

**Décision n° 19-D-11 du 29 mai 2019  
relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la  
commercialisation de réactifs et consommables pour laboratoires  
hospitaliers sur le territoire de la Guyane**

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la décision n° 18-SO-12 du 4 juin 2018, enregistrée sous le numéro 18/0110 F, par laquelle l'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation des réactifs et consommables pour laboratoires hospitaliers sur le territoire de la Guyane.

Vu le livre IV du code de commerce modifié et notamment l'article L. 420-2-1 ;

Vu la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer ;

Vu la décision du rapporteur général du 17 janvier 2019 portant nomination de M. Frédéric Garron, aux fonctions de rapporteur non permanent des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence ;

Vu les décisions de secret d'affaires n° 18-DSA-264 du 21 août 2018, n° 18-DSA-265 du 21 août 2018, n° 18-DSA-335 du 9 octobre 2018 et n° 18-DSA-337 du 10 octobre 2018 ;

Vu la décision du rapporteur général du 9 novembre 2018, prise en application de l'article L. 463-3 du code de commerce, qui dispose que l'affaire fera l'objet d'une décision de l'Autorité de la concurrence sans établissement préalable d'un rapport ;

Vu les observations présentées par la société Guyane Service Médical, la société bioMérieux SA et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société Guyane Service Médical et de la société bioMérieux SA, entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 19 mars 2019 ;

Adopte la décision suivante :

## Résumé<sup>1</sup> :

*Dans la décision ci-après, l'Autorité de la concurrence condamne les sociétés bioMérieux SA et Guyane service médical pour avoir, du 22 mars 2013 au 25 août 2016, s'agissant de la première, accordé des droits exclusifs d'importation sur ses produits de biologie médicale et, s'agissant de la seconde, bénéficié de ces droits.*

*Ces droits, qui résultaient d'un contrat de distribution exclusive conclu en 1995, ont continué à être stipulés contractuellement postérieurement au 22 mars 2013, en violation de l'article L. 420-2-1 du code de commerce, inséré par la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer, dite loi « Lurel », qui prohibe les accords ou pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises dans les collectivités d'outre-mer.*

*S'agissant en revanche de la période postérieure au 25 août 2016, l'Autorité a estimé que l'infraction n'était pas établie. Elle a, en effet, tout d'abord relevé que le contrat de distribution entre la société Guyane service médical et la société bioMérieux SA ne comportait plus de clause de distribution exclusive à partir de cette date. Par ailleurs et surtout, elle a considéré que si la société Guyane service médical était demeurée, de fait, l'unique distributeur des produits bioMérieux, ce n'était pas en raison d'une exclusivité résultant d'un accord de volonté tacite entre ces deux entreprises mais compte tenu du fonctionnement spécifique du secteur économique en cause.*

*En conséquence, la société bioMérieux SA a été sanctionnée à hauteur de 75 000 euros et la société Guyane service médical, qui a directement tiré avantage de l'existence de droits exclusifs à son profit, à hauteur de 150 000 euros.*

---

<sup>1</sup> Ce résumé a un caractère strictement indicatif. Seuls font foi les motifs de la décision numérotés ci-après.

## SOMMAIRE

<b>I. Constatations</b> .....	<b>5</b>
A. LA PROCÉDURE .....	5
B. LE SECTEUR ET LES ENTREPRISES CONCERNÉS .....	5
1. LA COMMERCIALISATION DES PRODUITS DE BIOLOGIE MÉDICALE EN GUYANE.....	5
a) Les produits de biologie médicale .....	5
b) Les circuits de commercialisation.....	6
2. LES ENTITÉS CONCERNÉES .....	6
a) La société bioMérieux SA .....	6
b) La société Guyane Service Médical .....	6
C. LES PRATIQUES CONSTATÉES .....	7
1. LA DISTRIBUTION DES PRODUITS BIOMÉRIEUX EN GUYANE ENTRE 1995 ET 2016.....	7
2. LA DISTRIBUTION DES PRODUITS BIOMÉRIEUX EN GUYANE ENTRE 2016 ET 2018.....	7
a) Les relations entre bioMérieux et GSM .....	7
<i>Les déclarations des parties</i> .....	7
<i>Les commandes de produits bioMérieux du CHAR</i> .....	8
b) Les conditions du fonctionnement du secteur .....	9
<i>Un secteur majoritairement organisé autour de réseaux de distribution exclusive</i> .....	9
<i>Un secteur marqué par l'importante captivité des clients</i> .....	10
D. LES GRIEFS NOTIFIÉS .....	10
<b>II. Discussion</b> .....	<b>11</b>
A. SUR LES DROITS EXCLUSIFS D'IMPORTATION .....	11
1. LE DROIT APPLICABLE .....	11
a) Cadre légal .....	11
b) Standard de preuve.....	11
2. QUALIFICATION DES PRATIQUES.....	12
a) En ce qui concerne la période du 22 mars 2013 au 25 août 2016.....	12
b) En ce qui concerne la période du 26 août 2016 au 5 novembre 2018 .....	13
<i>La spécificité des produits de biologie médicale</i> .....	13
<i>L'unicité du distributeur local des produits de biologie médicale bioMérieux justifiée par des motifs étrangers à toute pratique concertée de distribution exclusive</i> .....	14
<i>Conclusion</i> .....	16
B. SUR L'IMPUTABILITE.....	16
C. SUR LES SANCTIONS.....	17

<b>1. SUR LA GRAVITÉ DES PRATIQUES .....</b>	<b>17</b>
<b>2. SUR L'IMPORTANCE DU DOMMAGE À L'ÉCONOMIE .....</b>	<b>18</b>
<b>3. SUR LA SITUATION INDIVIDUELLE DES SOCIÉTÉS EN CAUSE .....</b>	<b>19</b>
<b>a) En ce qui concerne bioMérieux.....</b>	<b>19</b>
<b>b) En ce qui concerne GSM .....</b>	<b>19</b>
<i>S'agissant du bénéfice particulier retiré par GSM.....</i>	<i>19</i>
<i>S'agissant de la situation financière de GSM .....</i>	<i>20</i>
<b>4. SUR LE MONTANT DE LA SANCTION.....</b>	<b>20</b>
<b>DÉCISION .....</b>	<b>21</b>

# I. Constatations

## A. LA PROCÉDURE

1. Le 22 février 2017, la Direction des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (ci-après : « DIECCTE ») a transmis à la Brigade interrégionale d'enquêtes de concurrence (ci-après : « BIEC ») de Guyane une fiche de renseignement relative à l'impossibilité, pour le centre hospitalier de Cayenne Andrée Rosemon (ci-après : « CHAR »), de commander des produits de biologie médicale autrement que par l'intermédiaire de la société Guyane Service Médical (ci-après : « GSM »).
2. Le 21 avril 2017, le ministre en charge de l'économie a informé l'Autorité de la concurrence (ci-après : « l'Autorité ») d'un indice de pratiques d'exclusivité dans le secteur de la distribution de réactifs et consommables de biologie médicale sur le territoire de la Guyane.
3. Par décision n° 18-SO-12 du 4 juin 2018, l'Autorité s'est saisie d'office de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation des réactifs et consommables pour laboratoires hospitaliers sur le territoire de la Guyane.
4. Le 9 novembre 2018, le rapporteur général a décidé de faire application des dispositions de l'article L. 463-3 du code de commerce qui permettent à l'Autorité d'examiner une affaire sans établissement préalable d'un rapport.
5. Une notification de griefs a été adressée le 9 novembre 2018 aux sociétés bioMérieux SA et GSM.

## B. LE SECTEUR ET LES ENTREPRISES CONCERNÉS

### 1. LA COMMERCIALISATION DES PRODUITS DE BIOLOGIE MÉDICALE EN GUYANE

#### a) Les produits de biologie médicale

6. Les produits de biologie médicale regroupent les instruments, réactifs et consommables qui permettent d'obtenir une information médicale à partir d'échantillons biologiques prélevés sur le patient et analysés par des laboratoires de biologie, notamment hospitaliers. Ils relèvent du statut de dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro* (ci-après « DMDIV ») en application de la directive n° 98/79/CE<sup>2</sup>. À ce titre, ils doivent respecter des règles spécifiques relatives à leurs conditions de stockage, de transport et de conservation.
7. Les biologistes distinguent généralement les consommables, qui correspondent à du matériel inerte comme les pipettes ou les tubes à essais, des réactifs, qui contiennent une substance biologique et dont l'emballage est spécifique.
8. Utilisés dans le cadre des tests de diagnostic *in vitro*, une grande partie de ces réactifs ne peuvent fonctionner qu'avec des automates et doivent généralement, pour garantir la fiabilité des résultats obtenus, être de la même marque que ces appareils.

---

<sup>2</sup> Directive n° 98/79/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 1998 relative aux dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro*.

## **b) Les circuits de commercialisation**

9. Dans son avis n° [09-A-45](#) du 8 septembre 2009, l'Autorité a distingué trois circuits d'approvisionnement des territoires ultramarins : le circuit intégré, le circuit court et le circuit long. Le circuit intégré est celui par lequel l'industriel implante une structure logistique propre sur le territoire concerné. Le circuit court (ou « circuit désintermédié ») est celui par lequel le distributeur est directement livré sur ses propres plateformes de stockage. Enfin, le circuit long (ou « circuit intermédié ») consiste à recourir à un intermédiaire, généralement appelé « importateur-grossiste », qui assure certaines opérations logistiques (stockage, livraison, etc.) puis revend aux distributeurs les produits achetés auprès des industriels.
10. En Guyane, le circuit adopté majoritairement pour la commercialisation des produits de biologie médicale doit être considéré comme un « circuit long », en ce qu'il fait intervenir un intermédiaire spécialisé dans l'importation et la revente de ces produits, le grossiste-importateur.
11. Ainsi, la plupart des fabricants, à savoir Roche, bioMérieux, Siemens, Bio-Rad, Becton-Dickinson et Werfen, ont opté pour ce circuit. Seul Abbott a choisi de recourir au circuit intégré et dispose d'un technicien salarié sur place pour la maintenance de ses équipements.
12. Par ailleurs, huit distributeurs de produits de biologie médicale sont actuellement implantés en Guyane : les sociétés GSM, Guyane Solution Biologie (ci-après : « GSB »), BSA/PériéMédical, Diatec, Biorel, Gimco, Sarigue et MédiCaraïbe Guyane.

## **2. LES ENTITÉS CONCERNÉES**

### **a) La société bioMérieux SA**

13. La société bioMérieux SA (ci-après : « bioMérieux ») (RCS 673 620 399), filiale de la société Institut Mérieux (RCS 348 579 509) est détenue à 58,9 % par cette dernière, laquelle est elle-même détenue à 99,74 % par la société Mérieux Alliance SAS (RCS 504340 407).
14. Le groupe développe et produit des solutions de diagnostic *in vitro* (automates, réactifs et logiciels) destinées aux laboratoires de biologie médicale privés ou hospitaliers pour le diagnostic des maladies infectieuses principalement.
15. En 2017, son chiffre d'affaires HT s'est élevé à près de 2,3 milliards d'euros (cote 1453).

### **b) La société Guyane Service Médical**

16. La société GSM est une société à responsabilité limitée créée en 1988 (RCS 344 959 895). Dirigée par Mme X..., également dirigeante de la société GSB, elle distribue notamment des produits de biologie médicale (automates, réactifs et consommables), dont ceux de la société bioMérieux, à des laboratoires publics et privés guyanais.
17. En 2017, son chiffre d'affaires HT s'est élevé à plus de 3,6 millions d'euros (cote 2050).

## C. LES PRATIQUES CONSTATÉES

18. Depuis 1995, la commercialisation des produits de biologie médicale bioMérieux sur le territoire de la Guyane est assurée par GSM, conformément à deux contrats successifs conclus entre ces sociétés en 1995 (1.) puis en 2016 (2.).

### 1. LA DISTRIBUTION DES PRODUITS BIOMÉRIEUX EN GUYANE ENTRE 1995 ET 2016

19. Par un contrat, intitulé « *contrat de distribution exclusive* » du 6 novembre 1995 (cotes 473 à 485), bioMérieux a confié la distribution exclusive de ses produits de biologie médicale à GSM sur plusieurs territoires, dont celui de la Guyane. En contrepartie, cette dernière s'est engagée à ne pas distribuer des produits d'autres fabricants, à l'exception de ceux autorisés par bioMérieux (article 2 du contrat, cote 474).
20. Ce contrat, valable rétroactivement à compter du 1<sup>er</sup> octobre 1995, a été conclu pour une durée d'un an, renouvelable automatiquement par tacite reconduction chaque année (article 9, cote 482). Il est demeuré en application jusqu'au 25 août 2016, date de la signature d'un nouveau contrat de distribution entre les sociétés précitées.

### 2. LA DISTRIBUTION DES PRODUITS BIOMÉRIEUX EN GUYANE ENTRE 2016 ET 2018

21. Depuis le 25 août 2016, la société bioMérieux a confié à la société GSM la distribution de ses produits de biologie médicale par un nouveau contrat intitulé « *contrat de distribution Biomérieux* » (cotes 515 à 539), lequel ne fait plus référence à l'octroi d'une exclusivité de distribution de droit mais stipule, en son article 2.1, que « *bioMérieux désigne et accepte par la présente le DISTRIBUTEUR comme distributeur pour la promotion, la commercialisation et la vente des Produits auprès des Clients de la Guyane et du Surinam (...) et le DISTRIBUTEUR accepte cette désignation (...)* » (cote 517).
22. Cependant, les relations entre les parties (a) et les conditions de fonctionnement du secteur (b) conduisent à s'interroger sur l'existence d'une situation d'exclusivité de distribution de fait durant cette période.

#### a) Les relations entre bioMérieux et GSM

##### *Les déclarations des parties*

23. Les relations commerciales des parties sont anciennes et privilégiées, GSM étant le seul distributeur des produits du laboratoire bioMérieux en Guyane depuis plusieurs dizaines d'années.
24. Ainsi, dans le cadre de leur audition du 5 juin 2018, les représentants de la société bioMérieux ont indiqué à l'Autorité que « *la distribution [de leurs produits sur le territoire de la Guyane] est confiée à GSM depuis plus de 25 ans* » (cote 976). De son côté, la gérante de GSM a, le 13 septembre 2017, indiqué qu'elle n'avait : « (...) *pas connaissance d'autres distributeurs [des produits du laboratoire bioMérieux] en Guyane* » (cote 472).

### ***Les commandes de produits bioMérieux du CHAR***

25. Lors de son audition par la DIECCTE de Guyane en date du 26 janvier 2017, le directeur adjoint du CHAR a déclaré : « *Pour la fourniture de réactifs ou consommables de laboratoire, nous sommes confrontés à la présence en Guyane d'un seul fournisseur qui a plusieurs sociétés : GSM, GSB, Réha Team appartiennent à la même personne, Mme X... Nous passons des marchés publics mais elle est la seule à répondre* » (cote 139). Dans sa réponse du 8 mai 2018 à une demande d'informations de l'Autorité, le CHAR a confirmé qu'il ne disposait pas d'alternative au distributeur GSM pour s'approvisionner en produits bioMérieux, faute notamment de pouvoir les commander auprès de centrales d'achat.

*Le refus de vente opposé au CHAR lors d'une commande via la centrale d'achat UGAP*

26. Compte tenu de la lourdeur et de la complexité des procédures de marchés publics, il est plus intéressant pour un acheteur public comme le CHAR de passer une commande à une centrale d'achat nationale que de s'adresser directement au fabricant. Lors de son audition le 12 juin 2018, le directeur du réseau territorial Nord-Ouest de l'Union des groupements d'achat public (UGAP) a ainsi déclaré : « *L'UGAP est une centrale d'achat qui fonctionne sur le modèle de l'achat pour la revente. L'UGAP achète principalement par des procédures d'appels d'offres, retient le fournisseur et redistribue l'ensemble des produits dudit fournisseur sur le territoire* » (cote 1241).
27. Par ailleurs, le recours à l'UGAP présente un avantage financier qui a été rappelé par son représentant en ces termes : « *En tant que centrale d'achat nationale, l'UGAP permet une mutualisation des achats au profit des acheteurs publics dans une optique de réduction des coûts* » (cote 1241). C'est pourquoi la pharmacie du CHAR, lorsqu'elle se fournit directement auprès de fabricants situés en métropole, « *commande majoritairement en centrale d'achat* » (cote 257).
28. Confronté à la situation d'exclusivité de GSM en Guyane, le CHAR a souhaité commander des tests de bactériologie de marque bioMérieux (boîtes de VITEK® 2 GN, VITEK® Gram Pos, VITEK® 2 AST...) auprès de l'UGAP pour bénéficier de tarifs moins élevés. Comme l'a indiqué son directeur adjoint lors de l'audition précitée du 26 janvier 2017, « *Si on n'a pas la possibilité d'acheter ailleurs que chez le fournisseur local [GSM], nous avons décidé de nous adresser à l'UGAP. Les réactifs peuvent représenter des achats de l'ordre de 1 à 1,5 million d'euros [par an]* » (cote 140).
29. Cette commande s'est heurtée à un refus de l'UGAP, formalisé par un courrier transmis le 20 décembre 2016 à l'hôpital, lequel faisait suite à un courriel adressé au CHAR le 18 novembre 2016 par M. Y..., directeur régional des ventes DOM TOM de bioMérieux, selon lequel : « *Nous recevons une commande de réactifs émanant de l'UGAP pour le CH Andrée Rosemond à Cayenne. Nous vous informons que les DOMTOM ne rentrent pas dans le cadre des accords bioMérieux UGAP sauf accord et entente préalable pour du matériel. L'approvisionnement en Guyane de nos réactifs est géré par notre Distributeur Local Guyane Service Médical. Nous vous remercions de bien vouloir continuer à les contacter pour toute demande d'approvisionnement* » (cote 138) (soulignements ajoutés).
30. Dans son courrier précité du 20 décembre 2016, l'UGAP a confirmé l'analyse de M. Y..., en indiquant que « *le périmètre contractuel défini dans le cahier des clauses administratives et particulières (CCAP) du marché considéré prévoit l'exécution des prestations uniquement en France métropolitaine, à l'exclusion des départements régions et collectivités d'Outre-mer* » (cote 145). Lors de son audition du 12 juin 2018, l'UGAP a précisé qu'en



application du marché conclu avec bioMérieux, « *aujourd'hui, aucun produit de laboratoire n'est envoyé en outre-mer* » (cote 1243).

31. Si le refus de vente opposé au CHAR par bioMérieux peut effectivement résulter de stipulations contractuelles, il n'en demeure pas moins que le courriel précité du 18 novembre 2016 renvoie au « *Distributeur Local Guyane Service Médical* » pour tout approvisionnement en réactifs de bioMérieux sur le territoire de la Guyane. Par cette référence à l'intervention nécessaire de GSM, bioMérieux reconnaît que son distributeur se trouve en situation d'exclusivité dans ce département d'outre-mer.

*Le refus de vente opposé au CHAR lors d'une commande via la centrale d'achat RESAH*

32. À la suite du refus de vente opposé par bioMérieux fin 2016, le CHAR a tenté de passer une commande de réactifs de marque bioMérieux à la centrale d'achat spécialisée Resah (Réseau des acheteurs hospitaliers). Par courriel du 3 avril 2017 (cote 92), le Resah a indiqué au CHAR que sa demande de devis devait être adressée directement au titulaire du marché concerné, à savoir bioMérieux. Le CHAR a donc demandé à bioMérieux le prix d'un coffret de réactifs Toxo-ISAGA® utilisés dans le diagnostic de la toxoplasmose (courriel du 14 avril 2017, cote 265).
33. Par courriel du 21 avril 2017, M. Z..., directeur régional des ventes DROM-COM de la société bioMérieux, a refusé de fournir ces produits au CHAR pour les raisons suivantes : « *Concernant la Guyane, la distribution de nos réactifs est assurée depuis de nombreuses années de façon exclusive par « Guyane Service Médical ». Merci de vous adresser à eux car il est impossible techniquement et contractuellement de vous livrer à partir de la France [métropolitaine]* » (cote 265, soulignement ajouté).
34. Ce refus de fourniture atteste, dans des termes très clairs, que la société GSM bénéficie d'une situation d'exclusivité en Guyane. À cet égard, il convient de souligner que cette réponse intervient après la conclusion du nouveau contrat entre bioMérieux et GSM en août 2016.
35. Si les représentants de bioMérieux ont déclaré, lors de leur audition du 5 juin 2018, que « *l'expression employée par M. Z... résulte probablement d'un abus de langage de la part d'un non-juriste* », ils ont néanmoins reconnu la persistance d'une exclusivité de fait en faveur de GSM, en indiquant : « *Il est exact que GSM est le seul distributeur de bioMérieux en Guyane* », tout en ajoutant cependant : « *mais il n'a pas vocation à le rester nécessairement* » (cote 980).

## **b) Les conditions du fonctionnement du secteur**

36. Le secteur de la commercialisation des produits de biologie médicale en Guyane se caractérise par la place prépondérante des réseaux de distribution exclusive, comme indiqué plus haut et l'importante captivité de la clientèle.

*Un secteur majoritairement organisé autour de réseaux de distribution exclusive*

37. Plusieurs acteurs ont confirmé la prépondérance et la persistance des réseaux de distribution exclusive pour le secteur concerné, et ce malgré l'adoption de la loi dite Lurel.
38. Ainsi, dans un courriel du 26 juillet 2017, le RESAH a indiqué au CHAR que « *BioRad et les autres fournisseurs ont des accords d'exclusivité avec des distributeurs locaux* ». (cotes 71 et 97 - soulignement ajouté).

39. Dans le même sens, par un courrier électronique du 2 août 2017, la société Werfen, fabricant de produits de biologie médicale, a indiqué qu'elle ne livrait pas directement ses produits en Guyane et a invité le CHAR à passer par son distributeur local (cotes 87 et 271).
40. Par ailleurs, la société GIMCO, distributeur actif depuis fin 2015 sur le marché des consommables, a déclaré que « *dans le domaine du laboratoire, (...) il n'est pas facile de distribuer des consommables spécifiques et encore moins des réactifs. Les grands groupes travaillent soit en direct ou ont de manière historique des accords avec des sociétés bien en place depuis de nombreuses années* ». Elle a ajouté « *qu'il ne [lui] est pas possible de [se] positionner sur des réactifs et consommables spécifiques aux grandes marques suite à ces accords* ». Elle a précisé, enfin, que certains grands fabricants avaient, dans le passé, refusé de nouer des relations commerciales avec elle du fait qu'ils étaient déjà liés à un distributeur, ces refus l'ayant conduite à cesser de leur proposer ses services de distribution et, plus spécifiquement, à ne pas avoir démarché la société bioMérieux pour importer ses produits (cote 1337).
41. Ce mode particulier de distribution a pour conséquence que les clients finaux - les laboratoires publics et privés - n'ont, pour des réactifs d'un même fabricant, pas la possibilité de s'approvisionner auprès d'une centrale d'achat ou d'un autre distributeur que celui titulaire, en droit ou en fait, des droits exclusifs de distribution.

#### ***Un secteur marqué par l'importante captivité des clients***

42. Comme cela a été indiqué plus haut, la majeure partie des automates permettant la mise en œuvre d'un test de diagnostic *in vitro* ne peuvent fonctionner qu'avec des produits de biologie médicale de la même marque.
43. Pour l'UGAP, le choix de l'automate chargé d'effectuer les analyses médicales est donc décisif car il rend le client captif du fabricant pour son approvisionnement en réactifs (cote 1244) dans une très grande partie des cas. Pour sa part, le CHAR a indiqué que 90 % de ses automates ne pouvaient fonctionner qu'avec des produits de biologie médicale de la même marque (cote 253). Le non-respect de cette contrainte pourrait, en effet, remettre en cause le bien-fondé des résultats des tests réalisés par les laboratoires et, le cas échéant, conduire à l'engagement de leur responsabilité (cote 725).
44. D'ailleurs, d'après la société Périé Médical, active sur le marché de la distribution de produits de biologie médicale en Guyane, le Comité français d'accréditation, association à but non lucratif notamment en charge du contrôle des laboratoires, recommande ce type de fonctionnement fermé pour éviter la dilution des responsabilités en cas de résultats d'analyse erronés (cote 1003).
45. Ainsi, la concurrence s'exerce principalement au stade de la vente des automates, non des produits de biologie médicale utilisés avec ces instruments d'analyse. C'est la raison pour laquelle la vente de ces produits par un distributeur unique empêche ses concurrents, qui ne peuvent proposer aucun produit substituable, d'animer la concurrence sur ce marché.
46. Cette limitation de concurrence est renforcée par la circonstance que la fréquence du renouvellement des automates est faible, leur durée d'utilisation étant en règle générale d'au moins cinq ans.

#### **D. LES GRIEFS NOTIFIÉS**

47. Sur la base de ces constatations, les griefs suivants ont été notifiés :

### **« Grief n° 1**

*Il est fait grief à la société bioMérieux SA, en qualité d'auteur de la pratique, d'avoir accordé des droits exclusifs d'importation de ses produits à la société Guyane Service Médical, sur le territoire de la Guyane, pour la période du 22 mars 2013 à la date de la notification des griefs ; cette pratique est contraire à l'article L. 420-2-1 du code de commerce.*

### **Grief n° 2**

*Il est fait grief à la société Guyane Service Médical, en qualité d'auteur de la pratique, d'avoir bénéficié de droits exclusifs d'importation des produits bioMérieux, sur le territoire de la Guyane, pour la période du 22 mars 2013 à la date de la notification des griefs ; cette pratique est contraire à l'article L. 420-2-1 du code de commerce. »*

## **II. Discussion**

### **A. SUR LES DROITS EXCLUSIFS D'IMPORTATION**

#### **1. LE DROIT APPLICABLE**

##### **a) Cadre légal**

48. Aux termes de l'article L. 420-2-1 du code de commerce, issu de la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer (dite loi « Lurel »), « *Sont prohibés, dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Wallis-et-Futuna, les accords ou pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises* ».
49. Par ailleurs, conformément au II de l'article 5 de cette loi, les parties à ces accords ou pratiques concertées devaient s'être conformées aux dispositions de l'article L. 420-2-1 du code de commerce au plus tard le 22 mars 2013.

##### **b) Standard de preuve**

50. L'existence des exclusivités prohibées peut découler de preuves matérielles qui se suffisent à elles-mêmes ou, à défaut, d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, constitué par le rapprochement de divers éléments recueillis en cours d'instruction, qui peuvent être tirés d'un ou plusieurs documents ou déclarations et qui, pris isolément, peuvent ne pas avoir un caractère probant. Il revient alors aux entreprises concernées de contester le faisceau d'indices réunis contre elles et d'établir que leur comportement peut être expliqué autrement que par l'existence d'un accord exprès ou tacite d'octroi de droits exclusifs d'importation.

## 2. QUALIFICATION DES PRATIQUES

51. Les parties ont méconnu l'obligation issue de l'article L. 420-2-1 du code précité du 22 mars 2013 au 25 août 2016 (a). En revanche, il n'est pas établi qu'elles ne s'y soient pas conformées du 26 août 2016 au 5 novembre 2018, date de la notification de griefs qui leur a été adressée (b.).

### a) En ce qui concerne la période du 22 mars 2013 au 25 août 2016

52. Il résulte des constatations exposées ci-dessus que bioMérieux a confié à GSM la distribution exclusive de ses produits par un contrat du 6 novembre 1995 (cotes 473 à 485).

53. Ce contrat a été renouvelé jusqu'au 26 août 2016, date de la signature d'un nouveau contrat de distribution nommé « contrat de distribution bioMérieux » (cotes 727, 728, 929 à 930, 731 à 751).

54. Or, comme indiqué au point 49, les entreprises avaient jusqu'au 22 mars 2013 pour se mettre en conformité avec l'article L. 420-2-1 du code de commerce.

55. Les parties ont, dans leurs écritures comme lors de la séance, admis que le contrat de distribution n'avait pas été formellement modifié avant le 26 août 2016. Cependant, elles ont soutenu que la clause d'exclusivité litigieuse avait en réalité pris fin dès mars 2013 et que la date tardive de signature du nouveau contrat s'expliquait uniquement par la difficulté des négociations, liée à des considérations étrangères à la suppression de cette clause, dont le principe était acquis.

56. Au soutien de cette affirmation, bioMérieux précise avoir adressé à GSM un courriel le 28 mars 2013 accompagné d'une note du cabinet d'avocats FIDAL faisant le point sur les nouvelles règles issues de la loi Lurel applicables à la distribution en outre-mer, dans le but de savoir si elle était au courant de ce changement de législation, ce qu'elle en pensait et si elle avait eu des retours à ce sujet de la part d'autres fournisseurs (cotes 2411 et 2412). Elle indique également avoir envoyé un courriel à GSM le 6 septembre 2013 pour l'informer que le contrat de distribution du 6 novembre 1995 n'était plus à jour et qu'il devait être remplacé par un nouveau contrat cadre (cotes 2413 à 2452).

57. Cependant, il ne ressort ni de ces pièces, qui constituent de simples documents d'information, ni d'aucun autre élément de l'instruction que les parties en cause auraient mis fin avant le 26 août 2016, dans les formes expressément prévues aux articles 9 et 12 du contrat du 6 novembre 1995, à leur accord de distribution exclusive.

58. Par ailleurs, la circonstance invoquée par GSM que la clause d'exclusivité du contrat de 1995 serait, en tout état de cause, nulle en application de l'article L. 420-3 du code de commerce, qui dispose que « *Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-2-2* » est sans influence sur l'appréciation des pratiques en cause, alors d'ailleurs qu'en tout état de cause, aucune juridiction civile ou commerciale n'a, à la date de la décision attaquée, relevé la nullité de cette clause.

59. Il résulte de tout ce qui précède que, pour la période en cause, GSM doit être regardée comme ayant bénéficié d'un droit exclusif de distribution des produits bioMérieux, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 420-2-1 du code de commerce.

## **b) En ce qui concerne la période du 26 août 2016 au 5 novembre 2018**

60. Il est constant que GSM est demeuré l'unique distributeur des produits bioMérieux pour la période postérieure à la signature du nouveau contrat de distribution unissant ces deux sociétés, et ce malgré la suppression de la clause d'exclusivité.
61. Il est par ailleurs avéré que le CHAR s'est heurté à plusieurs reprises à des refus de vente directe non seulement de la part de bioMérieux, mais également de celle des centrales d'achat UGAP et RESAH, celles-ci arguant ne pas être en mesure de livrer directement les produits concernés dans les départements et régions d'outre-mer en raison des risques encourus en termes de sécurité sanitaire du fait du transport, sur une longue distance, de cette marchandise sensible.
62. Ces refus de vente et les multiples indices graves, précis et concordants rappelés aux paragraphes 21 et suivants des constatations sont de nature à démontrer l'existence d'une exclusivité de fait octroyée par bioMérieux à GSM pour la distribution de ses produits. La circonstance que le nouveau contrat signé entre ces deux sociétés ne comporte plus de clause d'exclusivité demeure sans influence sur ce point, la loi Lurel prohibant l'octroi de toute forme de droits exclusifs d'importation.
63. Cependant, bioMérieux et GSM démontrent qu'en l'espèce, la situation d'exclusivité constatée durant cette période n'est pas le reflet d'une pratique concertée entre elles mais résulte à la fois de la spécificité des produits concernés, qui justifie le recours privilégié au circuit long de distribution et du fonctionnement particulier du marché en cause.

### ***La spécificité des produits de biologie médicale***

#### *Le cadre légal de la commercialisation des produits de biologie médicale*

64. Dans sa réponse du 28 septembre 2018 au questionnaire adressé par les services d'instruction (cotes 2112 à 2115), l'Agence nationale de sécurité du médicament (ci-après : « ANSM ») a tout d'abord indiqué qu'en l'état actuel du droit, fixé par la directive 98/79/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 1998 précitée, seuls les fabricants de réactifs de biologie médicale étaient soumis à des obligations relatives aux conditions de stockage, de transport et de conservation de ces produits. Elle a, par ailleurs, précisé d'une part que les distributeurs n'étaient pas soumis à ces obligations, d'autre part qu'ils devaient uniquement se déclarer auprès d'elle en indiquant les dispositifs commercialisés par leurs soins, sans être astreints à une quelconque procédure d'autorisation ou d'homologation.
65. L'ANSM a également souligné que tant les fabricants que les distributeurs étaient soumis à des obligations de vigilance, en termes de déclarations d'incidents et de traçabilité, et ce conformément aux dispositions des articles L. 5222-3 et R. 5222-14 et suivants du code de la santé publique. Elle a néanmoins rappelé que « *le fabricant demeure en tout état de cause responsable de la mise sur le marché de son dispositif et de sa conformité aux règles essentielles de santé et sécurité qui lui sont applicables, qu'il ne peut donc « déléguer » à son distributeur* » (cote 2114).
66. Enfin, elle a précisé que le règlement (UE) 2017/746 du 5 avril 2017 relatif aux DMDIV, appelé à se substituer définitivement à la directive précitée en mai 2022, instaure désormais des exigences spécifiques pour les distributeurs, et prévoit notamment, au point 3 de son article 14, que ceux-ci « *veillent à ce que, tant que le dispositif est sous leur responsabilité, les conditions de stockage et de transport soient conformes aux conditions fixées par le fabricant* ».

### *Le recours au circuit long*

67. La société bioMérieux justifie son choix d'adopter un circuit de distribution long (voir sur la notion le paragraphe 9 de la présente décision) par sa volonté de maintenir la qualité de ses réactifs, de leur sortie d'usine à leur remise au client final, et de se conformer au mieux, notamment par l'optimisation de son fonctionnement commercial, aux obligations légales énoncées ci-dessus (cote 2389).
68. De fait, le maintien de la qualité des produits de biologie médicale, et notamment des réactifs, passe d'abord par le respect de conditions de transport très strictes, certains réactifs devant être conservés entre 2 et 8 degrés, d'autres entre 12 et 18 degrés (cote 990) ainsi que par les missions, assumées par le distributeur local, en matière de réactovigilance et de récupération des produits défectueux livrés chez un client. Or, outre les parties, l'ensemble des acteurs questionnés sur ce point par les services d'instruction, à l'exception du CHAR, ont insisté sur le fait que le respect de ces règles passait quasi-inévitablement par le recours soit à une filiale ou une succursale locales, soit à un distributeur local, seuls à même de s'en acquitter effectivement en raison des contraintes locales et de la distance entre la métropole et la Guyane.
69. Il doit être tout particulièrement relevé, à cet égard, que le Centre hospitalier de l'Ouest Guyanais Franck Joly (ci-après : « CHOG ») a indiqué que s'il y avait, effectivement, s'agissant de l'approvisionnement en réactifs, possibilité théorique de « *passer par un transporteur aérien ou maritime qui assure un suivi des températures et de manutention [...] les contraintes de ce système sont les délais d'approvisionnement (environ deux mois pour le maritime et 15 jours pour l'aérien), [ce qui] peut poser problème sur les DLC des produits qui peuvent être très court(es). L'avantage du revendeur est la réactivité apportée et les DLC assuré(es)* » (cote 387).
70. Les distributeurs disposent, en effet, d'une surface de stockage - élément important outre-mer, eu égard à la rareté du foncier - et d'un stock de produits leur permettant de faire l'intermédiaire entre le fabricant et le client final, ce qui évite au fabricant de devoir travailler à flux tendu et de se retrouver confronté à des problèmes de logistique, notamment si un produit devait être mis en quarantaine en raison d'un problème survenu au cours de son transport et susceptible d'altérer ses qualités. Sur ce point, GSM a précisé qu'elle disposait de 150 m<sup>2</sup> de surface de stockage (cote 990) et a produit en séance des photographies de cet espace.
71. Ce système de distribution profite également aux clients, comme relevé au paragraphe 69 s'agissant du CHOG.
72. Dans ces conditions, le choix de bioMérieux de ne distribuer ses produits de biologie médicale en Guyane que dans le cadre d'un circuit long est justifié, si bien que les différents refus de vente directe auxquels s'est heurté le CHAR auprès de l'UGAP, du RESAH ou de bioMérieux apparaissent fondés sur d'autres considérations que celle consistant à garantir et à maintenir, par principe, un système de distribution exclusive au profit de GSM.

### ***L'unicité du distributeur local des produits de biologie médicale bioMérieux justifiée par des motifs étrangers à toute pratique concertée de distribution exclusive***

73. Si, comme indiqué plus haut, GSM est resté, de fait, le seul distributeur des produits de biologie médicale de la société bioMérieux, il ressort des éléments versés au dossier et aux débats que cette situation, ne résulte pas d'un accord ou d'une pratique concertée. Elle reflète en réalité la spécificité des contraintes économiques, financières et techniques du secteur concerné, et notamment la spécialisation par marques et types de produits des distributeurs

ainsi que, au moins pour une large partie, le comportement du CHAR en matière d'achats et de règlement des factures de ses fournisseurs.

*Sur la spécialisation des distributeurs de produits de biologie médicale*

74. Pour bioMérieux, il n'est pas économiquement viable ni techniquement bénéfique de distribuer plusieurs marques pour une même catégorie de produits de diagnostic *in vitro* en Guyane (cote 2400). GSM (cote 2378) a indiqué, en outre, que la fourniture de produits de biologie médicale imposait de lourds investissements en personnels et en matériels (cotes 2378 à 2380), que la dimension réduite du territoire (85 000 km<sup>2</sup>) et le faible nombre d'habitants (275 000) et de clients potentiels (entre 5 et 7 selon les sources) ne permettaient que difficilement de rentabiliser.
75. Si cette dernière assertion doit être relativisée, eu égard d'une part au résultat net de la société GSM qui s'élève à environ 463 556 euros pour l'année 2016 (c. 1410) et, d'autre part, au fait que deux nouveaux acteurs, les sociétés Gimco et Sarigue, sont récemment entrés sur le marché, respectivement en 2015 et 2018, force est de constater, s'agissant de la spécialisation par marques et types de produits, que l'analyse des parties est confirmée par la société Périé Médical. Celle-ci, dans sa réponse au questionnaire du 2 juillet 2018, a en effet indiqué que « *les contraintes et exigences propres à chaque fabricant relatives aux caractéristiques des produits, leur stockage et transport, leur maintenance, aux réglages à opérer, aux normes, chartes spécifiques, formation etc. ne nous permettent pas d'envisager, en l'état de notre organisation, la distribution de produits d'un autre fabricant* » (cote 1008).
76. Les déclarations des sociétés Diatec et Biorel (cote 2108), au terme desquelles celles-ci n'ont pas souhaité demander à bioMérieux de distribuer ses produits dès lors qu'un distributeur déjà implanté disposait déjà de « *techniciens formés* » laissent également à penser que, de fait, la spécialisation des distributeurs constitue une des caractéristiques essentielles du fonctionnement du secteur.
77. Cette spécialisation s'explique notamment par le fait que les distributeurs ne se bornent pas à vendre des réactifs mais qu'ils assurent également des missions de service nécessitant une connaissance approfondie des produits et des matériels sur lesquels ils interviennent, d'autant que ceux-ci ne sont généralement pas substituables entre eux, comme cela a été indiqué plus haut.
78. À cet égard, l'UGAP a indiqué que « *la formation des agents de maintenance par le fabricant revêt une grande importance en matière concurrentielle pour la qualité du service. Par exemple, même si Périé Médical était en mesure de réaliser la livraison en Guyane de produits de biologie médicale, son personnel devrait être préalablement formé par bioMérieux pour distribuer les produits de cette marque* » (cote 1244).
79. Le CHAR lui-même, interrogé sur la possibilité de passer des commandes auprès de fabricants concurrents pour les réactifs non captifs d'une marque d'automates, est convenu qu'un changement de fabricant aurait un impact « *sur les procédures mises en place et l'organisation des paillasses* » (cote 254).
80. La société bioMérieux a d'ailleurs indiqué qu'elle formait elle-même les collaborateurs de GSM et que ces derniers utilisaient régulièrement ses automates, ce qui leur permettait d'atteindre un haut niveau de technicité et de connaissance (cote 171). Elle a ajouté que dans l'hypothèse où ses produits seraient distribués en Guyane par plusieurs sociétés, il pourrait s'avérer difficile, voire impossible pour les distributeurs concernés de supporter ce coût important tout en devant partager les recettes actuellement réalisées par la seule société GSM (cote 980).

### *Le comportement du CHAR*

81. Lors de l'enquête et de l'instruction, le CHAR a constamment mis en avant les prix excessifs pratiqués par GSM, et, partant, le surcoût considérable - qu'il estime entre 300 à 400 % du tarif pratiqué par l'UGAP, lié selon lui à l'exclusivité de distribution et à l'impossibilité, partant, de se fournir auprès du fabricant ou d'autres distributeurs.
82. Ces allégations, à supposer qu'elles soient exactes – ce qui est contesté par GSM – doivent cependant être mises en perspective avec les éléments versés aux débats par les parties sur le comportement du CHAR, afin d'apprécier si le fait que GSM soit resté le distributeur exclusif de bioMérieux résulte véritablement d'un accord de volontés entre bioMérieux et GSM ou s'explique par d'autres facteurs.
83. Sur ce point, il est tout d'abord patent, comme le démontrent les documents produits par GSM, que les délais et modalités de paiement du CHAR sont en tous points anormaux : ainsi, au 14 juin 2017, le CHAR était débiteur à l'égard de GSM d'une somme supérieure à 2 600 000 euros, et lui devait encore, en octobre 2017, 65 000 euros au titre de l'année 2016 ; les délais moyens de paiement sont passés de 212 jours à 290 jours durant cette période, contraignant GSM à solliciter une augmentation de sa ligne d'affacturage ; le règlement des factures était effectué de manière totalement anarchique, sans ordre chronologique ; enfin, de manière générale, le CHAR a dû être placé sous administration provisoire en novembre 2018 en raison de ses difficultés financières.
84. Par ailleurs, comme le souligne à juste titre bioMérieux, le fait que GSM soit la seule société à répondre aux appels d'offres du CHAR résulte du choix initial de celui-ci d'une part de s'équiper en automates de la marque bioMérieux, choix nullement irréversible, d'autre part de ne pas négocier de manière concomitante le prix des automates et des réactifs, contrairement au CHOG, dont les appels d'offres suscitent à chaque fois plusieurs réponses de la part des distributeurs.
85. Au regard de ces différents éléments, il n'est, ainsi, nullement exclu que le comportement du CHAR ait pu être de nature à décourager l'entrée des distributeurs concurrents sur le marché de la distribution des produits de biologie médicale bioMérieux et, par conséquent, à expliquer le maintien de GSM comme seul distributeur en Guyane desdits produits.

### *Conclusion*

86. Il résulte de l'ensemble des éléments que si GSM est resté, *de facto*, le distributeur exclusif des produits bioMérieux pour la période en cause, cette exclusivité ne résulte pas d'un accord de volontés entre ces deux sociétés et ne méconnaît donc pas l'article L. 420-2-1 du code de commerce.

### **B. SUR L'IMPUTABILITE**

87. La société bioMérieux a pris part à un accord ayant pour objet l'octroi de droits exclusifs d'importation du 22 mars 2013 au 25 août 2016. La pratique, constitutive du grief n° 1, lui sera donc imputée en qualité d'auteur pour cette seule période. En revanche, cette pratique ne saurait être imputée à sa société mère, la société Institut Mérieux SA, à laquelle les services d'instruction n'ont d'ailleurs pas notifié le grief en cause. En effet, celle-ci, qui ne détient que 58,9 % des parts du capital de la société bioMérieux, ne pouvait être présumée exercer une influence déterminante sur cette dernière, aucun élément du dossier n'indiquant par ailleurs que tel serait le cas.



88. De son côté, GSM a bénéficié de droits exclusifs d'importation issus de l'accord cité au point précédent, pour la période du 22 mars 2013 au 25 août 2016. Dès lors, il convient de lui imputer la pratique constitutive du grief n° 2 pour cette seule période.

### C. SUR LES SANCTIONS

89. Le troisième alinéa du I de l'article L. 464-2 du code du 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. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction* ».
90. L'article L. 464-5 du code du commerce dispose que l'Autorité peut, lorsqu'elle met en œuvre la procédure simplifiée prévue à l'article L. 463-3 du code du commerce, prononcer les sanctions prévues au I de l'article L. 464-2 de ce code. Toutefois, la sanction ne peut excéder 750 000 euros pour l'entreprise mise en cause.
91. Par ailleurs, lorsqu'elle détermine les sanctions pécuniaires qu'elle impose en vertu du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, l'Autorité applique les modalités décrites dans son communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires (ci-après : « le communiqué sanctions ») sauf à ce qu'elle explique, dans la motivation de sa décision, « *les circonstances particulières ou les raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter dans un cas donné* » (point 7 du communiqué sanctions).
92. En l'occurrence, l'Autorité considère que la méthode décrite dans le communiqué sanctions n'est pas adaptée à la présente affaire, compte tenu des caractéristiques de la pratique reprochée aux sociétés en cause, les exclusivités d'importation, et des circonstances factuelles spécifiques de l'espèce.
93. En effet, le grief notifié vise un type d'infraction applicable uniquement aux collectivités d'outre-mer, sans équivalent sur le territoire métropolitain, et concerne en l'espèce la Guyane, territoire de petite taille.

#### 1. SUR LA GRAVITÉ DES PRATIQUES

94. S'agissant des pratiques contraires à l'article L. 420-2-1 du code de commerce, l'Autorité a indiqué qu'elles ne revêtaient pas le même caractère de gravité que les infractions au droit commun de la concurrence, ententes et abus de position dominante (décision n° [16-D-15](#) du 6 juillet 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits de grande consommation en Outre-mer, paragraphe 46).
95. En l'occurrence, la gravité de la pratique, bien que limitée, n'en est pas moins établie.
96. En effet, les pratiques concernent la commercialisation de produits utilisés dans le cadre de tests de diagnostics *in vitro*, lesquels interviennent dans 80 % des prises de décision médicale à l'hôpital. L'accès à ces tests revêt donc une grande importance pour les laboratoires et, *in fine*, les patients. L'Autorité a déjà eu l'occasion de considérer que les pratiques qui interviennent sur des marchés concernant la santé publique doivent être considérées comme graves, de même que celles concernant les établissements de soins chargés d'une mission de service public, comme les hôpitaux (décision n° [03-D-61](#) du 17 décembre 2003 relative à

des pratiques mises en œuvre sur le marché de la fourniture et de la location de chariots à déchets au CHU de Nantes ; décision n° [07-D-09](#) du 14 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France ; décision n° [18-D-17](#) du 20 septembre 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'élimination des déchets d'activités de soins à risque infectieux en Corse).

97. En outre, les produits en cause ne peuvent fonctionner qu'avec des automates de la même marque, ainsi que cela a été indiqué aux paragraphes 8 et 42. Les consommateurs captifs sont donc particulièrement susceptibles de subir les effets des comportements sanctionnés.
98. Ce constat n'est pas remis en cause par la circonstance, avancée par bioMérieux dans ses écritures et en séance, que l'absence de concurrence intra-marques sur le marché de la distribution de produits de biologie médicale serait compensée par la concurrence inter-marques sur le marché de la commercialisation d'automates.
99. En effet, il ressort des déclarations des parties en séance que le délai moyen d'utilisation d'un automate est relativement long et s'échelonne entre cinq et dix ans, ce qui explique notamment que le CHAR dispose encore aujourd'hui d'automates bioMérieux de plus de dix ans, lesquels fonctionnent exclusivement avec les réactifs de ce laboratoire. Par ailleurs, la circonstance que ces machines peuvent aujourd'hui faire l'objet d'un contrat de mise à disposition dont le prix inclut la fourniture des réactifs nécessaires à leur utilisation demeure sans influence sur l'appréciation de la gravité de la pratique imputée aux parties en cause entre 2013 et 2016. Enfin, les implications du changement d'automates sur les conditions d'organisation et de fonctionnement des laboratoires sont susceptibles de freiner le renouvellement de ces machines et limitent, en tout état de cause, les effets de la concurrence inter-marques sur le marché de la distribution de produits de biologie médicale.
100. Enfin, l'entreprise mise en cause a bénéficié des exclusivités postérieurement à l'entrée en vigueur de l'interdiction prévue à l'article L. 420-2-1 du code de commerce et après l'expiration du délai de mise en conformité des contrats existants qui courait jusqu'à mars 2013 : les pratiques ont ainsi duré jusqu'au 25 août 2016, soit plus de trois ans après l'expiration de ce dernier délai.

## **2. SUR L'IMPORTANCE DU DOMMAGE À L'ÉCONOMIE**

101. Si les pratiques d'exclusivité n'ont concerné que le territoire de la Guyane, elles ont porté sur des produits de biologie médicale qui jouent un rôle déterminant dans la prise de décision médicale et la prise en charge des patients. En outre, les produits de marque bioMérieux représentent une part significative de l'offre dans le domaine du diagnostic *in vitro*, de l'ordre de [5 % à 15 %] du chiffre d'affaires réalisé par les fabricants sur le marché français.
102. Dans ce contexte, en commercialisant ses produits en Guyane par l'intermédiaire d'un grossiste-importateur bénéficiant d'une exclusivité de droit, bioMérieux a empêché les laboratoires de faire jouer la concurrence intra-marque entre distributeurs locaux, ainsi que cela a été indiqué plus haut. Le champ de l'exclusivité est à cet égard d'autant plus dommageable qu'il n'existe aucune possibilité de contournement pour les produits de cette marque, le fabricant refusant l'approvisionnement direct des laboratoires depuis la métropole, dans le cadre d'une distribution en circuit court. Cette situation ne peut que renchérir le coût des produits supporté par les acheteurs, notamment les hôpitaux, ce coût intégrant nécessairement la double marge du fabricant, d'une part, et de son grossiste, d'autre part, sans que la marge de ce dernier puisse être réduite par la pression concurrentielle que pourraient exercer d'autres distributeurs guyanais.

103. Or, selon les biologistes du CHAR, les réactifs de bioMérieux sont difficilement substituables dans certaines spécialités comme la bactériologie, les autres produits apparaissant moins performants (cote 254). Pour ce type d'analyses médicales, l'impossibilité de faire jouer la concurrence intra-marque entre distributeurs ne peut donc pas être compensée par la concurrence intermarques entre les fabricants, laquelle est, en tout état de cause, limitée, comme cela a été indiqué plus haut.

### **3. SUR LA SITUATION INDIVIDUELLE DES SOCIÉTÉS EN CAUSE**

#### **a) En ce qui concerne bioMérieux**

104. Les services d'instructions estiment que l'appartenance de bioMérieux à un groupe doit être prise en compte au stade de l'individualisation de la sanction. La société mise en cause s'y oppose, précisant dans ses écritures « *qu'il n'est donné aucune justification de cette demande de prise en compte* » (cote 2408).
105. En droit, la jurisprudence rappelle de manière constante que le principe d'individualisation des sanctions mentionné à l'article L. 464-2 du code de commerce et rappelé au paragraphe 89 exclut, à l'égard d'une entreprise ayant agi de manière autonome, le relèvement automatique de la sanction en raison de sa seule appartenance à un groupe. L'appartenance à un groupe peut toutefois être pris en compte pour déterminer le montant de la sanction d'une entreprise qui s'est comportée de manière autonome dès lors qu'il est établi qu'une telle circonstance a joué un rôle dans la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles ou a été de nature à influencer sur l'appréciation de la gravité de ces pratiques (arrêts de la Cour de cassation du 18 février 2014, société Entreprise Pradeau et Morin e.a, n<sup>os</sup> 12-27.643, 12-27.697, 12-27.698, 12-27.700 et 12-28.026 ; 21 octobre 2014, société Spie Sud-Ouest e.a, n<sup>os</sup> 13-16602, 13-16696 et 13-16905).
106. En l'espèce, les services d'instruction n'ont pas notifié les griefs à la société Institut Mérieux, société mère de bioMérieux. Par ailleurs, il ne ressort pas de l'instruction que l'appartenance de cette dernière à un groupe aurait joué un rôle dans la mise en œuvre de la pratique qui lui est imputée ou ait été de nature à influencer sur l'appréciation de la gravité de celle-ci. Dans ces conditions, la circonstance que bioMérieux appartienne à un groupe demeure sans influence sur l'individualisation de la sanction pécuniaire qui lui est infligée et ne peut donc être prise en compte pour déterminer son quantum.

#### **b) En ce qui concerne GSM**

##### ***S'agissant du bénéfice particulier retiré par GSM***

107. Les sociétés bioMérieux et GSM ont toutes deux pris part à un accord ayant pour objet l'octroi de droits exclusifs d'importation du 22 mars 2013 au 25 août 2016. Cependant, GSM, titulaire de ces droits exclusifs, en a bénéficié au premier chef.
108. En effet, cet accord l'a investi en qualité de distributeur exclusif des produits de biologie médicale bioMérieux sur le territoire guyanais, supprimant corrélativement toute concurrence potentielle ou éventuelle de la part de distributeurs tiers sur le marché de la distribution de ces produits. Ainsi, pendant toute la durée des pratiques, GSM est demeurée l'unique entreprise susceptible d'approvisionner les laboratoires en produits bioMérieux.

109. Par ailleurs, les conséquences de cette exclusivité de droit sont renforcées par les conditions du fonctionnement du marché en cause, marqué par l'importante captivité des consommateurs de produits de biologie médicale.
110. Ces éléments qui lui sont propres doivent être pris en compte pour fixer la sanction pécuniaire infligée à GSM.

#### *S'agissant de la situation financière de GSM*

111. GSM soutient que la circonstance qu'elle appartienne à la catégorie des petites et moyennes entreprises (ci-après : « PME ») doit être prise en compte au stade de l'individualisation de la sanction. Elle ajoute que sa survie serait gravement menacée si elle se voyait infliger une sanction pécuniaire importante.
112. Cependant, la circonstance que GSM est une PME « *ne constitue pas en soi une circonstance individuelle de nature à justifier une réduction d'amende* » (CA de Paris, 18 décembre 2014, société Beiersdorf e.a, n° 2015/01673, p. 85).
113. Par ailleurs, la partie en cause n'établit pas, notamment par l'évolution de son chiffre d'affaires qui est resté relativement stable entre les années 2015 et 2017 pour atteindre plus de 3,6 millions d'euros pour cette dernière année (cote 2050), qu'elle se trouverait dans une situation financière délicate justifiant une minoration du montant de la sanction pécuniaire infligée. Au contraire d'ailleurs, il ressort de l'instruction qu'au titre des comptes clôturés au 31 décembre 2017, elle a déclaré un résultat de 463 556 euros, ce qui lui a permis de distribuer à ses actionnaires 250 000 euros de dividendes (cote 1410).
114. Dans ces conditions, les circonstances avancées par GSM ne justifient pas une minoration du montant de la sanction pécuniaire qui lui est infligée.

#### **4. SUR LE MONTANT DE LA SANCTION**

115. En considération des éléments qui ont été exposés ci-dessus, il convient d'infliger à bioMérieux une sanction de 75 000 euros et à GSM une sanction de 150 000 euros.

## DÉCISION

**Article 1 :** Il est établi que, sur le territoire de la Guyane, la société bioMérieux SA et la société Guyane Service Médical ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-2-1 du code de commerce du 22 mars 2013 au 25 août 2016.

**Article 2 :** L'Autorité considère, sur la base des informations dont elle dispose, que l'infraction aux dispositions de l'article L. 420-2-1 du code de commerce n'est pas établie pour la période du 26 août 2016 au 5 novembre 2018.

**Article 3 :** Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes au titre des pratiques visées à l'article 1<sup>er</sup> :

- à la société bioMérieux SA, une sanction d'un montant de 75 000 euros ;
- à la société Guyane Service Médical, une sanction d'un montant de 150 000 euros.

Délibéré sur le rapport oral de M. Frédéric Garron, rapporteur et l'intervention de Mme Sarah Subremon, rapporteure générale adjointe, par Mme Isabelle de Silva, présidente, Mme Fabienne Siredey-Garnier, vice-présidente et M. Fabien Raynaud, membre.

La secrétaire de séance,

La présidente,

Caroline Orsel

Isabelle de Silva

---