

D.H. D. 26

COMM.

D.S

108

COUR DE CASSATION

Audience publique du **28 février 2006**

Rejet

M. TRICOT, président

Arrêt n° 292 FS-P+B+I-R

Pourvoi n° X 05-12.138

CONSEIL
DE LA CONCURRENCE
2006
DE LA DOCUMENTATION

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Sur le pourvoi formé par l'association EFS - Etablissement français du sang, dont le siège est 100, avenue de Suffren BP 552, 75725 Paris Cedex 15,

en cassation d'un arrêt rendu le 25 janvier 2005 par la cour d'appel de Paris (1^e chambre section H), au profit :

1°/ du Ministre de l'économie des finances et de l'industrie, demeurant 59, boulevard Vincent Auriol, 75003 Paris Cedex 13,

2°/ de la société Reims Bio, société à responsabilité limitée, dont le siège est 9, rue des Marmouzets BP 2032, 51100 Reims,

défendeurs à la cassation ;

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

Vu la communication faite au Procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 17 janvier 2006, où étaient présents : M. Tricot, président, Mme Favre, conseiller rapporteur, Mme Garnier, conseiller, Mm^e Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Favre, conseiller, les observations de la SCP Piwnica, Molinié, avocat de l'association EFS-Etablissement français du sang, les conclusions de M. Jobard, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Paris, 25 janvier 2005) que, le 4 décembre 1998, la société Reims Bio, qui avait pour activité l'élaboration, la transformation et la vente de produits sanguins traités pour la fabrication de réactifs à usage industriel, et qui, pour se fournir en produits sanguins à usage non thérapeutique, s'approvisionnait, à concurrence de 90 % de ses besoins, auprès du groupement d'intérêt public Champagne-Ardennes (le GIPCA), a saisi le Conseil de la concurrence (le Conseil) d'un dossier relatif aux pratiques qu'elle estimait anticoncurrentielles, mises en œuvre par le GIPCA qui avait interrompu ses livraisons ; que le 27 avril 1999 la société Reims Bio a été mise en liquidation judiciaire ; que la loi n° 98-535 du 1^{er} juillet 1998 ayant transféré à l'Etablissement français du sang (EFS), les activités précédemment exercées par les établissements de transfusion sanguine, le Conseil a notifié à l'EFS un grief d'abus de position dominante et un grief d'abus de dépendance économique de cette société ; que, par décision n° 04-D-26 du 30 juin 2004, le Conseil, après avoir estimé qu'il existait un marché pertinent des produits sanguins bruts à usage non thérapeutique prélevés sur des donneurs présentant des garanties virologiques importantes et un standard biologique moyen sur lequel le GIPCA était en position dominante, a dit qu'il était établi que l'EFS avait enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce et lui a infligé une sanction pécuniaire de 76 224 euros ; que l'EFS a formé un recours contre cette décision ;

Sur le premier moyen :

Attendu que l'EFS fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré irrecevables les moyens énoncés dans son mémoire en réplique déposé le 29 novembre 2004, alors, selon le moyen :

1°/ que conformément aux dispositions de l'article 8 du décret du 19 octobre 1987 relatif aux recours exercés contre les décisions du

Conseil de la concurrence, le magistrat délégué par le premier président a, par ordonnance du 20 septembre 2004, fixé les délais dans lesquels les parties à l'instance devaient se communiquer leurs observations écrites et en déposer copie au greffe de la cour d'appel ; que la date du 29 novembre 2004 a été retenue pour le dépôt des mémoires en réplique ; qu'en déclarant irrecevables les moyens énoncés par l'EFS dans son mémoire en réplique régulièrement déposé le 29 novembre 2004 et en lui interdisant de compléter son argumentation, la cour d'appel a méconnu l'article 4 du calendrier de procédure fixé par le magistrat délégué, ensemble les articles 2 et 8 du décret du 19 octobre 1987, 15 et 16 du nouveau Code de procédure civile et 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ que ne constitue pas un moyen nouveau au sens de l'article 2 du décret du 19 octobre 1987 une argumentation complémentaire qui se rattache par un lien direct aux moyens initialement soulevés dans le recours ; que l'argumentation invoquée par lui dans son mémoire en réplique du 29 novembre 2004 relative à l'absence d'abus de position dominante du GIP Champagne-Ardennes n'est pas nouvelle puisque dans son mémoire initial du 2 septembre 2004, il faisait valoir que le GIP n'était pas en situation de position dominante sur le marché ; que l'ensemble de cette argumentation a une cause juridique commune et consiste à soutenir que l'infraction prévue par l'article L. 420-2 du Code de commerce n'était pas constituée ; qu'en déclarant irrecevable les critiques dirigées contre les motifs de la décision du Conseil de la concurrence relative à l'exploitation abusive d'une position dominante, l'arrêt attaqué a, de nouveau, méconnu les articles 2 et 8 du décret du 19 octobre 1987, 15 et 16 du nouveau Code de procédure civile et 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu que l'arrêt n'a pas écarté le mémoire en réplique déposé le 29 novembre 2004, mais a retenu que seuls seraient examinés les moyens déjà articulés dans le mémoire du 2 septembre 2004 ; que dès lors qu'il est constant que l'EFS n'a pas, dans son premier mémoire, formulé de moyen contre les motifs par lesquels le Conseil a caractérisé l'existence d'un abus de position dominante, la cour d'appel, sans violer le principe de l'égalité des armes, a justement retenu qu'il s'agissait d'un moyen nouveau qui était irrecevable comme ayant été déposé plus de deux mois après la notification de la décision déférée ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le deuxième moyen :

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

1°/ que l'article 18 de la loi n° 98-535 du 1^{er} juillet 1998 a prévu qu'une convention entre lui et chaque personne concernée dont le GIP Champagne-Ardenne devait fixer les conditions dans lesquelles les droits et obligations, créances et dettes liés aux activités du GIPCA a lui étaient cédés ; qu'ainsi pouvaient être aménagées par voie conventionnelle des modalités particulières de reprise susceptibles de déroger au principe de la continuité économique et fonctionnelle ; que sur le fondement de la loi susvisée, la convention du 17 décembre 1999 a prévu qu'il s'est obligé aux dettes du GIPCA à l'exception des engagements résultant d'une faute intentionnelle imputable au GIPCA ; qu'en considérant que cet aménagement conventionnel n'excluait pas le prononcé d'une sanction à son encontre pour des pratiques imputables au seul GIPCA, la cour d'appel a méconnu les articles 18 de la loi du 1^{er} juillet 1998 et L. 464-2 du Code de commerce, ensemble le principe de la personnalité des poursuites et des sanctions et l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ que la reprise des activités du GIPCA par lui est intervenue en exécution de la loi du 1^{er} juillet 1998 dans un souci de renforcement de la sécurité sanitaire des produits de santé destinés à l'homme ; que ce transfert forcé de propriété ne permet pas d'assurer de manière automatique la continuité économique et fonctionnelle des activités transférées ; que le but d'intérêt général poursuivi par le législateur exclut qu'une sanction pour abus de position dominante puisse frapper l'opérateur qui a repris ces activités sans être l'auteur des manquements ; qu'en lui imputant les pratiques reprochées au GIPCA, la cour d'appel a derechef méconnu les articles 18 de la loi du 1^{er} juillet 1998 et L. 464-2 du Code de commerce, ensemble le principe de la personnalité des poursuites et des sanctions et l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu que les pratiques anticoncurrentielles sont imputées à une entreprise, indépendamment du statut juridique de celle-ci et sans considération de la personne qui l'exploite ;

Attendu, d'une part, qu'ayant constaté que l'EFS a, en application de la loi n° 98-535 du 1^{er} juillet 1998 et de la convention qu'il a conclue le 17 décembre 1989 avec le GIPCA, repris l'ensemble des biens, droits et obligations, créances et dettes de ce groupement d'intérêt public, ainsi que l'ensemble de ses activités et de son personnel, l'arrêt retient à bon droit qu'il assure en droit et en fait la continuité économique et fonctionnelle du GIPCA, peu important à cet égard que la loi ait laissé la possibilité d'aménager conventionnellement la reprise des droits et obligations, créances et dettes liés aux activités exercées précédemment par les établissements de transfusion sanguine ;

Attendu, d'autre part, que le principe de la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise s'applique quel que soit le mode juridique de transfert des activités dans le cadre desquelles ont été commises les pratiques sanctionnées ;

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

Sur le troisième moyen :

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

1°/ que ne peuvent présenter des caractéristiques et propriétés thérapeutiques ou virologiques différentes des produits du corps humain appartenant à une même famille élaborés et distribués selon des normes uniques obligatoires destinés à permettre leur substituabilité parfaite ; que sur le marché des produits sanguins bruts à usage non thérapeutique, les activités de collecte et de vente de produits sanguins sont soumises à des règles uniques à l'échelle nationale d'analyses biologiques et de test de dépistage des maladies transmissibles sur l'ensemble des donneurs ainsi qu'à des règles de bonnes pratiques de prélèvement ; que l'existence d'une réglementation ayant pour objet d'imposer un standard de qualité unique assurant une substituabilité parfaite des produits sanguins en cause ne permettait pas à la cour d'appel d'individualiser artificiellement plusieurs marchés distincts pour la commercialisation du sang à usage non thérapeutique ; qu'en se déterminant par des motifs impropres à établir que le marché des produits sanguins non thérapeutique prélevés sur des donneurs présentant des garanties virologiques importantes et un standard biologique moyen formait un marché identifiable pour être distinct du marché général des produits sanguins à usage non thérapeutique, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 420-2 du Code de commerce ;

2°/ que conformément à la réglementation sanitaire, l'ensemble des produits sanguins à usage thérapeutique devait subir des tests et analyses destinés à s'assurer de l'innocuité des produits et des garanties virologiques des marqueurs ; qu'en distinguant un marché autonome des produits sanguins à usage non thérapeutique prélevé sur des donneurs présentant des garanties virologiques importantes et un standard biologique moyen alors que les tests et analyses destinés à assurer la sécurité et la qualité des produits concernaient la totalité des produits sanguins les juges d'appel ont de nouveau privé leur décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du Code de commerce ;

Mais attendu que l'arrêt constate, par motifs adoptés, que chaque fabricant de réactifs, client de Reims Bio, imposait, dans ses cahiers des charges, le respect de conditions de prélèvement très particulières tenant tant à la définition des produits recherchés au regard des phénotypes des donneurs qu'à la nécessité de procéder à des prélèvements sur des sujets présentant des garanties virologiques importantes, et relève en outre qu'un savoir-faire particulier et des mesures de prévention de risques virologiques supplémentaires par rapport aux analyses et tests prévus par la loi étaient nécessaires pour répondre aux cahiers des charges des clients de Reims Bio et qu'ainsi ces derniers contraignaient Reims Bio à s'approvisionner auprès d'établissements de transfusion sanguine capables de prélever et de sélectionner des produits sanguins à usage non thérapeutique sur des donneurs en nombre suffisant présentant des phénotypes différents et des garanties virologiques importantes ; qu'il retient encore, par motifs propres, que les exigences des clients de la société Reims Bio impliquaient pour celle-ci la mise en place de "process" définis conjointement avec les établissements de transfusion pour sélectionner les donneurs en vue de la constitution de concentrés globulaires et de l'élaboration de poches plasmas à façon, et que, sur la foi de témoignages des partenaires de la société Reims Bio, à la différence de la douzaine d'établissements de transfusion sanguine ayant développé la collecte de produits sanguins à usage non thérapeutique, le GIPCA et, dans une moindre mesure, l'établissement de Strasbourg bénéficiaient d'une situation particulière en ce que les deux régions, d'une part, sont "connues pour les risques virologiques (hépatite et sida notamment) très faibles des donneurs", d'autre part, avaient constitué un panel important de donneurs de sang à usage non thérapeutique alors que les donneurs refusent généralement que leur sang ne soit pas affecté à un usage thérapeutique ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a fait ressortir que les produits sanguins à usage non thérapeutique collectés par le GIPCA et l'établissement de transfusion sanguine de Strasbourg répondaient seuls aux exigences sérologiques et virologiques fixées par les clients de Reims Bio et n'étaient pas substituables, en raison de ces caractéristiques, aux produits sanguins à usage non thérapeutique collectés et commercialisés par les autres établissements de transfusion sanguine en France, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et sur le quatrième moyen :

Attendu que l'EFS fait à nouveau grief à l'arrêt du rejet de son recours, en invoquant un manque de base légale au regard de l'article L. 420-2 du Code de commerce, au regard des motifs par lesquels la cour d'appel a retenu l'existence d'un état de dépendance économique ;

Mais attendu que ce moyen ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne l'Etablissement français du sang aux dépens ;

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-huit février deux mille six.

Moyens produits par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils pour l'Association EFS.

MOYENS ANNEXES à l'arrêt n° 292

(COMM.)

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré irrecevable les moyens énoncés par l'EFS dans son mémoire en réplique déposé le 29 novembre 2004,

AUX MOTIFS QU' aux termes de l'article 2, 3^e du décret n°87-849 du 19 octobre 1987, lorsque la déclaration ne contient pas l'exposé des moyens invoqués, le demandeur doit déposer cet exposé au greffe dans les deux mois qui suivent la notification du Conseil de la concurrence; que la décision ayant été notifié à l'EFS le 5 juillet 2004, seuls seront examinés les moyens articulés par celui-ci dans son mémoire déposé le 2 septembre 2004, les autres moyens contenus dans le mémoire déposé le 29 novembre 2004 étant irrecevables,

1°) **ALORS QUE** conformément aux dispositions de l'article 8 du décret du 19 octobre 1987 relatif aux recours exercés contre les décisions du conseil de la concurrence, le magistrat délégué par le premier président a, par ordonnance du 20 septembre 2004, fixé les délais dans lesquels les parties à l'instance devaient se communiquer leurs observations écrites et en déposer copie au greffe de la cour d'appel; que la date du 29 novembre 2004 a été retenue pour le dépôt des mémoires en réplique; qu'en déclarant irrecevables les moyens énoncés par l'EFS dans son mémoire en réplique régulièrement déposé le 29 novembre 2004 et en lui interdisant de compléter son argumentation, la cour d'appel a méconnu l'article 4 du calendrier de procédure fixé par le magistrat délégué, ensemble les articles 2 et 8 du décret du 19 octobre 1987, 15 et 16 du nouveau Code de procédure civile et 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

2°) **ALORS QUE** ne constitue pas un moyen nouveau au sens de l'article 2 du décret du 19 octobre 1987, une argumentation complémentaire qui se rattache par un lien direct aux moyens initialement soulevés dans le recours; que l'argumentation invoquée par l'EFS dans son mémoire en réplique du 29 novembre 2004 relative à l'absence d'abus de position dominante du GIP Champagne-Ardenne n'est pas nouvelle puisque dans son mémoire initial du 2 septembre 2004, l'EFS faisait valoir que le GIP n'était pas en situation de position dominante sur le marché; que l'ensemble de cette argumentation a une cause juridique commune et consiste à soutenir que l'infraction prévue par l'article L. 420-2 du Code de commerce n'était pas constituée; qu'en déclarant irrecevables les critiques dirigées contre les motifs de la décision du conseil de la concurrence relative à l'exploitation abusive d'une position dominante, l'arrêt attaqué a, de nouveau, méconnu les articles 2 et 8 du décret du 19 octobre 1987, 15 et 16 du nouveau Code de procédure civile et 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours formé par l'EFS à l'encontre de la décision du conseil de la concurrence n°04-D-26 du 30 juin 2004,

AUX MOTIFS QUE sur l'imputabilité des pratiques, les sanctions prévues à l'article L. 464-2 du Code de commerce sont applicables aux entreprises auteurs des pratiques anticoncurrentielles prohibées; que lorsque, entre le moment où les pratiques ont été mises en œuvre et le moment où l'entreprise doit en répondre, la personne qui exploitait l'entreprise a cessé d'exister juridiquement, les pratiques sont imputées à la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise et, à défaut d'une telle transmission, à celle qui assure en fait sa continuité économique et fonctionnelle; qu'en l'espèce, si c'est par des motifs erronés que le Conseil de la concurrence a retenu que les pratiques anticoncurrentielles poursuivies n'entraient pas dans les prévisions de l'exclusion conventionnelle susvisée alors que, commises volontairement, elles revêtent un caractère fautif au sens de cette stipulation, sa décision n'en est pas moins justifiée dès lors qu'il a également relevé que l'EFS a, en application de la loi n°98-535 du 1^{er} juillet 1998 et de la convention qu'il a conclue le 17 décembre 1999 avec le GIPCA, repris l'ensemble des biens, droits et obligations, créances et dettes de ce GIP, ainsi que l'ensemble de ses activités et de son personnel, faisant ainsi ressortir que l'EFS assume, en fait, la continuité économique et fonctionnelle du GIPCA; que c'est à bon droit que la décision attaquée a imputé à l'EFS les pratiques poursuivies;

1°) **ALORS QUE** l'article 18 de la loi n°98-535 du 1^{er} juillet 1998 a prévu qu'une convention entre l'EFS et chaque personne concernée dont le GIP Champagne-Ardenne devait fixer les conditions dans lesquelles les droits et obligations, créances et dettes liés aux activités du GIPCA étaient cédés à l'EFS; qu'ainsi, pouvaient être aménagées par voie conventionnelle des modalités particulières de

reprise susceptibles de déroger au principe de la continuité économique et fonctionnelle; que sur le fondement de la loi susvisée, la convention du 17 décembre 1999 a prévu que l'EFS s'est obligé aux dettes du GIPCA à l'exception des engagements résultant d'une faute intentionnelle imputable au GIPCA; qu'en considérant que cet aménagement conventionnel n'excluait pas le prononcé d'une sanction à l'encontre de l'EFS pour des pratiques imputables au seul GIPCA, la cour d'appel a méconnu les articles 18 de la loi du 1^{er} juillet 1998 et L. 464-2 du Code de commerce, ensemble le principe de la personnalité des poursuites et des sanctions et l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

2°) ALORS QUE la reprise des activités du GIPCA par l'EFS est intervenue en exécution de la loi du 1^{er} juillet 1998 dans un souci de renforcement de la sécurité sanitaire des produits de santé destinés à l'homme; que ce transfert forcé de propriété ne permet pas d'assurer de manière automatique la continuité économique et fonctionnelle des activités transférées; que le but d'intérêt général poursuivi par le législateur exclut qu'une sanction pour abus de position dominante puisse frapper l'opérateur qui a repris ces activités sans être l'auteur des manquements; qu'en imputant à l'EFS les pratiques reprochées au GIPCA, la cour d'appel a derechef méconnu les articles 18 de la loi du 1^{er} juillet 1998 et L. 464-2 du Code de commerce, ensemble le principe de la personnalité des poursuites et des sanctions et l'article 6-1. de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours formé par l'EFS à l'encontre de la décision du conseil de la concurrence n°04-D-26 du 30 juin 2004,

AUX MOTIFS QUE que des produits appartenant à une même famille mais présentant des caractéristiques et propriétés thérapeutiques ou virologiques différentes peuvent chacun constituer autant de marchés spécifiques, dès lors que ces produits ne sont pas substituables entre eux du point de vue des utilisateurs ou des prescripteurs ; que le Conseil de la concurrence a relevé que les clients de la société Reims Bio exigeaient dans leurs cahiers des charges le respect de conditions de prélèvement particulières, impliquant pour celle-ci la mise en place de « process », définis conjointement avec les établissements de transfusion pour sélectionner les donneurs en vue de la constitution de concentrés globulaires et de l'élaboration de poches plasmas à façon, et nécessitant un délai d'au moins trois mois ; qu'il a également souligné que, les hématies ne pouvant être stockées, les livraisons des laboratoires d'analyse et des hôpitaux devaient impérativement être assurées de façon régulière, tout retard pouvant mettre en péril certaines études de laboratoire ; qu'il a aussi retenu, sur la foi de témoignages des partenaires de la société Reims Bio (directeur qualité de la société Sanofi Pasteur devenue Biorad, chef de projet de la société Cis Bio et directeur de l'ETS de Strasbourg), qu'à la différence de la douzaine d'ETS ayant développé la collecte de produits sanguins à usage non thérapeutique, le GIPCA et, dans une moindre mesure, l'ETS de Strasbourg bénéficiaient d'une situation particulière en ce que ces deux régions, d'une part, sont « connues pour les risques virologiques (hépatite et sida notamment) très faibles des donneurs », d'autre part, avaient constitué un panel important de donneurs de sang à usage non thérapeutique alors que les donneurs refusent généralement que leur sang ne soit pas affecté à un usage thérapeutique, cette situation découlant notamment de la campagne de recrutement de donneurs de sang mise en œuvre par le centre de transfusion sanguine de Champagne-Ardenne ; qu'il a enfin rappelé les difficultés rencontrées par les clients de société Reims Bio pour se fournir directement en produits alternatifs auprès d'autres centres après la disparition de cette dernière ; qu'il en a déduit que les ETS de Strasbourg et de Champagne-Ardenne étaient les seuls à avoir développé une activité de collecte de produits sanguins à usage non thérapeutique susceptible de répondre dans les délais requis aux besoins de la société Reims Bio,

1°) ALORS QUE ne peuvent présenter des caractéristiques et propriétés thérapeutiques ou virologiques différentes des produits du corps humain appartenant à une même famille élaborés et distribués selon des normes uniques obligatoires destinées à permettre leur substituabilité parfaite; que sur le marché des produits sanguins bruts à usage non thérapeutique, les activités de collecte et de vente de produits sanguins sont soumises à des règles uniques à l'échelle nationale d'analyses biologiques et de test de dépistage des maladies transmissibles sur l'ensemble des donneurs ainsi qu'à des règles de bonnes pratiques de prélèvement; que l'existence d'une réglementation ayant pour objet d'imposer un standard de qualité unique assurant une substituabilité parfaite des produits sanguins en cause ne permettait pas à la cour d'appel d'individualiser artificiellement plusieurs marchés distincts pour la commercialisation du sang à usage non thérapeutique; qu'en se déterminant par des motifs impropres à établir que le marché des produits sanguins à usage non thérapeutique prélevés sur des donneurs présentant des garanties virologiques importantes et un standard biologique moyen formait un marché indentifiable pour être distinct du marché général des produits sanguins à usage non thérapeutique, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article L. 420-2 du Code de commerce;

2°) ALORS QUE conformément à la réglementation sanitaire, l'ensemble des produits sanguins à usage thérapeutique devait subir des tests et analyses destinés à s'assurer de l'innocuité des produits et des garanties virologiques des marqueurs; qu'en distinguant un marché autonome des produits sanguins à usage non thérapeutique prélevés sur des donneurs présentant des garanties virologiques importantes et un standard biologique moyen alors que les tests et analyses destinés à assurer la sécurité et la qualité des produits concernaient la totalité des produits sanguins, les juges d'appel ont de nouveau privé leur décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du Code de commerce.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours formé par l'EFS à l'encontre de la décision du conseil de la concurrence n°04-D-26 du 30 juin 2004,

AUX MOTIFS QU' au demeurant, cette définition du marché pertinent serait-elle erronée, les éléments qui la fondent caractérisent, en tout état de cause, l'état de dépendance économique dans lequel se trouvait la société Reims Bio à l'égard du GIPCA au moment des faits ; qu'en effet, l'état de dépendance économique, pour un distributeur, se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables ; qu'il résulte des éléments sus-mentionnés que tel était le cas de la société Reims Bio, sans qu'il puisse lui être opposé que cette situation résultait d'une stratégie délibérée de sa part, dès lors, tout d'abord, que l'état de dépendance économique, au sens de l'article L. 420-2, alinéa 2, du Code de commerce, est une situation objective dont l'origine est indifférente et que, de toute façon, un tel reproche n'est pas fondé, la société Reims Bio ayant acquis une branche d'activité qui était déjà en état de dépendance économique et s'étant trouvée confrontée aux pratiques abusives du GIPCA avant même d'avoir pu envisager de mettre en place une stratégie de diversification, à supposer que celle-ci fût possible,

ALORS QUE l'existence d'un état de dépendance économique s'apprécie notamment en tenant compte de l'impossibilité de l'opérateur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents ; qu'en se bornant à relever pour établir l'état de dépendance économique que la société REIMS BIO n'était pas en mesure de se fournir auprès d'autres établissements de transfusion sanguine dès lors qu'elle était la recherche de produits sanguins à usage non thérapeutique prélevés et élaborés selon des particularités régionales, l'arrêt attaqué n'a pas justifié sa décision au regard de l'article L. 420-2 du Code de commerce.