

WEKO blocking-patent-2024-10-07 vom 7. Oktober 2024

WEKO, 2024-10-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_blocking-patent-2024-10-07

FR: WEKO blocking-patent-2024-10-07 du 7 octobre 2024

IT: WEKO blocking-patent-2024-10-07 del 7 ottobre 2024

Erwägungen

E. 23

La LCart s'applique sur le plan personnel aux entreprises de droit privé ou de droit public (art. 2 al. 1 LCart). Cette notion comprend toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al. 1bis LCart). La loi sur les cartels suit ainsi une approche économique : les faits économiques doivent être appréhendés d'un point de vue économique et indépendamment de leur structure juridique.⁹

E. 24

En l'espèce, le groupe Novartis, dont font notamment partie Novartis AG et Novartis Pharma AG, est une entreprise au sens de l'art. 2 al. 1 LCart. La LCart est ainsi applicable sur le plan personnel. C.1.2 Champ d'application matériel

E. 25

Sur le plan matériel, la LCart s'applique aux entreprises qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

E. 26

La question de savoir si une entreprise use de sa puissance sur le marché au sens d'un abus de position dominante (art. 4 al. 2 LCart)¹⁰ est une question qui fait l'objet de cette procédure. Comme il sera démontré plus loin (cf. N 38 ss), le comportement analysé tombe dans le champ d'application de la LCart. C.1.3 Champ d'application territorial

E. 27

Sur le plan territorial, la LCart est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (principe des effets ; art. 2 al. 2 LCart). Comme mentionné ci-dessus, Novartis a intenté une action en Suisse à l'encontre de Lilly suite à son acquisition du brevet EP 084 dans le but allégué d'interdire la distribution du Taltz® en Suisse. Ce cas entre dès lors dans le champ d'application territorial de la LCart.

8 [...]. 9 TAF, B-2977/2007 du 27.4.2010 consid. 4.1, Publigroupe ; RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in : DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (éd.), 2018, art. 2 N 7 et les références citées ; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in : Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (éd.), 2e éd. 2012, art. 2 N 21 s. 10 Cf. DPC RPW 2001/2, 268 N 79, Watt/Migros – EEF; Message du 23.11.1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, FF 1995, 472; JÜRIG BORER, Orell Füssli Kommentar Wettbewerbsrecht, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (éd.), 1997, Art. 2 N 14.

C.1.4 Champ d'application temporel

E. 28

La LCart s'applique aux états de fait qui se sont produits pendant sa période d'application. D'un point de vue temporel, les règles matérielles actuelles de la LCart sont en vigueur depuis le 1er juillet 1996. En l'espèce, ce cas entre dans le champ d'application temporel de la LCart.

E. 29

La compétence des autorités de la concurrence est déterminée par l'art. 18 al. 3 1re phrase LCart et les dispositions du règlement interne de la COMCO¹¹. Selon cette disposition, la COMCO prend toutes les décisions qui ne sont pas expressément attribuées à un autre organe ou au Secrétariat.

E. 30

En l'espèce, il s'agit de clôturer une enquête selon l'art. 27 LCart au moyen d'une décision. Selon l'art. 30 al. 1 LCart, la COMCO décide sur proposition du Secrétariat sur les mesures à prendre ou sur l'approbation d'un accord amiable. Étant donné qu'aucun autre organe de la COMCO n'est compétent en l'espèce (par exemple selon l'art. 19 al. 1 3e phrase LCart ou les art. 19 s. ou 27 ss R-COMCO), c'est la compétence générale de décision qui est pertinente. En l'espèce, c'est donc la COMCO qui est compétente.

E. 31

Le sujet de droit au sens du droit des cartels est l'« entreprise » au sens de l'art. 2 al. 1bis LCart, c'est-à-dire une unité économique indépendamment de sa forme juridique ou de son organisation (cf. N 23). Cette « entreprise » n'a aucune personnalité juridique au sens du droit de la procédure administrative,¹² qui s'applique en principe dans le cadre d'une enquête en matière de droit des cartels (art. 39 LCart). Le titulaire des droits (p. ex. droit de consulter le dossier selon l'art. 26 PA) et des obligations (p. ex. obligation de collaborer selon l'art. 13 PA) est bien plutôt la « partie » au sens de l'art. 6 PA. Il en résulte que, dans une procédure de droit des cartels, l'entreprise au sens de la LCart en tant que destinataire matériel de la norme et la partie à la procédure, respectivement le destinataire d'une décision peuvent diverger.¹³

E. 32

La qualité de partie au sens de l'art. 6 PA revient en premier lieu aux personnes dont la décision est amenée à régler les droits ou devoirs au sens de l'art. 5 PA. Ces personnes sont désignées comme étant les destinataires matériels de la décision.¹⁴

E. 33

Étant donné qu'une décision de droit administratif ne peut pas régler directement les droits et obligations de l'« entreprise » au sens du droit des cartels (cf. N 31), sont en pratique qualifiées de destinataires matériels de la décision pour chaque entreprise les personnes qui

¹¹ Règlement interne de la Commission de la concurrence du 15.6.2015 (Règlement interne COMCO, RI-COMCO ; RS 251.1). ¹² DIKE KG-HEIZMANN/MAYER (n. 9), art. 2 N 19 et 34 et les références citées. ¹³ TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 7.2.2, DCC ; DPC 2021/3, 691 N 31, Obligation de renseigner ; DPC 2020/3a, 1096 N 1128, Bauleistungen

See-Gaster ; MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, in : Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (éd.), 2e éd. 2021, art. 2 N 121. 14 TF, 9C_918/2009 du 24.12.2009 consid. 4.3.1 ; TAF, B-5130/2019 du 9.8.2021 consid. 7.1, Bauleistungen Graubünden/Schlub ; TAF, B-807/2012 du 25.6.2018 consid. 11.4.1, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Erne ; TAF, B-831/2011 du 18.12.2018 consid. 119 s., DCC ; TAF, B-2977/2007 du 27.4.2007 consid. 4.5, Publigroupe.

9

en étaient responsables au moment de l'infraction examinée.¹⁵ En fait notamment partie la personne (habituellement la société) dont la conformité du comportement au droit de la concurrence est concrètement examinée (société agissant de manière opérationnelle), ainsi que son éventuelle société mère ou la société mère du groupe.¹⁶ Une société détenant actuellement l'entreprise en cause, mais qui ne la détenait pas à l'époque de l'infraction examinée, peut également, à certaines conditions, être destinataire des mesures de la COMCO.¹⁷

E. 34

Au vu de ce qui précède, il convient d'accorder la qualité de partie au sens de l'art. 6 PA aux entreprises suivantes : Novartis AG (maison-mère) et Novartis Pharma AG (titulaire du portefeuille de brevets acquis de Genentech). C.4 Prescriptions réservées

E. 35

La LCart réserve les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique, ou encore celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (art. 3 al. 1 LCart). La LCart n'est pas non plus applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle. En revanche, les restrictions aux importations fondées sur des droits de propriété intellectuelle sont soumises à la LCart (art. 3 al. 2 LCart).

E. 36

La pratique et la jurisprudence considèrent que l'art. 3 al. 2 LCart doit être interprété de façon restrictive, ce qui implique une application large et sans restriction de la loi sur les cartels.¹⁸ L'utilisation des droits de propriété intellectuelle a toujours des effets sur la concurrence, mais ceux-ci ne découlent pratiquement jamais exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle. La propriété intellectuelle doit être traitée de la même manière que la propriété matérielle en ce qui concerne la possibilité d'examen par le droit des cartels. L'art. 3 al. 2 LCart ne doit donc pas être compris comme une réserve d'application. Il s'agit plutôt de garantir, au moyen de cet article, que les objectifs du droit de la propriété intellectuelle ne soient pas négligés lors d'un examen matériel. Une interprétation restrictive de l'art. 3 al. 2 LCart permet donc de protéger contre les abus, afin d'éviter que les droits de propriété intellectuelle ne soient utilisés à des fins purement restrictives de la concurrence en s'écartant de leur objectif propre.¹⁹

E. 37

Il découle de ce qui précède que la LCart est applicable à l'état de fait retenu et que les reproches formulés à l'encontre de Novartis (cf. N 21 s.) doivent faire l'objet d'un examen matériel afin de déterminer s'ils constituent un abus.

15 TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 7.1 et les références citées, DCC ; DPC 2020/3a, 1096 N 1129, Bauleistungen See-Gaster ; DPC 2019/1, 116 N 212, VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013. 16 TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 7.1 et 7.2.6 et les références citées, DCC ; DPC 2004/2, 421 N 67, Swisscom ADSL. 17 TAF, B-5130/2019 du 9.8.2021 consid. 7 ss, Bauleistungen Graubünden/Schlub ; DPC 2020/3a, 1099 N 1143 ss, Bauleistungen See-Gaster ; DPC 2020/4a, 1835 N 561 ss, Bauleistungen Grau- bünden. 18 TAF, B-831/2011 du 18.12.2018 consid. 81 ss, consid. 528 ss, Sanktionsverfügung – DCC ; BSK KG-HILTY (n.13), Art. 3 al. 2 N 21 ss ; DIKE KG-WEBER (n. 9), Art. 3 N 44 ss. 19 TAF, B-831/2011 du 18.12.2018 consid. 81 ss et les références citées, DCC.

10

C.5 Pratiques illicites d'une entreprise en position dominante

E. 38

Les entreprises en position dominante se comportent de façon illicite lorsque, en abusant de leur position sur le marché, elles entravent l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux (art. 7 al. 1 LCart). Des pratiques réputées illicites sont mentionnées à titre exemplatif à l'art. 7 al. 2 LCart, mais il doit être examiné au cas par cas si une pratique selon l'art. 7 al. 2 LCart constitue une entrave, respectivement un désavantage au sens de l'art. 7 al. 1 LCart.²⁰

E. 39

Dans un premier temps, il convient de déterminer la position dont Novartis dispose sur le marché relevant. Si Novartis doit être qualifiée d'entreprise en position dominante, il conviendra ensuite d'évaluer, dans un deuxième temps, s'il existe une pratique illicite au sens de l'art. 7 LCart. C.5.1 Position dominante

E. 40

Par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs) (art. 4 al. 2 LCart). Novartis ne sera pas en mesure de se comporter de manière essentiellement indépendante des autres acteurs du marché si elle est confrontée à une concurrence actuelle et/ou potentielle suffisamment forte ou si l'autre partie au marché est en mesure de discipliner Novartis de manière suffisante en raison de sa position sur le marché. Pour vérifier cela, il convient tout d'abord de définir le marché relevant concerné par la pratique examinée en l'espèce, avant de pouvoir déterminer, dans un deuxième temps, la position de Novartis sur le marché. C.5.1.1 Marché pertinent

E. 41

Dans le cadre de la définition du marché pertinent selon le droit des cartels, il convient de déterminer – par analogie avec l'art. 11 al. 3 OCCE21 – quels sont les produits ou services qui sont substituables pour les partenaires potentiels de l'échange du point de vue matériel, géographique et, le cas échéant, temporel.²²

E. 42

En effectuant cette définition, il convient de tenir compte du sens et du but de la délimitation du marché. Ceux-ci résident moins dans la création d'une définition générale du

marché pour un secteur économique que dans la possibilité de déterminer la position concrète des entreprises concernées sur le marché et l'importance de la restriction à la concurrence examinée.²³ Il s'ensuit que la délimitation du marché dépend de la restriction (éventuelle) à la concurrence qui est concrètement examinée. Cette circonstance peut à son tour avoir pour conséquence que le contenu de la délimitation du marché diverge selon le comportement examiné (accords, abus de position dominante, concentration d'entreprises), bien qu'il concerne le

20 TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, Hallenstadion ; ATF 146 II 217 consid. 4.2, ADSL II ; ATF 139 I 72 consid. 10.1.2, Publigroupe ; ATF 129 II 497 consid. 6.5.1, Buchpreisbindung. 21 Ordonnance du 17.6.1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE ; RS 251.4). 22 ATF 139 I 72 consid. 9.1 et les références citées, Publigroupe ; ATF 129 II 497 consid. 6.3.1, Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF) ; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 5.1, Hallenstadion ; ATF 129 II 18 consid. 7.2 et 7.3.1, Buchpreisbindung. 23 DPC 2017/3, 448 N 215 ss, Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal ; DPC 2020/3a, 1111 N 1229, Bauleistungen See-Gaster ; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (n. 9), Art. 5 N 61 ss ; BSK KG-REINERT/WÄLCHLI (n. 13), Art. 4 II N 94 ; voir p. ex. OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, p. 11.

11

même secteur économique.²⁴ Le point de départ est toujours le comportement concrètement examiné.²⁵ C.5.1.1.1 Partenaires potentiels de l'échange

E. 43

Pour les trois aspects de la délimitation du marché (matériel, géographique, temporel), le point de vue des partenaires potentiels de l'échange est important.²⁶ Les « partenaires potentiels de l'échange » sont les acheteurs concrets des prestations ou des biens qui font l'objet de l'éventuelle restriction à la concurrence examinée.²⁷ Si les autorités de la concurrence examinent le comportement d'une entreprise dominante sur le marché, c'est le point de vue des acheteurs du produit vendu par l'entreprise dominante qui est déterminant pour la délimitation du marché.²⁸ En revanche, lorsque les effets d'un accord en matière de concurrence sont examinés, les personnes physiques ou morales qui achètent ou fournissent les biens ou services visés par l'accord doivent être considérées comme les partenaires potentiels de l'échange.²⁹

E. 44

Dans le cas d'espèce d'un éventuel abus de position dominante, on peut s'interroger si les partenaires potentiels de l'échange ne devraient pas être les médecins qui prescrivent les médicaments contre le psoriasis à leurs patients – plutôt que les patients eux-mêmes³⁰. Cette question peut toutefois rester ouverte compte tenu des développements qui suivent. C.5.1.1.2 Marché de produits pertinent

E. 45

Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (art. 11 al. 3 let. a OCCE, applicable par analogie en l'espèce).³¹

E. 46

L'élément déterminant est donc de savoir si, dans un cas concret, des produits ou des services sont en concurrence du point de vue des partenaires potentiels de l'échange. Cela

24 TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 274 et les références citées (entre autres à la pratique européenne), ADSL II ; voir aussi p. ex. DPC 2020/4a, 1818 N 440, Bauleistungen Graubünden ; DPC 2020/3a, 1111 s. N 1229, Bauleistungen See-Gaster ; DPC 2019/2, 445 N 600, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I ; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (n 9), Art. 4 II N 25. 25 Voir TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 5.2.1, 5.3.3 et 7.2.3, Hallenstadion ; TAF, B-4596/2019 du 5.6.2023 consid. 5.4.3.6 et 5.4.3.8, Leasing/CA Auto Finance ; TAF, B-141/2012 du 12.12.2022 consid. 5.3.1.3.2, ASCOPA. 26 ATF 139 I 72 consid. 9.2.3.1, Publigroupe ; ATF 141 II 66 consid. 3.2, Hors-Liste-Medikamente I. 27 TAF, B-4596/2019 du 5.6.2023 consid. 5.4.3.6, Leasing/CA Auto Finance ; TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 270, ADSL II ; p. ex. aussi DPC 2020/4a, 1818 N 441, Bauleistungen Graubünden ; DPC 2020/3a, 1112 N 1230, Bauleistungen See-Gaster ; DPC 2019/2, 445 s. N 601, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I. 28 TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 270, ADSL II. 29 DPC 2020/4a, 1818 N 441, Bauleistungen Graubünden ; DPC 2020/3a, 1112 N 1230, Bauleistungen See-Gaster ; DPC 2019/2, 445 s. N 601, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I. 30 Dans le cas Hors-liste, relatif à des médicaments soumis à ordonnance mais non remboursés par les assurances-maladie, il s'agissait d'analyser un accord entre d'une part les fabricants de médicaments contre les troubles érectiles et, d'autre part, les médecins dispensants, respectivement les pharmaciens. Alors que la COMCO a considéré que le partenaire potentiel de l'échange était le patient (DPC 2010/4, 670 N 166, Pfizer), le Tribunal administratif fédéral a privilégié le médecin (DPC 2013/4, 723 consid. 5.4.3.1). 31 ATF 139 I 72, 93 consid. 9.2.3.1, Publigroupe ; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 5.2 et les références citées, Hallenstadion ; TAF, B-3618/2013 du 24.11.2016 consid. 52, Hallenstadion ; TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 269, ADSL II.

12

est le cas si les personnes concernées les considèrent comme substituables en ce qui concerne leurs caractéristiques et l'utilisation prévue, c'est-à-dire s'ils sont interchangeables d'un point de vue matériel. L'interchangeabilité fonctionnelle (concept de marché des besoins) des biens et des services, ainsi que d'autres méthodes permettant de déterminer la substituabilité des biens et des services du point de vue de la demande, sont déterminantes. Le point de vue subjectif des personnes concernées par la restriction concrète de la concurrence est déterminant. La substituabilité s'évalue donc sur la base d'un point de vue concret, éventuellement observable empiriquement.³² Il convient de partir de l'objet concret de l'enquête.³³

E. 47

L'ATC³⁴ est un système de classification à cinq niveaux et est utilisé pour fournir des informations relatives aux médicaments. Le premier niveau indique les groupes thérapeutiques généraux. Dans les niveaux supérieurs (2, 3, 4 et 5), ces groupes thérapeutiques sont encore subdivisés selon des critères médicaux (niveau 1 = groupe principal anatomique, niveau 2 = groupe principal thérapeutique, niveau 3 = groupe principal pharmacologique, niveau 4 = sous-groupe chimique, niveau 5 = substance active). Grâce à sa structure hiérarchique, ce système de classification offre la possibilité de considérer les médicaments de manière différenciée. Des substances similaires peuvent être regroupées de manière judi-

cieuse en fonction de la problématique. Les médicaments d'un même niveau supérieur sont en général des substituts plus proches que ceux d'un niveau inférieur. Parmi les cinq niveaux de classification ATC, le premier niveau (ATC-1) est le plus général alors que le niveau 5 (ATC- 5) est le plus détaillé. Pour la délimitation du marché, la classe ATC-3 est le plus souvent utilisée.³⁵

E. 48

Selon Lilly, dans la classification ATC pertinente dans le cas d'espèce, 18 substances actives sont listées, dont 6 sont autorisées en Suisse³⁶. Afin de déterminer la thérapie adéquate pour un patient donné, les médecins prendraient en compte notamment l'efficacité du médicament, le temps de réaction, la sécurité et les cas de comorbidité. Par ailleurs, les médicaments contre le psoriasis devraient être distingués selon qu'ils sont destinés à traiter les cas légers de la maladie, ou les cas modérés à sévères. Une autre distinction serait celle entre les patients nécessitant un traitement topique et ceux nécessitant un traitement systémique. Compte tenu des effets de la maladie et des risques importants de complications pour les patients souffrant de formes sévères, seuls les médicaments les plus performants entreraient en compte. Il conviendrait dès lors de ne considérer à ce stade que le Cosentyx®, Taltz®, Skyrizi® et Tremfya®, autorisés en Suisse. Les deux premiers appartiennent à la catégorie des médicaments de deuxième génération, alors que les deux derniers appartiennent à la catégorie des médicaments de troisième génération (cf. N 16). Compte tenu de la rapidité de leurs effets, le marché de produit relevant serait constitué par les médicaments de deuxième génération, soit le Cosentyx® et le Taltz®. Dans une perspective thérapeutique plus large, le

32 TAF, B-4596/2019 du 5.6.2023 consid. 5.4.3.7, Leasing/CA Auto Finance. 33 Voir de manière générale : ATF 139 I 72 consid. 9.2.3.1, Publigroupe ; ATF 129 II 18 consid. 7.3.1, Buchpreisbindung ; TAF, B-4596/2019 du 5.6.2023 consid. 5.4.3.6, Leasing/CA Auto Finance ; TAF, B-3618/2013 du 24.11.2016 consid. 53, Hallenstadion ; TAF, B-7633/2009 du 14.9.2015 consid. 270, ADSL II ; TAF, B-506/2010 du 19.12.2013 consid. 9, Gaba. 34 Le Anatomical Therapeutic Chemical Classification System (ATC) ou Système de classification anatomique, thérapeutique et chimique est utilisé pour classer les médicaments. Il a été développé par l'European Pharmaceutical Market Research Association (EPHRA) et le Pharmaceutical Business Intelligence and research Group (PBIRG), <https://www.ephmra.org/anatomical-classification> (10.7.2024). En parallèle, l'Organisation mondiale de la santé a également élaboré un classement ATC à cinq niveaux, dans lequel les substances actives sont divisées en différents groupes en fonction notamment de leurs propriétés thérapeutiques, <https://www.who.int/tools/atc-ddd-toolkit/atc-classification> (10.7.24). 35 Cf. DPC 2022/3, 625 ss N 13 ss et les références citées, CSL Limited/Vifor Pharma AG. 36 Le Bimekizumab de UCB est autorisé en Suisse depuis le 27 octobre 2022 et commercialisé sous le nom de Bimzlex®, portant à sept le nombre de substances actives autorisées en Suisse.

13

marché relevant couvrirait les produits autorisés en Suisse et destinés à traiter les cas sévères de psoriasis, soit le Cosentyx® et le Taltz®, ainsi que le Skyrizi® et Tremfya®.³⁷

E. 49

Selon Novartis, la délimitation du marché telle qu'opérée par Lilly serait artificielle. Le marché serait bien plus grand et devrait comprendre au moins tous les traitements pour les

formes modérées à sévères et cela, indépendamment de leur mécanisme d'action ou de leur mode d'administration.³⁸ Les inhibiteurs d'IL-17 et d'IL-23, ainsi que d'IL-12/23 et les inhibiteurs de TNF appartiennent à cette catégorie. D'autres types d'inhibiteurs pourraient encore entrer en compte. Cette définition du marché se fonderait sur la jurisprudence de l'Union européenne³⁹, la classification ATC, les lignes directrices pour le traitement des cas modérés à sévères du psoriasis, les prescriptions pour lesquelles les médicaments ont reçu une autorisation de mise sur le marché, les études comparatives entre les produits concurrents effectuées par les entreprises pharmaceutiques et le fait que les médecins prescrivent différents médicaments à leurs patients au cours du traitement. Novartis mentionne également des études internes, ainsi que des déclarations publiques de la part de Lilly sur les médicaments contre le psoriasis.⁴⁰

E. 50

ATF 146 II 217 consid. 4.2, ADSL II ; ATF 139 I 72 104 consid. 10.1.2 et les références citées, Publigroupe ; TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.2, DCC ; TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.1, Hallenstadion. 51 ATF 139 I 72 consid. 10.1.2 et les références citées, Publigroupe ; ATF 146 II 217 consid. 4.2, ADSL II. 52 TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.6, DCC, avec renvoi au TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.2.3, Hallenstadion. 53 TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.3, DCC, avec renvoi au TF, 2C_113/2017 du 12.2.2020 consid. 6.2.1, Hallenstadion. 54 TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.6, DCC. 55 TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 10.2.3, DCC. 56 TF, 2C_596/2019 du 2.11.2022 consid. 8.2.1, DCC, avec renvoi à l'ATF 146 II 217 consid. 4.1, ADSL II. 57 Voir aussi TAF, B-831/2011 du 18.12.2018 consid. 1202 ss, DCC ; COMCO, 6.12.2021, N 670 et 675, Belagswerke Bern, <www.weko.admin.ch/weko/fr/home/praxis/dernieres-decisions.html>

16

C.5.2.2 Limitation de la production, des débouchés ou du développement technique (art. 7 al. 2 let. e LCart) 61. Une entreprise en position dominante se comporte de façon potentiellement illicite lorsqu'elle limite la production, les débouchés ou le développement technique. L'état de fait de l'art. 7 al. 2 let. e est rempli lorsqu'en plus de la position dominante, les éléments constitutifs suivants sont réunis de façon cumulative : - Il existe un comportement, qui conduit à une limitation de la production, des débouchés ou du développement technique, - lequel entrave l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantage les partenaires commerciaux, - qui n'est pas justifié par des conditions commerciales légitimes (« legitimate business reasons »). 62. L'art. 7 al. 2 let. e LCart vise les pratiques d'entraves et couvre potentiellement toute pratique d'exclusion. Le comportement de l'entreprise dominante est abusif s'il limite artificiellement l'accès au marché ou l'expansion des concurrents actuels, sans que cela résulte de l'évolution normale de celui-ci.⁵⁸ De telles pratiques peuvent notamment découler de l'utilisation abusive de droits de propriété intellectuelle, par exemple l'obtention ou le simple maintien de brevets comme moyen pour une entreprise en position dominante de bloquer le progrès technique d'entreprises concurrentes (brevets de blocage).⁵⁹ 63. Dans un premier temps, il convient de présenter le brevet EP 084 et la chronologie des événements telle qu'elle ressort de l'enquête qui a été menée. Dans un second temps, le comportement de Novartis sera analysé, quant à l'acquisition du brevet EP 084, ainsi qu'à l'utilisation qui en a été faite suite à cette acquisition. C.5.2.2.1 Le brevet EP 084 et la chronologie des événements 64. Genentech est une entreprise américaine de biotechnologie. Elle appartient depuis 2009 au

groupe Roche. Elle a été la première entreprise à découvrir la cytokine IL-17 A/F et à développer des anticorps la liant. Afin de protéger son invention, Genentech a déposé le 2 juin 2004 une demande devant l'Office européen des brevets (ci-après EPO). Cette demande a abouti à la délivrance du brevet EP 1 641 822 (ci-après EP 822) le 15 mai 2013.⁶⁰

(10.7.2024). Le droit européen va dans la même direction. Voir, à titre d'aperçu et avec de nombreuses références jurisprudentielles, LINSEY MCCALLUM/INGE BERNAERTS/MASSIMILIANO KADAR et al., A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance, Competition policy brief, 1/2023, 2 s. Les « potential effects » sont nécessaires, mais aussi suffisants. De simples « hypothetical effects » ne sont pas encore suffisants, tandis que des « actual anticompetitive effects » ne sont pas nécessaires. Lors de cette évaluation, il convient de tenir compte des circonstances concrètes du cas d'espèce. 58 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI (n. 9), Art. 7 II N 234 s. 59 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, (n. 9), art. 7 II N 252 ; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (n. 13), art. 7 N 667 ; Message-LCart (n. 10), 569 ; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (n. 9), art. 7 N 471 ; OFK KG-BORER (n. 10), art. 7 N 26. Cf. aussi HEINEMANN, Blocking Patents and the Process of Innovation, in : Mathis/Tor (éd.), New Developments in Competition Law and Economics, 2019, 149 ss, qui propose un test pour déterminer si la simple acquisition d'un droit de propriété intellectuelle peut constituer un abus. 60 [...].

17

65. Le 1er octobre 2014, la demande de brevet divisionnaire⁶¹ EP 084 a été publiée.⁶² Le 24 novembre 2016, l'EPO a révoqué le brevet EP 822. Le 24 juillet 2019, l'EPO a délivré le brevet EP 084. Novartis a fait opposition contre ce brevet. Le 20 décembre 2019, Genentech [...] à Novartis pour un portefeuille de brevets, dont l'EP 084 faisait partie. Le 23 avril 2020, Novartis a acquis le portefeuille de brevets pour un montant de [...].⁶³ Le 6 août 2019, Genentech a introduit en Allemagne une action en violation du brevet à l'encontre de Lilly. Après l'acquisition du portefeuille de brevets par Novartis, Genentech a retiré cette action le 2 juin 2020 et Novartis en a introduit une en son propre nom le 3 juin 2020.⁶⁴ Le 10 juin 2020, Novartis a retiré son opposition au brevet EP 084. Novartis a entamé des négociations avec Lilly le [...] et avec [...] le [...] pour l'octroi d'une licence. Le [...], [...]. Le [...], Novartis a proposé à Lilly une licence mondiale. Le [...], Novartis a entamé avec [...] des négociations pour l'octroi d'une licence.⁶⁵ Le 13 avril 2021, Lilly a déposé en Irlande une action en révocation du brevet EP 084, ce qui a amené Novartis à introduire le 15 avril 2021 une action en violation du brevet dans cette même juridiction. 69. Novartis a requis des mesures provisionnelles à l'encontre de Lilly le 16 avril 2021 en Italie et le 31 mai 2021 en Autriche.⁶⁶ Le [...] 2021, Novartis a octroyé une licence mondiale à [...] pour un montant [...] de [...].⁶⁷ Le Bimzelx® de UCB sera autorisé en Europe le 20 août 2021.⁶⁸ Le 9 novembre 2021, Novartis a intenté une action assortie d'une requête de mesures provisionnelles à l'encontre de Lilly en Suisse.⁶⁹ Le [...] 2021, Novartis a octroyé à [...] une licence mondiale pour un montant de [...]. Ce montant tenait compte du fait que le médicament de [...].⁷⁰ Le [...] 2022, Novartis et Lilly se sont mises d'accord sur une licence mondiale pour un montant de [...].⁷¹

61 Une demande de brevet divisionnaire est une demande de brevet distincte qui est séparée d'une demande originale lorsque cette dernière ne satisfait pas à l'exigence d'unité d'invention. https://www.epo.org/fr/legal/guide-epc/2023/ga_c5_8.html (10.7.2024). 62 Cf. Extrait du registre européen des brevets, <https://register.epo.org/application?num->

ber=EP14163686 (10.7.2024). 63 [...]. 64 [...]. 65 [...]. 66 [...]. Dans sa dénonciation, Lilly explique à cet égard : «Das Gesuch um einstweiligen Rechtsschutz von Novartis in Österreich inzwischen gerichtlich abgewiesen worden [ist], wobei Novartis auf eine Anfechtung und eine Klage im ordentlichen Verfahren verzichtet hat. Die entsprechenden Rechts- schutzersuchen in Irland und Italien sind weiterhin hängig. » (cf.[...]). 67 [...]. 68 [...]. 69 [...]. 70 [...]. 71 [...]. À noter que si l'existence de négociations confidentielles entre les deux entreprises était connue des autorités de la concurrence, le fait qu'elles avaient été finalisées n'avait pas été communiqué par Lilly au moment de l'ouverture de la procédure le 12 septembre 2022.

18

74. Le 27 octobre 2022, Novartis a octroyé à Lilly une licence mondiale [...], ce qui a mis un terme à l'ensemble des procédures entre ces entreprises relatives au brevet EP 08472. Le même jour, le Bimzelx® de UCB a été autorisé en Suisse.⁷³ 75. L'EPO a confirmé la validité de l'EP 084 le 16 février 2023.⁷⁴ C.5.2.2.2 Appréciation du comportement de Novartis (i) Freedom to operate 76. Dans sa dénonciation, Lilly avance qu'il n'existait aucune raison légitime pour Novartis d'acquérir le portefeuille de brevets et que cette acquisition avait en fait comme objectif de sécuriser les parts de marché de son médicament phare le Cosentyx® (cf. N 21 s.). Novartis conteste ce point de vue et met en évidence que le motif principal pour l'acquisition du portefeuille de brevets était bien de garantir la liberté d'exploitation pour le Cosentyx® (« freedom to operate », ci-après FTO). Il ressort de documents internes fournis par Novartis qu'au moment de l'acquisition, [...]. À cela s'ajoute que la poursuite de la procédure d'opposition contre le brevet, ainsi que le cas échéant la défense dans le cadre d'actions en violation du brevet, peuvent générer des coûts internes et externes importants allant jusqu'à [...].⁷⁵ 77. Novartis précise également que bien qu'au moment de l'acquisition du brevet EP 084, sa validité n'était pas encore établie et qu'il n'avait pas encore été décidé par un tribunal que le Cosentyx® le violait, différents éléments indiquaient que Genentech se préparait à une confrontation avec Novartis. Ainsi, Genentech avait déjà intenté une action en violation du brevet à l'encontre de Lilly concernant le Taltz®. Comme ce médicament est un inhibiteur de d'IL-17 tout comme le Cosentyx®, [...]. En outre, par le passé, tant Genentech que sa maison mère Roche avaient déjà [...]. Également, jusqu'en 2020, Genentech avait déposé des demandes de certificats complémentaires de protection. [...]. Pour ces différents motifs, il existait une pression sur Novartis pour qu'elle règle rapidement le problème de FTO relatif au Cosentyx®.⁷⁶ 78. Novartis conteste enfin les affirmations de Lilly selon lesquelles la liberté d'exploitation pour le Cosentyx® aurait pu être garantie par l'obtention de la part de Genentech d'une licence du brevet EP 084 et que de ce fait, un achat dudit brevet était superflu (cf. N 21). Novartis met à cet égard en évidence le fait que Genentech s'était décidée pour une vente du portefeuille de brevets, qu'une licence ne paraissait pas entrer en compte et que [...] par Genentech portait bien sur une vente du portefeuille de brevets pour un montant de [...].⁷⁷ 79. Les informations données par Novartis quant aux motifs d'achat du portefeuille de brevets ont pu être vérifiées dans le cadre des mesures d'enquête menées au cours de la procédure. Il ressort de divers documents internes d'aide à la décision⁷⁸, d'échanges entre collaborateurs⁷⁹, ainsi que des auditions qui ont été menées⁸⁰, que le motif principal pour l'achat du portefeuille de brevets par Novartis était bien pour cette entreprise de se garantir la liberté d'exploitation pour le Cosentyx®. En outre, les arguments de Lilly selon lesquels l'achat du

72 Suite à cet octroi de licence par Novartis à Lilly, cette dernière a retiré sa demande de participer à la procédure ainsi que sa dénonciation (cf. N 11). 73 [...]. 74 [...]. 75 [...]. 76 [...]. 77 [...]. 78 [...]. 79 [...]. 80 [...].

19

portefeuille de brevets n'était pas nécessaire, mais qu'une licence du brevet litigieux EP 084 aurait suffi, ne résistent pas à l'examen. En effet, lors de la prise de contact du 26 novembre 2019 de Genentech et Roche avec Novartis, [...].⁸¹ Cette prise de contact a donné lieu à une séance le 5 décembre 2019 entre les représentants des entreprises. Suite à cette dernière, [...] pour l'acquisition du portefeuille de brevets.⁸² Roche a expliqué [les raisons de cette transaction].⁸³ Il ressort enfin de la prise de position écrite de [...] du 27 janvier 2022 dans le cadre de la procédure devant le Tribunal fédéral des brevets que Novartis avait demandé à Genentech au cours des négociations si l'octroi d'une licence non exclusive était négociable, ce à quoi Genentech avait répondu par la négative.⁸⁴ 80. Il découle de ce qui précède et de l'analyse des moyens de preuve que Novartis avait identifié un risque pour l'exploitation du Cosentyx®, qu'afin de gérer ce risque des discussions avec Genentech ont été menées et que seul l'achat du portefeuille de brevets entrerait en compte. Cet achat est intervenu après des négociations entre les entreprises pour un montant de [...] le 23 avril 2020.⁸⁵ L'analyse des moyens de preuve n'a pas démontré que Novartis aurait eu une autre motivation pour l'acquisition du portefeuille de brevets que celle de se garantir la liberté d'exploitation pour le Cosentyx®. (ii) Actions en violation du brevet EP 084 81. Novartis conteste les arguments de Lilly, selon lesquels une campagne agressive d'actions en violation du brevet EP 084 aurait été menée, dans le but de bloquer la vente du Taltz® (cf. N 22). Novartis met en évidence le fait d'avoir, sitôt après l'acquisition du portefeuille de brevets, cherché à concéder à des conditions raisonnables une licence aux autres fabricants d'inhibiteurs d'IL-17. L'objectif était de couvrir les frais d'acquisition du portefeuille de brevets en faisant participer les futurs preneurs de licence à la liberté d'exploitation obtenue pour les fabricants d'inhibiteurs d'IL-17. Le portefeuille de brevets devait ainsi générer un revenu.⁸⁶ 82. Novartis explique qu'afin de remplir cet objectif, cette entreprise a débuté des négociations avec Lilly en [...]. De telles négociations ont également été entreprises avec [...] et [...]. Au cours de ces négociations, Novartis a souligné à répétition son intention d'offrir une licence à des conditions raisonnables. Concernant Lilly, [...]. Une licence mondiale était en outre en phase finale de négociation peu avant l'ouverture de la procédure par les autorités de la concurrence. Cela démontre que l'objectif de Novartis n'était pas de bloquer une entreprise concurrente.⁸⁷ 83. Novartis mentionne également que l'introduction d'actions en violation du brevet EP 084 faisait partie de sa stratégie visant à débiter des négociations pour la concession d'une licence. L'entreprise aurait sciemment choisi des juridictions lui permettant [...].⁸⁸ D'une façon générale, l'introduction d'actions en violation de brevets tout comme l'introduction d'actions en invalidation de brevets, en parallèle de la tenue de négociations visant à l'obtention d'une licence, est une pratique courante dans le domaine de la pharma. L'objectif visé est d'influencer le montant des frais de licence, que ce soit en les tirant vers le haut, ou dans le cas d'actions en invalidation de brevets, en faisant pression vers le bas. Que de telles actions soient

81 [...]. 82 [...]. 83 [...]. 84 [...]. 85 [...]. 86 [...]. 87 [...]. 88 [...].

20

menées parallèlement dans différentes juridictions, alors même que certains tribunaux auraient déclaré un brevet invalide, est également une pratique courante.⁸⁹ Enfin, Novartis relève que certaines actions n'ont pas été intentées en premier lieu par elle-même, mais en réaction à une action préalable intentée par Lilly, comme cela a été le cas en Irlande. Pour ce qui concerne ce pays, c'est suite à une action en nullité intentée par Lilly que Novartis a introduit son action en violation du brevet.^{90 84.} Enfin, et concernant les certificats complémentaires de protection (cf. ci-dessus ch. 22), Novartis conteste les arguments de Lilly selon lesquels Novartis aurait demandé de tels certificats dans toute l'Europe. Ces certificats avaient auparavant été demandés par Genentech et Novartis les a acquis en même temps que le portefeuille de brevets. Ces demandes ont été retirées en 2022 en raison de l'évolution de la jurisprudence européenne en matière de droit des brevets.^{91 85.} Les éléments de preuve recueillis au cours de la procédure par le Secrétariat démontrent que si l'objectif premier pour Novartis était d'acquérir la liberté d'exploitation pour le Cosentyx® (cf. N 76 ss), il était également prévu d'intenter des actions en protections du brevet dans le but d'obtenir un revenu en négociant une licence pour le brevet EP 08492. Novartis a de ce fait contacté Lilly [...] pour entamer des négociations visant à l'attribution d'une licence (cf. N 67 ss). [...] ⁹³ Aucun élément ne permet en outre de contredire Novartis lorsque cette entreprise prétend que l'ouverture de plusieurs actions en parallèle constitue une pratique courante dans le domaine du droit des brevets.⁹⁴ Les analyses menées par le Secrétariat n'ont en outre pas pu démontrer une quelconque intention de Novartis de bloquer le médicament Taltz® de Lilly, notamment par des actions ouvertes à l'encontre de cette entreprise. ^{86.} Il ressort également des échanges internes à Novartis que l'ouverture de procédures dans différents pays était une stratégie visant à favoriser les négociations avec Lilly en vue de l'octroi d'une licence dans différentes juridictions. Ces discussions internes ont eu lieu à plusieurs étapes, [...], et mentionnaient systématiquement l'objectif poursuivi, [...].⁹⁵ Il a pu être démontré au cours de la procédure que Novartis n'a pas intenté de son propre fait une action en Irlande, unique lieu de production du Taltz® au monde, mais a uniquement répondu à une action intentée préalablement par Lilly.⁹⁶ Enfin, il n'a pas été trouvé d'éléments démontrant que Novartis aurait tenté de prolonger la protection de son brevet EP 084 en requérant l'octroi de certificats complémentaires de protection, de sorte que cette entreprise peut être crue lorsqu'elle affirme avoir simplement repris ces requêtes au moment de l'acquisition du portefeuille de brevets (cf. N 84).

C.5.2.3 Résultat ^{87.} Il ressort de l'analyse des moyens de preuve que Novartis a acquis le portefeuille de brevets auprès de Genentech principalement pour se garantir la liberté d'exploitation pour le Cosentyx®. Aucun des moyens de preuve analysés n'a pu démontrer que Novartis aurait acquis le portefeuille de brevets en question avec l'intention de bloquer les médicaments de concurrents et par là de restreindre la concurrence. Dans un second temps, il a pu être démontré que Novartis a cherché à obtenir un revenu en offrant une licence pour son brevet EP

89 [...]. 90 [...]. 91 [...]. 92 [...]. 93 [...]. 94 [...]. 95 [...]. 96 [...].

21

084 à différents fabricants d'inhibiteurs IL-17. Plusieurs actions ont été intentées contre Lilly, ceci afin d'appuyer la position de Novartis dans le cadre des négociations relatives à l'octroi d'une licence. Là également, aucun des moyens de preuve analysés n'a pu démontrer que ces actions aient fait partie d'une stratégie de Novartis créant un risque concret de distorsion de la concurrence en bloquant les médicaments concurrents par

l'utilisation abusive de droits de propriété intellectuelle. 88. Compte tenu des circonstances du cas, le comportement de Novartis ne saurait être considéré comme abusif. Aucune mesure selon l'art. 30 al. 1 LCart ne sera décidée et aucune sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart ne sera prononcée. D Documents saisis et données électroniques dupliquées 89. Lors de la perquisition, des objets (en particulier divers documents papier) ont été saisis dans l'entreprise perquisitionnée et des données électroniques ont été copiées et dupliquées. Les documents papier pertinents pour l'enquête ont été copiés, les données électroniques ont été intégrées dans les dossiers officiels sous forme de rapports électroniques ou d'impressions papier. Une fois que la présente décision sera entrée en force à l'égard des parties, il est exclu qu'il faille encore recourir aux objets saisis et aux données électroniques copiées ou dupli- quées. Par conséquent, après l'entrée en force de la décision à l'égard de toutes les parties, les objets saisis seront restitués à leur ayant droit et les données électroniques copiées ou reproduites seront effacées. E Frais 90. L'obligation de payer des émoluments, le montant des frais de procédure et à qui les frais incombent sont régis par l'art. 53a LCart ainsi que par l'OEmol-LCart⁹⁷. 91. En vertu de l'art. 53a al. 1 let. a LCart, les autorités en matière de concurrence prélèvent des émoluments pour les décisions relatives aux enquêtes concernant des restrictions à la concurrence aux termes des art. 26 à 31 LCart. En vertu de l'art. 53a al. 1 let. a LCart en lien avec l'art. 2 al. 1 OEmol-LCart, est tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative. 92. Dans une procédure d'enquête selon les art. 27 ss LCart, une partie qui a occasionné une enquête n'est pas tenue de verser d'émoluments si les indices existant au départ ne se confirment pas et qu'en conséquence la procédure est clôturée sans suite (art. 3 al. 2 let. c OEmol-LCart). Compte tenu de l'issue de la procédure, il ne sera pas perçu d'émoluments dans cette affaire. Pour la même raison, il ne sera pas perçu de débours, au sens de l'art. 5 OEmol-LCart. F Résultat 93. La COMCO considère que Novartis n'a pas eu l'intention de bloquer le médicament Taltz® de Lilly, que ce soit au moment de l'acquisition du portefeuille de brevets ou au moment d'intenter les différentes actions en protection du brevet à l'encontre de Lilly. L'enquête a dé- montré que Novartis a acquis le portefeuille de brevets afin de se garantir la liberté d'exploita- tion pour le Cosentyx®. Novartis a ensuite introduit différentes actions en violation du brevet EP 084 dans le but d'obtenir un revenu suite à l'octroi d'une licence pour ce même brevet aux

97 Ordonnance du 25.2.1998 relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels (ordonnance sur les émoluments LCart, OEmol-LCart ; RS 251.2).

22

fabricants d'inhibiteurs d'IL-17. Ce comportement ne constitue pas un abus au sens de l'art. 7 al. 2 let. e LCart. Pour cette raison, la procédure est clôturée sans suite.

23

G Dispositif Sur la base des faits, des conclusions ainsi que des considérants qui précèdent, la COMCO décide (art. 30 al. 1 LCart) : 1. La procédure 32-0278 : Blocking Patent, ouverte à l'encontre de Novartis AG et de No- vartis Pharma AG est clôturée sans suite. 2. Les frais de la procédure sont supportés par les caisses de l'État. 3. Dès l'entrée en vigueur de la présente décision à l'égard des parties, les éléments saisis seront restitués et les données électroniques copiées ou dupliquées par le Secrétariat seront effacées. La décision est notifiée à : - Novartis AG, Lichtstrasse 35, 4056 Bâle, - Novartis Pharma AG, Lichtstrasse 35, 4056 Bâle, représentées par Schellenberg Wittmer AG / Rechtsanwälte, Löwenstrasse

Commission de la concurrence

Laura Melusine Baudenbacher Patrik Ducrey Présidente Directeur

Voies de droit : La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal administratif fédéral, Case postale, 9023 Saint-Gall, par voie de recours, dans les 30 jours qui suivent la notification. Le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en main du recourant.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.