

## MEDEDINGING

Belgisch mededingingsrecht – Procedure – Controle en inspectie

## CONCURRENCE

Droit belge de la concurrence – Procédure – Contrôle et inspection

Het marktenhof onderwerpt de kwalificatie van door de BMA inbeslaggenomen documenten als “in of scope” aan een “marginale toetsing”.

In een arrest van 26 november 2014 oordeelde het hof van beroep dat een summiere standaard-motivering (m.b.t. het verband tussen inbeslaggenomen documenten en het voorwerp van de inspectie) niet voldoende is wanneer de betrokken onderneming het “in of scope”-karakter van inbeslaggenomen documenten uitdrukkelijk betwist. Partijen werden uitgenodigd om een verificatietraject op te starten, waarbij de BMA een uitgebreide(re) motivering moest vrijgeven, die vervolgens aan tegenspraak onderworpen moest worden. Het Hof specificeerde dat de inbeslaggenomen documenten niet als “in of scope” konden worden beschouwd indien de BMA geen bijkomende motivering verschafte.

Aangezien partijen na dit verificatietraject geen overeenstemming hebben gevonden, hebben verzoeksters Distripaint en Novelta een nieuwe vaststelling van de zaak geëist.

In navolging van het hof van beroep heeft het Marktenhof aangegeven enkel over een marginaal toetsingsrecht te beschikken met het oog op het toezien dat het beginsel van bescherming tegen willekeur en onevenredig optreden en het recht van verweer worden nageleefd.

Bij arrest van 13 december 2017 stelde het Marktenhof dat de door de BMA opgegeven bijkomende motieven niet als *prima facie* onaanvaardbaar, onredelijk of onwettelijk konden worden beschouwd en dat het beginsel van bescherming tegen willekeur en onevenredig optreden en het recht van verweer deswege werden nageleefd. Om deze redenen besliste het Hof dat de bestreden documenten als “in of scope” moeten worden aanzien en deel uitmaken van het beslag.

**Cour de justice 23 janvier 2018**

*F. Hoffmann-La Roche et al.*

*Affaire : C-179/16*

## CONCURRENCE

Droit européen de la concurrence – Généralités – Médicaments – Articles 101-109 TFUE

## MEDEDINGING

Europees mededingingsrecht – Algemeen – Geneesmiddelen – Artikelen 101-109 VWEU

Une entente relative à la diffusion d’informations trompeuses aux fins de différencier artificiellement des médi-

caments constitue une restriction de concurrence par objet.

L’autorité nationale de la concurrence italienne a imposé deux amendes dépassant les 90 millions d’euros à Roche et à Novartis au motif qu’elles avaient conclu une entente contraire à l’article 101 TFUE visant la différenciation artificielle des médicaments Avastin et Lucentis.

L’Avastin, commercialisé par Roche, a reçu une autorisation de mise sur le marché (« AMM ») pour le traitement de certaines pathologies tumorales. Le Lucentis, commercialisé par Novartis, s’est vu accorder une telle autorisation pour le traitement de pathologies oculaires. Toutefois, certains médecins ont prescrit l’Avastin pour le traitement de pathologies oculaires en raison de son prix inférieur. Selon la décision de l’autorité nationale italienne, Roche et Novartis ont diffusé des avis basés sur une lecture « alarmiste » des données disponibles afin de susciter des inquiétudes quant à la sécurité d’une telle utilisation ophtalmique. De telles informations auraient également été communiquées à l’Agence européenne des médicaments.

Saisie de plusieurs questions préjudicielles, la Cour de justice a précisé que le marché pertinent peut rassembler, outre les médicaments autorisés pour le traitement de certaines pathologies, un médicament dont l’AMM ne couvre pas ces traitements, mais qui est utilisé à cette fin. Afin de déterminer l’existence d’un rapport de substituableté, l’autorité de la concurrence doit tenir compte de l’(éventuelle) analyse de conformité du médicament aux dispositions régissant sa fabrication ou sa commercialisation par les autorités ou juridictions compétentes et évaluer les effets de cette analyse sur la structure de la demande et de l’offre. Une telle analyse n’incombe toutefois pas à l’autorité de la concurrence.

La Cour de justice a en outre jugé que les pratiques en cause constituaient une restriction de concurrence par objet. La Cour rappelle qu’il y a, aux fins d’une telle qualification, lieu de tenir compte des dispositions de l’entente, des objectifs visés, et de son contexte économique et juridique. Le contexte comprend la nature des biens ou services affectés, les conditions réelles du fonctionnement du marché en cause et sa structure. En l’espèce, la Cour souligne que la diffusion d’informations dans le cadre de la pharmacovigilance incombe au seul titulaire de l’AMM. Le fait que ce dernier se soit concerté avec un concurrent dans ce cadre est dès lors susceptible de constituer un indice que la communication poursuivait des objectifs étrangers à la pharmacovigilance. En outre, la Cour a considéré que les informations diffusées doivent être qualifiées de trompeuses si elles ne répondent pas aux critères d’exhaustivité et d’exactitude prévus dans le règlement n° 658/2007 concernant les sanctions financières applicables en cas d’infraction à certaines obligations fixées dans le cadre des AMM. Selon la

Cour, compte tenu des caractéristiques de l'Avastin, il est prévisible que la diffusion de telles informations incite des médecins à renoncer à prescrire ce médicament, entraînant ainsi la diminution escomptée de la demande pour ce type d'utilisation.

Voyez également la décision de l'autorité de la concurrence française du 20 décembre 2017 sanctionnant Janssen-Cilag pour avoir empêché/limité le développement d'un générique.

### Tribunal de l'Union européenne 10 novembre 2017

*Icap et al./Commission*

Affaire: T-180/15

CONCURRENCE

Droit européen de la concurrence – Généralités – Articles 101-109 TFUE – Infraction continue

MEDEDINGING

Europees mededingingsrecht – Algemeen – Artikelen 101-109 VWEU – Voortdurende inbreuk

Annulation de la décision par laquelle la Commission a imposé une amende à Icap pour facilitation du cartel LIBOR et TIBOR en ce qui concerne les périodes pour lesquelles la Commission n'a pas établi à suffisance la participation d'Icap à une infraction continue.

En 2013, la Commission a imposé une amende à plusieurs banques pour leur participation à une entente sur le marché des produits dérivés de taux d'intérêt libellés en yens japonais (en anglais, « *Yen interest rate derivatives* » ou « *YIRD* ») (affaire AT.39861). Cette entente avait notamment trait à la manipulation des taux de référence interbancaires LIBOR et TIBOR. Selon la décision de la Commission, adoptée à l'issue d'une procédure de transaction, les banques ont, d'une part, discuté des soumissions d'au moins une d'entre elles aux fins d'influencer la direction de cette soumission et, d'autre part, communiqué/reçu des informations commercialement sensibles concernant des positions de négociation ou des futures soumissions.

Par sa décision du 4 février 2015, la Commission a retenu qu'Icap, une entreprise de services de courtage, avait facilité la réalisation de l'entente sur le YIRD (affaire AT.39861). Dans la mesure où Icap n'a pas souhaité participer à la procédure de transaction, cette décision a été adoptée à l'issue de la procédure contradictoire ordinaire.

L'arrêt rendu le 10 novembre 2017 par le Tribunal, suite au recours en annulation introduit par Icap contre cette dernière décision, est intéressant à plusieurs égards (T-180/15, *Icap et al. / Commission*, EU:T:2017:795).

Premièrement, le Tribunal confirme la décision de la Commission en ce qu'elle qualifie l'entente entre les banques de restriction par objet, dans la mesure où la coor-

dination des soumissions pouvait influencer le niveau des taux du JPY LIBOR dans un sens favorable aux intérêts des banques. De même, le Tribunal confirme que la communication d'informations relatives aux soumissions futures peut être considérée comme ayant pour objet de restreindre la concurrence.

Deuxièmement, le Tribunal applique les principes établis dans l'arrêt *Treuhand* (arrêt du 22 octobre 2015, C-194/14 P, *AC Treuhand / Commission*, EU:C:2015:717) concernant les facilitateurs d'ententes. Le Tribunal rappelle qu'afin de démontrer qu'une entreprise a participé à tous les éléments d'une entente, la Commission doit démontrer que (i) l'entreprise a entendu contribuer par son propre comportement aux objectifs poursuivis par l'ensemble des participants à l'entente et (ii) qu'elle avait connaissance ou pouvait raisonnablement prévoir les comportements envisagés/mis en œuvre par ces entreprises. Sur la base d'une analyse détaillée des éléments de preuve, le Tribunal a notamment annulé une partie de la décision qui était basée sur des preuves ambiguës laissant subsister un doute quant à la connaissance par Icap du rôle joué par une des banques.

Troisièmement, l'arrêt apporte un éclairage particulièrement intéressant sur la preuve de la durée de l'infraction incombant à la Commission. A ce sujet, le Tribunal constate que les taux du JPY LIBOR sont adoptés sur une base quotidienne et que, par conséquent, la manipulation devait être réitérée chaque jour pour continuer à produire ses effets. Il en déduit que la démonstration de la participation d'Icap à une infraction continue impliquait que la Commission démontre l'existence de mesures positives adoptées par Icap sur une base sinon quotidienne, du moins suffisamment limitée dans le temps. A défaut d'une telle démonstration, souligne le Tribunal, la Commission devait retenir l'existence d'infractions uniques et répétées et ne pas inclure dans les périodes infractionnelles les intervalles pour lesquelles elle ne disposait pas d'éléments de preuve suffisants. Le Tribunal a de ce fait annulé la décision de la Commission en ce qu'elle concerne plusieurs périodes.

Enfin, le Tribunal confirme la possibilité pour la Commission de conclure des transactions dites « *hybrides* » (c.-à-d. conclues uniquement avec certains participants au cartel), à condition toutefois de respecter le principe de la présomption d'innocence de l'entreprise ne participant pas à la transaction. En pratique, cela peut par exemple impliquer que la décision issue de la procédure de transaction ne peut pas être adoptée avant la décision adoptée suite à la procédure ordinaire.

La Commission européenne a introduit un pourvoi contre cet arrêt (affaire C-39/18 P).