

Liber
Amicorum
Anne Petitpierre-Sauvain

Economie Environnement Ethique

De la responsabilité sociale
et sociétale

Edité par
Rita Trigo Trindade
Henry Peter
Christian Bovet

Abus de position dominante et abus de position étatique*

VALÉRIE JUNOD**

Le 7 juillet 2008, la Commission de la concurrence (Comco) a rendu une décision dans la procédure ouverte à l'encontre de Documed, société d'édition médicale appartenant au groupe Galenica¹. Par un accord amiable, la Comco boucle une procédure qui aura duré plus de quatre ans et qui se solde par une amende de CHF 50'000 pour discrimination des partenaires commerciaux. Cependant, à lire entre les lignes de la décision, la principale coupable n'est pas tant Documed que Swissmedic, l'institut fédéral chargé du contrôle des médicaments. En effet, la Comco a dû naviguer entre les règles arrêtées par Swissmedic, lesquelles faussent considérablement la concurrence. Avant d'examiner les abus reprochés à Documed, il est donc nécessaire de situer leur contexte.

I. Les exigences de Swissmedic et leurs effets sur la concurrence

A. Le contexte légal

1. *La Loi sur les produits thérapeutiques et ses ordonnances*

Swissmedic est compétent pour approuver les médicaments commercialisés en Suisse. En même temps qu'il octroie l'autorisation de mise sur le marché (AMM), il approuve l'information qui accompagne le médicament. Ces notices d'emploi existent sous deux formes : une détaillée destinée aux professionnels de la santé (l'information professionnelle ou, en allemand, « *Fachinformation* » ; ci-après la FI) et une autre nettement plus sommaire destinée aux patients (l'information aux patients, en allemand « *Patientinformation* » ; ci-après la PI). La loi sur les produits thérapeutiques (LPTh ; RS 812.21), loi-cadre en la matière, n'y fait cependant référence que de manière très sommaire. Selon son art. 11, la demande d'AMM de l'entreprise pharmaceutique doit notamment contenir « l'étiquetage, l'information, le mode de remise et le mode d'administration », l'institut étant compétent pour préciser les documents à inclure. Deux ordon-

* Je remercie Charles-André Junod pour ses apports critiques.

** Professeure associée à la Faculté des hautes écoles commerciales de l'Université de Lausanne ; chargée de cours à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

¹ La décision (en allemand) est publiée dans *Droit et politique de la concurrence* (DPC) 2008/3, p. 385 ss

nances, l'une du Conseil fédéral et l'autre de Swissmedic, renferment quelques précisions. Depuis le 1^{er} septembre 2004, l'ordonnance sur les médicaments (OMéd ; RS 812.212.21) prévoit à son art. 16a que « [p]our chaque médicament à usage humain, le titulaire de l'autorisation est tenu de mettre, sous une forme appropriée, la dernière information approuvée par l'institut à la disposition des personnes habilitées à prescrire, à remettre ou à utiliser de tels médicaments ». Si le titulaire ne s'exécute pas, « [l]'institut peut publier ou faire publier l'information sur le médicament, aux frais » dudit titulaire. L'ordonnance de Swissmedic sur les exigences relatives à l'autorisation de mise sur le marché des médicaments (OEMéd ; RS 812.212.22), à ses art. 13 et 14, ne fait que réitérer l'obligation de mise à disposition « sous une forme appropriée », sans mentionner de publication ; en revanche, les annexes 4 et 5 énoncent que « [d]ans la mesure où l'institut ne publie pas lui-même l'information professionnelle, il incombe au requérant d'en assurer la publication et de le confirmer à l'institut avec mention du lieu et de la date ».

2. *Les exigences supplémentaires de Swissmedic publiées dans son Journal*

Sur ces bases légales ténues, Swissmedic a publié, avec quelques tâtonnements², des exigences bien plus strictes. Rapidement après l'octroi de l'AMM, l'entreprise pharmaceutique est tenue de :

- faire publier la FI du médicament dans une base de données on-line et surtout dans un recueil imprimé ; l'une comme l'autre doivent être complets (c'est-à-dire contenir les FI de tous les médicaments commercialisés en Suisse³) ; de surcroît, le recueil imprimé doit, chaque année, être distribué gratuitement à la plupart des professionnels de la santé⁴ (ci-après : les médecins), tandis que la base de données doit être accessible gratuitement ;
- faire publier la PI du médicament dans un recueil complet (c'est-à-dire contenant les PI de tous les médicaments) on-line accessible gratuitement.

² Cinq publications sur ce thème ont paru dans le Journal de Swissmedic, dont deux pour rectifier de précédentes versions. Cf. Swissmedic Journal 11/2002, p. 807 ; 2/2003, p. 91 ; 1/2004, p. 25 ; 2/2004, p. 149 ; 3/2008, p. 165.

³ Certains médicaments, avant tout ceux de la médecine alternative, sont dispensés de cette exigence, n'ayant pas de FI. Par ailleurs, 5 à 30% des entreprises violeraient les exigences de Swissmedic en ne publiant pas leurs FI. Cf. aussi la réponse du Conseil fédéral du 2 décembre 2005 à l'interpellation parlementaire 05.3601 ; également l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 30 janvier 2008 (C-7701/2007).

⁴ Swissmedic a précisé qui doit recevoir gratuitement le recueil imprimé. Alors que l'ordonnance vise le cercle très large de toutes les « personnes habilitées à prescrire, à remettre ou à utiliser de tels médicaments », Swissmedic l'a restreint aux cabinets médicaux et leurs médecins, aux hôpitaux et aux officines, car « [a]u vu des coûts élevés liés à la publication sur papier des informations sur les médicaments, une interprétation stricte de la loi serait disproportionnée » (Swissmedic Journal 1/2004, p. 25).

Ces exigences de Swissmedic sont à classer parmi les ordonnances administratives. En principe, elles ne créent ni droits ni obligations pour les administrés. Cependant, en pratique les sociétés pharmaceutiques réputées ne se risquent pas à les enfreindre.

Pour les FI, Documed est la seule entreprise à satisfaire ces exigences. Elle publie ainsi un recueil imprimé, le Compendium suisse des médicaments, qui contient environ 3'000 FI d'environ 230 entreprises pharmaceutiques; elle le met à jour régulièrement et le distribue gratuitement à environ 34'000 médecins. Bien entendu, Documed finance cette activité en facturant ses prestations aux entreprises pharmaceutiques.

Documed publie aussi les PI et les FI dans un recueil on-line accessible gratuitement. Elle n'est cependant pas seule à fournir cette prestation, puisque deux entreprises, dont Ywesee, la proposent également. Ces concurrentes n'ont pas obtenu les PI et les FI directement des entreprises pharmaceutiques (comme c'est le cas de Documed), mais par téléchargement à partir du site de Documed. Ce téléchargement massif a été jugé licite par le Tribunal fédéral en février 2008⁵; il a en effet tranché que les PI et les FI ne sont pas protégées par un droit d'auteur – conclusion à mon sens convaincante – et que la condition de l'absence de « sacrifice correspondant », posée par l'art. 5 let. c LCD, n'est pas remplie – conclusion plus discutable.

B. Les effets nuisibles sur la concurrence

Les exigences formulées par Swissmedic dans son Journal faussent de manière significative la concurrence, en perpétuant le monopole de Documed⁶. En effet, seule Documed remplit – et peut remplir – les conditions ainsi imposées aux entreprises pharmaceutiques pour les FI. En théorie, des concurrents pourraient offrir ce service, puisqu'ils ont accès à la collection complète des FI par téléchargement. Cependant, en pratique, cela leur est impossible: en raison de coûts fixes élevés (distribution gratuite dès la première année de quelques 34'000 exemplaires), on se trouve en présence d'un monopole nécessaire. Plus précisément, Documed est aujourd'hui à même d'offrir aux sociétés pharmaceutiques des prix relativement bas car elle a pour clientes quasiment toutes les entreprises du secteur. Il est pratiquement exclu que des concurrents parviennent à séduire assez de clientes pour que leurs prestations soient proposées à un prix aussi avantageux et donc soient rentables.

⁵ ATF 134 III 166. Voir les commentaires de BERGER M., sic! 6/2004, p. 497, et LAUX C., sic! 6/2008, p. 465.

⁶ Documed était déjà active sous l'ancien droit intercantonal d'avant 2002, où elle bénéficiait d'une reconnaissance exclusive explicite.

C'est pourquoi la Comco a observé qu'il ne pouvait y avoir de concurrence *sur* le marché, mais seulement *pour* le marché: un rival pourrait éventuellement prendre la place de Documed, mais difficilement lui prendre des parts de marché. Pour la Comco, cette hypothèse est au demeurant peu probable, pour deux motifs également imputables à Swissmedic. En effet, celui-ci n'exclut pas d'assumer lui-même un jour le rôle de diffuseur occupé par Documed ; il n'exclut pas non plus une attribution du marché par adjudication publique. Ces incertitudes juridiques n'encouragent donc pas l'entrée sur le marché de concurrents.

Les exigences de Swissmedic influent aussi sur la définition des marchés pertinents. La Comco en identifie deux : celui de la mise en forme et de la diffusion, sur Internet et en version imprimée, des FI dans un recueil complet distribué gratuitement, respectivement celui de la diffusion on-line gratuite d'un recueil complet de PI. Or, les règles de Swissmedic provoquent le couplage de ce qui auraient pu constituer des marchés distincts (par exemple le marché de la diffusion imprimée par opposition à la diffusion on-line de FI, ou celui de la mise en forme des FI par opposition à leur diffusion). En effet, les entreprises pharmaceutiques sont conscientes des économies d'échelle que réalise la prestataire, ici Documed, à même d'offrir toute la gamme des services. Ces clientes n'ont donc aucune raison de s'adresser à une entreprise tierce pour certaines composantes desdits services, puisque le prix global serait plus élevé. Les transactions couplées consacrées par les tarifs de Documed sont donc indirectement imputables à Swissmedic.

C. Des prescriptions réservées selon l'art. 3 LCart ?

Si les exigences de Swissmedic créent un monopole, constituent-elles pour autant des prescriptions réservées au sens de l'art. 3 LCart ? La Comco répond par la négative, articulant trois motifs principaux. Premièrement, seules des normes légales peuvent constituer des prescriptions au sens de l'art. 3 al. 1 LCart. Or, pour la Comco, les exigences du Journal de Swissmedic, en particulier celles d'un recueil complet imprimé distribué gratuitement, ne trouvent pas de fondement direct dans la loi ou l'ordonnance. Deuxièmement, Swissmedic n'entend pas conférer une exclusivité à Documed (au sens de l'art. 3 al. 1 let. b LCart), puisque les publications au Journal disent clairement qu'une autre entreprise qui satisferait les exigences serait la bienvenue. Troisièmement, les reproches, finalement retenus par la Comco à l'encontre Documed, portent sur des discriminations sur le prix facturé aux clientes, aspect non régi par les exigences susdécrites.

D. Quelle solution envers des exigences techniques anticoncurrentielles ?

Les exigences de Swissmedic sont à l'origine d'un terrain concurrentiel miné. Or, la Comco estime que Swissmedic n'a pas de mandat légal pour réglementer comme il le fait la publication des FI et des PI; selon elle, à teneur des seules ordonnances, une société pharmaceutique pourrait ne publier ses FI et ses PI que sur son propre site. De surcroît, la Comco met en doute la nécessité du recueil complet, pourtant jugé « capital » par Swissmedic. Néanmoins, la Comco concentre son analyse sur les entraves « résiduelles » imputables à Documed.

On doit cependant s'interroger sur les moyens dont dispose la Comco pour supprimer la principale cause des entraves concurrentielles, à savoir les exigences de Swissmedic. La Comco ayant mis en doute la base légale de certaines d'entre elles, aurait-elle pu en constater incidemment l'éventuelle nullité? Potentiellement, la suppression desdites exigences pourrait ouvrir le marché aux concurrents et favoriser le développement de services spécialisés (par ex. des recueils en fonction des spécialités médicales). A l'inverse, elle pourrait cependant entraîner la disparition des marchés en cause, puisque bon nombre des sociétés pharmaceutiques n'auraient plus de raison de payer des services de publication; il est au demeurant douteux que les médecins prennent le relais en payant de leur poche ces prestations qui leur sont pourtant destinées.

Sur le plan juridique et dans le cadre de la procédure ouverte contre Documed, la constatation incidente de la nullité éventuelle de certaines exigences de Swissmedic n'était pas nécessaire; en effet, les abus retenus par la Comco avaient trait à une politique de prix développée indépendamment desdites exigences. Cependant, on aurait pu s'attendre à ce que, séparément, la Comco émette des recommandations à l'attention de Swissmedic; la Comco en a la compétence (art. 45 LCart). Vu l'incertitude des effets d'une suppression des recueils complets, la Comco aura peut-être préféré laissé au Parlement le soin d'adopter la solution idoine dans le cadre de la révision en cours de la LPTh.

II. Les abus de position dominante commis par Documed

Dans l'espace de concurrence qui subsiste malgré les exigences de Swissmedic, la Comco a finalement retenu deux abus de position dominante (art. 7 al. 2 let. b LCart), écartant les autres reproches adressés par la plaignante Ywese ou envisagés au début de la procédure.

La Comco juge que Documed a discriminé ses partenaires commerciaux, c'est-à-dire ses clientes pharmaceutiques, en fixant un tarif identique, indépendamment de ce que les FI ou les PI nécessitaient des changements ou étaient

reprises inchangées de l'année précédente. Pour la Comco, le travail et donc les coûts de Documed sont nécessairement plus élevés si Documed doit opérer des changements sur le texte ; cette différence de coûts, d'ailleurs non chiffrée, doit se refléter dans le prix facturé. Le fait que Documed ait longtemps pratiqué des prix distincts conforte la Comco dans la faisabilité d'une telle différenciation. Documed a d'ailleurs abandonné le prix unique en 2006, soit après l'ouverture, en juin 2005, de l'enquête.

Un second abus réside dans le fait de facturer des prix « selon accord » aux clientes qui lui soumettent plus de 90 FI par an (dites clientes du groupe 6), alors que les autres se voient facturer des montants prédéterminés. Ces tarifs « à la carte » ont permis à Documed d'offrir des baisses de prix proportionnellement plus importantes aux clientes du groupe 6. De surcroît, au sein-même du groupe 6, Documed a appliqué des prix distincts, sans que cette différence ne soit justifiée par un volume de FI plus important. La Comco exige par conséquent que Documed adapte sa liste de prix, en incluant dorénavant ceux facturés au groupe 6.

Ces deux constatations d'abus, aux conséquences économiques au demeurant mineures, attestent de la volonté de la Comco d'effectuer un examen minutieux des tarifs pratiqués par des entreprises en position dominante. Pratiquement toute inégalité de traitement entre clients aux caractéristiques similaires (ou toute égalité de traitement entre clients dissimilaires) constitue un abus au sens de l'art. 7 LCart. Les entreprises dominantes doivent donc être capables de justifier leur structure de prix, et cela principalement en fonction de différences objectives de coûts. Il est cependant bien difficile de dire avec quel degré de précision ces entreprises sont censées calculer et justifier prix et coûts. Le caviardage par la Comco de toutes les données chiffrées (à l'exception des prix de base) complique encore la compréhension du sujet pour les tiers.

III. L'amende infligée

Les deux abus susmentionnés débouchent sur une sanction administrative (selon l'art. 49a LCart) de CHF 50'000. Quatre ans de procédure, de multiples consultations de tiers et une décision de 44 pages accouchent ainsi d'une souris. La Comco concède d'ailleurs la nature « symbolique » de la sanction. Celle-ci demeure cependant conforme aux principes de proportionnalité et d'égalité de traitement, dès lors que les « conséquences nuisibles d'ordre économique ou social » étaient ici minimes, les effets sur les marchés en amont ou en aval quasi-inexistants, le gain réalisé grâce aux abus négligeable. De surcroît, la Comco dit tenir compte de l'attitude coopérative de Documed, qui au cours de la procédure a renoncé à l'un des abus (le prix identique pour les FI avec ou sans mise à jour) et qui s'est montrée désireuse de conclure un accord amiable.

Malheureusement, ici aussi, il faut regretter que les chiffres de la décision publiée soient caviardés au point qu'il est impossible de suivre arithmétiquement les étapes du raisonnement de la Comco. Le chiffre d'affaires de Documed, le montant de base selon l'ordonnance sur les sanctions en cas de restrictions illicites à la concurrence (OS LCart; RS 251.5), la réduction pour circonstances atténuantes sont tous censurés. On doit se demander en quoi le secret d'affaires empêche la mention – à tout le moins – d'ordres de grandeur ? A cet égard, il est incompréhensible que le montant des émoluments facturés à Documed et le nombre d'heures de travail répertoriées par la Comco aient, eux aussi, été caviardés⁷. La Comco dit accorder beaucoup d'importance à la transparence en matière de prix, mais n'applique pas le même régime à ses propres « prix ».

IV. Enseignements pour les entreprises en position dominante

En guise de conclusion, que doivent retenir les entreprises dominantes ?

- Tout d'abord, une entreprise ne peut guère se réfugier derrière des prescriptions légales, même si celles-ci lui confèrent sa position dominante⁸. Les prescriptions étatiques réglementant un marché laissent presque toujours subsister un espace concurrentiel suffisant pour que la Comco mène son enquête.
- Ensuite, une entreprise en position dominante doit faire preuve d'une grande prudence en fixant ses prix, de façon à pouvoir justifier toute inégalité de traitement entre clients. La justification se fondant avant tout sur des coûts difficiles à chiffrer, il peut être plus commode de facturer des coûts identiques à tous les clients qui occasionnent à peu près la même quantité de travail.
- S'agissant du niveau général des prix, une insécurité juridique subsiste quant au degré de contrôle pratiqué par la Comco⁹. Dans l'affaire Documed, la Comco n'a pas trouvé d'indices de prix inéquitables au sens de l'art. 7 al. 2 let. c LCart, mais cette conclusion semble due en bonne partie aux difficultés pratiques et procédurales sous-tendant le calcul d'un juste prix. Ces difficultés varient en fonction du marché concerné; les entreprises actives sur un marché où une comparaison avec un prix concurrentiel (par

⁷ Par comparaison, voir DPC 2007/2, p. 241 ss, p. 303 avec chiffres ou ordres de grandeur.

⁸ Voir déjà l'ATF 129 II 497 dans l'affaire Entreprises Electriques Fribourgeoises.

⁹ Voir déjà DPC 2006/3, p. 433 ss, p. 437 s.

exemple à l'étranger) est réalisable, doivent se montrer particulièrement circonspectes.

- Finalement, une entreprise a intérêt à faire rapidement le ménage dans ses opérations dès que la Comco braque sur elle ses projecteurs¹⁰. En effet, la condition subjective, exigée selon l'art.49a LCart pour infliger une amende, est généralement remplie (en tout cas) à partir du moment où l'enquête préalable sensibilise l'entreprise au fait qu'elle occupe probablement une position dominante et que des abus sont suspectés. Dès lors, et peu importe les griefs précis ayant suscité l'ouverture de l'enquête, l'entreprise doit s'assurer que ses pratiques ne tombent pas sous le coup de la clause générale de l'art. 7 al. 1 ou des exemples de l'al. 2. Si elle met alors fin, d'elle-même, à des abus, elle pourra être récompensée par une diminution de l'amende. Dans le même but, elle aura souvent intérêt à accepter un accord amiable.

¹⁰ Voir déjà DPC 2007/2, p. 190 ss, p. 233.