

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW JOURNAL

Jurisprudences européennes et étrangères

Chroniques | Concurrences N° 2-2015 | pp. 197-209

Florian Bien

florian.bien@uni-wuerzburg.de

Professeur, Université de Würzburg
Chaire Alfred Grosser, Sciences Po Paris

Karounga Diawara

karounga.diawara@fd.ulaval.ca

Professeur, Université Laval, Québec

Pranvera Këllezi

pranvera.kellezi@gmail.com

Docteur en droit, LL.M.,
Avocate au barreau de Genève, Suisse

Silvia Pietrini

silvia.pietrini@univ-lille2.fr

Maître de conférences, Université Lille,
Centre René Demogue-CRDP

Jean-Christophe Roda

jeanchristophe.roda@yahoo.fr

Maître de Conférences, Université Paul Cézanne – Aix-Marseille

Per Rummel

per.rummel@monopolkommission.bund.de

Legal Analyst, Monopolkommission, Bonn

1.3. Suisse

Public enforcement – Application du droit de la concurrence aux secteurs réglementés : Le Tribunal fédéral suisse confirme l'application de la loi sur les cartels à la vente de certains médicaments sur ordonnance et casse l'arrêt du Tribunal administratif fédéral (TF Suisse, 28 janv. 2015, aff. 2C_75/2014 (Pfizer), 2C_80/2014 (Bayer (Schweiz)) et 2C_79/2014 (Eli Lilly (Suisse)))

Le 28 janvier 2015, le Tribunal fédéral suisse s'est prononcé sur une affaire importante concernant l'application de la loi sur les cartels (ci-après LCart ; RS 251) à certaines pratiques mises en œuvre par Eli Lilly, Pfizer et Bayer lors de la vente de médicaments contre les troubles érectiles (Cialis, Levitra et Viagra) aux pharmacies. Le Tribunal administratif fédéral avait préalablement cassé la décision de la Commission de la concurrence (ci-après Comco) imposant une sanction aux trois entreprises pour pratiques concertées sur les prix de revente des médicaments aux pharmacies (voir pour un résumé P. Këllezli, "Secteurs réglementés : Le Tribunal administratif fédéral suisse considère que la loi sur les cartels ne s'applique pas à certains médicaments sur ordonnance non remboursables (Pfizer, Eli Lilly, Bayer)", mai 2014, Chroniques Jurisprudences européennes et étrangères Revue *Concurrences* n° 2-2014, art. n° 66053, p. 218), en jugeant que la loi sur la concurrence ne s'appliquait pas en l'espèce. Le Tribunal fédéral s'exprimait sur le recours introduit par la Comco et le Département de l'économie qui la représente.

L'arrêt traite de la portée de l'article 3, al. 1 LCart, disposition qui règle le rapport de cette loi avec d'autres prescriptions légales : "*Les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées, notamment : a. celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique ; b. celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux*". Notons également le texte allemand sur lequel se base l'interprétation du Tribunal fédéral (en allemand) : "*soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen*". Les prescriptions qui remplissent les exigences de cette disposition excluent en conséquence l'application de la LCart, d'où l'importance de la clarification de la portée de cette norme qui règle la relation entre la loi sur la concurrence – et donc l'étendue de la compétence de la Comco –, dans les secteurs réglementés.

Depuis l'entrée en vigueur de la LCart en 1996, l'article 3, al. 1 LCart a été interprété restrictivement en laissant un large champ d'intervention à la Comco dans les secteurs réglementés comme l'électricité et les télécommunications. Deux arrêts du Tribunal fédéral ont jugé la LCart applicable à ces deux secteurs (ATF 129 II 497 et 137 II 199), en clarifiant ainsi le fait que l'exclusion de l'article 3,

al. 1 LCart ne saurait s'appliquer à des secteurs entiers de l'économie. Cette interprétation restrictive de l'exception à l'application de la LCart a été confirmée à plusieurs reprises par le Tribunal fédéral. L'arrêt de 28 janvier 2015 renforce ainsi la position de la Comco : l'exclusion de la concurrence et, partant, de l'application de la LCart ne peut s'appuyer que sur une base légale claire qui autorise ou ordonne une pratique restrictive ; la LCart reste applicable lorsque, et dans la mesure où, les dispositions réservées permettent la concurrence (2C_75/2014, c. 2.2.3).

Le Tribunal fédéral reconnaît la complexité de l'interprétation de l'article 3, al. 1 LCart (2C_75/2014, c. 2.2.7). En tant que disposition définissant le champ d'application de la LCart, elle doit rester claire et simple d'application ; les entreprises ont besoin de sécurité juridique. L'arrêt s'efforce donc de trouver un équilibre entre les notions indéterminées du droit de la concurrence et les règles classiques d'interprétation des lois, afin d'affiner l'analyse de cette problématique.

Le Tribunal fédéral reconnaît que les dispositions réservées sont en général adoptées pour régler une défaillance de marché ou des conséquences nuisibles d'ordre social, il indique cependant qu'il n'est pas nécessaire d'examiner l'existence d'une défaillance de marché dans un cas concret (2C_75/2014, c. 2.2.7). Eu égard à la difficulté de définir les cas de défaillance de marché et la nécessité de prendre en compte les impératifs politiques en plus de l'analyse économique, cette conclusion est très judicieuse. Le champ d'application de la loi sur la concurrence doit rester claire et facilement déterminable pour les justiciables, ceci à moindre coût.

Ayant refusé d'exclure du champ d'application de la LCart des secteurs entiers de l'économie, le Tribunal fédéral s'est penché sur la portée de cette exclusion, qui devrait faire référence à "un marché" ainsi qu'à "des biens et services exclus de la concurrence". Il faudrait déterminer si un marché de biens et services est réglementé par d'autres dispositions légales qui excluent la concurrence, et examiner en particulier si les biens et services soumis à l'examen tombent dans le champ de ces dispositions légales (2C_75/2014, c. 2.4.2). Il en résulte que les dispositions légales réservées ne peuvent concerner que des biens et services déterminés et ne peuvent couvrir des activités définies largement ou des marchés de biens et services voisins ou connexes.

Cependant, identifier si les biens ou services sont clairement couverts par une disposition réservée excluant la concurrence n'implique pas pour autant de définir formellement un marché pertinent comme on l'entend en droit de la concurrence. Le cas soumis au Tribunal fédéral était particulier en ce que le raisonnement de l'autorité inférieure n'était applicable qu'aux médicaments contre les troubles érectiles, d'où le facteur "honte" qui empêcherait les patients de faire jouer la concurrence entre les pharmacies, ces dernières et les producteurs étant pour le surplus soumis à l'interdiction de la publicité ; ce raisonnement s'applique à un marché pertinent très restreint. Le Tribunal fédéral refuse d'entrer dans cette discussion, en clarifiant qu'il n'est pas nécessaire de définir le

marché pertinent afin d'appliquer l'article 3, al. 1 LCart ; les dispositions réservées identifient le marché de biens ou services de manière générale, il n'y aurait donc pas besoin de plus de précision pour parvenir à trancher sur le conflit de lois (2C_75/2014, c. 3.2). Nous ne pouvons qu'approuver ce raisonnement, qui simplifie la tâche des entreprises lors de l'évaluation du champ d'application de la loi.

Le conflit de normes est résolu en utilisant la distinction entre normes qui règlent un même état de fait du même point de vue d'une part, et normes qui règlent un même état de fait de deux points de vue différents, d'autre part. Seules des normes qui règlent de manière différente le même état de fait du même point de vue s'excluent. En d'autres termes, l'application de la LCart est exclue uniquement en vertu de normes ayant un objet ou impact concurrentiel ; les autres dispositions poursuivant d'autres objectifs ou ayant d'autres effets s'appliquent en parallèle (2C_75/2014, c. 2.4.1). Le Tribunal fédéral examine ensuite la disposition litigieuse en question : "Est illicite la publicité destinée au public pour les médicaments : (a) qui ne peuvent être remis que sur ordonnance" (article 32, al. 2 de la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux, RS 812.21). Selon l'interprétation téléologique et systématique, le Tribunal conclut que la disposition a pour but la protection de la santé et des consommateurs, et non pas d'exclure la concurrence sur le marché des médicaments sur prescription. Cette disposition n'exclut donc pas l'application de la LCart (2C_75/2014, c. 3.3).

Quant au facteur "honte" qui aurait exclu la concurrence entre les pharmacies, le Tribunal fédéral en conclut que, en premier lieu, cet effet doit découler de la norme elle-même, ce qui n'est pas le cas en l'espèce et que, en deuxième lieu, la concurrence existe lorsque les consommateurs ont le choix entre plusieurs produits à des prix et/ou qualité différents. Le fait que la publicité des prix soit inefficace pour différentes raisons, et le fait que la concurrence entre les différents produits soit faible, ne fait pas échec à cette conclusion (2C_75/2014, c. 4.2). Cette donnée doit être prise en compte lors de l'application des dispositions matérielles de la LCart, plus précisément lors de l'examen de la restriction de la concurrence par comparaison avec l'état de la concurrence en l'absence de pratiques restrictives (le "counterfactual").

Ce faisant, cet arrêt pose des principes s'agissant de l'interprétation du champ d'application de la LCart, éliminant ainsi toute interprétation qui ne découlerait pas clairement de la norme litigieuse elle-même. Les notions indéterminées comme la défaillance de marché ou plus déterminables mais potentiellement laborieuses comme le marché pertinent, sont à éviter afin d'offrir de la sécurité juridique aux entreprises. Notons que dans la procédure en question, la clarification de cette question a pris cinq ans. L'affaire étant renvoyée à l'autorité inférieure pour réexamen, les médicaments contre les dysfonctionnements érectiles auront contribué non seulement à clarifier le champ d'application de la LCart, mais vont être l'objet de l'examen d'une autre question plus fondamentale encore : l'existence d'une pratique concertée entre les

fabricants et des milliers de pharmaciens et pharmacies en Suisse qui, à travers une base de données commune de gestion des médicaments, auraient facilité le suivi par ces derniers des recommandations de prix émises par les fabricants. La communauté suisse du droit de la concurrence attend donc avec impatience l'arrêt du Tribunal administratif fédéral sur ces questions.

P. K. ■

2. États-Unis

Private Enforcement – Monopolisation – Ventes liées :
La Cour d'appel du sixième circuit des États-Unis confirme l'injonction contre une entreprise pour ses pratiques de ventes liées potentiellement abusives (*U.S. Court of Appeals, Sixth Circuit, N° 14 – 3306, 15 mars 2015, Collins Inkjet v. Eastman Kodak*)

Peut-on, lorsque l'on est en position dominante sur le marché d'un produit de base, récompenser la fidélité de ses clients et pénaliser les "infidèles", en augmentant le prix dudit produit liant pour pénaliser les clients qui se fournissent auprès de la concurrence pour acheter le produit lié ? La réponse semble positive, si l'on se réfère à la décision rendue le 15 mars 2015 par la Cour d'appel du sixième Circuit. Sans toutefois se prononcer sur le fond de l'affaire, celle-ci a en effet jugé probantes les allégations du plaignant qui invoquait une violation du *Sherman Act* (*Collins Inkjet Corp. v. Eastman Kodak Co.*, U.S. Court of Appeals, Sixth Circuit, n° 14 – 3306, 15 mars 2015). Le plaignant avait saisi le juge en urgence pour obtenir une injonction provisoire visant à interdire au défendeur de continuer ses pratiques. L'injonction est donc maintenue.

Aux États-Unis, la société Kodak est la seule à vendre des têtes d'impression pour l'imprimante de la marque Versamark. Cette dernière est fabriquée par Kodak et demeure un produit phare pour de nombreuses entreprises américaines. Bien qu'elle ait cessé d'être fabriquée par Kodak en 2009, et remplacée par une nouvelle imprimante de la gamme Prosper, l'imprimante Versamark est encore utilisée par de nombreuses sociétés pour leurs impressions industrielles à grande échelle. Il faut dire qu'une imprimante Versamark peut atteindre le prix de 200 000 dollars. Ceci explique que les entreprises possédant une Versamark préfèrent remplacer les pièces défectueuses plutôt que de changer entièrement leur imprimante. Kodak approvisionne donc régulièrement ces clients en pièces détachées de la gamme Versamark.

Jusqu'en 2011, Kodak collaborait avec l'entreprise Collins pour fabriquer les cartouches d'encre nécessaire au fonctionnement des imprimantes Versamark. Mais en 2012, Kodak a cessé sa collaboration avec Collins et a annoncé que cette dernière entreprise n'était plus un revendeur d'encre affilié. Malgré cela, Collins a continué à vendre des cartouches d'encre compatibles avec les