

21 juin 2017
Cour de cassation
Pourvoi n° 15-25.941

Chambre commerciale financière et économique - Formation restreinte hors RNSM/NA

ECLI:FR:CCASS:2017:CO00926

Texte de la décision

Entête

COMM.

CH.B

COUR DE CASSATION

Audience publique du 21 juin 2017

Rejet

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 926 F-D

Pourvoi n° H 15-25.941

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la société Cegedim, société anonyme, dont le siège est [...]

contre l'arrêt rendu le 24 septembre 2015 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 5-7), dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Euris, société anonyme, dont le siège est [...]

2°/ à l'Autorité de la concurrence, dont le siège est [...]

3°/ au ministre de l'Economie, de l'industrie et du numérique, dont le siège est [...]

4°/ au procureur général près la cour d'appel de Paris, domicilié [...]

défendeurs à la cassation ;

EN PRESENCE DE :

- la société X... C... Technology Solutions France (X...), dont le siège est [...]

La société Euris, défenderesse au pourvoi principal, a formé un pourvoi incident contre le même arrêt ;

La demanderesse au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, les six moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi incident invoque, à l'appui de son recours, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 10 mai 2017, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme Y..., conseiller rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Y..., conseiller, les observations de la SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, avocat de la société Cegedim, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat du président de l'Autorité de la concurrence, de la SCP Lévis, avocat de la société Euris, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société X... C... Technology Solutions France (X...), l'avis de M. Debacq, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Exposé du litige

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 24 septembre 2015), que la société Euris a saisi l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) d'une plainte relative à des pratiques commises dans le secteur des bases de données d'informations

médicales, en reprochant à la société Cegedim de lui refuser l'accès à sa base de données OneKey, présentée comme le fichier mondial de référence des professionnels de santé, et de tenter de l'évincer du marché ; que, par une décision n° 14-D-06 du 8 juillet 2014, l'Autorité a dit établi que la société Cegedim avait enfreint les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en mettant en oeuvre, entre octobre 2007 et avril 2013, sur le marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales, un abus de position dominante caractérisé par le refus discriminatoire de vendre sa base de données OneKey aux seuls utilisateurs actuels et potentiels de solutions logicielles commercialisées par la société Euris, lui a infligé une sanction pécuniaire et a dit qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre l'entreprise Cegedim au titre des autres pratiques dénoncées par la saisine ; que la société Cegedim a formé un recours contre cette décision, la société Euris formant, pour sa part, un recours incident ; que la société X... C... Technology Solutions France, qui a acquis une partie des activités « gestion de la relation client et données stratégiques » de la société Cegedim, est intervenue volontairement devant la Cour de cassation, au soutien des moyens développés par cette société ;

Moyens

Sur le deuxième moyen du pourvoi principal :

Attendu que la société Cegedim fait grief à l'arrêt du rejet de son recours alors, selon le moyen :

1°/ que la caractérisation d'une pratique d'abus de position dominante impose à l'Autorité puis, le cas échéant, à la cour d'appel, d'établir la position dominante de l'entreprise poursuivie sur le marché sur lequel les pratiques contestées ont été commises ; que la notion de marché s'entend du lieu où se rencontrent une offre et une demande de biens ou de services ; qu'en l'espèce, la société Cegedim faisait valoir que le marché sur lequel les pratiques qui lui étaient imputées auraient été constatées ne pouvait, comme l'avait retenu l'Autorité, être limité de façon aussi excessivement étroite au marché des « bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales », pour cette raison simple qu'à l'exception d'une seule société, aucun des professionnels auxquels elle aurait fautivement refusé l'accès à sa base de données n'avait le statut de laboratoires pharmaceutiques ; qu'il en résultait que la base de données « OneKey » n'était pas une base à destination des seuls laboratoires pharmaceutiques et, surtout, que les pratiques dénoncées, à les supposer caractérisées, ne pouvaient avoir été constatées que sur un marché plus large que celui des seules « bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales » ; qu'en estimant que cette circonstance était indifférente pour la définition du marché pertinent et qu'il devait simplement en être tenu compte pour apprécier l'existence d'un « abus » ou pour apprécier la « position dominante » de la société Cegedim sur le marché des « bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales », cependant qu'elle démontrait que la base de données « OneKey » n'était pas une base de données à seule destination des laboratoires pharmaceutiques et que les pratiques avaient été commises sur un marché plus large à l'intérieur duquel s'échangeait la base de données « OneKey », la cour d'appel a violé l'article L. 420-2 du code de commerce ;

2°/ qu'en refusant de tenir compte de cette circonstance, alors qu'elle faisait elle-même de la nature de l'activité du destinataire (« bases de données à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales ») un élément de détermination du périmètre du marché, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article L. 420-2 du code de commerce ;

3°/ que la détermination précise du marché pertinent est un préalable nécessaire pour apprécier et discuter l'existence d'une position dominante qui serait détenue par l'entreprise poursuivie sur ledit marché, l'éventuelle connexité entre les marchés en cause, et quantifier le dommage causé à l'économie par les pratiques contestées ; qu'en l'espèce, la société Cegedim faisait valoir qu'il était impossible de connaître l'étendue du marché pertinent dans la mesure où aucune définition de la notion de « laboratoire pharmaceutique » n'avait été donnée par l'Autorité ; que la cour d'appel s'est elle-même refusée à toute définition de cette notion, laissant ainsi planer le doute sur la délimitation du marché

effectivement retenue ; qu'en statuant ainsi la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Motivation

Mais attendu que l'arrêt retient qu'il existe, de la part des laboratoires pharmaceutiques, une demande spécifique de données relatives aux noms, adresses et spécialités des médecins prescripteurs de médicaments ou de produits relatifs à la santé, afin de connaître quels sont les médecins qui prescrivent leurs médicaments et les zones géographiques les plus concernées par leurs offres et de pouvoir entrer en contact avec ces professionnels pour leur faire connaître leurs médicaments et produits ; qu'il ajoute que ces informations, qui répondent à un besoin particulier et propre aux laboratoires pharmaceutiques, leur sont indispensables pour connaître les besoins de leur clientèle et ne peuvent être substituées par d'autres informations portant, par exemple, sur un ou plusieurs autres secteurs d'activités, qui ne seraient d'aucune utilité pour eux ; qu'il retient encore qu'à cette demande spécifique et non substituable répond une offre de fourniture de ces informations, qui émane de divers acteurs, dont la société Cegedim ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu déduire, sans avoir à définir précisément la notion de laboratoire pharmaceutique, que la rencontre de cette offre et de cette demande, portant sur des produits spécifiques non substituables, constituait un marché pertinent, exactement défini par l'Autorité comme étant celui des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales, peu important que les entreprises auxquelles la société Cegedim avait refusé l'accès à sa base de données n'aient pas eu le statut de laboratoires pharmaceutiques, cette circonstance ne devant être prise en compte qu'au stade de l'appréciation de l'abus de position dominante invoqué ; que le moyen n'est pas fondé ;

Moyens

Sur le troisième moyen de ce pourvoi :

Attendu que la société Cegedim fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que pour vérifier si l'entreprise poursuivie détient une position dominante sur le marché pertinent le juge est tenu de calculer précisément la part de marché de l'entreprise mise en cause et des autres entreprises présentes sur ledit marché ; que pour établir que la société Cegedim était en position dominante sur le marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques, l'Autorité a relevé qu'il n'était pas possible « d'identifier les détenteurs de plus des deux tiers du marché » et, de façon purement hypothétique, qu'« en l'absence d'autre explication, la part du marché non identifiée () peut être considérée comme couverte par les bases de données internes aux laboratoires » ; que l'Autorité, après avoir décidé qu'il ne devait pas être tenu compte de la part de marché attribuée à l'autoconsommation, a estimé que la part de marché de la société Cegedim devait être portée en fait de 22 % à 78 % ; que pour retenir pareillement que la société Cegedim disposait d'une situation dominante sur le marché pertinent, la cour d'appel a relevé que l'Autorité avait mis en lumière l'existence d'une « part importante de marché détenue par des opérateurs non identifiés » et que cette part devait être considérée comme étant « celle de l'autoconsommation » ; qu'en statuant ainsi, sans lever les incertitudes pesant sur la part de marché de la société Cegedim, et en livrant une analyse purement hypothétique de la part détenue par cette dernière et ses concurrents sur le marché pertinent, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

2°/ que c'est à l'autorité de poursuite qu'il appartient de démontrer que chacune des conditions nécessaires à la caractérisation d'un abus de position dominante sont réunies ; qu'en reprochant à la société Cegedim de ne produire aucun document permettant de vérifier ses parts de marché, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé

l'article 1315 du code civil ;

3°/ qu'un opérateur détient une infrastructure essentielle lorsqu'il exerce un quasi-monopole de fait ou de droit sur un bien indispensable pour l'accès à la clientèle et non reproductible par la concurrence dans des conditions économiquement raisonnables ; qu'en estimant que la société Cegedim était en situation de position dominante sur le marché des bases de données médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion de leurs visites médicales, au motif que « la puissance de marché de la société Cegedim résulte des qualités d'exhaustivité, de spécificité et de services offerts » et que la « constitution d'un fichier aussi exhaustif que celui de la société Cegedim réclame un investissement important qui doit être poursuivi par la suite pour la mise à jour constante et régulière du fichier () ce qui constitue une réelle barrière à l'entrée », tout en relevant que selon la décision de l'Autorité, la base de données OneKey ne présentait pas le caractère d'une facilité essentielle, la cour d'appel, qui ne pouvait dès lors retenir que la société Cegedim bénéficiait d'une position dominante compte tenu de l'exhaustivité de sa base et des coûts nécessaires pour élaborer une base équivalente, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, et a violé l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Motivation

Mais attendu qu'ayant relevé que la société Cegedim évaluait la part de marché de sa base de données à 22 % et celle des bases concurrentes à 6 % et qu'elle ne fournissait aucun chiffre pour les bases de données internes aux entreprises, l'arrêt retient que la part de marché détenue par des opérateurs non identifiés correspond à celle de l'autoproduction, constituée par les bases de données internes des entreprises, et ajoute, par des motifs non critiqués, que l'autoproduction ne doit pas être prise en compte dans le calcul des parts de marché ; qu'il en déduit que l'Autorité doit être approuvée en ce que, rapportant la part de 22 % à la totalité du marché composé de la base de données OneKey et des bases de données concurrentes, elle a chiffré à 78 % la part de marché de la société Cegedim ; qu'il ajoute que l'importance de cette part de marché est confortée par de nombreux autres éléments et notamment par les données qui figurent dans la décision de l'Autorité, dont il résulte que les plus grands laboratoires sont clients de la société Cegedim et utilisent son fichier OneKey, ainsi que par les informations que cette société a elle-même diffusées au public sur son site internet ; qu'il retient encore que la puissance de marché de la société Cegedim résulte également des qualités de la base de données Onekey, telles son exhaustivité et sa mise à jour quotidienne, lesquelles réclament un investissement important et continu, ce qui constitue une réelle barrière à l'entrée ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu déduire, sans inverser la charge de la preuve, que la société Cegedim se trouvait en position dominante sur le marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques, peu important que la base OneKey ne puisse pas être qualifiée d'infrastructure essentielle, faute de remplir les conditions particulières nécessaires à cette qualification ; que le moyen n'est pas fondé ;

Moyens

Sur le quatrième moyen du même pourvoi :

Attendu que la société Cegedim fait encore le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ qu'il n'y a en principe d'abus de domination qu'à condition qu'une partie justifiant d'une position dominante sur un marché abuse de cette situation pour recourir sur ledit marché à des pratiques considérées, en l'état du pouvoir dont elle dispose, comme abusives ; que les juges du fond ne peuvent sanctionner, sur le fondement des dispositions relatives aux abus de domination, un comportement adopté par une entreprise dominante mais produisant des effets sur un marché qu'elle ne domine pas qu'à charge de constater l'existence de « circonstances particulières » démontrant que les marchés en cause présentent des liens de connexité si étroits que la position dominante dont dispose l'entreprise

poursuivie sur le marché dominé lui permet d'exercer, sur le marché non dominé, un pouvoir équivalent à celui d'une entreprise dominante ; que pour caractériser ces circonstances particulières, le juge doit notamment tenir compte de la structure de la demande et de l'offre sur les marchés, des caractéristiques des produits, de l'utilisation par l'entreprise dominante de son pouvoir sur le marché dominé pour pénétrer sur le marché connexe, de la part de marché de l'entreprise dominante sur le marché non dominé et de l'étendue du contrôle du marché dominé par l'entreprise en question ; que pour démontrer l'absence de lien entre le marché des bases de données à destination des laboratoires pharmaceutiques et le marché des logiciels Z..., et démontrer qu'elle n'était pas placée en fait, sur le marché des logiciels Z..., dans une situation équivalente à celle qui serait celle d'une entreprise en position dominante, la société Cegedim faisait observer que les bases de données externes, qui correspondaient au segment de marché sur lequel elle intervenait, n'étaient pas nécessaires au fonctionnement des logiciels Z..., qu'aucune autre entreprise n'était présente sur les deux marchés, qu'une entreprise choisissait un logiciel de Z... pour les qualités propres de celui-ci, sa capacité à gérer les différents canaux d'information interne et de communication externe avec les clients, et que le nombre de clients utilisateurs de son logiciel de Z... baissait de façon continue depuis 2009, alors que sa part sur le marché des bases de données restait stable ; qu'en se bornant, pour conclure à l'existence d'un lien de connexité entre le marché des bases de données à destination des établissements pharmaceutiques et le marché des logiciels Z..., à relever qu'il existait un lien étroit entre ces marchés et qu'un logiciel Z... ne pouvait fonctionner sans base de données, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé les circonstances particulières démontrant qu'il existait un lien de connexité entre les deux marchés et que la société Cegedim disposait, du fait de son pouvoir sur le marché des bases de données à destination des laboratoires pharmaceutiques qu'elle dominait, d'un pouvoir de marché équivalent à celui d'une entreprise dominante sur le marché des logiciels Z..., n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

2°/ qu'en retenant l'existence d'un lien de connexité entre le marché des bases de données à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion de leurs visites médicales et le marché des logiciels Z..., au motif que lesdits logiciels ne pouvaient fonctionner sans base de données interne ou externe sans rechercher, comme elle y était invitée, si le fait que la société Cegedim ne commercialisait que des bases de données externes, dont elle constatait qu'elles n'étaient nullement nécessaires au fonctionnement des logiciels Z... et dont elle estimait du reste qu'elles ne représentaient en soi que 28 % du marché des bases de données à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion de leurs visites médicales, ne faisait pas obstacle à ce qu'il soit considéré, fût-ce au regard du simple critère du « lien fonctionnel », que la société Cegedim disposait, du seul fait de sa position dominante sur le marché des bases de données à destination des laboratoires pharmaceutique pour la gestion de leurs visites médicales, d'un pouvoir équivalent à celui d'une entreprise dominante sur le marché des logiciels Z..., la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Motivation

Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, qu'il était établi que la société Cegedim refusait de vendre sa base de données Onekey aux seuls utilisateurs actuels et potentiels de solutions logicielles commercialisées par la société Euris, cependant qu'elle acceptait de la vendre à des utilisateurs ayant recours à des logiciels concurrents, l'arrêt retient que ce refus discriminatoire a eu un effet anticoncurrentiel en créant, au préjudice de la société Euris, sans justification économique ou juridique, un désavantage en termes de coûts et d'image par rapport à l'ensemble de ses concurrents sur le marché des logiciels de gestion de la relation clients (logiciels Z...) dans le secteur de la santé, faussant ainsi le jeu de la concurrence sur ce marché ; qu'il ajoute que la société Cegedim n'est pas fondée à soutenir l'absence de lien de connexité entre le marché des bases de données d'informations médicales, sur lequel les pratiques abusives ont été commises, et celui des logiciels Z... dans le secteur de la santé, dès lors que ce lien se déduit de l'interdépendance fonctionnelle de ces logiciels et des bases de données, les logiciels Z... ne pouvant fonctionner sans base de données ; qu'en l'état de ces seules constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Moyens

Sur le cinquième moyen du pourvoi :

Attendu que la société Cegedim fait toujours le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que la légitime défense est un fait exonérateur de responsabilité en toute matière ; qu'il y a légitime défense lorsque la personne poursuivie adopte un comportement constitutif d'une infraction ou d'une faute, alors qu'elle pouvait « raisonnablement croire à l'imminence d'un péril » ; qu'en l'espèce, la société Cegedim faisait valoir que les refus de ventes qui lui étaient imputés ne pouvaient être qualifiés d'abus de position dominante dans la mesure où ces refus n'avaient aucune finalité ou objet anticoncurrentiel mais présentaient le caractère d'une mesure à caractère conservatoire, en l'état des soupçons sérieux de contrefaçon qui pesaient sur la société Euris ; que ces soupçons reposaient sur des éléments concordants et précis dont des témoignages émanant de plusieurs salariés de la société Euris elle-même ; qu'en estimant que les soupçons de la société Cegedim ne pouvaient justifier l'infraction au droit de la concurrence qui lui était reprochée, sans rechercher si, en l'état des éléments portés à sa connaissance, elle ne pouvait pas légitimement croire en l'existence d'un péril, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

2°/ que toute entreprise, fût-elle placée dans une position dominante, dispose, dans une mesure raisonnable, de la faculté d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses intérêts (CJCE, United Brands, 15 février 1978, aff 27/76) ; qu'en l'espèce, les soupçons de contrefaçon de la société Cegedim reposaient sur des éléments concordants et précis dont des témoignages émanant de plusieurs salariés de la société Euris elle-même ; que la société Cegedim faisait valoir que son dirigeant avait indiqué à l'association Santélyls, qui était la seule association vis-à-vis de laquelle elle reconnaissait avoir opposé un refus de vente, que cette suspension était purement conservatoire et qu'elle cesserait le jour même où elle serait judiciairement fixée sur le bien-fondé des soupçons qu'elle entretenait à l'égard de la société Euris ; qu'en retenant par principe qu'un soupçon de contrefaçon ne pouvait justifier un refus de vente, cependant qu'une réaction proportionnée, limitée dans le temps, justifiée par des soupçons parfaitement légitimes, et manifestant le seul souci d'une entreprise de défendre ses actifs incorporels, et non de renforcer une éventuelle position dominante par des moyens contraires à l'exercice d'une concurrence par les mérites, ne pouvait être qualifiée de pratique abusive, la cour d'appel a violé l'article L. 420-2 du code de commerce, ensemble le principe de proportionnalité ;

3°/ que la discrimination, constitutive d'un abus de position dominante au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce, consiste dans le fait de traiter différemment et sans motif légitime, deux ou plusieurs cocontractants placés dans une situation identique ; qu'en sanctionnant la société Cegedim, au motif que les soupçons formulés par celle-ci n'étaient pas de nature à justifier son comportement sur le marché des bases de données à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales, cependant que la nécessité de suspendre, à titre purement conservatoire, les ventes réalisées auprès des clients de la société Euris, pour des motifs tirés de l'existence de soupçons sérieux de contrefaçon, tout comme l'existence d'un litige commercial avec la société Euris constituaient des justes motifs de suspension des ventes en litige, la cour d'appel a violé l'article L. 420-2 du code de commerce, ensemble le principe de proportionnalité ;

Motivation

Mais attendu qu'après avoir relevé que la société Cegedim ne reconnaissait qu'un seul refus de vente, à l'égard de l'association Santélyls, qu'elle estimait justifié par les soupçons de contrefaçon qu'elle nourrissait à l'encontre de la société Euris, l'arrêt retient que la pratique mise en oeuvre par la société Cegedim ne s'est pas limitée à ce seul refus mais s'est inscrite dans le cadre d'une stratégie commerciale consistant à opposer à tous les utilisateurs, actuels et potentiels, du logiciel de la société Euris un refus d'accès à la base de données OneKey ; qu'en l'état de ces constatations

et appréciations qui rendaient inopérant le moyen, soutenu devant elle, tiré du caractère légitime et proportionné du seul et unique refus de vente reconnu par la société Cegedim, la cour d'appel a pu retenir, sans avoir à effectuer d'autres recherches, que les pratiques mises en oeuvre par cette société, qui ne s'étaient pas limitées à ce seul refus, constituaient des pratiques discriminatoires qui allaient au-delà de la défense légitime de ses droits et procédaient d'une exploitation abusive de sa position dominante, cependant que les soupçons sur d'éventuelles pratiques de contrefaçon ne pouvaient la conduire qu'à introduire les actions judiciaires prévues pour la protection de ses droits, ce qu'elle avait d'ailleurs fait ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Moyens

Et sur le sixième moyen :

Attendu que la société Cegedim fait grief à l'arrêt du montant de la sanction infligée alors, selon le moyen :

1°/ que les sanctions pécuniaires doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés à l'entreprise poursuivie, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération des pratiques prohibées ; que ces sanctions doivent être déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; que la détermination du dommage causé à l'économie implique, a minima, une définition du marché affecté par les pratiques contestées ; qu'en confirmant la sanction prononcée par l'Autorité, tout en concédant que le marché des logiciels Z... pour le secteur de la santé, marché qui aurait été affecté par les pratiques imputées à la société Cegedim, n'avait pu être délimité, la cour d'appel, qui a validé une évaluation arbitraire de la sanction infligée à la société Cegedim, sanction qui ne pouvait en l'état être proportionnée au dommage effectivement causé à l'économie par les pratiques qui lui étaient imputées, a violé l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble le principe de l'individualisation des peines ;

2°/ que s'il peut être tenu compte de la durée de l'infraction pour quantifier la sanction infligée à une entreprise poursuivie pour s'être livrée à des pratiques anticoncurrentielles en ce qu'il s'agit d'un critère permettant de mesurer la gravité de l'infraction et le dommage causé par celle-ci à l'économie, il ne peut être tenu compte que de la durée effective de l'infraction, c'est-à-dire de la période pendant laquelle celle-ci a effectivement produit ses effets ; qu'en matière de refus de vente discriminatoire, le point de départ des pratiques contestées doit ainsi être fixé à la date du premier refus discriminatoire ou de tout acte positif ayant porté à la connaissance du marché la mise en place d'une pratique de refus de vente discriminatoire ; qu'en l'espèce, la société Cegedim faisait valoir, sans être contredite, que le premier refus de vente que les autorités de poursuites avaient établi datait du 15 mai 2009 ; qu'en fixant, à l'instar de l'Autorité de la concurrence, la date de début des pratiques en octobre 2007, soit à la date à laquelle la société Cegedim avait introduit son action en contrefaçon, sans constater qu'à compter de cette date la société Cegedim avait effectivement opposé des refus de vente aux clients de la société Euris ou que le marché avait pris connaissance d'une pratique mise en place par la société Cegedim, et qu'ainsi, à compter de cette date, les pratiques imputées à la société Cegedim avaient commencé à produire leurs effets, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

3°/ que les juges sont tenus de s'expliquer sur l'ensemble des circonstances de nature à modérer la gravité de l'infraction imputée à l'entreprise poursuivie ou le dommage que celle-ci aurait causé à l'économie ; qu'en infligeant à la société Cegedim une sanction pécuniaire de pas moins de 5 767 000 euros sans le moindre égard au fait que la réaction de la société Cegedim avait pour seul objet de défendre ses actifs incorporels, dont elle pouvait légitimement croire qu'ils étaient menacés, et non de renforcer sa position dominante, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble les principes d'individualisation et de proportionnalité des peines ;

Motivation

Mais attendu, d'une part, qu'ayant constaté que le marché affecté par les pratiques était celui des logiciels Z... pour le secteur de la santé, la cour d'appel a pu retenir, comme assiette de la sanction, la valeur des ventes réalisées par la société Cegedim sur ce marché, peu important que le marché des logiciels Z... pour le secteur de la santé n'ait pas pu être délimité de façon exacte aux fins d'appréciation d'une éventuelle position dominante de la société Cegedim ;

Attendu, d'autre part, que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve qui lui étaient soumis que la cour d'appel a retenu, par motifs adoptés, en se fondant sur les propres déclarations de la société Cegedim, que le refus d'accès de la base de données OneKey avait débuté avec l'ouverture du contentieux en contrefaçon, soit en octobre 2007 ;

Et attendu, enfin, que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la proportionnalité de la sanction que la cour d'appel, devant laquelle aucune circonstance susceptible d'entraîner une modération de la sanction n'était invoquée, a approuvé la détermination de la sanction effectuée par l'Autorité ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le premier moyen du pourvoi principal ni sur les deux moyens du pourvoi incident, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Dispositif

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois principal et incident ;

Condamne la société Cegedim aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer au président de l'Autorité de la concurrence la somme de 3 000 euros et rejette les autres demandes ;

Vu l'article R. 470-2 du code de commerce, dit que sur les diligences du directeur de greffe de la Cour de cassation, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception, à la Commission européenne, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'économie ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt et un juin deux mille dix-sept.

Moyens annexés

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits AU POURVOI PRINCIPAL par la SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, avocat aux Conseils, pour la société Cegedim.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

(sur le principe du contradictoire)

1. Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société Cegedim à l'encontre de la décision de l'Autorité de la Concurrence ayant dit établi que la société Cegedim a enfreint les dispositions des articles 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et L. 420-2 du code de commerce en mettant en oeuvre, entre octobre 2007 et avril 2013, sur le marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales, un abus de position dominante caractérisé par le refus discriminatoire de vendre sa base de données OneKey aux seuls utilisateurs actuels et potentiels de solutions logicielles commercialisées par Euris, ayant condamné la société Cegedim à une sanction pécuniaire de 5.767.000 euros et ayant enjoint à la société Cegedim de ne pas opérer pour le futur de discriminations entre ses clients sur la base du choix du logiciel de Z..., d'AVOIR rejeté l'ensemble des demandes de la société Cegedim, et d'AVOIR condamné celle-ci au paiement d'une somme de 30.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

AU MOTIF QUE : « L'affaire a été communiquée au ministère public, représenté lors des débats par Mme Madeleine Guidoni, Avocate Générale, qui a fait connaître son avis » ;

ALORS QUE si, dans le cadre du contentieux des pratiques anticoncurrentielles, le ministère public peut formuler un avis écrit, c'est à la condition qu'il soit constaté que les parties à l'instance ont eu connaissance de cet avis et ont pu en débattre ; que la régularité de la procédure postule que l'on puisse constater que cette formalité a été respectée ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel se borne à constater que « l'affaire a été communiquée au ministère public, représenté lors des débats par Mme Madeleine Guidoni, Avocate Générale, qui a fait connaître son avis » ; qu'en se prononçant ainsi par une mention qui ne permet pas de savoir si l'avis du ministère public a été simplement oral ou si ce dernier a par ailleurs déposé des conclusions écrites, soit à l'audience, soit avant celle-ci, et si, dans cette dernière hypothèse, les parties ont eu la possibilité d'y répondre, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 16 du code de procédure civile, ensemble l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

(sur la détermination du marché et l'absence de position dominante sur le marché sur lequel les pratiques dénoncées ont été constatées)

2. Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société Cegedim à l'encontre de la décision de l'Autorité de la Concurrence ayant dit établi que la société Cegedim a enfreint les dispositions des articles 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et L. 420-2 du code de commerce en mettant en oeuvre, entre octobre 2007 et avril 2013, sur le marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales, un abus de position dominante caractérisé par le refus discriminatoire de vendre sa base de données OneKey aux seuls utilisateurs actuels et potentiels de solutions logicielles commercialisées par Euris, ayant condamné la société Cegedim à une sanction pécuniaire de 5.767.000 euros et ayant enjoint à la société Cegedim de ne pas opérer pour le futur de discriminations entre ses clients sur la base du choix du logiciel de Z..., d'AVOIR rejeté l'ensemble des demandes de la société Cegedim, et d'AVOIR condamné celle-ci au paiement d'une somme de 30.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE : « La société Cegedim oppose que la décision ne fournit aucune explication sur les délimitations du marché pertinent sur lequel elle détiendrait une position dominante. Elle fait valoir que la définition adoptée, extrêmement étroite, ne va pas de soi et que, de plus, les termes de la définition du marché varient à plusieurs reprises dans les développements de la décision. La décision a précisé au paragraphe 90 que le marché sur lequel les pratiques en cause avaient été mises en oeuvre était celui des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales. Elle a repris en cela le marché circonscrit dans la notification de griefs et énoncé dans la rédaction même du grief qui a été notifié à la société requérante. Les éléments du dossier montrent, sans que cela soit d'ailleurs contesté, qu'il existe de la part des laboratoires pharmaceutiques une demande spécifique de données relatives aux noms, adresses et spécialités des médecins prescripteurs de médicaments ou de produits relatifs à la santé, afin de connaître quels sont les médecins qui prescrivent leurs médicaments et les zones géographiques les plus concernées par leurs propres offres, ce qui leur permet d'entrer en contact avec ces

professionnels pour leur faire connaître leurs médicaments et produits. Ces informations qui répondent à un besoin particulier et propre aux laboratoires pharmaceutiques leur sont indispensables pour connaître les besoins de leur clientèle. Elles ne peuvent être substituées par d'autres informations portant, par exemple, sur un ou plusieurs autres secteurs d'activités, qui ne seraient d'aucune utilité pour les laboratoires. Il ressort également des éléments du dossier qu'à cette demande spécifique et non substituable répond une offre de fourniture de ces informations, qui émane de divers acteurs, dont la société Cegedim. La rencontre de cette offre et de cette demande portant sur des produits spécifiques non substituables constitue bien, sans qu'il soit nécessaire de recourir à des tests quantitatifs, un marché pertinent. Il est indifférent à cet égard que la notion de laboratoire pharmaceutique ne fasse pas l'objet d'une définition juridique ou économique précise, de même que les circonstances, invoquées par la société Cegedim, et selon lesquelles le seul refus de prestation caractérisé par la décision n'aurait pas concerné un laboratoire pharmaceutique, ou que parmi les quatre clients revendiqués par la société Euris, un seul répondrait à cette qualification, ou, enfin, que Cegedim aurait de nombreux clients qui ne relèveraient pas de ce statut. En effet, ces circonstances ne pourraient concerner que l'appréciation de l'existence d'une position dominante ou d'un abus, mais nullement le périmètre du marché pertinent. Par ailleurs, le fait que, dans la décision critiquée, l'Autorité ait utilisé la désignation plus restreinte de « marché des bases de données » ou de « marché des bases de données médicales » ou encore de « marché des bases de données spécialisées dans le secteur de la santé » résulte de façon évidente d'une recherche de simplification de l'expression, mais ne témoigne pas d'une modification du marché pertinent, ou d'errements dans sa définition, ou encore d'une indécision de l'Autorité sur ce point. C'est donc à juste titre que l'Autorité de la concurrence a retenu que le marché pertinent était celui des bases de données d'informations » ;

ET QUE : « Il résulte de ce qui précède que l'Autorité de la concurrence était fondée à retenir que la société Cegedim se trouvait en position dominante sur le marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales et que les moyens développés par la société Cegedim pour contester cette analyse doivent être rejetés ».

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE : « L'analyse des pratiques en cause au regard des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce nécessite, au préalable, de définir le ou le(s) marché(s) pertinent(s) et de déterminer la position du groupe Cegedim sur ce ou ces marché(s). Dans sa communication n° 97/C 372/03 du 9 décembre 1997 sur la définition du marché en cause, la Commission européenne a rappelé que le marché de produits « comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés » (JOCE C-372 du 9 décembre 1997, p. 5, point 7). Suivant la même approche, l'Autorité a rappelé que « le marché est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande de produits ou de services spécifiques, considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux, mais non substituables aux autres biens et services offerts » (voir par exemple la décision n° 13-D-21 du 18 décembre 2013 relative à des pratiques mises en oeuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville, point 319 et, dans le même sens, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 juin 1992, Compagnie générale de vidéocommunication). a) Dimension matérielle Le marché sur lequel les comportements dénoncés s'exercent est celui des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales. Ces bases de données, qui sont nécessaires à l'utilisation des logiciels Z... par ces laboratoires, peuvent être achetées séparément ou avec un logiciel. Ce marché est connexe de celui des logiciels Z... dans le secteur d'activité de l'industrie de la santé. b) Dimension géographique Le marché géographique pertinent pour les bases de données doit être considéré comme celui du territoire national, étant donné que Cegedim, pour rattacher à un secteur géographique les professionnels de santé répertoriés dans OneKey, utilise les UGA mises en place par le GERS pour le traitement et l'analyse des données relatives aux ventes de médicaments en France. Par ailleurs, le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont constamment considéré que le marché de la vente des médicaments était national (voir en ce sens la décision n° 10-D-16 du 17 mai 2010 relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Sanofi-Aventis France).. En ce qui concerne le marché des logiciels Z..., la dimension géographique du marché peut déborder le cadre national. Toutefois, la délimitation exacte de ce marché peut être laissée ouverte dans la mesure où les résultats de l'analyse ne changent pas. 2. LA POSITION DU GROUPE CEGEDIM SUR LES MARCHÉS PERTINENTS a) Les éléments fournis par Cegedim L'estimation initiale fournie par Cegedim. Cegedim a communiqué en début de procédure une estimation de ses parts de marché bases de données (OneKey) et Z... dans le monde, en Europe et en France, ainsi que de celles de ses concurrents, pour les années 2008 et 2009. Ces estimations sont contenues dans les tableaux ci-après () En ce qui concerne les logiciels Z..., il ressort des différents documents publics de Cegedim que : - ces chiffres

concernent uniquement les Z... dans le secteur de la santé (voir notamment rapport annuel 2009 de Cegedim, page 10, rapport annuel 2010, page 10) ; - ces chiffres sont des estimations en volume, sur la base du nombre de visiteurs médicaux utilisateurs (voir notamment rapport annuel 2009, page 10, et présentation des résultats 2011, page 6) ; Les éléments communiqués par Cegedim à la suite du renvoi à l'instruction sur le nombre de laboratoires. Dans un courrier du 2 décembre 2011, Cegedim évalue à cette date le nombre de ses clients, en y incluant les clients ponctuels, à 191, et le nombre de laboratoires pharmaceutiques à 633. Sur ces bases, sa part de marché OneKey en France serait de 30,17 %. Dans le même courrier, Cegedim souligne que compte tenu de la jurisprudence qui écarte du calcul de la part de marché l'autoconsommation que représentent les bases de données internes, il est probable qu'elle disposerait d'une part de marché plus élevée que les 22 % estimés en 2009 » ;

ET QUE : « vu de l'ensemble de ce qui précède, Cegedim est avec OneKey en situation de position dominante sur le marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques et des visiteurs médicaux » ;

1°/ ALORS QUE la caractérisation d'une pratique d'abus de position dominante impose à l'Autorité de la concurrence puis, le cas échéant, à la Cour d'appel, d'établir la position dominante de l'entreprise poursuivie sur le marché sur lequel les pratiques contestées ont été commises ; que la notion de marché s'entend du lieu où se rencontrent une offre et une demande de biens ou de services ; qu'en l'espèce, la société Cegedim faisait valoir que le marché sur lequel les pratiques qui lui étaient imputées auraient été constatées ne pouvait, comme l'avait retenu l'Autorité, être limité de façon aussi excessivement étroite au marché des « bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales », pour cette raison simple qu'à l'exception d'une seule société, aucun des professionnels auxquels elle aurait fautivement refusé l'accès à sa base de données n'avait le statut de laboratoires pharmaceutiques (conclusions, p. 12s.) ; qu'il en résultait que la base de données « One Key » n'était pas une base à destination des seuls laboratoires pharmaceutiques et, surtout, que les pratiques dénoncées, à les supposer caractérisées, ne pouvaient avoir été constatées que sur un marché plus large que celui des seules « bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales » ; qu'en estimant que cette circonstance était indifférente pour la définition du marché pertinent et qu'il devait simplement en être tenu compte pour apprécier l'existence d'un « abus » ou pour apprécier la « position dominante » de la société Cegedim sur le marché des « bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales », cependant qu'elle démontrait que la base de données « One Key » n'était pas une base de données à seule destination des laboratoires pharmaceutiques et que les pratiques avaient été commises sur un marché plus large à l'intérieur duquel s'échangeait la base de données « One Key », la Cour d'appel a violé l'article L 420-2 du code de commerce ;

2°/ ALORS EN OUTRE QU'en refusant de tenir compte de cette circonstance, alors qu'elle faisait elle-même de la nature de l'activité du destinataire (« bases de données à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales ») un élément de détermination du périmètre du marché, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article L 420-2 du code de commerce.

3°/ ALORS ENFIN QUE la détermination précise du marché pertinent est un préalable nécessaire pour apprécier et discuter l'existence d'une position dominante qui serait détenue par l'entreprise poursuivie sur ledit marché, l'éventuelle connexité entre les marchés en cause, et quantifier le dommage causé à l'économie par les pratiques contestées ; qu'en l'espèce, la société Cegedim faisait valoir qu'il était impossible de connaître l'étendue du marché pertinent dans la mesure où aucune définition de la notion de « laboratoire pharmaceutique » n'avait été donnée par l'Autorité ; que la Cour d'appel s'est elle-même refusée à toute définition de cette notion, laissant ainsi planer le doute sur le délimitation du marché effectivement retenue ; qu'en statuant ainsi la Cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L 420-2 du code de commerce.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

(sur la position dominante)

3. Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société Cegedim à l'encontre de la décision de l'Autorité de la Concurrence ayant dit établi que la société Cegedim a enfreint les dispositions des articles 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et L. 420-2 du code de commerce en mettant en oeuvre, entre octobre 2007 et avril 2013, sur le marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales, un abus de position dominante caractérisé par le refus discriminatoire de vendre sa base de données OneKey aux seuls utilisateurs actuels et potentiels de solutions logicielles commercialisées par Euris, ayant condamné la société Cegedim à une sanction pécuniaire de 5.767.000 euros et ayant enjoint à la société Cegedim de ne pas opérer pour le futur de discriminations entre ses clients sur la base du choix du logiciel de Z..., d'AVOIR rejeté l'ensemble des demandes de la société Cegedim, et d'AVOIR condamné celle-ci au paiement d'une somme de 30.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE : « La société Cegedim reproche à la décision attaquée de ne comporter aucune donnée tangible de parts de marché et d'avoir retenu que puisqu'elle ne rapportait pas d'éléments permettant d'identifier les détenteurs de plus des deux tiers du marché, la part de marché non identifiée pouvait être considérée comme celle des bases de données internes aux laboratoires. La société requérante fait valoir sur ce point, d'une part, que la rapporteure du dossier, qui avait tout d'abord conclu à l'absence de position dominante, a, sans aucun élément nouveau, adopté une analyse totalement contraire deux années plus tard, d'autre part, qu'il appartenait à l'Autorité, alors que l'instruction avait duré six années, de produire une véritable analyse des parts de marché des différents opérateurs actifs sur celui-ci. Il convient sur ce point de rappeler que l'existence d'une position dominante correspond à une situation de puissance économique qui donne à l'entreprise qui la détient le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable à l'égard de ses concurrents et de ses clients (CJUE 17 -02- 2011, C-52/09 aff. TeliaSonera Sverige, point 79). Il se déduit de cette définition que si la détention d'une part de marché importante constitue un critère de détermination de l'existence d'une position dominante, ce quantum n'est pas le seul élément à prendre en compte. En conséquence, les incertitudes sur le montant exact de la part du marché pertinente détenue par l'entreprise en cause peuvent être compensées par d'autres indices, dès lors que l'ensemble des éléments relevés permet de conclure que celle-ci peut faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur ce marché, sa situation lui donnant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable à l'égard de ses concurrents et de ses clients. En l'espèce, l'Autorité de la concurrence après avoir, à juste titre, précisé que l'autoproduction, constituée par les bases de données internes des entreprises, ne devait pas être prise en compte dans le calcul des parts de marché, a retenu que la part de 22 à 23 % du marché national, ou de 30,17 % du marché européen, que se reconnaissait la société Cegedim, devait être réévaluée en déduisant du total des parts de marché ce que représentait la part de l'autoconsommation. Elle a relevé à ce sujet que l'analyse des données dont elle disposait faisait apparaître une part importante du marché détenue par des opérateurs non identifiés, part qu'elle a considérée comme étant celle de l'autoconsommation, et a ensuite procédé à l'estimation du marché en le réduisant de la part non détenue par la société Cegedim ou ses concurrents. Ainsi, en recalculant la part de cette dernière sur un marché quantifié au regard du total de sa part (22 %) et de celle de ses concurrents (6%), l'Autorité de la concurrence a considéré que la part détenue par la société en cause était de 78 %. L'importance de cette part de marché est confortée par les données du tableau figurant dans la décision au paragraphe 69 et qui permettent de constater que les plus grands laboratoires, parmi lesquels Abbott, Astra Zeneca, Bristol Myers Squibb, Expanscience, Meda Pharma, Glaxo Smith Kline, Sanofi Winthrop et Lilly, sont clients de la société Cegedim et utilisent le fichier OneKey sous cette désignation, ou son ancienne dénomination TVF (par. 26). Elle est confirmée par le rapport Xerfi, produit par la société Cegedim, qui précise en page 168 que celle-ci « (...) occupe une position concurrentielle très forte au niveau international dans les bases de données marketing (...) ». L'ensemble de ces éléments d'appréciation de la part du marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires détenue par la société Cegedim est encore conforté par les informations qu'elle a elle-même diffusées au public dans les présentations de son site Internet qui précisaient en 2005 et 2006 qu'elle détenait avec OneKey et le logiciel Teams une part de marché de 80 %. La société Cegedim qui soutient que cette information destinée à la valoriser sur son site Internet doit être relativisée, n'apporte aucun élément qui permettrait d'attester son caractère erroné. Enfin le graphique reproduit par elle en page 32 de son mémoire initial permet de constater que le nombre d'utilisateurs de la base Onekey est bien supérieur au nombre de ses clients tous produits confondus et que la part de 80 % sus-énoncée est davantage celle de la base de données que celle du logiciel, puisque le schéma produit indique que les utilisateurs de la base de données sont au nombre de 140 000 et ceux des solutions de Cegedim de 43 000, soit trois fois moins. La société Cegedim reproche à l'Autorité de ne pas avoir accompli de recherches supplémentaires pour obtenir des données relatives aux parts de

marché et cite à ce sujet plusieurs entreprises dont elle aurait donné les noms dans le cours de l'enquête et qui lui opposeraient une pression concurrentielle. Elle ne soutient cependant pas que la part cumulée de ces concurrents serait supérieure aux 6 % qu'elle a elle-même communiqués et retenus par la décision et ne produit aucun élément qui permettrait à la cour de vérifier ce point. En outre, la puissance de marché de la société Cegedim résulte des qualités d'exhaustivité de spécificité et de services offerts, détaillés au paragraphe 119 de la décision, de sa base de données Onekey qui, ainsi que l'a relevé l'Autorité (Paragraphe 28 et s.), est disponible dans plus de 70 pays, a dépassé, début 2012, le seuil de huit millions de professionnels de santé, compte 160 000 utilisateurs dans le monde et est quotidiennement mise à jour par plus de 650 collaborateurs présents dans chaque pays, le fichier étant structuré en individus et unités de soins, mentionnant, notamment, les noms, les spécialités et les coordonnées des personnes ainsi que leurs habitudes concernant les visites médicales, ou bien encore les horaires des activités et les modes d'exercice de la profession. De plus, si le marché est accessible pour les nouveaux entrants, il n'en demeure pas moins que la constitution d'un fichier aussi exhaustif que celui de la société Cegedim réclame un investissement important qui doit être poursuivi par la suite pour la mise à jour constante et régulière du fichier, évaluée par son dirigeant dans une fourchette de un à trois millions d'euros, ce qui constitue une réelle barrière à l'entrée. S'agissant des difficultés d'accès au marché, c'est à juste titre que l'Autorité de la concurrence a retenu dans sa démonstration les indications contenues dans le document de référence pour 2013 de la société Cegedim, selon lesquelles « (...) La création d'une base de données sur un nouveau marché est longue, difficile et coûteuse » et Onekey « (...) est probablement la référence du secteur pharmaceutique quant au nombre de pays couverts, au volume de données saisies et au nombre d'utilisateurs (...) ». Il ne peut sur ce point être reproché à l'Autorité d'avoir retenu dans le faisceau d'indices ces observations qui sont confirmées par les éléments descriptifs de la base de données en cause et ne revêtent en conséquence pas un caractère particulièrement dithyrambique qu'il conviendrait de relativiser. La description de la base de données Médibase, exploitée initialement par la société Euris, comme étant, par ses qualités, concurrente de la base OneKey ne sont, en outre, pas de nature à contredire la position dominante occupée par la société Cegedim, dès lors que la qualification d'une telle position ne réclame pas que la société qui la détient se trouve en situation de monopole ou qu'elle n'ait aucun concurrent réel. Par ailleurs, la déclaration du dirigeant de la société Cegedim selon laquelle si celle-ci détenait une part de marché permettant en principe de présumer l'existence d'une position dominante, « (...) sa situation ne [lui] donne pas pour autant (...) la possibilité de s'abstraire des conditions de concurrence du marché (...) » est contredite par les qualités de la base de données qui en font un produit de référence, ainsi que les barrières à l'entrée précédemment relevées, mais encore par le constat, déjà mentionné, que les plus grands laboratoires utilisent la base de données en cause. L'existence d'une position dominante sur un marché n'exige pas, ainsi qu'il a été relevé ci-dessus, que l'entreprise qui la détient ne soit pas concurrencée sur son marché et il est indifférent à ce sujet que la base OneKey n'ait pas été qualifiée d'infrastructure essentielle, dès lors que cette qualification est soumise à des conditions particulières et précises, non remplies en l'espèce, selon la décision. Enfin, la concurrence éventuelle à la base Onekey que pourrait apporter le « répertoire partagé de professionnels de santé » institué par les pouvoirs publics français en février 2009 démontre seulement que d'autres fichiers d'informations médicales peuvent être constitués, mais nullement que la société Cegedim ne pourrait pas, compte tenu de l'ensemble des éléments qui ont été précédemment relevés, adopter un comportement indépendant vis-à-vis de ses concurrents ou de ses clients. À ce sujet, encore, le fait que la société Cegedim ait perdu des clients entre 2009 et 2014 n'est pas de nature, à lui seul et sans autre explication, à démontrer qu'elle n'aurait pas été en position dominante pendant la durée des pratiques. La cour relève d'ailleurs sur ce point que les données qu'elle produit dans son mémoire initial permettent de constater que le nombre d'utilisateurs de la base Onekey est resté durant ces années d'une grande stabilité passant d'un peu plus de 20 000 en janvier 2008 à 20 000 en janvier 2014. Il est par ailleurs notable qu'en présence de nouveaux produits de Z... concurrents du sien, la courbe des utilisateurs du fichier OneKey demeure particulièrement stable ce qui contribue à démontrer sa dominance sur ce marché, indépendamment de sa situation sur les marchés de logiciels de Z.... Il résulte de ce qui précède que l'Autorité de la concurrence était fondée à retenir que la société Cegedim se trouvait en position dominante sur le marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales et que les moyens développés par la société Cegedim pour contester cette analyse doivent être rejetés ».

ET QUE : « L'existence d'une position dominante sur un marché n'exige pas, ainsi qu'il a été relevé ci-dessus, que l'entreprise qui la détient ne soit pas concurrencée sur son marché et il est indifférent à ce sujet que la base OneKey n'ait pas été qualifiée d'infrastructure essentielle, dès lors que cette qualification est soumise à des conditions particulières et précises, non remplies en l'espèce, selon la décision. »

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE : « LA POSITION DU GROUPE CEGEDIM SUR LES MARCHÉS PERTINENTS a) Les éléments

fournis par Cegedim L'estimation initiale fournie par Cegedim. Cegedim a communiqué en début de procédure une estimation de ses parts de marché bases de données (OneKey) et Z... dans le monde, en Europe et en France, ainsi que de celles de ses concurrents, pour les années 2008 et 2009. Ces estimations sont contenues dans les tableaux ci-après.

Tableau n° 1 : marché des bases de données médicales

Types bases de données
Parts de marché bases de données santé
(estimation années 2008 et 2009)

Monde
Europe
France

Base de données Onekey

36 %
42-43 %
22-23 %

Bases de données sociétés locales

29 %
5 %
6 %

Bases de données internes

35 %
33 %
N.C.

Le tableau n° 1 estime les parts de marché pour l'intégralité du marché mondial (100 %) mais ne fournit que 81 % du marché européen, sans expliquer à quel type d'opérateur reviendraient les 19 % non attribués sur le marché européen. De même, sur le marché français, au-delà des 29 % de parts de marché attribués à OneKey et aux bases de données des sociétés locales, aucune indication n'est fournie. Il importe de relever que, pour compter les clients OneKey, seuls les abonnements destinés aux forces de ventes, hors achat ponctuel par les laboratoires, ont été retenus

Tableau n° 2 : marché des logiciels relation clients

Parts de marché Z...
(estimation années 2008 et 2009)

Monde
Europe
France

2008
2009
2008
2009
2008
2009

Cegedim
35 %
34-35 %
20 %

Oracle (Siebel)
21 %
23 %
26 %
28 %
21 %
21 %

Autres (Microsoft, SAP et solutions internes)
38 %
38 %
30 %
30 %
7 %
7 %

En ce qui concerne les logiciels Z..., il ressort des différents documents publics de Cegedim que : - ces chiffres concernent uniquement les Z... dans le secteur de la santé (voir notamment rapport annuel 2009 de Cegedim, page 10, rapport annuel 2010, page 10) ; - ces chiffres sont des estimations en volume, sur la base du nombre de visiteurs médicaux utilisateurs (voir notamment rapport annuel 2009, page 10, et présentation des résultats 2011, page 6) ; Les éléments communiqués par Cegedim à la suite du renvoi à l'instruction sur le nombre de laboratoires 98. Dans un courrier du 2 décembre 2011, Cegedim évalue à cette date le nombre de ses clients, en y incluant les clients ponctuels, à 191, et le nombre de laboratoires pharmaceutiques à 633. Sur ces bases, sa part de marché OneKey en France serait de 30,17 %. Dans le même courrier, Cegedim souligne que compte tenu de la jurisprudence qui écarte du calcul de la part de marché l'autoconsommation que représentent les bases de données internes, il est probable qu'elle disposerait d'une part de marché plus élevée que les 22 % estimés en 2009. b) Appréciation de l'Autorité. La jurisprudence, tant interne que communautaire (arrêt 13 février 1979, Cour de justice des communautés européennes, Hoffmann La Roche, affaire 85/76), définit la position dominante comme étant la situation dans laquelle une entreprise est susceptible de s'abstraire des conditions du marché et d'être en mesure d'agir sans tenir compte du comportement et de la réaction de ses concurrents. La détention par une entreprise d'une part de marché importante constitue le premier critère pour apprécier l'existence d'une situation de position dominante : « Il ne saurait faire de doute, pour un opérateur

économique avisé, que la possession de parts de marché importantes, si elle n'est pas nécessairement et dans tous les cas le seul indice déterminant de l'existence d'une position dominante, a cependant à cet égard une importance considérable qui doit nécessairement être prise en considération par lui en ce qui concerne son comportement éventuel sur le marché » (arrêt Hoffmann La Roche, précité).. Une telle position peut également résulter de différents facteurs caractérisant le marché lui-même ou l'entreprise, comme la détention d'un monopole légal ou de fait sur une activité. Elle peut aussi résulter de l'appartenance à un groupe de grande envergure, de la faiblesse des concurrents, de la détention d'une avance technologique ou d'un savoir-faire spécifique. Sur le marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales Les parts de marché à prendre en compte. Concernant les bases concurrentes de OneKey, Cegedim estimait à 6 % leur part du marché en 2009, et mentionnait l'existence de bases de données internes développées par les laboratoires, sans quantifier leur importance sur le marché (voir le tableau n° 1 ci-dessus).

S'agissant de l'existence de ces bases internes, il est de jurisprudence constante que les biens et services produits par une entreprise pour sa propre consommation ne font pas partie du marché pertinent, tel que défini par les autorités de concurrence pour apprécier les éventuelles pratiques anticoncurrentielles.. Le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de rappeler ce principe dans sa décision n° 06-D-18 du 28 juin 2006, relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la publicité cinématographique : « si les biens et services ne sont pas offerts, il n'y a pas de marché. Ainsi, les biens et services produits par une entreprise pour sa propre consommation ne font pas partie du marché ». La position ainsi énoncée reprend une jurisprudence établie de longue date, que ce soit au plan national avec l'arrêt Transpac de la cour d'appel de Paris du 19 mai 1998 : « L'autoproduction n'est pas, selon la jurisprudence communautaire, un service offert sur le marché de sorte qu'il ne présente pas une alternative pour le client » ou par la Cour de justice européenne (voir notamment l'arrêt A... Can du 21 février 1973). S'agissant de la présente affaire, l'Autorité de la concurrence a ainsi précisé dans sa décision précitée n° 11-S-02 que les bases de données qui seraient construites par les laboratoires eux-mêmes doivent « être considérées comme de l'autoproduction » et ne peuvent donc pas être incluses dans le marché. Dans ses estimations de la répartition du marché entre les différentes bases de données médicales pour la France, Cegedim évalue la part de marché de OneKey à 22-23 % (voir le tableau 1 ci-dessus) ou à 30,17 % et celle des bases concurrentes à 6 %, mais ne donne aucun chiffre pour les bases de données internes aux laboratoires. Deux éléments doivent à cet égard être soulignés : d'une part, Cegedim s'avère capable d'évaluer la part de marché de ces bases internes en Europe, qu'elle chiffre à 33 %, mais ne donne pas de chiffre pour la France et, d'autre part, elle reconnaît à ses concurrents une part de marché de 5 % en Europe et de 6 % pour la France. Les chiffres communiqués par Cegedim pour le marché français ne permettent pas, en conséquence, d'identifier les détenteurs de plus des deux tiers du marché. Néanmoins, en l'absence d'autre explication, la part du marché non identifiée par Cegedim peut être considérée comme couverte par les bases de données internes aux laboratoires. Dès lors, en excluant cette autoproduction, comme le demande la jurisprudence, la part de marché détenue par Cegedim avec OneKey est bien supérieure aux estimations de 22 à 23 % ou 30,17 %, qui sont avancées par Cegedim dans les documents figurant au dossier. Ainsi, en prenant en compte l'estimation la plus réduite fournie par Cegedim, c'est-à-dire 22 %, et en la rapportant à la totalité du marché composé de Onekey et des bases de données concurrentes, c'est-à-dire 28 %, la part de marché de Cegedim peut être estimée à 78 %. Cette part de marché est également importante de manière relative, c'est-à-dire comparée à celle des autres concurrents. Ainsi, même à supposer que l'un de ces concurrents soit sensiblement plus important que les autres, voire représente la totalité des 22 % ne relevant pas de Cegedim, Cegedim aurait une part de marché trois fois plus élevée. Par ailleurs, l'estimation fournie par Cegedim est établie en nombre de clients, et non en termes de chiffre d'affaires. Or il apparaît que les grands laboratoires sont quasi systématiquement clients de OneKey. Dans le tableau figurant au paragraphe 72, on observe que sont notamment clients de Cegedim les laboratoires Abbott, Astra Zeneca, BMS, GSK, Pfizer, Lily, Smith et Nephew, Sanofi Aventis, Novartis, Roche, Teva, D... . La part de marché figurant ci-dessus apparaît dans ces conditions comme un minorant de la part de marché réellement détenue. Cegedim estime le raisonnement précédent insatisfaisant et considère qu'« il serait prudent de ne pas avancer de chiffres aussi élevés sans avoir d'éléments qui permettent de les justifier avec certitude ». Cependant, Cegedim n'apporte aucun élément, chiffré ou non, permettant d'infirmer l'analyse de sa part de marché telle qu'elle a été présentée et qui s'appuie sur les chiffres fournis par Cegedim elle-même. A cet égard, lors de son audition en date du 23 novembre 2011, le senior vice-président Z... Solutions de la société Cegedim SA a déclaré que « Cegedim ne conteste pas, et n'a d'ailleurs jamais contesté qu'elle dispose d'une part de marché qui permet en principe de présumer l'existence d'une position dominante ». Les autres éléments à retenir. L'appréciation de détention d'une position dominante ne se limite néanmoins pas à l'importance de la part du marché détenue sur le marché en cause à un moment donné. Sur ce point, Cegedim avance l'existence de nombreux concurrents, présents (Celtipharm, Politi, les Pages Jaunes) ou potentiels, et cite par exemple l'arrivée

prochaine sur le marché de Veeva, société déjà présente sur le marché des logiciels Z..., qui entre sur le marché des bases de données spécialisées dans le secteur de la santé. Au niveau international, des concurrents, notamment X... C... , seraient en mesure de pénétrer à tout moment le marché français. Elle souligne par ailleurs l'absence de barrières à l'entrée, dès lors qu'il suffit pour un nouvel entrant sur le marché de disposer d'une infrastructure technique de type serveur pour accueillir une base de données relationnelle avec des conditions de sauvegarde de données, d'un administrateur de base de données et d'un data manager, entre quatre et quarante téléopérateurs et opérateurs de saisie en fonction du périmètre que devra couvrir la base de données et d'un budget consacré aux dépenses de téléphone et d'envoi d'enquêtes. Cegedim a ainsi évalué en janvier 2010 à 100 000 euros le coût de mise en place de l'infrastructure, du modèle de données et des premières collectes de données brutes, et de 250 à 750 000 euros le coût de fonctionnement annuel d'une telle base. Néanmoins, d'après les déclarations de son représentant en date du 4 juin 2012, le coût d'entretien annuel de la base OneKey est de l'ordre de 1 à 3 millions d'euros pour la France. En outre, contrairement aux arguments qu'elle développe dans ses écritures, Cegedim souligne dans son « document de référence » pour 2013, disponible sur son site Internet, les fortes barrières à l'entrée sur le marché et indique que « la création d'une base de données sur un nouveau marché est longue, difficile et coûteuse » et que OneKey est « probablement la référence du secteur pharmaceutique quant au nombre de pays couverts, au volume de données saisies et au nombre d'utilisateurs ». Plusieurs critères peuvent être relevés pour confirmer la situation de dominance en France. Ces critères tiennent notamment aux caractéristiques et aux avantages que les utilisateurs reconnaissent au produit considéré par rapport aux offres concurrentes. Tout d'abord, Cegedim est un acteur mondial, présent dans 80 pays et sur 5 continents, et s'attribue une part de marché mondiale de 44 %. Par ailleurs, la base de données OneKey doit être appréciée au regard de son contenu, du service apporté aux utilisateurs, de sa diffusion au sein de la profession et de l'existence actuelle ou future d'un service équivalent. Or, OneKey se distingue des autres bases de données offertes sur le marché par au moins trois caractéristiques - son exhaustivité, qui réside dans la couverture détaillée de l'ensemble des professionnels et des établissements de santé et le caractère opérationnel pour les laboratoires et les visiteurs médicaux des informations apportées par OneKey (coordonnées, spécialités, mode d'exercice de la profession, horaires d'activité) ; - la spécificité de sa mise à jour quotidienne, difficilement égalable, car reposant pour partie sur une mutualisation des informations nouvelles obtenues par les visiteurs médicaux utilisateurs de la base, et sur le fait qu'avec sa base installée, Cegedim dispose déjà d'un effet de réseau très important par rapport aux autres concurrents, actuels ou potentiels ; - et la qualité des services offerts, qui tient au lien développé par Cegedim entre les coordonnées des professionnels de santé et leur UGA de rattachement. D'autres sources d'informations médicales pour les laboratoires pharmaceutiques et leurs visiteurs médicaux sont présentes sur le marché français ou international. Néanmoins, les services fournis par Celtipharm, l'annuaire Politi et X... C... , qui ont été examinés, n'apparaissent pas comparables avec l'offre OneKey : - la société Celtipharm se définit ainsi : « Nous inventons, spécifions et déployons des dispositifs médico-économiques et des plans d'actions marketing-ventes pour les laboratoires, les prestataires privés de santé, les acteurs de santé publique ». Son représentant a indiqué que Celtipharm dispose d'une base de données officines/pharmaciens actualisée en temps réel et de bases de données sur les médecins généralistes, certains médecins spécialistes, les dentistes, les infirmiers et les associations de santé, qui sont actualisées avec des fréquences hebdomadaires, mensuelles ou annuelles, ou de façon ponctuelle. Le représentant de Celtipharm a reconnu que OneKey est souvent de meilleure qualité ; - l'annuaire Politi, édité par le groupe international UBM Medica, concerne seulement les professionnels de santé travaillant en établissements sanitaires ou médico-sociaux, à l'exclusion donc des professionnels exerçant en cabinet ; - le groupe X... C... dispose d'une filiale française, mais ne vend pas de bases de données de professionnels de santé en France, ni dans d'autres pays européens. Les sources officielles ou l'annuaire Pages Jaunes Marketing Services (PJMS) ont quant à eux une vocation généraliste et ne constituent pas un outil spécialisé comme peut l'être la base OneKey. Cegedim a d'ailleurs reconnu au cours de l'instruction que si le potentiel d'adresses de professionnels de santé en exercice libéral figurant dans ces bases est sensiblement identique à sa propre base et les tarifs d'utilisation attractifs, en revanche leurs critères de sélection sont peu nombreux et de qualité moyenne. Cegedim a également mis en avant la concurrence potentielle, d'une part, de la société Veeva, avec son produit de base de données Veeva Network, annoncé le 8 mai 2013 et, d'autre part, du traitement de données à caractère personnel dénommé « Répertoire partagé des professionnels de santé » établi par l'arrêté du 2 octobre 2013. Toutefois, ces deux facteurs de concurrence, dont l'impact concret sur le marché n'est pas vérifié à ce jour, sont, en tout état de cause, postérieurs à la notification du grief et donc dépourvus de pertinence pour apprécier la position dominante examinée. Afin de confirmer le statut de référence de OneKey sur le marché des bases de données médicales, les principaux laboratoires pharmaceutiques mondiaux présents en France ont été interrogés et ont confirmé utiliser la base OneKey pour leur activité de commercialisation des médicaments. Parmi les avantages procurés par OneKey, tous mentionnent l'exhaustivité, la qualité et la fiabilité des données contenues dans

la base et leur mise à jour régulière. En outre, la mise en place d'une base concurrente à OneKey, offrant un contenu comparable avec des données mises à jour en temps réel par un système de mutualisation des informations provenant des utilisateurs, n'apparaît pas facilement répliquable à moyen terme, même si le coût initial est a priori supportable pour un concurrent prêt à investir pour s'implanter sur le marché. En effet, cette nouvelle base sera confrontée à la valeur de référence reconnue à OneKey par le marché ainsi qu'à la très large diffusion de son emploi par les laboratoires. Ceci est d'ailleurs reconnu par Cegedim elle-même, qui souligne dans son document de référence 2013 que « la construction d'une infrastructure de traitement aussi robuste est très coûteuse, au point d'empêcher une éventuelle entrée sur le marché ». [...]

Cegedim estime que pour caractériser l'existence d'une position dominante, même en présence de parts de marché élevées, il est nécessaire de vérifier la capacité de négociation des laboratoires clients et leur possibilité de recourir à des bases de données internes. Elle considère dès lors que si les bases de données réalisées en interne ne peuvent pas être prises en compte dans le calcul des parts de marché, elles doivent néanmoins être retenues dans l'appréciation de son pouvoir de marché, ceci d'autant que les laboratoires interrogés au cours de l'instruction ont estimé que le recours à ce type de base de données est une alternative à OneKey. Le 4 juin 2012, le représentant de Cegedim a ainsi déclaré : « L'autoproduction est un élément clé du marché. Dans nos négociations avec nos clients, c'est une alternative qui est régulièrement mise en avant pour faire baisser les prix. Dans certains cas les négociations échouent et les laboratoires décident d'auto produire leur base de données plutôt que d'acheter OneKey ». Cegedim soutient donc qu'elle n'est pas en mesure d'adopter un comportement indépendant et que sa position sur le marché français des bases de données d'informations médicales est en permanence contestable. Si l'autoconsommation doit être écartée du calcul des parts de marché, elle peut effectivement avoir un impact sur l'analyse du pouvoir de marché. Dans la décision n° 06-D-18 précitée, le Conseil de la concurrence a ainsi indiqué que « l'analyse du pouvoir de marché des entreprises ne se réduit pas au simple constat d'une part de marché, et les autorités de concurrence prennent parfois en compte l'autoconsommation pour apprécier le pouvoir de marché des entreprises sur un marché ». De manière plus générale, la position dominante d'une entreprise doit traduire sa capacité à se comporter de façon indépendante de ses concurrents et de ses clients, en lui donnant « le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs » (arrêt de la Cour de justice précité du 13 février 1979, Hoffmann-la Roche & Co. AG contre Commission des Communautés européennes, affaire 85/76). A cet égard, peuvent être prises en compte « les contraintes résultant de la puissance de négociation des clients de l'entreprise (puissance d'achat compensatrice) » (Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, paragraphes 12 et 18). Or il existe sur le marché concerné une propension à l'autoproduction qui, d'après Cegedim, limiterait sa propre autonomie tarifaire : « Tout d'abord il y a le coût de production et ensuite le coût d'acceptation du marché. [] Si le client pense qu'il peut gérer sa base de données à un coût inférieur à celui que nous proposons il n'achètera pas OneKey. Moins le laboratoire client a des activités diversifiées, moins il a de prescripteurs à gérer et moins l'offre de Cegedim est intéressante pour lui. A contrario plus le laboratoire a des activités diversifiées, plus il a intérêt à externaliser la gestion de sa base clients. Dans tous les cas le laboratoire peut produire sa propre base de données » (audition des représentants de Cegedim en date du 4 juin 2012). Néanmoins, si la possibilité pour les laboratoires d'autoproduire une base de données est une réalité qui peut nuancer les conclusions à tirer des parts de marché élevées de Cegedim et des autres éléments décrits aux paragraphes 116 à 128, il n'apparaît pas qu'elle puisse remettre en cause la possibilité pour Cegedim de se comporter de façon indépendante de ses concurrents et de ses clients. En effet, en premier lieu, rien n'indique que des laboratoires ayant autoproduit leur base de données puissent la proposer à d'autres laboratoires, concurrençant ainsi directement Cegedim. En second lieu, la pression tarifaire exercée par l'autoconsommation n'est significative que si les bases de données autoproduites sont suffisamment substituables à la base de données proposée par Cegedim. A titre d'illustration, dans le cadre de la décision de concentration Thermo Fisher Scientific/ Life Technologies du 26 novembre 2013, la Commission européenne a ainsi considéré que la capacité d'autoproduction des consommateurs ne constituait pas une contrainte concurrentielle significative sur les parties en raison de leur incapacité à produire un bien de même qualité et de même fiabilité que celui proposé par les parties (paragraphe 273). Or au cas d'espèce, les laboratoires dont l'activité est diversifiée doivent disposer d'une base de données de taille importante ; de fait, les grands laboratoires sont quasi systématiquement clients de OneKey. A cet égard, l'exhaustivité de la base OneKey, sa mise à jour quotidienne et la qualité des services offerts sont de nature à relativiser le pouvoir de négociation que seraient susceptible d'exercer les bases de données autoproduites. Comme cela a déjà été mentionné, Cegedim souligne elle-même dans son « document de référence » pour 2013, disponible sur son site Internet, que OneKey est « probablement la référence du secteur pharmaceutique quant au nombre de pays couverts, au volume de données

saisies et au nombre d'utilisateurs » (voir paragraphe 120). Le laboratoire La Roche-Posay a également indiqué, dans un courrier du 30 avril 2010, que « la solution alternative dont dispose La Roche-Posay – laquelle consiste à utiliser sa propre base de données – est une solution viable mais présentant des inconvénients majeurs, notamment s'agissant du caractère nécessairement parcellaire des informations qu'il contient ». En troisième lieu, à supposer que des bases de données équivalentes à la base OneKey puissent être autoproduites, la pression tarifaire exercée par cette alternative n'est significative que si les coûts de cette autoproduction sont suffisamment bas. A titre d'illustration, dans sa décision de concentration Syniverse/ MACH du 29 mai 2013, la Commission européenne a ainsi considéré (paragraphe 467) que les parties réalisaient des économies d'échelles grâce à la fourniture de centaines de clients qui dépassaient les économies dont pourrait disposer un client unique, fut-il de taille importante. Dans ce cadre la Commission a considéré que l'autoproduction ne constituait pas une alternative viable. Au cas d'espèce, la réalisation d'une base de données similaire à celle de Cegedim implique des coûts importants, dont des coûts d'entretien annuels compris entre 1 et 3 millions d'euros (voir paragraphe 119). La création d'une base de qualité inférieure suppose également des coûts élevés, Cegedim a ainsi évalué à 100 000 euros le coût de mise en place de l'infrastructure, du modèle de données et des premières collectes de données brutes, et à 250 à 750 000 euros le coût de fonctionnement annuel d'une telle base (voir paragraphe 118). La possibilité pour Cegedim de rentabiliser le coût de sa base sur un grand nombre de clients implique nécessairement que les coûts unitaires de Cegedim seront significativement plus faibles que ceux supportés par ses clients pour leur autoproduction. En quatrième lieu, le fait qu'une part significative des laboratoires choisisse d'autoproduire leur propre base de données ne révèle pas d'informations sur la capacité des clients effectifs de Cegedim à négocier à la baisse le prix de la base OneKey, dès lors que la population des clients potentiels de OneKey sur ce marché est très hétérogène en termes de besoin de données. En effet, si des laboratoires peu diversifiés, aux besoins de données limités, sont en mesure de développer leur propre base, il n'en est pas nécessairement de même des laboratoires aux activités diversifiées, vis-à-vis desquels Cegedim se retrouve en position de force. Or, ainsi que l'a relevé la Commission européenne, « la puissance d'achat ne saurait toutefois pas constituer une pression effective suffisante si elle se limite à protéger un segment particulier ou restreint de la clientèle, du pouvoir de marché de l'entreprise dominante » (Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, paragraphe 18). En cinquième et dernier lieu, les comportements d'autoproduction ne sont pas nécessairement une remise en cause du pouvoir de marché de Cegedim mais pourraient au contraire en être une résultante, le prix étant fixé par Cegedim à un niveau jugé trop élevé. Or, un client qui sort du marché compte tenu d'un prix jugé trop élevé démontre en effet que, ne pouvant pas influencer un prix qui irait au-delà de ce qu'il est prêt à payer, sa seule alternative est de sortir du marché. En conséquence, la possibilité pour une certaine catégorie de laboratoires d'autoproduire leur propre base de données ne constitue pas un argument suffisant pour remettre en cause le pouvoir de marché de Cegedim. Dès lors, au vu de l'ensemble de ce qui précède, Cegedim est avec OneKey en situation de position dominante sur le marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques et des visiteurs médicaux » ;

ET QUE : « Sur ce point, des déclarations au dossier attestent de la possibilité concrète d'utiliser des bases de données alternatives moins performantes que OneKey : - La Roche-Posay a indiqué que « la solution alternative dont dispose La Roche-Posay, – laquelle consiste à utiliser sa propre base de données –, est une solution viable mais présentant des inconvénients majeurs, notamment s'agissant du caractère nécessairement parcellaire des informations qu'il contient » (courrier du 30 avril 2010 précité) ; - Santélys Association a indiqué que « le maintien de notre choix pour le logiciel NetReps n'a été possible qu'en raison de l'existence d'un fichier interne de prescripteurs et de la localisation réduite de notre champ d'action à un échelon régional. La solution alternative mise en place () ne peut être jugée complètement satisfaisante, compte tenu des contraintes qu'elle implique au quotidien dans l'utilisation de notre outil de Z... et sur l'activité de prospection souhaitée () » (courrier du 2 avril 2010) ; - Bailleul-Biorga a indiqué que « dans le cadre du changement souhaité de notre solution Z..., nous avons décidé d'utiliser une extraction du fichier utilisé précédemment. Nous étions équipés de Teams et donc de OneKey (). Pour travailler avec Euris, nous avons dû mettre fin à l'utilisation du fichier TVF et devons assumer le maintien de notre base de données. C'est la seule alternative possible en France » (courrier du 19 mai 2010) ; - Shering-Plough a indiqué que son laboratoire « utilise le logiciel NetReps Classic en tant qu'outil de gestion de clientèle et uniquement pour l'équipe implantée dans les Départements d'Outre Mer, () la plate-forme de gestion de données médecins Médibase (), son propre fichier médecins, qui est mis à jour par les délégués des DOM et est fourni à Euris » et « a été constituée par

l'équipe implantée dans les DOM sur fichier Excel à partir des annuaires de la santé et des pages jaunes locales. () » (courrier du 26 avril 2010) ; - Besins Healthcare a indiqué que « compte tenu que nous ne pouvons pas utiliser la base de données TVF que nous utilisions avant, nous avons dû extraire les données et ne plus avoir accès aux mises à jour. N'existant pas d'autres alternatives, nous devons mettre à jour la base par nous-mêmes et Euris contrôle l'information » (courrier du 10 juin 2010) ; - Diana B... a indiqué : « il existe des laboratoires qui travaillent avec la base de données médecins qu'ils ont élaboré et sont satisfaits de cette solution » (audition du 18 juin 2010). Il résulte de ce qui précède qu'un certain nombre de laboratoires fonctionnent avec des solutions alternatives à OneKey, en particulier des bases de données propres ou des fichiers médecins ou prescripteurs, qui sont considérés comme viables dans les conditions des entreprises utilisatrices, même si ces alternatives sont évidemment beaucoup moins performantes : En conséquence, si les différents éléments au dossier démontrent à l'évidence que OneKey est la base de données la plus complète et la plus qualitative, il n'est pas établi qu'elle soit indispensable, au point de rendre impossible toute autre solution alternative ».

1°/ ALORS QUE pour vérifier si l'entreprise poursuivie détient une position dominante sur le marché pertinent le juge est tenu de calculer précisément la part de marché de l'entreprise mise en cause et des autres entreprises présentes sur ledit marché ; que pour établir que la société Cegedim était en position dominante sur le marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques, l'Autorité de la concurrence a relevé qu'il n'était pas possible « d'identifier les détenteurs de plus des deux tiers du marché » et, de façon purement hypothétique, qu' « en l'absence d'autre explication, la part du marché non identifiée () peut être considérée comme couverte par les bases de données internes aux laboratoires » (p. 25) ; que l'Autorité, après avoir décidé qu'il ne devait pas être tenu compte de la part de marché attribuée à l'autoconsommation, a estimé que la part de marché de la société Cegedim devait être portée en fait de 22 % à 78 % (ibid) ; que pour retenir pareillement que la société Cegedim disposait d'une situation dominante sur le marché pertinent, la Cour d'appel a relevé que l'Autorité de la concurrence avait mis en lumière l'existence d'une « part importante de marché détenue par des opérateurs non identifiés » et que cette part devait être considérée comme étant « celle de l'autoconsommation » ; qu'en statuant ainsi, sans lever les incertitudes pesant sur la part de marché de la société Cegedim, et en livrant une analyse purement hypothétique de la part détenue par cette dernière et ses concurrents sur le marché pertinent, la Cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L 420-2 du code de commerce ;

2°/ ALORS QUE c'est à l'autorité de poursuite qu'il appartient de démontrer que chacune des conditions nécessaires à la caractérisation d'un abus de position dominante sont réunies ; qu'en reprochant à la société Cegedim de ne produire aucun document permettant de vérifier ses parts de marché (arrêt, p. 10, §3 puis 10, §4), la Cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé l'article 1315 du code civil ;

3°/ ALORS QU' un opérateur détient une infrastructure essentielle lorsqu'il exerce un quasi-monopole de fait ou de droit sur un bien indispensable pour l'accès à la clientèle et non reproductible par la concurrence dans des conditions économiquement raisonnables ; qu'en estimant que la société Cegedim était en situation de position dominante sur le marché des bases de données médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion de leurs visites médicales, au motif que « la puissance de marché de la société Cegedim résulte des qualités d'exhaustivité, de spécificité et de services offerts » et que la « constitution d'un fichier aussi exhaustif que celui de la société Cégedim réclame un investissement important qui doit être poursuivi par la suite pour la mise à jour constate et régulière du fichier () ce qui constitue une réelle barrière à l'entrée », tout en relevant que selon la décision de l'Autorité, la base de données One Key ne présentait pas le caractère d'une facilité essentielle, la Cour d'appel, qui ne pouvait dès lors retenir que la société Cegedim bénéficiait d'une position dominante compte tenu de l'exhaustivité de sa base et des coûts nécessaires pour élaborer une base équivalente, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, et a violé l'article L 420-2 du code de commerce.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

(sur l'absence de connexité entre les marchés en cause)

4. Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société Cegedim à l'encontre de la décision de l'Autorité de la Concurrence ayant dit établi que la société Cegedim a enfreint les dispositions des articles 102 du

traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et L. 420-2 du code de commerce en mettant en oeuvre, entre octobre 2007 et avril 2013, sur le marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales, un abus de position dominante caractérisé par le refus discriminatoire de vendre sa base de données OneKey aux seuls utilisateurs actuels et potentiels de solutions logicielles commercialisées par Euris, ayant condamné la société Cegedim à une sanction pécuniaire de 5.767.000 euros et ayant enjoint à la société Cegedim de ne pas opérer pour le futur de discriminations entre ses clients sur la base du choix du logiciel de Z..., d'AVOIR rejeté l'ensemble des demandes de la société Cegedim, et d'AVOIR condamné celle-ci au paiement d'une somme de 30.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE : « La société Cegedim conteste qu'il existe un lien de connexité entre le marché des logiciels de gestion en matière de Z... et celui des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales. Il n'est toutefois pas contestable qu'un logiciel de gestion de relations clients ne peut fonctionner sans base de données des clients intéressés par le ou les produits commercialisés par l'entreprise qui recourt à ce service, que cette base regroupe des données internes à l'entreprise ou qu'elle soit produite par un tiers, ou encore que la base interne à l'entreprise soit enrichie par celle fournie par un tiers. Il s'ensuit que le marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la visite médicale est bien connexe à celui des logiciels de gestion de la relation clients et c'est à juste titre que la décision a retenu cette connexité, sans qu'il soit nécessaire de démontrer que la base de données OneKey serait indispensable au fonctionnement des logiciels de Z..., ce que la décision ne soutient pas. Sur ce point, la cour relève que le rapport Xerfi, produit par la société Cegedim, qui n'est pas une expertise relative à la détermination d'un marché pertinent mais une étude stratégique destinée aux professionnels, explique en page 37 que le marché du logiciel de Z... comprend cinq ou six grands segments parmi lesquels « la constitution de bases de données marketing », ce qui conforte l'analyse selon laquelle il existe un lien étroit entre les deux marchés retenus par l'Autorité. La circonstance qu'il existe pour la société Cegedim des clientèles différentes pour le fichier OneKey et son logiciel de Z..., ou que l'importance de ces clientèles n'évolue pas de façon identique, n'est pas de nature à démontrer que les marchés ne seraient pas connexes. Le tableau produit à cet égard par la société Cegedim (P. 32 du mémoire du 22 septembre 2014) n'apporte pas d'éléments convaincants à ce sujet, dans la mesure où le fichier étant vendu seul à des entreprises ayant un logiciel concurrent de celui de la société Cegedim, il n'est pas anormal que l'évolution de la clientèle de la base OneKey et celle relative au Z... ne soient pas identiques. Enfin, la décision n'est pas critiquée en ce qu'elle a retenu, par une motivation que la cour adopte, que la dimension du marché était nationale, dans la mesure où, d'une part, la société Cegedim utilisait, pour le rattachement des professionnels de santé de son fichier, des données nationales relevées par le Groupement pour l'élaboration et la réalisation de statistiques (le GERS), d'autre part, que le marché de la vente des médicaments était national »

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE : « Le marché sur lequel les comportements dénoncés s'exercent est celui des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales. Ces bases de données, qui sont nécessaires à l'utilisation des logiciels Z... par ces laboratoires, peuvent être achetées séparément ou avec un logiciel. Ce marché est connexe de celui des logiciels Z... dans le secteur d'activité de l'industrie de la santé » ;

1°/ ALORS QU'il n'y a en principe d'abus de domination qu'à condition qu'une partie justifiant d'une position dominante sur un marché abuse de cette situation pour recourir sur ledit marché à des pratiques considérées, en l'état du pouvoir dont elle dispose, comme abusives ; que les juges du fond ne peuvent sanctionner, sur le fondement des dispositions relatives aux abus de domination, un comportement adopté par une entreprise dominante mais produisant des effets sur un marché qu'elle ne domine pas qu'à charge de constater l'existence de « circonstances particulières » démontrant que les marchés en cause présentent des liens de connexité si étroits que la position dominante dont dispose l'entreprise poursuivie sur le marché dominé lui permet d'exercer, sur le marché non dominé, un pouvoir équivalent à celui d'une entreprise dominante ; que pour caractériser ces circonstances particulières, le juge doit notamment tenir compte de la structure de la demande et de l'offre sur les marchés, des caractéristiques des produits, de l'utilisation par l'entreprise dominante de son pouvoir sur le marché dominé pour pénétrer sur le marché connexe, de la part de marché de l'entreprise dominante sur le marché non dominé et de l'étendue du contrôle du marché dominé par l'entreprise en question ; que pour démontrer l'absence de lien entre le marché des bases de données à destinations des laboratoires pharmaceutiques et le marché des logiciels Z..., et démontrer qu'elle n'était pas placée en fait, sur le marché des logiciels

Z..., dans une situation équivalente à celle qui serait celle d'une entreprise en position dominante, la société Cegedim faisait observer que les bases de données externes, qui correspondaient au segment de marché sur lequel elle intervenait, n'étaient pas nécessaires au fonctionnement des logiciels Z..., qu'aucune autre entreprise n'était présente sur les deux marchés, qu'une entreprise choisissait un logiciel de Z... pour les qualités propres de celui-ci, sa capacité à gérer les différents canaux d'information interne et de communication externe avec les clients, et que le nombre de clients utilisateurs de son logiciel de Z... baissait de façon continue depuis 2009, alors que sa part sur le marché des bases de données restait stable (conclusions, p. 30) ; qu'en se bornant, pour conclure à l'existence d'un lien de connexité entre le marché des bases de données à destination des établissements pharmaceutiques et le marché des logiciels Z..., à relever qu'il existait un lien étroit entre ces marchés et qu'un logiciel Z... ne pouvait fonctionner sans base de données, la Cour d'appel, qui n'a pas caractérisé les circonstances particulières démontrant qu'il existait un lien de connexité entre les deux marchés et que la société Cegedim disposait, du fait de son pouvoir sur le marché des bases de données à destination des laboratoires pharmaceutiques qu'elle dominait, d'un pouvoir de marché équivalent à celui d'une entreprise dominante sur le marché des logiciels Z..., n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L 420-2 du code de commerce ;

2°/ ALORS EN OUTRE QU' en retenant l'existence d'un lien de connexité entre le marché des bases de données à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion de leurs visites médicales et le marché des logiciels Z..., au motif que lesdits logiciels ne pouvaient fonctionner sans base de données interne ou externe sans rechercher, comme elle y était invitée (conclusions, p. 30), si le fait que la société Cegedim ne commercialisait que des bases de données externes, dont elle constatait qu'elles n'étaient nullement nécessaires au fonctionnement des logiciels Z... et dont elle estimait du reste qu'elles ne représentaient en soi que 28 % du marché des bases de données à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion de leurs visites médicales, ne faisait pas obstacle à ce qu'il soit considéré, fût-ce au regard du simple critère du « lien fonctionnel », que la société Cegedim disposait, du seul fait de sa position dominante sur le marché des bases de données à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion de leurs visites médicales, d'un pouvoir équivalent à celui d'une entreprise dominante sur le marché des logiciels Z..., la Cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L 420-2 du code de commerce.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

(sur l'abus de domination)

5. Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société Cegedim à l'encontre de la décision de l'Autorité de la Concurrence ayant dit établi que la société Cegedim a enfreint les dispositions des articles 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et L. 420-2 du code de commerce en mettant en oeuvre, entre octobre 2007 et avril 2013, sur le marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales, un abus de position dominante caractérisé par le refus discriminatoire de vendre sa base de données OneKey aux seuls utilisateurs actuels et potentiels de solutions logicielles commercialisées par Euris, ayant condamné la société Cegedim à une sanction pécuniaire de 5.767.000 euros et ayant enjoint à la société Cegedim de ne pas opérer pour le futur de discriminations entre ses clients sur la base du choix du logiciel de Z..., d'AVOIR rejeté l'ensemble des demandes de la société Cegedim, et d'AVOIR condamné celle-ci au paiement d'une somme de 30.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE : « Sur les pratiques constitutives d'abus de position dominante. L'Autorité de la concurrence a considéré qu'il était établi que la société Cegedim avait refusé de vendre la base OneKey aux clients de la société Euris utilisateurs des solutions logicielles Netreps que cette dernière commercialise. La société Cegedim reconnaît avoir refusé la vente de sa base de données à l'association Santélyls, mais expose que cette décision était justifiée par les soupçons de violation de ses droits de propriété intellectuelle qu'elle nourrissait à l'encontre de la société Euris. Elle soutient qu'en revanche, la preuve des autres refus qui lui sont reprochés n'est pas rapportée. Elle précise à ce sujet que les indications des personnes entendues dans le cadre de l'instruction et retenues par la décision ne précisent pas qu'un refus d'accès à la base OneKey aurait été opposé aux sociétés clientes de la société Euris. Elle ajoute que les propos retenus sont pour certains contradictoires avec les pièces qu'elle fournit et qui démontrent que des contrats ont été conclus avec des sociétés clientes de la société Euris ou que des devis leur ont été adressés. Elle fait enfin valoir que le doute qui ressort des propos consignés dans les procès-verbaux, ainsi que des pièces produites, aurait dû lui bénéficier. Il convient de

rappeler que la preuve d'une pratique anticoncurrentielle, lorsqu'elle ne peut être directement rapportée peut résulter d'un faisceau d'indices précis, graves et concordants. En l'espèce, différents éléments agrégés au refus explicite opposé par la société Cegedim à l'association Santélyls, établissent la preuve de la mise en oeuvre de la pratique reprochée. Ainsi que l'a relevé la décision le courrier électronique adressé le 15 mai 2009 par l'ingénieur commercial de la société Cegedim au responsable de l'association Santélyls selon lequel « C'est en raison de présomptions de violation des droits de propriété intellectuelle de Cegedim par Euris avec qui notre société est en litige de contrefaçon, que nous regrettons de ne pas pouvoir donner suite à votre demande » démontre sans ambiguïté le refus de vendre un accès à la base OneKey opposé à l'association utilisatrice de la solution logicielle NetReps et les motifs invoqués par la société Cegedim pour le justifier. À celui-ci s'ajoutent d'autres refus opposés à différents clients de la société Cegedim qui ne sont pas pertinemment contestés par la société Cegedim. En effet, le responsable de la société Bailleul-Biorga, dont la déclaration du 10 mai 2010 est retranscrite au paragraphe 203 de la décision, a exprimé en termes clairs et précis l'impossibilité d'utiliser le fichier TVF (devenu depuis, OneKey) en travaillant avec la société Euris. Le fait que la société Bailleul-Biorga ait, en janvier 2011, soit huit mois plus tard, finalement contracté avec la société Cegedim n'est pas contradictoire avec l'impossibilité dont il a fait état fait état lors de l'audition du mois de mai 2010, et il est sans effet que la société Euris n'ait pas déféré sur ce point à l'injonction de produire tout document de nature à établir la cessation de leurs relations. En outre, un message électronique adressé par un représentant de la société La Roche-Posay le 29 avril 2010 à la société Euris (paragraphe n° 63 de la décision) explique parfaitement que cette dernière ne pouvant pas fournir la base OneKey, la société La Roche-Posay a décidé d'examiner l'offre de la société Cegedim qui « intègre l'offre OneKey ». Cette affirmation n'est, son contexte étant rappelé, pas contradictoire avec l'offre de tarif pour l'utilisation du fichier, adressée le 4 mai 2010 par la société Cegedim à la société La Roche-Posay. Par ailleurs, il résulte des réponses adressées par une responsable de la société Besins-C... Care à la rapporteure que pour travailler avec la société Euris il était impossible pour elle d'utiliser le fichier TVF, devenu OneKey et il est sans portée sur le caractère probant de cette attestation, ainsi que sur le sens précis de cette affirmation, que la société Besins-C... Care ait acquis quelques semaines plus tôt la partie sages-femmes du fichier OneKey. Ces déclarations ne comportent aucune ambiguïté génératrice d'un doute qui remettrait en cause leur valeur probante au sein du faisceau d'indices et bien que les personnes entendues n'aient pas exprimé de façon formelle avoir été destinataires d'un refus de la part de la société Cegedim, les explications qu'elles ont fournies au rapporteur montrent qu'elles considéraient comme impossible d'utiliser le fichier OneKey avec les solutions logicielles de la société Euris. Ce qui est confirmé par le refus opposé à l'association Santélyls, ainsi que par les déclarations des responsables de la société Cegedim lors de l'instruction et lors des séances de mesures conservatoires et de fond, qui seront examinées dans les développements qui suivent. Ainsi, si la société Cegedim soutient à raison que le procès-verbal d'audition du responsable de la société Mundipharma ne fait pas état d'un refus qui aurait été opposé par la société Cegedim contrairement à ce qu'a retenu l'Autorité de la concurrence, il n'en demeure pas moins que celle-ci a bien refusé, à plusieurs reprises, de fournir le fichier OneKey à des clients qui utilisaient les solutions logicielles NetReps de la société Euris, ou qu'il était admis par ces clients qu'il était impossible pour elles d'avoir recours à cette base de données. Ces refus n'ont pas été contestés par la personne salariée de la société Cegedim interrogée par la rapporteure de l'Autorité, le 11 mai 2010, qui a indiqué qu'ils étaient opposés aux « utilisateurs actuels et potentiels du logiciel NetReps d'Euris » et qu'ils étaient légitimés par « l'ouverture des contentieux en contrefaçon entre Euris et Cegedim Dendrite ». La déclaration suivante et selon laquelle cette personne « n'a jamais été amenée à opposer d'autres refus d'acquiescer OneKey sur quelque fondement que ce soit » ne peut, compte tenu du caractère général et non limité à l'association Santélyls de la phrase précédente, être interprétée comme signifiant qu'aucun refus n'aurait été opposé à d'autres sociétés clientes de la société Euris. Les attestations fournies postérieurement à cette audition par des salariés de la société Cegedim sont à ce sujet dénuées de force probante. Il est, de plus, démontré par les termes de la réponse adressée à l'association Santélyls le 19 mai 2009, ceux du message électronique de la société La Roche-Posay à la société Euris, le 29 avril 2010, et ceux des auditions retranscrites dans la décision, en particulier, celles des représentants de la société Bailleul-Biorga et de la société Cegedim, que le refus de vendre le fichier OneKey aux utilisateurs actuels et potentiels du logiciel NetReps de la société Euris procédait d'une stratégie commerciale revendiquée et assumée. La société Cegedim ne saurait à ce sujet se référer aux termes d'une jurisprudence concernant une pratique distincte de celle examinée en l'espèce et consistant en la mise en oeuvre d'une stratégie d'éviction par l'envoi aux acteurs potentiels d'un marché d'un signal d'agressivité, afin de les dissuader de tenter de s'y établir. En outre, la production de contrats et de devis relatifs au fichier OneKey concernant des entreprises dont le nom est cité sur le site Internet de la société Euris ne démontre pas, contrairement à ce que prétend la société requérante, qu'elle n'aurait pas refusé l'accès à son fichier à des sociétés utilisatrices des logiciels de Z... de la société Euris. En effet, aucun élément du dossier ne permet à la cour de constater que les sociétés Paul Hartmann, Théa, Rottapharm, Mayoli Spindler ou Nestlé Clinical Nutrition auraient été

utilisatrices des solutions logicielles de la société Euris au moment où les contrats ont été conclus avec la société Cegedim, ou lorsque les devis leur ont été adressés par celle-ci. Par ailleurs, la société Cegedim reproche à la décision d'avoir affirmé qu'elle avait admis être en faute ce qui est, selon elle, inexact. Cependant, la décision attaquée ne contient pas une telle affirmation. Elle indique seulement qu'il résulte des déclarations formulées lors de la séance de mesures conservatoires par les dirigeants de la société Cegedim que celle-ci était informée du caractère illicite de la pratique en cause, mais avait décidé de continuer à l'appliquer prétextant de la protection légitime de ses droits de propriété intellectuelle. Or le fait que les dirigeants de la société se déclarent informés du caractère illicite de la pratique mise en oeuvre, ne signifie pas que celle-ci aurait admis être en faute. La cour relève, en outre, que la décision de mesures conservatoires 09-D-29, rappelle la jurisprudence applicable aux refus de vente et ayant qualifié de tels refus comme étant des pratiques abusives, elle précise ensuite que « en séance Cegedim a indiqué (...) qu'elle interdirait à Euris l'accès à OneKey à laquelle PharBase a été totalement intégrée depuis avril 2009, tant que la procédure en contrefaçon engagée à son encontre serait pendante ». Elle ajoute au paragraphe 59 que « Ces seules explications ne sont pas convaincantes pour justifier en tout état de cause de manière objective le refus que CegedimDendrite oppose à Euris. Certes, les suspicions à l'égard de cette dernière pouvaient lui permettre de saisir les juridictions compétentes, ce qu'elle a d'ailleurs fait, mais ne justifiaient pas nécessairement la résiliation préalable du contrat de partenariat ». Ces développements étaient de nature à renforcer l'information de la société Cegedim sur le caractère illicite de la pratique de refus de vente du fichier OneKey et c'est à juste titre que l'Autorité a considéré que c'est en connaissance de cause qu'elle a continué à la mettre en oeuvre » ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE : « Sur l'absence de justification objective légitime à ce refus Les arguments de Cegedim. Cegedim indique que ce refus est justifié par ses soupçons « fortement étayés » de contrefaçon de sa base de données par la société Euris et, partant, par son souci de protection de ses intérêts légitimes contre un comportement de nature à lui causer un préjudice irréversible. Elle fait valoir que le titulaire de droits de propriété intellectuelle peut contrôler l'usage de sa base de données et en refuser l'accès à ses concurrents et fait référence à deux décisions du Conseil de la concurrence (décision n° 03-D-28 du 6 juin 2003 relative à une saisine présentée par la société Novalab France et décision n° 05-D-11 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de l'affichage publicitaire au sein du réseau ferroviaire et dans celui du transport de personnes sur la route Paris-Londres) ainsi qu'à plusieurs arrêts de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE, 5 octobre 1988, AB Volvo c/ Erik Veng UK Ltd, 238/87, CJCE, 6 avril 1995, Radio Telefis Eireann RTE et Independant Television Publications Ltd ITP c/ Commission des Communautés européennes, C-241/91 et C-242/91, CJCE, 29 avril 2004, X... C... GmbH & Co OHG c/ NDC C... GmbH & Co KG, C-418/01, cotes [...]).

Appréciation de l'Autorité. Conformément à la pratique décisionnelle et à la jurisprudence, le titulaire de droits intellectuels peut en contrôler l'accès, et ce afin de protéger, entre autres choses, l'innovation. C'est notamment pour cela que les cas dans lesquels un refus d'accès est en 47 tant que tel considéré comme anticoncurrentiel sont limités aux facilités essentielles et à des conditions strictes, définies dans les affaires Magill et X... C... précitées. Mais tel n'est pas le grief retenu à l'encontre de Cegedim, qui vise un refus de vente discriminatoire, constitutif d'un abus de position dominante. En refusant de vendre sa base de données aux seuls clients actuels et potentiels de la société Euris, et donc en limitant son refus à une catégorie de clients, Cegedim opère une discrimination entre des entreprises qui utilisent ou souhaitent utiliser un logiciel commercialisé par Euris, et celles qui travaillent ou désirent travailler avec un logiciel vendu par un concurrent. Cegedim ne peut davantage justifier son comportement par l'attitude prétendument déloyale de la société Euris. En effet, l'Autorité de la concurrence dans sa décision n° 09-D-14 du 25 mars 2009 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la fourniture d'électricité, a indiqué qu'« une situation prétendument illicite n'autorise pas les entreprises à commettre elles-mêmes des pratiques anticoncurrentielles. () ». De même, dans sa décision n° 10-D-11 du 24 mars 2010 relative à des pratiques mises en oeuvre par le Syndicat national des ophtalmologistes de France (SNOF) concernant le renouvellement des lunettes de vue, l'Autorité a considéré qu'« en admettant même que l'initiative MAAF-Santéclair ait été contraire aux dispositions du code de la santé publique () , cela n'autorisait pas un appel au boycott () ». Seules les actions en justice auprès des juridictions compétentes () auraient pu se justifier ». La situation de l'espèce diffère par ailleurs de l'affaire n° 03-D-28 à laquelle Cegedim fait référence dans ses écritures, dès lors que le Conseil s'est borné à y constater qu'en corrigeant des informations erronées fournies par Novalab, Lifescan n'avait pas mis en oeuvre un dénigrement pouvant constituer un abus de position dominante. En l'espèce, le seul acte justifiable était donc la saisine des juridictions compétentes, comme l'avait déjà relevé l'Autorité dans sa décision n° 09-D-29 précitée, à propos des justifications de Cegedim fondées sur l'atteinte suspectée à ses droits de propriété intellectuelle : « ces seules explications ne sont pas convaincantes pour justifier en tout état de cause de manière objective le refus que Cegedim Dendrite oppose à Euris. Certes, les suspicions à l'égard de

cette dernière pouvaient lui permettre de saisir les juridictions compétentes, ce qu'elle a d'ailleurs fait, mais ne justifiaient pas nécessairement la résiliation préalable du contrat de partenariat ». Ceci s'applique de la même manière aux refus d'accès opposés tant à Euris qu'à ses clients, actuels ou potentiels. Il résulte de ce qui précède que la société Cegedim n'apporte pas la démonstration d'une justification légitime de son refus de fournir sa base de données OneKey opposé aux seuls clients de la société Euris, actuels ou potentiels » ;

1°/ ALORS QUE la légitime défense est un fait exonératoire de responsabilité en toute matière ; qu'il y a légitime défense lorsque la personne poursuivie adopte un comportement constitutif d'une infraction ou d'une faute, alors qu'elle pouvait « raisonnablement croire à l'imminence d'un péril » ; qu'en l'espèce, la société Cegedim faisait valoir que les refus de ventes qui lui étaient imputés ne pouvaient être qualifiés d'abus de position dominante dans la mesure où ces refus n'avaient aucune finalité ou objet anticoncurrentiel mais présentaient le caractère d'une mesure à caractère conservatoire, en l'état des soupçons sérieux de contrefaçon qui pesaient sur la société Euris (conclusions, p. 38) ; que ces soupçons reposaient sur des éléments concordants et précis dont des témoignages émanant de plusieurs salariés de la société Euris elle-même ; qu'en estimant que les soupçons de la société Cegedim ne pouvaient justifier l'infraction au droit de la concurrence qui lui était reprochée, sans rechercher si, en l'état des éléments portés à sa connaissance, elle ne pouvait pas légitimement croire en l'existence d'un péril, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 420-2 du code de commerce ;

2°/ ALORS QUE toute entreprise, fût-elle placée dans une position dominante, dispose, dans une mesure raisonnable, de la faculté d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses intérêts (CJCE, United Brands, 15 février 1978, aff 27/76) ; qu'en l'espèce, les soupçons de contrefaçon de la société Cegedim reposaient sur des éléments concordants et précis dont des témoignages émanant de plusieurs salariés de la société Euris elle-même ; que l'exposante faisait valoir que son dirigeant avait indiqué à l'association Santélylys, qui était la seule association vis-à-vis de laquelle elle reconnaissait avoir opposé un refus de vente, que cette suspension était purement conservatoire et qu'elle cesserait le jour même où elle serait judiciairement fixée sur le bien-fondé des soupçons qu'elle entretenait à l'égard de la société Euris ; qu'en retenant par principe qu'un soupçon de contrefaçon ne pouvait justifier un refus de vente, cependant qu'une réaction proportionnée, limitée dans le temps, justifiée par des soupçons parfaitement légitimes, et manifestant le seul souci d'une entreprise de défendre ses actifs incorporels, et non de renforcer une éventuelle position dominante par des moyens contraires à l'exercice d'une concurrence par les mérites, ne pouvait être qualifiée de pratique abusive, la Cour d'appel a violé l'article L 420-2 du code de commerce, ensemble le principe de proportionnalité ;

3°/ ALORS ENFIN QUE la discrimination, constitutive d'un abus de position dominante au sens de l'article L 420-2 du code de commerce, consiste dans le fait de traiter différemment et sans motif légitime, deux ou plusieurs cocontractants placés dans une situation identique ; qu'en sanctionnant la société Cegedim, au motif que les soupçons formulés par celle-ci n'étaient pas de nature à justifier son comportement sur le marché des bases de données à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales, cependant que la nécessité de suspendre, à titre purement conservatoire, les ventes réalisées auprès des clients de la société Euris, pour des motifs tirés de l'existence de soupçons sérieux de contrefaçon, tout comme l'existence d'un litige commercial avec la société Euris constituaient des justes motifs de suspension des ventes en litige, la Cour d'appel a violé l'article L 420-2 du code de commerce, ensemble le principe de proportionnalité.

SIXIEME MOYEN DE CASSATION

(Subsidiaire par rapport aux moyens qui précèdent)

(sur la sanction)

6. Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société Cegedim à l'encontre de la décision de l'Autorité de la Concurrence ayant dit établi que la société Cegedim a enfreint les dispositions des articles 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et L. 420-2 du code de commerce en mettant en oeuvre, entre octobre 2007 et avril 2013, sur le marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales, un abus de position dominante caractérisé par le refus

discriminatoire de vendre sa base de données OneKey aux seuls utilisateurs actuels et potentiels de solutions logicielles commercialisées par Euris, ayant condamné la société Cegedim à une sanction pécuniaire de 5.767.000 euros et ayant enjoint à la société Cegedim de ne pas opérer pour le futur de discriminations entre ses clients sur la base du choix du logiciel de Z..., d'AVOIR rejeté l'ensemble des demandes de la société Cegedim, et d'AVOIR condamné celle-ci au paiement d'une somme de 30.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE : « Sur la sanction La société Cegedim reproche à l'Autorité de la concurrence d'avoir retenu pour assiette de la sanction le montant de la valeur des ventes réalisées par elle sur le marché des logiciels Z... dans le secteur de la santé, alors qu'elle avait indiqué qu'elle ne pouvait délimiter ce marché de façon exacte. Elle estime que, dans ces conditions, la valeur des ventes retenue pour le calcul de la sanction apparaît comme étant parfaitement arbitraire. Il ressort néanmoins de la motivation de la décision critiquée par la requérante que si l'Autorité a précisé que le marché des logiciels Z... dans le secteur de la santé ne pouvait être délimité de façon exacte afin d'apprécier une éventuelle position dominante de la société Cegedim, il n'en demeure pas moins que la valeur des ventes de logiciels Z... spécifiques au secteur de la santé réalisées par celle-ci puisse être identifiée sans incertitude. La cour relève sur ce point que le montant retenu par l'Autorité est celui communiqué par la société requérante qui n'apporte aucun élément permettant de remettre en cause ni le périmètre de l'activité dont le montant des ventes a été retenu, ni le bien fondé de la somme qu'elle conteste. La société Cegedim conteste aussi que la pratique qui lui est reprochée ait pu influencer sur la structure du marché et causer un dommage à l'économie. Elle invoque à cet égard de façon inopérante la situation de deux opérateurs qui n'ont pas été satisfaits du produit en cause et soutient, sans que le dossier ne comporte d'élément probant sur ce point, que les sociétés Vygon et La Roche-Posay, qui ont poursuivi leur activité avec le logiciel NetReps d'Euris n'ont jamais souhaité « avoir » la base OneKey. Enfin, elle soutient que les nouveaux clients de la société Euris n'ont pas eu à faire d'arbitrage, puisque pour ceux qui en ont fait le choix, ils ont pu utiliser les solutions logicielles de celle-ci avec la base OneKey. Il n'est toutefois, ainsi qu'il a déjà été précisé dans les développements qui précèdent, pas démontré que les contrats conclus par la société Cegedim avec les sociétés Bailleul Biorga, Besins Healthcare, Hartmann et Rottapharm, l'ont été parallèlement à des engagements de ces sociétés avec la société Euris, ni que les devis adressés aux sociétés Théa et Mayoly Spindler leur aient été envoyés alors que celles-ci étaient clientes de cette dernière. Si, par ailleurs, l'activité de la société Euris a pu être maintenue, la baisse importante de son chiffre d'affaires entre le début des pratiques en 2008 et 2012, soit, selon les données retenues par la décision, de plus de 70 %, la chute du nombre de ses collaborateurs passés de 24 à 6 et la nécessité de recourir à une procédure collective de sauvegarde, montrent que l'acteur émergent et dynamique qu'elle était sur le marché avec une croissance de 35 % par an, a été considérablement amoindri et affaibli. La société Cegedim n'est pas non plus fondée à invoquer la baisse des exportations de la société plaignante, dès lors qu'ainsi qu'il a déjà été relevé, la diminution des exportations en 2009 et 2010 était moindre que la diminution du chiffre d'affaires réalisé sur le territoire national, la question étant ici d'apprécier la mesure du dommage à l'économie et non celle du préjudice de la société Euris. En outre, la situation dans laquelle s'est trouvée la société Euris sur le marché du fait des pratiques relevées, ainsi qu'il vient d'être dit, ne pouvait lui permettre de réagir à l'arrivée de la société Veeva, qui ne peut, dès lors, être considérée comme étant une cause des difficultés rencontrées à partir de 2008. En tout état de cause, la société Cegedim n'apporte aucun élément qui permettrait d'apprécier la part de cette entrée sur le marché d'un nouveau concurrent dans l'affaiblissement de la société Euris. C'est en conséquence par une juste motivation que la cour adopte pour le surplus, et sans que les moyens développés par la société Cegedim ne justifient une appréciation différente du dommage causé à l'économie, que l'Autorité a appliqué un coefficient de 4 % au titre du dit dommage, à l'assiette de la valeur des ventes. Enfin, l'absence de référence à une pratique discriminatoire dans la saisine de l'Autorité de la concurrence par la société Euris est sans portée sur la date du début des pratiques, fixée par la décision à la date à laquelle la société Cegedim a introduit son action en contrefaçon. C'est aussi par une exacte appréciation qu'elle a retenu la date de la notification de griefs comme étant celle de leur arrêt, compte tenu des déclarations en séance du dirigeant de la société qui avait indiqué qu'elles avaient cessé lorsqu'il avait appris leur caractère illicite. Ainsi qu'il a été retenu dans les motifs qui précèdent, la société Cegedim n'a pas rapporté la preuve de ce qu'elle avait conclu des contrats relatifs à la fourniture de la base OneKey avec des entreprises qui étaient clientes de la société Euris. C'est donc à juste titre que l'Autorité de la concurrence a, par une motivation que la cour adopte pour le surplus, retenu que les pratiques avaient duré cinq ans et huit mois. Compte tenu de l'ensemble de ce qui précède, la décision attaquée doit être confirmée et le recours de la société Cegedim doit être rejeté. En conséquence, il n'y a pas lieu d'accueillir sa demande de remboursement des frais exposés au titre des publications ordonnées par l'Autorité, ainsi que sa demande formée sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile » ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE : « III. Les sanctions. Les dispositions du I de l'article L. 464-2 du code de commerce habilite l'Autorité à imposer des sanctions pécuniaires aux entreprises et aux organismes qui se livrent à des pratiques anticoncurrentielles interdites par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ainsi que par les articles 101 TFUE et 102 TFUE. Aux termes du quatrième alinéa du I de l'article L. 464-2 du code de commerce « () Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante ». Par ailleurs, le troisième alinéa du I de l'article L. 464-2 du code de commerce prévoit que « les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation individuelle de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le (titre VI du livre IV du code de commerce). Elles 58 sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ». En l'espèce, l'Autorité appréciera ces critères légaux selon les modalités pratiques décrites dans son communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires (ci-après le communiqué sanctions).. Cegedim a été mise en mesure de formuler des observations sur les principaux éléments de droit et de fait du dossier susceptibles d'influer sur la détermination de la sanction pouvant lui être imposée. A. SUR LA DÉTERMINATION DU MONTANT DE BASE 1. SUR LA VALEUR DES VENTES. La valeur des ventes réalisées par le groupe Cegedim en relation avec l'infraction commise pourra être utilement retenue comme assiette de la sanction. Certes, le code de commerce, en ne se référant pas au chiffre d'affaires lié au secteur ou au marché en cause, mais uniquement au chiffre d'affaires mondial consolidé ou combiné, n'impose pas à l'Autorité de procéder de la sorte (arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1997, Société française de transports Gondrand frères, pourvoi n° 95-16378). Pour autant, ce paramètre constitue généralement une référence appropriée et objective permettant de proportionner au cas par cas l'assiette de la sanction à la réalité économique de l'infraction en cause, et plus précisément à son ampleur ainsi qu'au poids relatif sur le secteur concerné de chacune des entreprises qui y a participé (voir, en ce sens, arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 octobre 2012, Entreprise H. Chevalier Nord e.a., n° 2011/03298, p. 72 ; voir également arrêt de la cour d'appel de Paris, Lacroix Signalisation précité, pp. 37 et 38), comme cela ressort aussi de la jurisprudence constante des juridictions de l'Union (arrêts de la Cour de justice du 7 juin 1983, Musique diffusion française/Commission, 100/80, Rec. p. 1825, points 119 à 121 et du 3 septembre 2009, Papierfabrik August Koehler e.a./Commission, C-322/07 P, C-327/07 P et C-338/07 P, Rec. p. I-7191, point 114). Le point 33 du communiqué sanctions rappelle que l'Autorité retient, en principe, la valeur des ventes relative au dernier exercice comptable complet de participation à l'infraction. En l'espèce, au regard de la nature de la pratique, qui a affecté le marché des logiciels Z... dans le secteur de la santé, il convient de retenir comme assiette du montant de base de la sanction pécuniaire la valeur des ventes de Cegedim sur ce marché pour l'année 2012. Au vu des considérations qui précèdent, et compte tenu des données chiffrées à la disposition de l'Autorité, la valeur des ventes correspond à un montant de 44 365 000 euros. SUR LA PROPORTION DE LA VALEUR DES VENTES RETENUE AU TITRE DE LA GRAVITÉ DES FAITS ET DE L'IMPORTANCE DU DOMMAGE CAUSÉ À L'ÉCONOMIE. En application du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, le montant de base de la sanction imposée à la société Cegedim SA sera déterminé en fonction de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, critères qui se rapportent tous deux à la pratique constatée. Les appréciations de l'Autorité à cet égard trouveront une traduction chiffrée dans le choix d'une proportion de la valeur des ventes, démarche qui, comme indiqué plus haut, permettra de proportionner l'assiette de la sanction à la réalité économique de l'infraction d'une part, et au poids relatif de l'entreprise en cause sur le secteur concerné, d'autre part. L'Autorité procédera ensuite à une appréciation de la situation et du comportement individuels de Cegedim. La durée de la pratique, qui constitue un facteur pertinent pour apprécier tant la gravité des faits (arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, Orange France, n° 11-22144) que l'importance du dommage causé à l'économie (arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2011, Lafarge ciments e.a., n° 10-17482 et 10-17791), fera l'objet d'une prise en compte sous ces deux angles selon les modalités pratiques décrites dans le communiqué sanctions précité. a) Sur la gravité des faits. L'Autorité apprécie la gravité des faits de façon objective et concrète, au vu de l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce. La nature et les caractéristiques de la pratique seront ici prises en compte. En l'affaire, Cegedim, en opposant aux seuls clients actuels et potentiels de la société Euris un refus de vente discriminatoire de sa base de données OneKey, qui n'est pas justifié économiquement, commet une pratique constitutive d'un abus de position dominante. Elle fausse le jeu de la concurrence sur le marché connexe des Z... en créant un désavantage en termes de coûts et d'image à Euris vis-à-vis non seulement de Cegedim, mais aussi des autres entreprises opérant sur le marché. Cette pratique limite également le nombre de clients auxquels

Euris peut avoir accès, la fragilise et à plus long terme contribue à sa disparition. En outre, le refus de vente en cause concerne un produit phare dont la notoriété et la performance sont unanimement reconnues en France, en Europe et dans le monde. b) Sur l'importance du dommage causé à l'économie. Ce critère légal ne se confond pas avec le préjudice qu'ont pu subir les victimes des pratiques en cause, mais s'apprécie en fonction de la perturbation générale qu'elles sont de nature à engendrer pour l'économie (voir, par exemple, arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 octobre 2008, SNEF, n° 2007/18040, p. 4). L'Autorité, qui n'est pas tenue de chiffrer précisément le dommage causé à l'économie, doit procéder à une appréciation de son existence et de son importance, en se fondant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques en cause (arrêts de la cour d'appel de Paris du 30 juin 2011, Orange France, n° 2010/12049, p. 5, confirmé sur pourvoi par arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, précité, et du 26 janvier 2012, Beauté Prestige International e.a., n° 2012/23945, p. 89). L'existence du dommage à l'économie ne saurait donc être présumée (arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2010, Orange France e.a, n° 09-12984, 09-13163 et 09-65940). En se fondant sur une jurisprudence établie, l'Autorité tient notamment compte, pour apprécier l'incidence économique de la pratique en cause, de l'ampleur de l'infraction, telle que caractérisée, entre autres, par sa couverture géographique ou par la part de marché cumulée des participants sur le secteur ou le marché concerné, de sa durée, de ses conséquences conjoncturelles ou structurelles, ainsi que des caractéristiques économiques pertinentes du secteur ou du marché concerné (voir, par exemple, arrêts de la cour d'appel de Paris du 30 juin 2011, précité, p. 5 et du 26 janvier 2012, précité, p. 89 ; voir également, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, précité). Les effets tant avérés que potentiels de la pratique peuvent être pris en considération à ce titre (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 2005, Novartis Pharma, n° 04-13910). En l'espèce, il convient d'examiner tout d'abord l'ampleur de la pratique puis les conséquences conjoncturelles ou structurelles de l'infraction. S'agissant en premier lieu de l'ampleur de la pratique, qui est intervenue sur le marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales, ce refus de vente discriminatoire a été mis en oeuvre sur l'ensemble du territoire national, par un opérateur y détenant une part de marché très élevée, reflétant les avantages que les utilisateurs reconnaissent à la base de données OneKey (voir paragraphes 124 et suivants de la présente décision) et dont, par l'intermédiaire de ses clients, la société Euris a été privée. S'agissant en second lieu des conséquences de l'infraction, cette pratique, qui a débuté en octobre 2007, a affaibli la société Euris en réduisant la capacité de ladite société à concurrencer, sur le marché des logiciels de gestion de la relation client (Z...), les autres opérateurs, dont Cegedim. La pratique en cause, qui dure encore à ce jour, a de ce seul fait généré des effets anticoncurrentiels, et avait même pour effet potentiel de faire disparaître la société Euris (voir paragraphe 242). De plus, la pratique a non seulement désavantagé la société Euris en incitant certains de ses clients potentiels à opter pour un fournisseur concurrent mais elle a également privé les laboratoires de la possibilité d'utiliser la base de données de Cegedim avec une solution Z... proposée par Euris. Les clients laboratoires sont ainsi contraints de faire un arbitrage alors qu'aucune raison économique ne justifie ni la nécessité de faire ce choix, ni la perte de satisfaction que l'obligation de renoncer aux avantages attachés à l'un des deux produits peut entraîner.. Pour autant, cette pratique ne concerne qu'une catégorie ciblée des consommateurs, les clients laboratoires actuels et potentiels de la société Euris. Cet élément est de nature à modérer l'importance du dommage causé à l'économie, même s'il ne remet en cause ni son existence, ni son caractère certain. Conclusion sur la proportion de la valeur des ventes. Compte tenu de l'appréciation qu'elle a faite ci-dessus de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, l'Autorité retiendra, pour déterminer le montant de base de la sanction infligée à la société Cegedim SA, une proportion de 4 % de la valeur de ventes. 3. SUR LA DURÉE DE LA PRATIQUE. Comme indiqué précédemment, la durée de l'infraction est un facteur qu'il convient de prendre en compte dans le cadre de l'appréciation tant de la gravité des faits que de l'importance du dommage causé à l'économie. En effet, plus une infraction est longue, plus l'atteinte qu'elle porte au jeu de la concurrence et la perturbation qu'elle entraîne pour le fonctionnement du secteur ou du marché en cause, et plus généralement pour l'économie, peuvent être substantielles et persistantes. La jurisprudence de l'Union sur ce point relève d'ailleurs que : « Si une entente fixe l'état du marché au moment où elle est conclue, sa longue durée peut en rigidifier les structures (

) . Le retour à l'état de libre concurrence sera d'autant plus difficile et long que la durée de l'entente aura elle-même été longue » (arrêt de la Cour de justice du 8 décembre 2011, KME Germany e.a./Commission, C-389/10 P, point 75). Dans le cas d'infractions qui se sont prolongées plus d'une année, l'Autorité s'est engagée à prendre en compte leur durée selon les modalités pratiques suivantes : la proportion retenue, pour donner une traduction chiffrée à la gravité des faits et à l'importance du dommage causé à l'économie, est appliquée une fois, au titre de la première année complète de participation individuelle aux pratiques de chaque entreprise en cause, à la valeur de ses ventes pendant l'exercice

comptable de référence, puis à la moitié de cette valeur, au titre de chacune des années complètes de participation suivantes. Au-delà de cette dernière année complète, la période restante est prise en compte au mois près, dans la mesure où les éléments du dossier le permettent. Dans chaque cas d'espèce, cette méthode se traduit par un coefficient multiplicateur, défini proportionnellement à la durée individuelle de participation de chacune des entreprises aux 62 pratiques et appliqué à la proportion de la valeur des ventes effectuées par chacune d'entre elles pendant l'exercice comptable retenu comme référence. En l'espèce, l'infraction s'est déroulée d'octobre 2007 à au moins avril 2013, date de la notification de griefs. Seuls les mois entiers étant décomptés, la pratique a duré 5 ans et 6 mois. Il convient donc de retenir un coefficient multiplicateur de 3,25. 4. CONCLUSION SUR LA DÉTERMINATION DU MONTANT DE BASE. Eu égard à la gravité des faits et à l'importance du dommage causé à l'économie par la pratique en cause, le montant de base de la sanction pécuniaire, déterminé en proportion, d'une part, de la valeur des ventes de logiciels Z... santé en relation avec l'infraction commise par la société Cegedim SA, et, d'autre part, de la durée de l'infraction, sera fixé à 5 767 000 euros. Aucune circonstance atténuante ou aggravante, ni aucune situation de réitération ne pouvant justifier une individualisation de la sanction à la baisse ou à la hausse, il y a lieu de comparer directement ce montant au maximum légal. B. SUR L'INDIVIDUALISATION ET LA VÉRIFICATION DU MAXIMUM LÉGAL APPLICABLE. Conformément au I de l'article L. 464-2 du code de commerce, lorsque le contrevenant est une entreprise, le montant maximum de la sanction pécuniaire est de 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante. La pratique reprochée dans la notification du grief a été mise en oeuvre par la société Cegedim SA qui établit des comptes consolidés.. Le chiffre servant de base pour le calcul du plafond légal est dès lors le chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé qui figure dans les comptes consolidés de Cegedim SA pendant la période pertinente. Sur la période 2006-2013, le chiffre d'affaires le plus élevé s'élève à 926 674 000 euros, chiffre d'affaires consolidé hors taxes réalisé en 2010. Le montant maximal de la sanction s'élève donc à 92 667 000 euros (10% de 926 674 000 euros). Le montant de la sanction mentionné au paragraphe 317 est inférieur à ce chiffre. C. SUR LE MONTANT FINAL DE LA SANCTION PECUNIAIRE. Eu égard à l'ensemble des éléments décrits plus haut, il y a lieu d'imposer à la société Cegedim SA une sanction pécuniaire d'un montant de 5 767 000 euros » ;

1°/ ALORS DE PREMIERE PART QUE les sanctions pécuniaires doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés à l'entreprise poursuivie, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération des pratiques prohibées ; que ces sanctions doivent être déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ; que la détermination du dommage causé à l'économie implique, a minima, une définition du marché affecté par les pratiques contestées ; qu'en confirmant la sanction prononcée par l'Autorité de la concurrence, tout en concédant que le marché des logiciels Z... pour le secteur de la santé, marché qui aurait été affecté par les pratiques imputées à la société Cegedim, n'avait pu être délimité, la Cour d'appel, qui a validé une évaluation arbitraire de la sanction infligée à la société Cegedim, sanction qui ne pouvait en l'état être proportionnée au dommage effectivement causé à l'économie par les pratiques qui lui étaient imputées, a violé l'article L 464-2 du code de commerce, ensemble le principe de l'individualisation des peines ;

2°/ ALORS DE DEUXIEME PART QUE s'il peut être tenu compte de la durée de l'infraction pour quantifier la sanction infligée à une entreprise poursuivie pour s'être livrée à des pratiques anticoncurrentielles en ce qu'il s'agit d'un critère permettant de mesurer la gravité de l'infraction et le dommage causé par celle-ci à l'économie, il ne peut être tenu compte que de la durée effective de l'infraction, c'est-à-dire de la période pendant laquelle celle-ci a effectivement produit ses effets ; qu'en matière de refus de vente discriminatoire, le point de départ des pratiques contestées doit ainsi être fixé à la date du premier refus discriminatoire ou de tout acte positif ayant porté à la connaissance du marché la mise en place d'une pratique de refus de vente discriminatoire ; qu'en l'espèce, la société Cegedim faisait valoir, sans être contredite, que le premier refus de vente que les autorités de poursuites avaient établi datait du 15 mai 2009 (conclusions, p. 41) ; qu'en fixant, à l'instar de l'Autorité de la concurrence, la date de début des pratiques en octobre 2007, soit à la date à laquelle la société Cegedim avait introduit son action en contrefaçon, sans constater qu'à compter de cette date la société Cegedim avait effectivement opposé des refus de vente aux clients de la société Euris ou que le marché avait pris connaissance d'une pratique mise en place par la société Cegedim, et qu'ainsi, à compter de cette date, les pratiques imputées à la société Cegedim avaient commencé à produire leurs effets, la Cour d'appel a privé sa décision

de base légale au regard de l'article L 464-2 du code de commerce ;

3°/ ALORS DE TROISIEME PART QUE les juges sont tenus de s'expliquer sur l'ensemble des circonstances de nature à modérer la gravité de l'infraction imputée à l'entreprise poursuivie ou le dommage que celle-ci aurait causé à l'économie ; qu'en infligeant à la société Cegedim une sanction pécuniaire de pas moins de 5.767.000 euros sans le moindre égard au fait que la réaction de la société Cegedim avait pour seul objet de défendre ses actifs incorporels, dont elle pouvait légitimement croire qu'ils étaient menacés, et non de renforcer sa position dominante, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 464-2 du code de commerce, ensemble les principes d'individualisation et de proportionnalité des peines. Moyens produits AU POURVOI INCIDENT par la SCP Levis, avocat aux Conseils, pour la société Euris.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt d'AVOIR dit irrecevable le recours formé par la société Euris, en ce qu'elle demande, d'une part, d'infirmier la décision de l'Autorité pour ce qu'elle a retenu que la base de données Onekey ne constitue pas une infrastructure essentielle, d'autre part, qu'il soit enjoint à la société Cegedim de permettre à la société Euris l'accès à l'infrastructure essentielle ;

AUX MOTIFS QUE « Sur la fin de non-recevoir. L'Autorité de la concurrence et la société Cegedim soutiennent que les demandes de la société Euris tendant à la réformation de la décision sont irrecevables au motif que cette dernière, ayant eu gain de cause devant l'Autorité, n'aurait pas intérêt à agir.

La société Euris soutient que ses demandes Sont recevables au motif que l'article L. 464-8 du code de commerce précise que le recours en réformation est ouvert à toutes les parties en cause et qu'en outre, la combinaison de l'effet dévolutif de l'appel et de ces dispositions impose à la cour, saisie d'un recours de plein contentieux, de statuer en droit et en fait sur la décision attaquée. Elle ajoute que l'Autorité de la concurrence a en partie écarté ses prétentions fondées sur un dénigrement anticoncurrentiel, l'existence d'un abus par défaut d'accès à une infrastructure essentielle et la pratique de vente liée. Elle fait aussi valoir qu'en dépit de la décision, la société Cegedim prétend ne pas être tenue de contracter avec elle pour lui donner accès à sa base de données et a refusé jusqu'à ce jour de respecter l'injonction de l'Autorité. Selon la société Euris, il convient que la cour réforme la décision de l'Autorité afin d'écartier toute ambiguïté sur la nécessité de l'accès par elle et ses clients à la base de données OneKey.

Selon l'article R. 464-10 du code de commerce, «Par dérogation aux dispositions du titre VI du livre II du code de procédure civile, les recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions de l'Autorité de la concurrence sont formés, instruits et jugés conformément aux dispositions de la présente section ».

L'article 31 du code de procédure civile, figurant au titre II du livre 1er intitulé «Dispositions communes à toutes les juridictions », dispose que : « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé» ;

L'article 122 du même code, figurant aussi au Livre 1er, énonce que : «constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

Ces dernières dispositions qui ne relèvent pas du livre 11 du code de procédure civile échappent aux dérogations prévues par l'article R. 464-10 du code de commerce précité et sont applicables en l'espèce.

Il en résulte que si une partie devant l'Autorité de la concurrence peut introduire un recours en annulation ou en réformation d'une décision prise par celle-ci, relevant de l'une de celles mentionnées au premier alinéa de l'article L. 464-8 du code de commerce, ce droit doit s'exercer dans les conditions applicables à l'action en justice prévues par le code de procédure civile. En particulier, les parties requérantes au recours doivent justifier d'un intérêt à agir, sous peine de se

voir déclarées, éventuellement d'office, irrecevables en leur recours ou en leurs demandes, sans examen au fond.

La société Euris demande, notamment, que la décision entreprise soit réformée en ce qu'elle a refusé de qualifier la base OneKey comme une infrastructure essentielle et qu'il soit enjoint à la société Cegedim « de périmètre pour le futur (...) l'accès à l'infrastructure essentielle qu'est ici hase de données OneKey ». Cependant, en invoquant dans sa saisine de l'Autorité, puis dans son recours en réformation, un refus de vente discriminatoire et un refus d'accès à une ressource essentielle, la société Euris dénonce, en réalité, une seule et même pratique, à savoir le refus que lui a, à travers ses clients, opposé la société Cegedim d'accéder à sa base de données OneKey, la qualification de ressource essentielle ne modifiant en rien ni le caractère illicite de la pratique en cause qualifiée d'abus de position dominante, ni, pour l'une ou l'autre des parties, les effets de la décision prise par l'Autorité.

Sur ce point, la société Euris a eu devant l'Autorité totalement gain de cause, puisque celle-ci a qualifié la pratique de refus dénoncée d'abus de position dominante, l'a sanctionnée pécuniairement et a enjoint à la société Cegedim d'y mettre un terme pour le futur.

L'éventuel non-respect par la société Cegedim de l'injonction de l'Autorité à son égard ne suffit pas à créer un intérêt à agir rendant le recours en réformation introduit par la société Euris recevable, puisque pour répondre à une telle situation, le législateur a prévu une voie d'action appropriée aux articles L. 464-2 et L. 464-3 du code de commerce, permettant à l'Autorité de faire respecter ses injonctions.

En conséquence, les demandes de la société Euris d' « infirmer la décision de l'Autorité de la concurrence en ce qu'elle a retenu que la base de données OneKey ne constitue pas une infrastructure essentielle » et d' « enjoindre à la société Cegedim de permettre pour le futur (..) l'accès à l'infrastructure essentielle qu'est la base de données OneKey » sont irrecevables pour défaut d'intérêt à agir.

En revanche, ses autres demandes qui tendent à l'infirmer de la décision en ce qu'elle a rejeté l'existence de ventes liées entre la base Onekey et la solution logicielle Teams, devenue Mobile Intelligence et qu'il soit enjoint à la société Cegedim de ne pas opérer de ventes liées entre la solution logicielle et la base de données, points sur lesquels elle n'a pas eu gain de cause, sont recevables » ;

ALORS QUE dans le contentieux de la concurrence, le recours en réformation est ouvert à toutes les parties en cause ; que la cour d'appel saisie de l'appel d'une décision de l'autorité de la concurrence est saisie d'un plein contentieux en vertu de l'effet dévolutif de l'appel ; qu'en déclarant les demandes de la société Euris au titre de la reconnaissance d'une infrastructure essentielle, la cour d'appel a violé l'article L. 464-8 du code de commerce, ensemble l'article 31 du code de procédure civile ;

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt d'AVOIR rejeté les demandes incidentes de la société Euris de réformation de la décision en ce qu'elle a rejeté l'existence des ventes liées entre la base de données One Key et la solution logicielle Teams de la société Cegedim et qu'il soit enjoint à celle-ci de ne plus procéder à des ventes liées ;

AUX MOTIFS QUE « La société Euris fait grief à la décision attaquée de ne pas avoir reconnu comme étant établie la pratique de vente liée dont elle a saisi l'Autorité. Elle soutient que la société Cegedim cherche à l'évincer du marché des logiciels Z... dans le secteur d'activité de l'industrie de la santé, en subordonnant l'accès à la base de données OneKey, produit « phare » et incontournable du marché des bases de données d'informations médicales à destination des laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des visites médicales, à l'emploi de ses propres logiciels Z..., à savoir Teams et désormais Mobile Intelligence. Elle indique que la société Cegedim irait jusqu'à proposer la gratuité de son logiciel Z... Teams à ses clients On.eKey

Elle ne produit cependant aucun élément qui démontrerait que la société Cegedim imposerait à ses clients la vente liée de la base OneKey au logiciel qu'elle propose sur le marché. Sur ce point la cour renvoie et adopte les motifs pertinents de la décision (paragraphe 266) se référant aux éléments chiffrés et aux contrats recueillis dans le cadre de l'instruction. Par

ailleurs, la société Funs ne rapporte aucun élément qui conduirait à contredire l'analyse de l'Autorité (Paragraphe 268 et s.) concernant les ventes groupées mixtes et l'absence de preuve d'octroi de remises qui fausseraient le jeu de la concurrence loyale par les mérites. Sur ce point, la cour relève en outre que le fait qu'un responsable d'entreprise ait été «(..) encouragé à prendre le fichier et en escomptant une offre sur le logiciel de CJ?M T(-,anis» ne permet pas de rapporter à lui seul la pratique de remises anticoncurrentielles dénoncées par la société Euris. Il en est de 11ième du simple fait que 56 % des clients achètent les deux produits ensemble et que parmi ceux-ci se trouvent les laboratoires les plus importants.

Enfin, la précision dans un contrat vierge, non daté, selon laquelle la société Cegedim s'engagerait à fournir à son client «une prestation globale et indivisible dénommée prestation de traitement Teams de traitement informatique des visites médicales rendue à partir des bases de données appartenant et gérées par le prestataire » ne démontre nullement que la société Cegedim ait rendu obligatoire cette prestation globale, alors même que les pièces du dossier rappelées dans la décision permettent d'établir que la base de données et les logiciels étaient vendus séparément.

La demande de réformation de la décision soutenue sur ce point par la société Euris doit en conséquence être rejetée » ;

ALORS QUE la vente liée est une pratique qui, lorsqu'elle émane d'une entreprise en position dominante, est constitutive d'un abus ; qu'en l'espèce, il ressort des propres constatations de la cour d'appel que la société Cegedim s'était livrée à des pratiques de ventes liées prohibées par l'article L. 420-2 du code de commerce ; qu'en constatant ces pratiques d'une société en position dominante, tout en rejetant la demande de la société Euris à cet égard, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé l'article L. 420-2 du code de commerce ;