

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 99-MC-03 du 16 février 1999

relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentée par la SARL Reims Bio

Le Conseil de la Concurrence (section I)

Vu la lettre enregistrée le 4 décembre 1998 sous les numéros F 1104 et M 233 par laquelle la SARL Reims Bio a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques, qu'elle estime anticoncurrentielles, mises en œuvre par le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne, établissement de transfusion sanguine et demande le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^o décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne, établissement de transfusion sanguine et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général suppléant, le commissaire du Gouvernement entendus, les représentants de l'Agence française du sang entendus conformément aux dispositions de l'article 25 de l'ordonnance précitée, les représentants de la SARL Reims Bio entendus, le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne, établissement de transfusion sanguine, ayant été régulièrement convoqué ;

Sur la saisine au fond :

Considérant que la SARL Reims Bio expose qu'elle a développé à Reims depuis le 7 mai 1998, date de sa création, une activité d'élaboration et de vente de produits sanguins traités pour la fabrication de réactifs à usage industriel ; que pour l'exercice de cette activité elle s'approvisionne en matière première et produits sanguins à usage non thérapeutique principalement auprès du Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne, établissement de transfusion sanguine ; que, pour ce faire, elle a conclu successivement avec cet organisme, le 7 mai 1998 et le 2 octobre 1998, deux conventions de cession de matières premières d'origine sanguine destinées exclusivement à la préparation de réactifs pour la recherche et le diagnostic, que ces deux conventions couvraient la période allant jusqu'au 31 décembre 1998 et étaient renouvelables d'année en année par tacite reconduction ; que, cependant, le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne a brutalement cessé, à une exception près, d'honorer ses commandes à partir du 9 novembre 1998, la plaçant dans une situation extrêmement délicate vis-à-vis de ses clients ; qu'en revanche, le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne a livré directement des produits d'origine sanguine à au moins un de ses clients,

à savoir la société Sanofi Diagnostics Pasteur ;

Considérant que la SARL Reims Bio soutient qu'en cessant ainsi de l'approvisionner, le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne a commis un refus de vente et abusé de l'état de dépendance économique dans lequel elle se trouve à l'égard de celui-ci, dès lors qu'elle ne dispose d'aucune solution équivalente et, cherchant à l'évincer du marché, a violé le 2 de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'elle allègue, en outre, qu'en livrant directement l'un de ses clients, le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne s'est rendu coupable d'actes de concurrence déloyale ; qu'elle précise, enfin, que le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne, auquel peut être imputé un comportement dilatoire, est, depuis quelques semaines, dirigé par M. Jean-Jacques Huart lequel était également gérant de l'EURL Diagast qui occupe une position prééminente dans le secteur de l'immuno-hématologie et dont l'activité est directement concurrente de celle exercée par la SARL Reims Bio ; qu'elle demande, en conséquence, au Conseil de sanctionner les infractions aux dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 commises par le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne ; que la SARL Reims Bio, qui a saisi parallèlement le tribunal de commerce de Reims et le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, demande, en outre, au Conseil de prendre des mesures conservatoires sur le fondement de l'article 12 de l'ordonnance précitée ;

En ce qui concerne la compétence du Conseil :

Considérant que le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie soutient que le Conseil de la concurrence ne serait pas compétent au motif que la décision du 23 octobre 1998, par laquelle l'Agence française du sang, établissement public administratif, a refusé d'approuver les conventions de cession du 7 mai et du 2 octobre 1998, revêt le caractère d'un acte unilatéral pris dans l'exercice de prérogatives de puissance publique relevant de la compétence de la juridiction administrative, que le refus opposé par le directeur de l'établissement de transfusion sanguine de livrer les produits prévus aux contrats constitue la conséquence directe et nécessaire de la décision du président de l'agence et que cette décision s'analyse donc comme une décision non détachable de l'acte pris par l'autorité de tutelle ;

Mais considérant, d'une part, qu'en vertu de l'article L 668-1 du code de la santé publique, les établissements de transfusion sanguine exercent une mission de santé publique dans le cadre du service public de la transfusion sanguine et peuvent, en outre, être autorisés à exercer d'autres activités de santé, notamment des activités de soins et de laboratoire d'analyse de biologie médicale, conformément aux règles applicables à ces activités ; qu'au cas particulier, le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne, établissement de transfusion sanguine compétent pour les départements de l'Aube, de la Marne, des Ardennes et de la Haute-Marne, a été autorisé par décision du président de l'Agence française du sang en date du 7 juillet 1995 à exercer des activités annexes relevant de la santé publique et, notamment ; la préparation de produits sanguins à usage de réactifs ;

Considérant, d'autre part, que pour l'exercice de l'ensemble de leurs activités, relevant ou non du service public de la transfusion sanguine, les établissements de transfusion sanguine sont placés par application de l'article L 667-5 du code de la santé publique sous la tutelle de l'Agence française du sang, établissement public administratif, lui-même placé sous la tutelle du ministre de la santé ; qu'en particulier certaines décisions des conseils d'administration des établissements de transfusion sanguine qui, tel le Groupement

d'intérêt public Champagne-Ardenne, sont constitués sous forme de groupement d'intérêt public, ne prennent effet qu'à compter de leur approbation par l'Agence française du sang, en vertu des articles 13 et 14 de la convention-type des établissements de transfusion sanguine constitués sous forme de groupements d'intérêt public annexée au décret n° 94-65 du 10 mai 1994 ; qu'il en va notamment ainsi pour les décisions relatives aux conventions de cession de matière première et de produits sanguins, à des fins non thérapeutiques, à des établissements à but lucratif ;

Considérant, enfin, que les produits sanguins à usage non thérapeutique ou à usage de réactifs, à la différence des produits sanguins à usage thérapeutique, c'est-à-dire destinés à être transfusés aux patients, peuvent faire l'objet d'une commercialisation, selon des tarifs librement fixés entre les parties, par les établissements de transfusion sanguine agréés à cet effet et par les importateurs bénéficiant d'une autorisation ministérielle ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'activité annexe de vente de matière première et de produits sanguins à usage non thérapeutique exercée par le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne, établissement de transfusion sanguine, est au nombre des activités de production et de service qui entrent dans le champ d'application de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que les circonstances que cette activité soit exercée par un organisme à but non lucratif et fasse l'objet d'une réglementation ne la fait pas échapper à l'application de cette ordonnance ; qu'en conséquence, alors même que les décisions prises par l'Agence française du sang, dans le cadre des pouvoirs de tutelle précités sur les établissements de transfusion sanguine, revêtent un caractère administratif dont l'appréciation de la légalité ne relève que de la juridiction administrative, le Conseil est compétent pour apprécier, au regard des dispositions du titre III de cette ordonnance, les pratiques qui ont consisté pour le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne à cesser ses livraisons à la SARL Reims Bio ; qu'en conséquence, le Conseil n'est pas davantage obligé de surseoir à statuer dans l'attente des décisions de la juridiction administrative ;

En ce qui concerne les pratiques dénoncées :

Considérant, premièrement, que le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne a vendu à la SARL Reims Bio des matières premières et produits sanguins destinés à la fabrication de réactifs du 7 mai au 9 novembre 1998 ; que la SARL Reims Bio indique que ces livraisons représentaient 90 % de ses approvisionnements ; que le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne a rompu brutalement ses livraisons à compter de cette dernière date, hormis seize poches de plasma prélevées sur héparatine de lithium ; que, dans un courrier du 23 octobre 1998, le président de l'Agence française du sang a rappelé au Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne que les conventions de cession de produits sanguins à usage non thérapeutique " sont soumises à l'approbation de l'Agence conformément aux dispositions prévues à l'article 14 de l'annexe II du décret n° 94-365 du 10 mai 1994 ", a précisé que " les conventions qui portent sur l'année 1998, sont, en tout état de cause, en cours d'exécution et ne pourront dès lors recevoir l'approbation de l'agence " et a ajouté " comme vous le savez, l'approbation de l'agence constitue un préalable à l'exécution des conventions qui doivent avoir une durée d'un an " ; que cette décision a été communiquée à la SARL Reims Bio dans le courant du mois de décembre dans le cadre de la procédure engagée par cette dernière devant le tribunal de commerce ayant abouti à l'ordonnance de référé du 18 décembre 1998 par laquelle le président de la juridiction consulaire a ordonné au Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne " de reprendre immédiatement la livraison de tous les produits visés dans la convention du 2 octobre 1998, et ce sous astreinte de dix mille francs (10.000) par jour à compter de la

signification de la présente ordonnance, sous réserve d'une décision contraire de l'Agence française du sang notifiée à la société Reims Bio " ; que le 22 décembre 1998, l'Agence française du sang a écrit à la SARL Reims Bio en lui précisant : " En application de l'ordonnance de référé rendue à votre demande contre le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne les 15 et 18 décembre dernier par le tribunal de commerce de Reims, j'ai l'honneur de vous notifier par la présente, copie de la lettre du 23 octobre 1998 par laquelle je refuse d'approuver la convention liant votre société à l'ETS. Cette notification suspend l'exécution de l'ordonnance de référé susvisée " ;

Considérant, deuxièmement, qu'il ressort des pièces du dossier que le Groupement d'intérêt public Champagne Ardenne a livré du 7 mai au 9 novembre 1998 de la matière première et des produits sanguins à la SARL Reims Bio, alors même que l'Agence française du sang lui avait notifié, par courrier du 16 juillet 1998, que la première convention, signée le 7 mai 1998, ne pourrait faire l'objet d'une approbation ; que, de même, le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne a livré, à partir du mois de novembre 1998, divers produits à la société Sanofi Diagnostics Pasteur, se substituant ainsi à la SARL Reims Bio, alors que, comme l'a indiqué en séance le président de l'Agence française du sang, le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne n'avait signé aucune convention avec la société Sanofi Diagnostics Pasteur ; qu'en outre le Groupement d'intérêt public a communiqué tardivement à la SARL Reims Bio les raisons pour lesquelles il avait arrêté ses livraisons ainsi que la décision de l'Agence française du sang, comme le montre la chronologie rappelée ci-dessus, laissant la SARL Reims Bio dans l'incertitude ; qu'il n'a engagé aucune démarche auprès de l'Agence française du sang en vue de régulariser ses rapports contractuels avec la SARL Reims Bio, alors qu'il ne pouvait ignorer les difficultés dans lesquelles se trouvait cette dernière à la suite de l'arrêt des livraisons ;

Considérant, troisièmement, que le président de l'Agence française du sang, entendu par le Conseil en application de l'article 25 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, a présenté les conditions qui sont exigées par l'agence avant toute approbation des conventions de cession conclues entre les établissements de transfusion sanguine et des entreprises, en indiquant que les critères utilisés n'étaient pas formalisés dans un document public ; que ces critères sont relatifs à la garantie d'utilisation des produits par le seul cocontractant, au respect des principes éthiques, à la gratuité des dons, à la réalisation des tests de dépistage et à la traçabilité des produits qui font l'objet de la convention ; que l'agence vérifie également que les quantités cédées ne remettent pas en cause les besoins des patients en matière de transfusion ;

Considérant, quatrièmement, que le président de l'agence a expliqué qu'en vertu du décret du 10 mai 1994 précité et des conventions-types annexées à ce texte, il n'est pas tenu de motiver sa décision et que le destinataire de la décision de l'Agence française du sang est l'établissement de transfusion sanguine et non l'organisme à but lucratif bénéficiant des cessions ; que, toutefois, en cas de demande écrite de la part du cocontractant de l'établissement de transfusion sanguine, l'agence est disposée à expliquer les raisons qui l'ont conduite à refuser d'approuver la délibération du conseil d'administration du Groupement d'intérêt public autorisant la signature de la convention ; qu'il a reconnu que la société Sanofi Diagnostics Pasteur avait été livrée directement par le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne, hors convention, mais pour des quantités limitées destinées à répondre à l'urgence qui résultait de l'impossibilité pour la SARL Reims Bio de poursuivre ses livraisons ;

Considérant, cinquièmement, que les pratiques dénoncées émanent d'un opérateur, le Groupement d'intérêt

public Champagne-Ardenne, qui détient dans la région Champagne-Ardenne, en vertu de la législation en vigueur, le monopole de la collecte des produits sanguins et qui se trouve, de ce fait, à la fois en position de fournisseur de matière première et de produits sanguins utilisés à des fins non thérapeutiques et en position de concurrence, au moins potentielle, vis-à-vis des opérateurs fabriquant des réactifs d'origine sanguine, en vertu de la possibilité qui lui a été consentie par la décision du 7 juillet 1995 du président de l'Agence française du sang d'exercer ce type d'activité, conformément à l'article L 668-1 du code de la santé publique ; qu'en outre, il ressort des pièces du dossier que M. Jean-Jacques Huart, directeur du Groupement d'intérêt public du Nord-Pas-de-Calais, établissement de transfusion sanguine, nommé directeur par intérim du Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne le 7 octobre 1998 par l'Agence française du sang, a exercé jusqu'à cette date les fonctions de gérant de l'EURL Diagast installée à Loos (Nord), société dont l'unique actionnaire est l'Association pour l'essor de la transfusion sanguine dans la région du Nord, elle-même membre du Groupement d'intérêt public du Nord-Pas-de-Calais ; que l'EURL Diagast, laquelle est approvisionnée par le Groupement d'intérêt public du Nord-Pas-de-Calais, se trouve en situation de concurrence avec la SARL Reims Bio pour une partie au moins de ses activités ;

Considérant par suite que, contrairement à ce que soutient le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne dans ses écrits, la seule circonstance que les délibérations du conseil d'administration du Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne ayant autorisé la signature des conventions de cession du 7 mai et le 2 octobre 1998 n'aient pas été approuvées par l'Agence française du sang, comme le prévoit la réglementation applicable, ne saurait suffire à faire obstacle par elle-même à une qualification des pratiques dénoncées qui ont consisté à interrompre les livraisons à la SARL Reims Bio ; que dès lors, en l'état actuel du dossier et sous réserve de l'instruction au fond, il ne peut être exclu que ces pratiques puissent entrer dans le champ d'application du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur la demande de mesures conservatoires :

Considérant qu'accessoirement à sa saisine au fond, la SARL Reims Bio demande au Conseil de la concurrence " vu l'urgence et l'atteinte grave et immédiate aux intérêts de l'entreprise ... d'enjoindre au Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne, établissement de transfusion sanguine, de reprendre immédiatement la livraison à la SARL Reims BIO des produits à usage non thérapeutique visée dans les conventions du 7 mai et 2 octobre 1998 " ; que cette demande doit être regardée comme une demande de mesures conservatoires présentée sur le fondement de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'aux termes de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, des mesures conservatoires " ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur concerné, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence " ;

Considérant que la SARL Reims Bio a juridiquement la possibilité de s'approvisionner en produits sanguins à usage non thérapeutique auprès d'autres établissements de transfusion sanguine ou de recourir à des importations ; qu'en pratique, toutefois, selon les déclarations mêmes du président de l'Agence française du sang, les quantités de produits susceptibles d'être fournies par les autres établissements de transfusion sanguine sont limitées en fonction du nombre des donneurs réservés à ce type de prélèvements et de la

difficulté de réaffecter à un usage non thérapeutique des quantités significatives de dons initialement destinés à la transfusion sans mettre en péril l'équilibre du système transfusionnel ; que s'agissant des importations, M. Leroux , gérant de la SARL Reims Bio a précisé que les seuls fournisseurs possibles se trouveraient en Amérique du Nord et que ces importations sont soumises à la nécessité d'obtenir une autorisation ministérielle conditionnée par des exigences en matière de garanties sanitaires ; que, par ailleurs, les produits fournis par le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne présentent des caractéristiques particulières liées au profil des donneurs et à un faible risque virologique, caractéristiques qui sont exigées par les clients de la SARL Reims Bio ; qu'il convient encore de relever que les achats de la SARL Reims Bio auprès du Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne représentaient, en 1998 90 % de ses approvisionnements ; que, dans ces conditions, la SARL Reims Bio ne dispose pas, dans un délai raisonnable, de solution équivalente ;

Considérant, par ailleurs, qu'il résulte également des pièces versées au dossier que le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne a d'ores et déjà livré, dès le mois de novembre 1998, la société Sanofi Diagnostics Pasteur en lieu et place de la SARL Reims Bio qui se trouve, ainsi, en situation de perdre des clients par suite de l'impossibilité de les approvisionner ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que, bien qu'elle ait réalisé un bénéfice de 225 160 F en 1998 et disposait au 31 décembre 1998 d'une trésorerie de 410 784 F, la SARL Reims Bio est menacée dans son existence par l'arrêt des livraisons du Groupement d'intérêt public Champagne Ardenne ;

Considérant que le courrier adressé le 23 octobre 1998 par l'Agence française du sang à la société Reims Bio, par lequel elle indique que "*les conventions qui portent sur l'année 1998, sont, en tout état de cause, en cours d'exécution et ne pourront dès lors recevoir l'approbation de l'agence*" ne concerne que les conventions de cession relatives à l'année 1998 ; que, par ailleurs, le président de l'Agence française du sang a déclaré en séance que, s'il était saisi d'un nouveau projet de convention entre le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne et la SARL Reims Bio, présentant les garanties techniques et éthiques énumérées précédemment, il ne formulerait aucune objection à son approbation ; qu'il a précisé, en outre, que les dossiers de ce type font l'objet d'un examen rapide n'excédant pas deux mois ;

Considérant que, dans ces conditions, il y a lieu d'enjoindre au Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne de reprendre les livraisons de matières premières et produits sanguins destinés à la fabrication de réactifs au profit de la SARL Reims Bio, sous réserve de l'approbation par l'Agence française du sang de la délibération par laquelle le conseil d'administration du Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne aura décidé la signature d'une convention de cession avec cette société applicable pour l'année 1999 ; qu'il y a lieu, en outre, d'inviter le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne à rendre compte au Conseil de la concurrence, dans le délai d'un mois suivant la notification de la présente décision, des conditions dans lesquelles la présente injonction aura été exécutée ;

Décide :

Article 1 : Il est enjoint au Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne de reprendre les livraisons à la SARL Reims Bio de matière première et de produits sanguins destinés à la fabrication de réactifs, sous réserve de l'approbation par l'Agence française du sang de la délibération par laquelle le conseil

d'administration du Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne aura décidé la signature d'une convention avec ladite société applicable pour l'année 1999.

Article 2 : Le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne rendra compte au Conseil de la concurrence dans le délai d'un mois suivant la notification de la présente décision des conditions dans lesquelles la présente injonction aura été exécutée.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Bresse, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance, MM. Callu, Lasserre, Marleix, Rocca, Sloan, et Thiolon, membres.

Le rapporteur général suppléant,

Le vice-président, présidant la séance,

Marie-Hélène Mathonnière.

Pierre Cortesse