur les médicaments et sur le marché de l'accès aux informations traitées et lisibles par machine sur les médicaments, c'est pourquoi le chiffre d'affaires cumulé de Documed et

²⁸⁰ Dans chaque cas, les ventes nettes, ventilées par région géographique, ont été tirées des états financiers publics et les "autres produits d'exploitation" ont été déduits (article 4 du VKU). La ventilation dans les états financiers n'exclut pas la possibilité que certains montants aient été déduits deux fois, c'est-à-dire sous la rubrique "Produits des autres secteurs" et sous la rubrique "Autres produits d'exploitation". D'autres actions d'investigation ou une déduction simplement proportionnelle des "autres revenus d'exploitation" pourraient également être justifiées. Dans l'ensemble, l'approche choisie n'entraîne certainement pas de désavantage pour les parties et, comme le montant maximal de la sanction ne pose manifestement aucun problème, il n'est pas nécessaire d'apporter des précisions à cet égard. Cf. également les déclarations dans le jugement de l'AEC du 13.11.2015, E. 11.2.4, *Bayerische Motoren Werke AG*, selon lesquelles la détermination exacte de la sanction maximale n'est pas nécessaire si son respect dans la sanction concrète ne pose manifestement aucun problème.

²⁸¹ Dans ce sens également RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tableau 3 et 407 f. Rz 1097 Tableau 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* ; Verfügung i. S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, disponible sur <www.weko.admin.ch> sous Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (dernière visite le 12.10.2015).

²⁸² BVGer B-7633/2009 arrêt du 14.9.2015, E. 729, *Swisscom ADSL II*.

e-mediat peut être pris comme base. Cela correspond à [...] CHF en 2013, [...] CHF en 2014 et [...] CHF en 2015. Le chiffre d'affaires pertinent pour le calcul du montant de base est donc [...]. La limite supérieure du montant de base est donc de CHF [...].

510. Les parties demandent une réduction massive de la sanction et contestent l'exactitude des chiffres utilisés par la Commission de la concurrence pour calculer le montant de base. Ils font valoir que diverses recettes devraient être déduites des recettes totales prises en compte.

511. Ces arguments ne tiennent pas la route. Comme mentionné ci-dessus, la Commission de la concurrence fonde son calcul du montant de base sur le chiffre d'affaires correspondant aux services offerts aux titulaires d'autorisations de mise sur le marché et aux prestataires de services, aux distributeurs et aux payeurs sur les marchés en cause.

D.5.2.4.2.3 Examen de la nature et de la gravité de l'infraction

512. Selon l'article 3 de la loi sur les services financiers, le montant du montant de base calculé sur la base du chiffre d'affaires doit être déterminé en fonction de la gravité et de la nature de l'infraction (voir explications SVKG, p. 2 et suivantes). Il convient donc d'examiner la gravité de l'infraction à qualifier.

513. Selon les notes explicatives de l'ordonnance sur les sanctions, en cas d'abus au titre de l'article 7 du CPC, le montant de base se situera régulièrement dans le tiers supérieur de la fourchette de 0 à 10 %. Le Tribunal administratif fédéral a critiqué ces explications, déclarant que puisque la disposition de l'ordonnance visait à donner à l'autorité un pouvoir discrétionnaire pour appliquer un montant de base compris entre 0 et 10 %, celui-ci ne devait pas être réduit de manière schématique.²⁸³ Dans ce qui suit, la nature et la gravité du comportement seront donc prises en compte afin de fixer le montant de base dans le cadre du pouvoir discrétionnaire global fixé.

514. Dans le cas présent, il faut considérer que derrière le comportement de l'entreprise, il y avait une stratégie globale visant à maintenir le contrôle sur l'ensemble de la chaîne de valeur. Des mesures ont été prises en ce qui concerne les appels d'offres de l'AIPS, la relation avec les détenteurs de licences, ainsi que la relation avec les éditeurs de logiciels et les fournisseurs de services, qui ont continué à assurer des revenus même si le cadre réglementaire a changé et, d'autre part, ont tenu les concurrents potentiels à l'écart des marchés, car des barrières élevées à l'entrée et des possibilités de financement croisé ont été maintenues.

515. La stratégie globale est aggravée par le fait que les effets d'éviction se sont fait sentir en particulier pendant la période où les conditions ont changé. Cette période aurait été particulièrement propice à la pénétration des marchés par des concurrents potentiels. En outre, malgré l'ouverture de l'enquête par la Commission de la concurrence, l'entreprise n'a pas hésité à poursuivre son comportement et à ajouter des éléments supplémentaires.

516. Le comportement de Documed/e-mediat a satisfait simultanément à plusieurs variantes de l'article 7(2) KG, qui en soi n'est pas particulièrement grave, mais dépend plutôt des circonstances spécifiques.²⁸⁴ Dans le cas présent, diverses pratiques s'inscrivant dans une stratégie globale ont été mises en œuvre et ont eu des effets de prédation et d'exploitation. Cette situation doit être jugée comme étant grave. Comme déjà expliqué (paragraphes 496 et suivants), les destinataires de l'enquête ne peuvent pas être accusés de simple négligence, mais étaient conscients de l'éventuelle inadmissibilité du comportement, ne se sont pas abstenus de le mettre en œuvre et ont donc au moins toléré la violation du droit des ententes.

517. En conclusion, il convient de noter que (également) en raison de cette pratique, aucun concurrent n'a pu prendre réellement pied sur les marchés et les licenciés ont continué à être utilisés pour s'assurer des revenus sans que cela ne soit justifié par des raisons de concurrence. La pratique a donc atteint son objectif. Dans l'ensemble, la conduite du Groupe Gale-nica pèse lourdement.

²⁸³ Arrêt BVGer, RPW 2010/2, 368 E. 8.3.4 m.w.H., *Publigruppe SA et co-participants c. WEKO*.

²⁸⁴ BSK KG-Christoph TAGMANN/BEAT ZIRLICK (note de bas de page 100), art. 49a KG N 52.

518. Dans l'affaire *Swisscom ADSL II*, le Tribunal administratif fédéral a fixé le montant de base à 8 %, réduisant ainsi le montant de base tel que fixé par la Commission de la concurrence.²⁸⁵ Dans cette affaire, le Tribunal administratif fédéral a présumé qu'il y avait eu négligence grave de la part de Swisscom SA. Dans ce contexte, il semble également approprié d'appliquer un montant de base plus élevé dans la présente affaire, car il y a au moins un éventuel comportement intentionnel, plusieurs variantes factuelles de l'art. 7 al. 2 KG sont remplies, grâce auxquelles des effets d'exploitation et de prédation sont obtenus. En outre, il existe une stratégie globale avec diverses mesures prises, l'entreprise devait être particulièrement consciente du problème et le comportement a atteint son objectif. En particulier, si une position dominante est abusée à la suite de décisions stratégiques, la Commission de la concurrence a déjà fixé le montant de base au maximum de 10 % dans le passé.²⁸⁶

519. En résumé, sur la base de la nature et de la gravité de l'infraction, de son impact sur la concurrence et de son caractère répréhensible, il est conclu que le montant de base est de 5 %. Cela correspond à un montant de base de CHF [...].

D.5.2.4.2.4 Durée de l'infraction

520. En vertu de l'article 4 de la LCCA, le montant de base est majoré de 50 % au maximum si l'infraction à la concurrence a duré entre un et cinq ans ; pour chaque année supplémentaire, une majoration de 10 % au maximum est possible (voir explications LCCA, p. 3). Dans la pratique antérieure, la Commission de la concurrence appliquait un pourcentage de 10 % par an pris en compte pour une durée comprise entre un et cinq ans.²⁸⁷ La Cour suprême fédérale a confirmé cette pratique et a estimé qu'une augmentation du montant de base de 10 % par an ou partie de celui-ci pour une durée de un à cinq ans était conforme au droit fédéral.²⁸⁸ Dans une décision plus récente, le Tribunal administratif fédéral a déclaré qu'il est également possible d'établir un lien plus souple entre une durée initiale partielle de cinq ans et le coefficient partiel de 50 % : *"Par exemple, un comportement anticoncurrentiel d'une durée inférieure à cinq ans peut néanmoins faire l'objet d'une majoration de 50 % si le but visé par celui-ci, à savoir l'éviction d'un concurrent, a été pleinement atteint au cours de cette période"*.²⁸⁹ Dans le cas d'espèce, le Tribunal administratif fédéral a néanmoins confirmé une approche linéaire en raison du caractère permanent de l'infraction à la concurrence. Dans le même arrêt, le Tribunal administratif fédéral a appliqué une augmentation progressive de 0,8333 % par mois ou partie de mois, sans préciser le rapport avec la décision du Tribunal fédéral susmentionnée.

521. En l'espèce, le comportement et les effets anticoncurrentiels ont commencé lorsque l'offre a été faite aux titulaires de l'autorisation de mise sur le marché en septembre 2012. Bien que le contrat n'ait pas été proposé avant 2013, ce qui explique pourquoi les effets désavantageux n'ont commencé à prendre effet qu'à partir de cette date, les marchés étaient déjà fermés aux concurrents potentiels dès le moment où l'offre a été faite (fin septembre 2012). Dès que l'offre a été faite, il est devenu évident pour les concurrents potentiels que Documed/e-mediat continuerait à avoir la possibilité d'un financement croisé et donc un avantage concurrentiel décisif. Étant donné que le comportement pendant toute la période a, d'une part, désavantagé les titulaires d'autorisations de mise sur le marché et, d'autre part, tenu les concurrents potentiels à l'écart des marchés, il faut supposer un effet permanent et appliquer une échelle linéaire, même si les effets d'éviction ont été particulièrement réussis lors de l'introduction des AIPS. On aurait pu s'attendre à des entrées sur le marché, surtout au moment du changement de système. La conduite des destinataires de l'enquête se poursuit jusqu'à présent, c'est pourquoi on peut supposer qu'elle durera 44 mois jusqu'à la mi-mai 2016. Les autorités de concurrence ont désormais la possibilité, conformément à la pratique décrite par le Tribunal fédéral comme étant conforme au droit fédéral, d'augmenter le montant de la sanction de 40%, la quatrième année de l'infraction ayant commencé, ou d'augmenter le montant

²⁸⁵ Arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7633/2009 du 14.9.2015, E. 747 f. *Swisscom ADSL II*.

²⁸⁶ Cf. dernièrement la *connexion WAN de Swisscom*, paragraphe 596 (destinée à être publiée).

²⁸⁷ RPW 2014/4, 702 paragraphe 238, *politique de prix et autres comportements de la SDA*.

²⁸⁸ Arrêt du BGer 2C_484/2010 du 29.6.2012, E. 12.3.4 (non publié au BGE 139 I 72).

²⁸⁹ BVGer B-7633/2009 arrêt du 14.9.2015, E. 755, *Swisscom ADSL II*.

de la sanction de 33,3333% pour chaque mois ou partie de mois, conformément à l'augmentation de 0,8333% appliquée par le Tribunal administratif fédéral. Dans le cas présent, l'augmentation de 33,3333 %, plus favorable à l'entreprise concernée, est appliquée, ce qui correspond à un montant de CHF [...].

D.5.2.4.2.5 Circonstances aggravantes et atténuantes

522. Dans une dernière étape, les circonstances aggravantes et atténuantes selon les articles 5 et 6 de la LSCG doivent être prises en compte.

D.5.2.4.2.5.1 Circonstances aggravantes

523. En cas de circonstances aggravantes, le montant est majoré conformément aux art. 3 et 4 LCR, notamment si l'entreprise : a. a enfreint la loi sur les cartels à plusieurs reprises ; b. a tiré un profit d'une infraction qui, selon une enquête objective, était particulièrement élevé ; c. a refusé de coopérer avec les autorités ou a tenté d'entraver les enquêtes de toute autre manière (art. 5 al. 1 LCR).

D.5.2.4.2.5.1.1 Infractions répétées

524. Il y a d'abord infraction répétée au sens de l'art. 5, al. 1, let. a, de la LCCA si une entreprise doit être jugée pour laquelle les autorités de la concurrence ont déjà constaté une infraction au droit des ententes dans une procédure antérieure avec effet définitif, c'est-à-dire une "rechute", pour ainsi dire. Toutefois, une infraction répétée existe également si plusieurs types de comportements - en d'autres termes, une majorité de comportements - doivent être évalués dans le cadre d'une seule procédure.²⁹⁰ Ces deux cas entraînent une augmentation des sanctions en raison de justifications différentes.

525. En pratique, la Commission de la concurrence a déjà eu à traiter à plusieurs reprises des infractions répétées de plusieurs types de comportement dans le *cadre* d'une même procédure. L'infraction répétée due à une infraction déjà légalement établie n'a jamais été jugée. La doctrine admet toutefois qu'une telle infraction relève de la disposition de l'art. 5 al. 1 let. a LSCM, mais reste ²⁹¹ muette quant au montant de la sanction à ce titre.

526. Lors de l'évaluation de la sanction, la Commission de la concurrence doit s'assurer que la sanction a un effet dissuasif.²⁹² La récidive est une circonstance qui justifie une augmentation significative du montant de base de la sanction, car la récidive est la preuve que la sanction imposée précédemment n'était pas suffisamment dissuasive. La répétition d'une infraction aux règles de concurrence après la conclusion finale doit donc également être pondérée plus lourdement que la violation répétée *dans le cadre* d'une enquête, puisque l'entreprise s'est à nouveau comportée de manière illégale malgré la conclusion finale de l'infraction aux règles de concurrence. La sanction prononcée précédemment - ou le constat d'irrecevabilité - n'a eu aucun effet sur l'entreprise ; au contraire, elle a manifesté sa réticence à tirer les leçons de sa conduite passée. Le Tribunal administratif fédéral part également du principe que la culpabilité tend à être plus grave en cas de violation répétée qu'en cas de première violation.²⁹³

527. Comme la réglementation suisse ne contient pas d'informations précises sur le montant de la sanction à augmenter en cas de récidive, la Commission de la concurrence dispose d'un pouvoir discrétionnaire à cet égard. La Commission de la concurrence doit exercer ce pouvoir

²⁹⁰ RPW 2010/4, 763 marge n° 412, *Quincaillerie de bâtiment pour fenêtres et portes-fenêtres* ; RPW 2013/4, 625 s. marge n° 975 s., *Accords de concurrence dans la construction de routes et le génie civil dans le canton de Zurich* ; RPW 2009/3, 211, 215 s. marge n° 104, 129, *Entreprises d'installation électrique Berne* ; BSK KG-Tagmann/Zirlick (n. 100), art. 49a KG N 67.

²⁹¹ CHRISTOPH TAGMANN, Die direkte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2007, p. 252 f. ; BSK KG-Tagmann/Zirlick (fn 100), Art. 49a KG N 67 ; ANDREA DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, ZStP 2009 (Doss, Vertikalabreden, ZStP 2009), 156-193, Rz 295 ; ROLF H. WEBER, SALIM RIZVI, Wettbewerbsrecht II Kommentar, Matthias Oesch, Rolf H. Weber, Roger Zäch (eds.), No. 2 Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG) / Art. 5, 2011, para 6.

²⁹² Message KG 2003 (fn 129) 2036 f.

²⁹³ BVGer B-420/2008 du 1.6.2010, RPW 2010/2, 377 E. 2.4.4, *Strassenbeläge Tessin*.

discrétionnaire consciencieusement, sur la base de critères objectifs et donc de manière compréhensible. Ensuite, il faut évaluer quels sont les critères à prendre en compte et de combien la sanction doit être augmentée.

528. En cas d'infractions répétées *dans le cadre d'une* même procédure, la Commission de la concurrence a imposé une majoration de 20 % pour deux infractions dans les cas d'accords horizontaux²⁹⁴ et une majoration de 50 % (3-10 participations), 100 % (11-20 participations) et 200 % (plus de 20 participations²⁹⁵) dans les autres cas.

529. Dans l'UE, les lignes directrices²⁹⁶ pour le calcul des amendes stipulent, au paragraphe 28, que "le montant de base de l'amende peut être augmenté si la Commission constate des circonstances aggravantes telles que celles énumérées ci-dessous : Poursuite d'une infraction ou réengagement d'une infraction identique ou similaire après que la Commission ou une autorité nationale de concurrence a constaté que l'entreprise a enfreint l'article 81 ou 82, auquel cas le montant de base est majoré de 100 % au maximum pour chaque infraction constatée". La disposition de l'UE est donc plus restrictive que celle de l'article 5, paragraphe 1, point a), du CPSCA, car dans l'UE, l'infraction doit être identique ou similaire, alors que la disposition suisse ne comporte pas une telle restriction et considère généralement l'infraction répétée comme une infraction aggravant la sanction.²⁹⁷ D'autre part, la disposition de l'UE contient également une indication de l'ampleur de l'augmentation de la sanction. La Commission dispose d'une marge d'appréciation dans l'augmentation concrète appliquée. En particulier, les circonstances suivantes doivent être évaluées afin de déterminer si l'entreprise a tendance à ne pas respecter les règles du droit de la concurrence : ²⁹⁸

- a. Similitude de l'infraction ;
- b. Délai entre les infractions.

530. La fixation de la limite supérieure jusqu'à 100 % dans l'UE a été explicitement introduite par la révision de la ligne directrice sur les amendes. Auparavant, une infraction répétée était également déjà prise en compte et, dans la pratique, était souvent considérée à 50 %. ²⁹⁹

531. Il semble approprié de suivre la pratique de la Commission européenne et les critères qui y sont établis :

532. Si une entreprise enfreint la loi sur les cartels de la même manière, cela doit être considéré comme grave. Plus les infractions sont similaires, plus cette circonstance est aggravante.

²⁹⁴ RPW 2010/4, 763 paragraphe 413 f. *Quincaillerie de construction pour fenêtres et portes-fenêtres*.

²⁹⁵ RPW 2013/4, 626 Rz 978, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* ; la même norme a été appliquée dans RPW 2012/2, 412 Rz 1126 ff, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

²⁹⁶ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, point a), du règlement (CE) n° 1/2003 (2006/C 210/02).

²⁹⁷ TAGMANN (note 291), p. 253 ; Doss, *Vertical Agreements*, ZStP 2009 (note 291), paragraphe 295.

²⁹⁸ Arrêt de la CJCE du 13.7.2011-, T38/07, *Shell Petroleum NV, Shell Nederland BV, Shell Nederland Chemie BV/Commission européenne*, [2011] ECR II-04383, paragraphes 81 et suivants ; Arrêt de la CJCE du 27.9.2012, T-343/06, *Shell Petroleum NV, The Shell Transport and Trading Company Ltd, Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV contre Commission européenne*, points 244 et suivants ; arrêt du TPI du 30.9.2003, T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin contre Commission des Communautés européennes, soutenue par Bandag Inc*, Recueil 2003, p. II-04071, points 281 et suivants ; également : arrêt de la CJCE du 7.1.2004, affaires jointes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S, Irish Cement Ltd, Ciments français SA, Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA, Buzzi Unicem SpA, anciennement Unicem SpA, Cementir - Cementerie del Tirreno SpA contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 2004, p. I-00123, point 91. 2004 I-00123, paragraphe 91.

²⁹⁹ Arrêt de la CJCE du 27.9.2012-, T-343/06, *Shell Petroleum NV, The Shell Transport and Trading Company Ltd, Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV/Commission européenne*, point 244 ; arrêt de la CJCE du 13.7.2011, T38/07, *Shell Petroleum NV, Shell Nederland BV, Shell Nederland Chemie BV/Commission européenne*, [2011] ECR II-04383, point 81 ; voir également TAGMANN (note 291), p. 253.

533. Si des violations répétées de la loi sur les cartels se produisent sur une courte période, cela est plus grave que si une longue période de temps s'est écoulée entre les violations. Il convient toutefois de noter que, dans l'UE, la longue durée entre les infractions ne plaide pas contre une augmentation des amendes.³⁰⁰ La situation en Suisse à cet égard peut être laissée ouverte.

534. Les lignes directrices de l'UE sur les amendes prévoient que l'amende peut être augmentée de 100 % pour chaque infraction constatée. En revanche, le règlement de l'ordonnance sur les sanctions contre les KG stipule généralement qu'une augmentation de la sanction est appliquée en cas d'infraction répétée. Il semble donc approprié que le nombre d'infractions soit également pris en compte dans le cas d'une infraction répétée après la détermination finale. En d'autres termes, le calcul de l'augmentation spécifique des sanctions peut dépendre du nombre de fois où il a été constaté que l'entreprise avait enfreint la loi sur les cartels.

D.5.2.4.2.5.1.2 Application à la présente affaire

535. En l'espèce, l'accent est mis sur le fait qu'un comportement illicite au sens de l'article 7, paragraphe 1, en liaison avec le paragraphe 2, point b), de la loi sur les sociétés anonymes a été établi en 2008 à l'égard de Documed. Documed faisait déjà partie du groupe Galenica à cette époque et était également le destinataire de l'enquête dans la présente enquête jusqu'à ce que Documed soit fusionnée avec HCI à la suite de la restructuration. L'entreprise a donc déjà violé la loi sur les cartels et cette violation a également été légalement établie.³⁰¹ Par son comportement actuel, l'entreprise enfreint pour la deuxième fois la loi sur les cartels et donc de manière répétée au sens de l'art. 5 al. 1 let. a LSCM.

536. Comme dans la décision précédente, la présente procédure a également établi le comportement illicite d'une société en position dominante au sens de l'article 7 KG.

537. L'ordonnance juridiquement contraignante concernant le comportement illégal dans la procédure de *publication d'informations sur les médicaments* a été rendue il n'y a pas si longtemps. Au moment de la conduite en question ici, l'introduction de la nouvelle offre à partir de janvier 2013, y compris l'offre de l'automne 2012, moins de cinq ans s'étaient écoulés depuis la conclusion de la procédure relative à la *publication d'informations sur les médicaments*. Cela doit être considéré comme une succession assez rapide d'infractions, d'autant plus que les procédures en matière de droit des ententes pour établir les faits, mais aussi les procédures de recours, prennent un certain temps. Ainsi, un comportement qui a déjà eu lieu il y a quelque temps peut ne pas encore avoir été jugé de manière juridiquement contraignante (cf. ultérieurement marge n° 540 et suivants). Raison de plus pour conclure que le délai de cinq ans seulement est une courte séquence.

538. La propension de l'entreprise à ne pas respecter les règles de la loi sur les cartels en général peut également être démontrée par des circonstances propres à chaque cas, qui vont au-delà de ce qui a déjà été expliqué. Ces éléments peuvent être ajoutés à la conclusion finale. La nature et la gravité de l'infraction ne peuvent être évaluées sous ce point, car elles sont déjà prises en compte dans l'évaluation du montant de base.

539. Le Secrétariat a mené d'autres procédures à l'encontre du groupe Galenica, comme l'enquête préliminaire sur l'arrêt de l'approvisionnement en pré-gros par Alloga Ltd³⁰², qui n'a pas abouti à la constatation d'un comportement contraire au droit des ententes. Dans ce rapport final sur l'enquête préliminaire, il était indiqué qu'il y avait des indications de comportement abusif de la part d'Alloga et que le Secrétariat avait fait des suggestions à cet égard pour leur élimination, dont la mise en œuvre était assurée par Alloga. [...] Toutefois, l'existence de tels indices, même si l'on considère que la société a échoué, ne peut pas être utilisée pour imposer

³⁰⁰ Arrêt du TPI du 30.9.2003, T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin/Commission des Communautés européennes, soutenue par Bandag Inc*, Rec. 2003, p. II-04071, point 290 (en l'espèce, 20 ans se sont écoulés entre la première et la deuxième décision).

³⁰¹ RPW 2008/3, 410 Dispositive point 2, *Publication d'informations sur les médicaments*.

³⁰² RPW 2015/3, 363, *Distribution de médicaments en Suisse concernant l'objet partiel de la pré-grossesse - arrêt de l'approvisionnement par Alloga AG*.

des sanctions supplémentaires, puisque l'enquête préliminaire a été clôturée sans conséquences et qu'aucune enquête n'a été ouverte.

540. Dans le cadre de l'enquête sur Hors list, un accord a été trouvé entre Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA et Bayer (Suisse) AG et les médecins et pharmacies pratiquant l'automédication. En ce qui concerne les sociétés Galexis SA (Galexis SA fait partie du groupe Galenica ; cf. figure 3) et e-mediat, il a été établi qu'elles ont agi comme complices des violations de la concurrence susmentionnées et que ces aides ont également enfreint la loi sur les ententes.

303

541. Un recours a été introduit contre la décision de la Commission de la concurrence et le 3 décembre 2013, le Tribunal administratif fédéral a confirmé les recours introduits par certains destinataires de la décision, dont le groupe Galenica.³⁰⁴ La Cour suprême fédérale a confirmé le recours déposé par le Département fédéral de l'économie, de l'éducation et de la recherche (DFEER).³⁰⁵ L'affaire est actuellement à nouveau pendante devant le Tribunal administratif fédéral. Comme cette affaire n'est pas encore juridiquement contraignante, on ne peut pas conclure qu'il y a eu une violation répétée au sens d'une "récidive".

542. Dans l'ensemble, la courte durée écoulée depuis la dernière infraction ainsi que la similitude de l'infraction doivent être prises en compte comme facteurs aggravants, c'est pourquoi la sanction au titre de l'infraction répétée au sens de l'article 5, paragraphe 1, point a), de la LCR est augmentée de 20 %, ce qui semble également approprié, en particulier pour les infractions multiples comparativement moins graves commises *dans le cadre d'une procédure* et la pratique établie à cet égard. Cela correspond à un montant de CHF [...].

D.5.2.4.2.5.2 Circonstances atténuantes

543. En cas de circonstances atténuantes, notamment si l'entreprise met fin à la restriction de concurrence après la première intervention du Secrétariat, mais au plus tard avant l'ouverture de la procédure prévue aux art. 26 à 30 du CPC, le montant de la sanction est réduit (art. 6 al. 1 LCR).

544. Il n'y a pas de circonstances atténuantes dans le casu. Les destinataires de l'enquête n'ont pas non plus cessé leur comportement et la coopération n'a pas été supérieure à la moyenne.

D.5.2.5 Résultat

545. Sur la base des considérations qui précèdent et compte tenu de toutes les circonstances et de tous les facteurs mentionnés qui aggravent la sanction, la Commission de la concurrence estime qu'une sanction administrative de CHF 4'546'123 est appropriée pour la violation par le Groupe Galenica de l'art. 49a al. 1 du Code suisse des obligations.

546. Le calcul de la pénalité peut être résumé comme suit :

En CHF				
Sanction maximale	2013	2014	2015	2013 – 2015
Chiffre d'affaires total en Suisse	[...]	[...]	[...]	[...]
Sanction maximale : 10				[...]
Calcul concret des sanctions				
Chiffre d'affaires sur les marchés concernés	[...]	[...]	[...]	[...]
Plafond du montant de base : 5				[...]
Montant de base concret : 5				[...]
Supplément pour la durée : + 33,33 %.				[...]
Montant selon les art. 3 et 4 de la LSCG				[...]
Circonstances aggravantes				--

³⁰³ RPW 2010/4, 701 Dispositive paragraph 3, *Hors list drugs : prices of Cialis, Levitra and Viagra*.

³⁰⁴ Arrêt du BVGer B-323/2010 du 3.12.2013.

³⁰⁵ ATF 141 II 66 ; décision contre le groupe Galenica en particulier : Jugement du BGer, 2C_77/2014 du 28.1.2015.

Supplément pour infraction répétée : 20 %.				[...]
Circonstances atténuantes				--
Une sanction concrète				4'546'123

E Coûts

547. Selon l'article 2, paragraphe 1, de la loi sur l'assurance automobile (GebV-KG³⁰⁶), quiconque a provoqué la procédure administrative est tenu de payer des taxes.

548. Dans les procédures d'enquête en vertu des articles 27 et suivants du règlement (CE) n° 2181/2003, les États membres doivent veiller à ce que les enquêtes soient menées de manière à ce que les personnes concernées puissent être informées des résultats de l'enquête. KG, il existe une obligation de payer des redevances si, sur la base de l'établissement des faits, il y a une restriction illicite de la concurrence ou si les parties s'y soumettent. Une demande est également réputée avoir été présentée si une ou plusieurs entreprises qui ont engagé une procédure en raison de leur comportement éventuellement restrictif abandonnent le comportement incriminé et que la procédure est classée sans objet. En ³⁰⁷revanche, l'obligation de payer des frais ne s'applique pas aux points qui n'ont pas pu être justifiés et pour lesquels la procédure est abandonnée pour cette raison. ³⁰⁸

549. Dans le cas présent, les destinataires de l'injonction sont tenus de payer des frais, car il y a restriction illicite de la concurrence (voir le résultat au point 473). Il est donc justifié de répercuter la majeure partie de l'effort d'enquête et donc des coûts sur les parties. Néanmoins, compte tenu de la décision de la Commission de la concurrence, qui s'écarte de la demande du Secrétariat, une déduction forfaitaire s'élevant à un tiers des coûts pour les faits non justifiés est accordée et versée au Trésor public.

550. Conformément à l'art. 4, al. 2, de la loi sur l'assurance automobile, un tarif horaire de 100 à 400 francs suisses est appliqué. Ce taux est basé sur l'urgence de l'affaire et le niveau de fonction du personnel d'exécution. Les frais de port, de téléphone et de photocopie sont inclus dans les redevances (art. 4, al. 4, de la loi sur le budget général).

551. Selon le niveau de fonction des employés chargés du dossier, un taux horaire de 130 à 290 CHF est justifié. Le temps passé dans le cas présent s'élève à un total de 3 132 heures. En conséquence, les coûts s'élèvent à CHF [...]. Une taxe de CHF [...] est imposée aux parties.

552. Les taxes sont imposées aux destinataires de la commande, à savoir HCI et Galenica, avec responsabilité solidaire (cf. art. 1a GebV-KG en liaison avec l'art. 2 al. 2 AllgGebV).

F Résultat

553. En résumé, la Commission de la concurrence est parvenue à la conclusion suivante sur la base des considérations ci-dessus :

554. Le Groupe Galenica, par l'intermédiaire de sa filiale HCI (ou précédemment par l'intermédiaire de ses filiales Documed et e-mediat, qui ont été intégrées à HCI), occupe une position dominante sur le marché des données traitées et lisibles par machine relatives aux informations sur les médicaments au sens de l'art. 4, al. 2 du Code suisse des obligations (cf. marg. n° 256).

555. Le Groupe Galenica, par l'intermédiaire de sa filiale HCI (ou précédemment par l'intermédiaire de ses filiales Documed et e-mediat, qui ont été intégrées à HCI), détient une

³⁰⁶ Ordonnance du 25 février 1998 sur les redevances relatives à la loi sur les cartels (Ordonnance sur les redevances relatives à la loi sur les cartels, GebV-KG ; RS 251.2).

³⁰⁷ ATF 128 II 247, 257 s. E. 6.1 (RPW 2002/3, 546 s.), *BKW FMB Energie AG* ; art. 3, al. 2, let. b et c GebV-KG e contrario.

³⁰⁸ ATF 128 II 247, 257 s. E. 6.1 e contrario (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG* ; art. 3 al. 2 let. b et c GebV-KG ; arrêt BVGer, RPW 2013/4, n° marginal 806 f. E. 16.1.3, *Gaba/WEKO* ; RPW 2016/1, n° marginal 462, *plates-formes de réservation en ligne pour les hôtels*.

position dominante au sens de l'art. 4 al. 2 du Code suisse des obligations (cf. marg. n° 267) sur le marché de l'accès aux ensembles de données électroniques relatives aux informations sur les médicaments.

556. En outre, le Groupe Galenica a abusé de sa position dominante sur le marché des données traitées et lisibles par machine relatives aux informations sur les médicaments en stipulant dans les contrats avec les sociétés 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 du logiciel à d'autres fins (voir n° de marge 389).

557. En outre, le Groupe Galenica a abusé de sa position dominante sur le marché de l'accès aux ensembles de données électroniques concernant les informations sur les médicaments en regroupant le contrôle de la qualité rédactionnelle et technique des informations sur les médicaments et le téléchargement vers l'AIPS avec l'inclusion des données dans la base de données INDEX (voir marge n° 440).

558. Le groupe Galenica a donc agi illégalement en vertu de l'art. 7, al. 1, en liaison avec l'al. 2 let. e et f KG (cf. marg. n° 473).

559. Le Groupe Galenica doit être sanctionné pour cela sur la base de l'art. 49a al. 1 KG (cf. marg. n° 486 et suiv.). Compte tenu de l'ensemble des circonstances et des facteurs aggravants et atténuants de la sanction, il convient d'appliquer une taxe de CHF 4 546 123 au Groupe Galenica (art. 49a al. 1 KG, art. 2 ss LCR, cf. n° marg. 545).

560. En ce qui concerne les conséquences juridiques en cas d'infraction (art. 50 et 54 KG), il est interdit au Groupe Galenica d'utiliser et d'appliquer les clauses contractuelles des contrats conclus avec les éditeurs de logiciels qui prévoient une obligation d'achat exclusif de la part des éditeurs de logiciels pour des partenaires supplémentaires et des données de base des produits d'e-médicament ou de HCI ou une interdiction pour les éditeurs de logiciels d'utiliser à d'autres fins les structures du logiciel basées sur la base de données du Groupe Galenica (cf. ch. 479ss.).

561. En ce qui concerne les conséquences juridiques en cas de non-conformité (art. 50 et 54 du Code des obligations suisse), le Groupe Galenica est tenu d'offrir un contrôle de qualité rédactionnel et technique des informations sur les médicaments ainsi que le téléchargement des informations sur les médicaments à l'AIPS à des prix basés sur les coûts (cf. marg. n° 482).

562. Par conséquent, les demandes formulées par les parties dans leurs observations du 13 juillet 2017 en ce qui concerne le classement sans suite de la procédure, la conduite d'une nouvelle enquête et la sanction sont superflues. La demande de retrait concernant le marché en amont de la publication de FI et PI en ligne chacun dans un ouvrage complet sera, si elle est maintenue, traitée dans le cadre d'une procédure distincte (cf. paragraphe 170).

563. Compte tenu de l'issue de la procédure, le Groupe Galenica doit être condamné aux dépens de la procédure à hauteur de CHF [...] (voir considérant 551).

G Dispositifs

Sur la base des faits et des considérations qui précèdent, la Commission de la concurrence rend une ordonnance :

1. Il est établi que Galenica SA, par l'intermédiaire de sa filiale HCI Solutions SA, occupe depuis le 1er janvier 2013 une position dominante au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la loi sur les médicaments (KG) sur le marché des données traitées et lisibles par machine relatives aux informations sur les médicaments et sur le marché de l'accès aux ensembles de données électroniques relatives aux informations sur les médicaments.
2. Il est interdit à Galenica SA et à HCI Solutions SA d'utiliser et d'appliquer les clauses contractuelles de leurs contrats avec les éditeurs de logiciels qui prévoient une obligation d'achat exclusif de la part des éditeurs de logiciels pour des partenaires supplémentaires et des données de base des produits de HCI Solutions SA ou une interdiction pour les éditeurs de logiciels d'utiliser les structures du logiciel basées sur la base de données du Groupe Galenica à toute autre fin.
3. Galenica Ltd et HCI Solutions Ltd seront tenues d'offrir le service d'inclusion des informations sur les médicaments dans les index et d'autres services aux titulaires d'autorisation de mise sur le marché sur une base dégroupée. Galenica Ltd et sa filiale HCI Solutions Ltd seront obligées d'offrir le contrôle de la qualité rédactionnelle et technique des informations sur les médicaments ainsi que le téléchargement des informations sur les médicaments à l'AIPS à des prix basés sur les coûts.
4. En application de l'art. 49a, al. 1, en liaison avec l'art. 7 KG, Galenica SA et HCI Solutions SA sont condamnées à un montant de CHF 4 546 123,00 pour comportement illicite. Le montant total de 4 546 123 francs suisses est imposé aux destinataires de l'ordonnance avec responsabilité solidaire.
5. Les demandes de preuves déposées par Galenica Ltd. et HCI Solutions Ltd. y compris celles déposées par les anciennes filiales Documed Ltd. et e-mediat Ltd. sont rejetées.
6. Les frais de procédure s'élevant à CHF [...] sont à la charge de Galenica SA et de HCI Solutions SA.
7. À tous les autres égards, l'enquête est close.
8. L'assignation est ouverte à :
 - Galenica SA, 3027 Berne
 - HCI Solutions AG, 3027 Berne
9. Une copie de l'ordonnance est signifiée :
 - ywesee GmbH, 8006 Zurich
 - vips Association des entreprises pharmaceutiques en Suisse, 6304 Zug

Commission de la concurrence

Prof. Dr Vincent Martenet
Président/Directeur

Rafael Corazza

Les remèdes :

Un recours contre cette décision peut être introduit auprès du Tribunal administratif fédéral, case postale, 9023 Saint-Gall, dans un délai de 30 jours à compter de sa notification. L'avis de recours doit contenir les demandes, leurs motifs, ainsi que les preuves et la signature. L'ordonnance contestée et les preuves doivent être jointes dans la mesure où elles sont entre les mains de la partie qui fait appel.

Annexe 1

Preisliste Kalenderjahr | 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

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

DOCUMED UND E-MEDIAT, UNTERNEHMEN DER GALENICA GRUPPE

Stand: 19.9.2012
 Bellage 2

Mehrjahresverträge: 2 Jahre: 10% | 4 Jahre: 20%

Gültig für die Bearbeitung und Publikation von Fach- und Patienteninformationen der Swissmedic Abgabekategorien A-D.
 Die Module D+E sind unabhängig von einander buchbar.
 Kompensationsrabatt: Bei einem Mehrjahresvertrag (D1+E1) von 4 Jahren wird eine Kostenreduktion von 5% bei gleichem Sortiment gegenüber dem Übergangsjahr 2012 garantiert. Sollte der Tarifswechsel bei Vertragsabschluss zu einer Verschlechterung führen, wird für die Vertragsdauer jeweils auf den errechneten Preis ein prozentualer Kompensationsrabatt in der Höhe der Reduktion auf das Ersparnisziel bei Vertragsabschluss gewährt.
 Bei Neuanmeldungen bis zum 30.06. des jeweiligen Jahres wird das ganze Jahr verrechnet. Bei Neuanmeldungen resp. Abmeldungen ab 01.07. des jeweiligen Jahres, wird das halbe Jahr verrechnet.
 Alle Rabatte (Mehrjahresvertrag, Staffelpackung, Kompensationsrabatt) gelten nur bei Vertragsschluss bis 30.11.2012.

MODUL D1: pro Fachinformation, inkl. Patienteninformation: (nur das gesamte Sortiment buchbar)		MODUL E1: pro Artikel/Pharmacode: (nur das gesamte Sortiment buchbar)	
Preise		Preise	
KATEGORIEN	CHF/PRO FACHINFORMATION	KATEGORIEN	CHF/PRO ARTIKEL/PHARMACODE
Rx-P	600.00	Rx-P	3 800.00
Rx-G	400.00	Rx-G	1 100.00
OTC	200.00	OTC	600.00
MODUL D2: ▶ USP-Kommunikation zu Arztpraxen, Spitäler ▶ Anforderung von Besuchsterminen ▶ Weiterleitung auf eigene Webseiten ▶ Anforderung von Musterpackungen pro Fachinformation: (selektiv buchbar)		Reduzierter Tarif: Bei einem Ex-factory Umsatz von < CHF 10 000/ Artikel/Kalenderjahr:	
Preise CHF /PRO FACHINFORMATION 12 000.00		Rx-P 1 900.00 Rx-G 550.00 OTC 300.00 (auf der Basis des von IMS erfassten Umsatz des Vorjahres) auf Antrag und nach Selbstdeklaration des Kunden	
		Staffelpackung RABATT AB ANZAHL ARTIKEL/PHARMACODE	
		2% 50 5% 150 10% 300 15% 600	

Legende: Rx-P: verschreibungspflichtig | patentgeschützt
 Rx-G: verschreibungspflichtig | patentfreie- und im Generika-Wettbewerb
 OTC: nicht verschreibungspflichtig

Die Preise beinhalten die deutsche und französische Ausgabe, exkl. 8% MwSt.
 Bearbeitete jedoch von der Publikation abgemeldete Fach- und Patienteninformationen werden zu 50% belastet.