



Autorité de la Concurrence
de la Nouvelle-Calédonie

Décision n° 2022-PAC-06 du 29 août 2022 (rect)

relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie

L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie,

Vu la décision n°2019-SO-02 du 11 mars 2019 de l'Autorité de la Concurrence de la Nouvelle-Calédonie de saisine d'office de pratiques en œuvre dans le secteur de la commercialisation des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie ;

Vu le livre IV du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et notamment son titre II « *Des pratiques anticoncurrentielles et des situations soulevant des préoccupations de concurrence* » et ses articles Lp. 421-1 et suivants ;

Vu la décision de la Rapporteuse générale du 15 avril 2019 procédant à la disjonction du dossier enregistré sous le numéro 19/0008PAC en quatre dossiers distincts portant les numéros 19/0008PAC, 19/0014PAC, 19/0015PAC et 19/0016PAC ;

Vu la décision de la Rapporteuse générale du 4 août 2021 disposant que l'affaire fera l'objet d'une décision de l'Autorité sans établissement préalable d'un rapport ;

Vu la notification des griefs adressée aux sociétés Medi-Services SARL (le 10 janvier 2022), Medline International France SAS (le 14 janvier 2022), Thermo Fisher Diagnostics SAS (le 11 janvier 2022), Medicea International SAS (le 11 janvier 2022), Sebia SA (le 10 janvier 2022) et Baxter SAS (le 17 janvier 2022) par le service d'instruction ;

Vu la délibération n° 21/CP du 11 avril 2020 portant aménagement des règles et des délais en matière administrative, civile et de procédure civile dans le contexte de l'épidémie de Covid-19 ;

Vu la déclaration de non-contestation des griefs de la société Medline International France SAS du 1^{er} mars 2022 ainsi que le procès-verbal de non-contestation des griefs du 31 mars 2022 ;

Vu la déclaration de non-contestation des griefs de la société Thermo Fisher Diagnostics SAS du 1^{er} mars 2022, et la proposition d'engagements qui l'accompagne du 1^{er} mars 2022 ainsi que le procès-verbal de non-contestation des griefs du 31 mars 2022 ;

Vu la déclaration de non-contestation des griefs de la société, Medicea International SAS le 7 mars 2022 et la proposition d'engagements qui l'accompagne du 7 mars 2022 complétée le 23 juin 2022 ainsi que le procès-verbal de non-contestation des griefs du 31 mars 2022 ;

Vu la déclaration de non-contestation des griefs de la société Sebia SA le 6 avril 2022 et la proposition d'engagements qui l'accompagne du 6 avril 2022 ainsi que le procès-verbal de non-contestation des griefs du 8 avril 2022 ;

Vu la déclaration de non-contestation des griefs de la société Baxter SAS le 17 mars 2022 et la proposition d'engagements qui l'accompagne du même jour ainsi que le procès-verbal de non-contestation des griefs du 31 mars 2022 ;

Vu la décision n° 21-DSA-13 du 21 décembre 2021 de la Rapporteuse générale acceptant la

**Correction d'une erreur matérielle à l'article 9 du dispositif.*

demande de secret des affaires formulée par la société Thermo Fisher Diagnostics SAS ;

Vu la décision n° 21-DSA-14 du 21 décembre 2021 de la Rapporteuse générale acceptant la demande de secret des affaires formulée par la société Smith & Nephew SAS ;

Vu la décision n° 21-DSA-16 du 21 décembre 2021 de la Rapporteuse générale acceptant la demande de secret des affaires formulée par la société Baxter SAS ;

Vu la décision n° 21-DSA-17 du 21 décembre 2021 de la Rapporteuse générale acceptant la demande de secret des affaires formulée par la société Sebia SA ;

Vu la décision n° 21-DSA-18 du 21 décembre 2022 de la Rapporteuse générale acceptant la demande de secret des affaires formulée par la société Medicrea International SAS ;

Vu la décision n° 21-DSA-19 du 25 juin 2021 de la Rapporteuse générale acceptant la demande de secret des affaires formulée par la société Medline International France SAS ;

Vu la décision n° 22-DSA-003 du 11 avril 2022 de la Rapporteuse générale acceptant la demande de secret des affaires formulée par la société Thermo Fisher Diagnostics SAS ;

Vu la décision n°22-DSA-004 du 9 juin 2022 de la Rapporteuse générale par intérim acceptant la demande de secret des affaires formulée par la société Baxter SAS ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure générale par intérim, la rapporteure, et les représentants des sociétés Medi Service SARL, Thermo Fisher Diagnostics SAS, Baxter SAS, Sebia SA, Medicrea International SAS et Medline International France SAS entendus lors de la séance du 23 juin 2022, le commissaire du gouvernement ayant été régulièrement convoqué ;

Adopte la décision suivante :

Résumé

Aux termes de la présente décision, l'Autorité sanctionne les sociétés Médi-Services, Medline, Thermo Fisher Diagnostics, Medicrea International SAS, Sebia SA et Baxter SAS pour des pratiques d'exclusivité d'importation entre fournisseurs et distributeur mises en œuvre dans le secteur des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie.

L'Autorité confirme dans cette décision **que les accords exclusifs d'importation mis en œuvre en contravention de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, constituent une infraction *per se***, dont la qualification est indépendante de leur impact présumé, potentiel ou réel sur le fonctionnement de la concurrence.

L'Autorité a constaté qu'**aucun des fournisseurs mis en cause n'a contesté l'existence des griefs notifiés** ni le caractère anticoncurrentiel des accords exclusifs d'importation conclus au bénéfice de la société Médi-Services. En conséquence, le plafond maximal de la sanction pécuniaire encourue, à l'époque de la saisine, a été divisé par deux pour atteindre 2,5 % du chiffre d'affaires le plus élevé réalisé en Nouvelle-Calédonie pendant la période des pratiques.

A l'inverse, **la société Médi-Services, distributeur, a choisi de contester** les cinq griefs qui lui ont été notifiés, considérant que les pratiques d'exclusivité d'importation dans ce secteur méritaient d'être **exemptées de sanction en application du 2 du I de l'article Lp. 421-4 du code de commerce**.

A cet égard, l'Autorité rappelle que la démonstration des conditions d'exemption prévues à cet article revient à l'entreprise mise en cause. En l'espèce, s'il est exact que le recours au circuit intermédié puisse contribuer au progrès économique à travers l'ensemble des services rendus par les grossistes-importateurs, **la société Médi-Services n'a pas pu démontrer que le recours à un seul grossiste-importateur**, à travers un contrat d'exclusivité d'importation conduisant à interdire tout autre grossiste-importateur local à distribuer les produits du fournisseur concerné, **était indispensable du point de vue des fournisseurs comme des utilisateurs finaux ni qu'il avait permis d'obtenir des prix plus bas que si la concurrence entre les grossistes locaux n'avait pas été entravée**.

Par ailleurs, l'Autorité souligne que le service d'instruction n'ayant notifié aucun grief d'entente anticoncurrentielle, sur le fondement de l'article Lp. 421-1 du code de commerce, au titre des clauses d'approvisionnement exclusif et de non-concurrence constatées dans les contrats, elle n'a pas pu se prononcer sur leur objet ou effet potentiellement anticoncurrentiel. Elle a en revanche tenu compte des engagements proposés par certains fournisseurs visant à supprimer ces clauses pour dynamiser la concurrence inter-marques au stade de l'appréciation du montant des sanctions pécuniaires.

L'Autorité a également pris en considération les caractéristiques de l'infraction et les spécificités du marché concerné pour le prononcé des sanctions.

Ainsi, la pratique d'exclusivité d'importation doit être considérée comme étant de moindre gravité que des pratiques d'ententes ou d'abus de position dominante conformément à une jurisprudence constante. Pour autant, **l'Autorité souligne que les pratiques qui interviennent sur des marchés concernant la santé publique doivent être considérées comme graves**. A cet égard, l'Autorité a rejeté l'argument des parties selon lequel la pratique ne serait pas grave et ne causerait aucun dommage à l'économie au motif que les dispositifs médicaux sont remboursés par l'assurance-maladie. Elle a au contraire considéré que le coût des dispositifs médicaux pèse *in fine* sur l'équilibre du RUAMM et sont supportés par l'ensemble des contribuables calédoniens, ce qui l'a conduit à considérer que les accords exclusifs d'importation en cause constituaient une pratique grave.

S'agissant du dommage causé à l'économie calédonienne, l'Autorité a constaté que la société Médi-Services bénéficie toujours d'une l'exclusivité de fait depuis la modification des clauses litigieuses dans certains contrats. Cette situation peut s'expliquer par le caractère récent de la fin des exclusivités contractuelles, la technicité des produits commercialisés ainsi que par les caractéristiques du marché en cause, plutôt que par une pratique concertée entre les parties. L'Autorité en a conclu que le dommage à l'économie résultant d'accords d'exclusivité d'importation parallèles au bénéfice de la société Medi-Services est avéré mais est demeuré néanmoins contenu.

S'agissant de l'individualisation de la sanction, l'Autorité a considéré que la circonstance que les sociétés Medline International France, Thermo Fisher Diagnostic et Baxter SAS appartiennent chacune à un groupe de dimension internationale était sans influence sur l'individualisation de la sanction pécuniaire qui leur

était infligée et ne pouvait donc être prise en compte pour déterminer son quantum puisque cette situation ne semble pas avoir joué un rôle dans la mise en œuvre de la pratique qui leur est imputée.

L'Autorité a également tenu compte du fait que la société Médi-Services est une entreprise de taille moyenne mais qu'elle est aussi le deuxième grossiste-importateur le plus important en termes de chiffre d'affaires réalisé dans le secteur de la commercialisation de dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie. Elle a bénéficié d'une superposition de cinq accords exclusifs d'importation lui conférant une position monopolistique sur les marques des produits concernés, lesquels ne disposaient pas toujours de produits concurrents. Elle s'est d'ailleurs présentée comme le distributeur exclusif de nombreuses marques à l'égard du Centre Hospitalier Territorial.

Néanmoins, à titre de circonstances atténuantes, l'Autorité a retenu que la société Medi-Services dispose d'un faible pouvoir de négociation vis-à-vis de ses fournisseurs et qu'elle a entamé une démarche de mise en conformité spontanée. Ceci est notamment démontré par le fait qu'elle a demandé à plusieurs fournisseurs de supprimer la clause d'exclusivité d'importation litigieuse après sa première audition par le service d'instruction même si elle n'a pas toujours été entendue par ses fournisseurs.

S'agissant des différents fournisseurs, 4 d'entre eux ont demandé le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs en présentant des engagements pour l'avenir, dont la portée aux fins du rétablissement de la concurrence intramarque et intermarque est variable selon les fournisseurs. L'Autorité en a tenu compte pour accorder une réfaction de sanction de -5 à -30% selon les cas.

Au terme de son analyse, compte tenu des chiffres d'affaires de chacune des entreprises mises en cause et de l'ensemble des éléments du dossier, l'Autorité a infligé une sanction de 47 425 000 F.CFP à la société Médi-Services, une sanction de 1 123 154 F.CFP à la société Medline International France, une sanction de 517 251 F.CFP à la société Thermo Fisher Diagnostic, une sanction de 359 391 F.CFP à la société Medicea International SAS, une sanction de 584 631 F.CFP à la société Sebia SA et une sanction de 4 718 661 F.CFP à la société Baxter SAS.

De plus, afin d'informer l'ensemble des opérateurs susceptibles d'intervenir sur le marché des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie, l'Autorité a ordonné aux sociétés mises en cause de publier un résumé de la présente décision sur la page d'accueil de leur site internet pendant un mois à compter de sa notification, afin de rappeler à tous l'interdiction des accords exclusifs d'importation sur le territoire.

(Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seuls font foi les motifs de la décision numérotés ci-après.)

Sommaire

RESUME	3
I. CONSTATATIONS	7
A. L'auto-saisine de l'Autorité	7
B. Le secteur concerné	7
1. La réglementation applicable	7
2. La commercialisation des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie	9
a) L'approvisionnement en « circuit long » en Nouvelle-Calédonie	10
b) L'approvisionnement en « circuit court »	11
c) L'approvisionnement en « circuit intégré »	12
C. Les parties mises en cause	13
1. La société Médi-Services SARL	13
2. La société Medline International France SAS	14
3. La société Thermo Fisher Diagnostics SAS	14
4. La société Medicea International SAS	15
5. La société Sebia SA	16
6. La société Baxter SAS	17
D. Les pratiques constatées	18
1. L'importation exclusive des dispositifs médicaux de la société Medline International France SAS par la société Médi-Services	18
a) Les contrats de distribution exclusive entre les sociétés Medline International France SAS et Médi-Services	18
b) Les déclarations des sociétés Medline International France SAS et Médi-Services.....	21
c) Le comportement de la société Medline International France SAS à l'égard des clients basés en Nouvelle-Calédonie.....	22
2. L'importation exclusive des dispositifs médicaux de la société Thermo Fisher Diagnostics SAS par la société Médi-Services	24
a) Les contrats de distribution entre les sociétés Thermo Fisher Diagnostics SAS et Médi-Services	25
b) La position de distributeur exclusif adoptée par la société Médi-Services.....	27
c) Les comportements de la société Thermo Fisher Diagnostics à l'égard des clients basés en Nouvelle-Calédonie	27
3. L'importation exclusive des dispositifs médicaux de la société Medicea International SAS par la société Médi-Services	28
a) Le contrat de distribution exclusive entre les sociétés Medicea International SAS et Médi-Services	28
b) La position de distributeur exclusif adoptée par la société Médi-Services.....	30
c) Les déclarations de la société Médi-Services.....	30
4. L'importation exclusive des dispositifs médicaux de la société Sebia SA par la société Médi-Services	30
a) Le contrat de distribution entre les sociétés Sebia SA et Médi-Services entré en vigueur le 12 juin 2017	31
b) La position de distributeur exclusif adoptée par la société Médi-Services.....	32
c) Les déclarations des sociétés Sebia SA et Médi-Services.....	32
5. L'importation exclusive des dispositifs médicaux de la société Baxter SAS par la société Médi-Services	33
a) Le contrat de distribution exclusive entre les sociétés Baxter SAS et Médi-Services du 10 octobre 1986	33

b) Les déclarations des sociétés Baxter SAS	34
c) Le positionnement de distributeur exclusif adopté par la société Médi-Services	34
d) Les comportements de la société Baxter SAS à l'égard des clients basés en Nouvelle-Calédonie	34
E. Les griefs notifiés.....	36
F. La mise en œuvre de la procédure prévue au III de l'article Lp. 464-2 du code de commerce	38
1. La procédure engagée par les 5 fournisseurs mis en cause	38
2. Les engagements proposés par 4 des fournisseurs mis en cause.....	39
a) Les engagements de la société Thermo Fisher Diagnostics SA	39
b) Les engagements de la société Medicea International SAS.....	40
c) Les engagements de la société Sebia SA	41
a) Les engagements de la société Baxter SAS	42
II. Discussion	43
A. Sur le marché pertinent	43
B. Sur le bien-fondé des griefs	44
1. Sur le droit applicable	44
2. Application au cas d'espèce	46
a) Sur les griefs notifiés aux fournisseurs de dispositifs médicaux et le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs au titre du III de l'article Lp. 464-2 du code de commerce.....	47
b) Sur les griefs n° 2, 4, 6, 8 et 10 notifiés à la société Médi-Services et le bénéfice de l'exemption individuelle au titre du 2 du I de l'article Lp. 421-4 du code de commerce.....	50
C. Sur les sanctions	52
1. Sur les conséquences de la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs	53
2. Sur la gravité de la pratique	54
a) Les arguments des parties mises en cause	54
b) La réponse de l'Autorité.....	54
3. Sur le dommage à l'économie.....	56
a) Les moyens soulevés en défense	56
b) La réponse de l'Autorité.....	57
4. Sur la portée des engagements proposés	57
a) Sur l'engagement de dénonciation des contrats en cours comportant une clause d'exclusivité d'importation	57
b) Sur l'engagement consistant à proposer à Medi-Services ou tout distributeur calédonien un nouveau contrat ne comportant aucune clause d'exclusivité d'importation.....	58
c) Sur l'engagement de supprimer toute clause de non-concurrence et d'approvisionnement exclusif dans les contrats en cours et à venir	58
d) Sur les engagements de communication de la suppression de toute forme d'exclusivité d'importation auprès des distributeurs locaux par courrier et/ou par voie de presse.....	59
5. Sur l'individualisation de la sanction.....	59
6. Sur le montant de la sanction	62
7. Sur l'obligation de publication	62
DECIDE.....	63

I. CONSTATATIONS

A. L'auto-saisine de l'Autorité

1. Par décision n° 2019-SO-02 du 11 mars 2019, l'Autorité de la Concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après « l'Autorité ») s'est saisie d'office de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie.
2. Par décision de la rapporteure générale du 15 avril 2019, l'affaire initialement enregistrée sous le numéro 19/0008PAC a été disjointe, le présent dossier portant le numéro 19/0014F.¹
3. Dans le cadre de son auto-saisine, l'Autorité s'est interrogée sur l'éventuelle violation, dans ce secteur d'activité, des dispositions de l'article Lp 421-2-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie (ci-après le « code de commerce ») qui dispose que « *sont prohibés 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* ».
4. Par décision du 4 août 2021, la rapporteure générale a décidé que l'affaire serait examinée sans l'établissement préalable d'un rapport².

B. Le secteur concerné

5. Le secteur concerné par les pratiques est celui de la commercialisation et de la distribution des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie.

1. La réglementation applicable

6. Aux termes de l'article Lp. 5211-1 de l'annexe 1 de l'ancien code de la santé publique de Nouvelle-Calédonie (ci- après le « code de la santé publique »), un dispositif médical est défini comme « *tout instrument, appareil, équipement, matière, produit, à l'exception des produits d'origine humaine, ou autre article utilisé seul ou en association, y compris les accessoires et logiciels nécessaires au bon fonctionnement de celui-ci, destiné par le fabricant à être utilisé chez l'homme à des fins médicales et dont l'action principale voulue n'est pas obtenue par des moyens pharmacologiques ou immunologiques ni par métabolisme, mais dont la fonction peut être assistée par de tels moyens* ». ³
7. Le second alinéa de ce même article précise que : « *les dispositifs médicaux qui sont conçus pour être implantés en totalité ou en partie dans le corps humain ou placés dans un orifice naturel, et qui dépendent pour leur bon fonctionnement d'une source d'énergie électrique ou de toute source d'énergie autre que celle qui est générée directement par le corps humain ou la pesanteur, sont dénommés dispositifs médicaux implantables actifs* ».
8. L'article Lp. 5211-3 du même code dispose que : « *Les dispositifs médicaux ne peuvent être importés, mis sur le marché, mis en service ou utilisés, s'ils n'ont reçu au préalable, un certificat attestant leurs performances ainsi que leur conformité à des exigences essentielles concernant la sécurité et la santé des patients, des utilisateurs et des tiers* ».
9. Le second alinéa de cet article précise que : « *La certification de conformité est établie, selon la classe dont relève le dispositif, soit par le fabricant lui-même, soit par un organisme désigné à cet effet par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé ou par l'autorité compétente d'un autre Etat en application de l'article L. 5211-3 du code de la santé publique dans sa rédaction applicable en Nouvelle-Calédonie au 1er avril 2017* ».

¹ Voir annexe 1.

² Voir annexe 330.

³ Voir l'annexe à la loi du pays n°2017-10 du 20 avril 2017 portant modification du livre V de l'ancien code de la santé publique applicable en Nouvelle-Calédonie (produits de santé).

10. Par ailleurs, en application de l'article Lp. 5211-4 du code précité, « *Les fabricants de dispositifs médicaux ou leurs mandataires, ainsi que toute personne physique ou morale qui se livre à la fabrication, la distribution, l'importation ou l'exportation, même à titre accessoire, de dispositifs médicaux, se déclarent auprès des services compétents de la Nouvelle-Calédonie en indiquant les dispositifs objets de leur activité* ».⁴
11. Ainsi, selon l'article Lp 5211-3 précité, tous les produits répondant à la définition de dispositifs médicaux doivent avoir un marquage « CE » et seuls les dispositifs médicaux comportant ce marquage peuvent être importés en Nouvelle-Calédonie⁵. Interrogée sur le point de savoir si seuls les dispositifs médicaux détenant un certificat de conformité d'un pays membre de l'Union européenne peuvent être importés sur le territoire calédonien et sur ce qu'il en est des dispositifs médicaux importés d'un pays non membre de l'Union européenne (comme de l'Australie ou de la Nouvelle-Zélande), la représentante de la direction des affaires sanitaires et sociales de la Nouvelle-Calédonie (DASS-NC) a indiqué : « *Nous délivrons une Autorisation Administrative d'Importation, si besoin. Mais même les DM [dispositifs médicaux] australiens disposent d'un CE* »⁶.
12. La représentante de la DASS-NC a indiqué que, les dispositifs médicaux ne relevant pas du monopole pharmaceutique, leur achat n'est pas réservé à des professionnels de santé. Elle a ajouté que les dispositifs médicaux sont en vente libre mais que certains fabricants peuvent néanmoins préconiser que la manipulation de leurs produits soit réservée à des professionnels de santé⁷.
13. S'agissant de l'entité ayant la charge du contrôle des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie, la représentante de la DASS-NC a indiqué que : « *les fournisseurs locaux supportent cette responsabilité* » en précisant que les signalements d'incidents devaient être transmis à l'inspection de la pharmacie de la DASS-NC qui les relaie ensuite à l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (« ANSM »)⁸. La Délibération n° 46/CP du 20 avril 2011 relative à la police sanitaire et à l'organisation des vigilances des produits de santé⁹ précise le cadre applicable.
14. L'instruction a porté sur un large spectre de produits, couvrant l'ensemble des dispositifs médicaux qui répondent à la définition de l'article Lp. 5211-1 du code de la santé publique de Nouvelle-Calédonie précité.
15. Il en ressort que la notion de « dispositif médical » telle qu'entendue par le code de la santé publique peut couvrir des dispositifs relativement simples dans leur utilisation (par exemple, des consommables comme les pansements, les masques ou les gants), ainsi que des dispositifs présentant une haute criticité ou technicité et une utilisation complexe (par exemple, des équipements tels qu'une centrale de dioxygène ou un automate d'immunologie).

⁴ La représentante de la DASS-NC, interrogée sur cette disposition a indiqué que « *En l'absence de délibération d'application, cet article est non applicable en NC* », voir la réponse de la DASS en date du 4 avril 2019. Voir annexe 92 - Cote 1738.

⁵ La représentante de la DASS-NC, interrogée sur les normes applicables en matière de dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie a indiqué qu'il y a une « *Obligation du CE (Article Lp. 5211-3 du CSPNC). Les normes AFNOR ne sont pas opposables réglementairement en NC, mais servent de référence* ». Voir la réponse de la DASS en date du 4 avril 2019 (voir annexe 92 - cote 1736).

⁶ Voir la réponse de la représentante de la DASS-NC en date du 4 avril 2019 (voir annexe 92 - cote 1738).

⁷ Voir la réponse de la DASS-NC en date du 4 avril 2019 (voir annexe 92 - cote 1740). Elle a indiqué que ces préconisations concernaient par exemple « *l'injection d'acide hyaluronique qui selon les préconisations des fabricants doit être injecté par un dermatologue* ».

⁸ Voir la réponse de la DASS-NC en date du 4 avril 2019 (voir annexe 92 - cote 1739).

⁹ <http://www.juridoc.gouv.nc/juridoc/jdwebe.nsf/joncentry?openpage&ap=2011&page=3423>

2. La commercialisation des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie

16. La fabrication des dispositifs médicaux commercialisés en Nouvelle-Calédonie est quasiment exclusivement réalisée hors du territoire¹⁰.
17. Les dispositifs médicaux sont le plus souvent importés depuis les pays membres de l'Union Européenne et, dans la majorité des cas, de métropole. L'instruction a pu faire ressortir que certains grossistes-importateurs locaux s'approvisionnaient également en dehors de l'Union européenne. C'est particulièrement le cas de la société Médi-Services qui a des relations commerciales avec des fournisseurs basés en Australie et en Nouvelle-Zélande¹¹.
18. Cette faculté de s'approvisionner dans la zone Pacifique ne serait cependant pas ouverte à tous les acteurs. Ainsi, le représentant du Centre Hospitalier Nord (CHN) a souligné que ce dernier « *pourrait élargir l'offre si on pouvait prendre contact avec les fabricants et fournisseurs de la zone à savoir (...) l'Australie ou la Nouvelle-Zélande qui obéissent aux normes FDA voisines des normes CE.* »¹².
19. A l'instar de la situation dans les départements d'outre-mer français, la commercialisation des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie présente des particularités, compte tenu de l'éloignement du territoire et de la taille relativement modeste du marché, par rapport aux marchés métropolitain ou européen sur lesquels sont présents la plupart des fabricants de dispositifs médicaux.
20. Dans son avis n° 09-A-45 du 8 septembre 2009, l'Autorité métropolitaine de la concurrence a distingué trois circuits d'approvisionnement des territoires ultramarins : le circuit intégré, le circuit court et le circuit long¹³.
21. Elle a confirmé cette analyse dans son avis n°19-A-12 du 4 juillet 2019, soulignant que : « *La majorité des achats des distributeurs ultramarins sont des produits importés soit directement (circuit dit « court » ou « désintermédié »), soit par des grossistes-importateurs (circuit dit « long » ou « intermédié »). Le rôle des grossistes-importateurs reste structurant dans le modèle de distribution ultramarin, ce qui s'explique notamment par les services logistiques et commerciaux rendus par ces derniers aux distributeurs ainsi que par la préférence des fournisseurs pour le circuit long.* »¹⁴.
22. De la même manière, il ressort de l'instruction que l'approvisionnement en dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie est réalisé, soit en circuit court par les établissements de santé (hôpitaux, cliniques...) qui s'approvisionnent directement auprès des fabricants situés à l'extérieur du territoire, soit en circuit intermédié, par les grossistes-importateurs qui assurent l'importation et la distribution en gros ou au détail des dispositifs importés auprès des professionnels de santé locaux. Il peut également se réaliser en « circuit intégré » au travers de centrales d'achats¹⁵.

¹⁰ Parmi les exceptions, figurent notamment les masques UNS1 en tissu produits localement.

¹¹ Ainsi, à titre d'illustration, la représentante de la société Médi-Services a indiqué lors de son audition du 21 mars 2019 : « *Concernant COOK, je m'approvisionne en Australie et à Singapour* » (annexe 105).

¹² Voir la réponse du représentant du centre hospitalier du Nord au questionnaire du service d'instruction en date du 3 mai 2019 (voir annexe 126 - cote 2831).

¹³ Avis n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer. A noter que, comme l'a relevé l'Autorité métropolitaine de la concurrence dans son avis, des « *circuits logistiques combinant différents aspects des trois modèles peuvent également être utilisés. Certains industriels conservent par exemple la maîtrise de leur politique commerciale en négociant directement avec les distributeurs, mais s'appuient sur une entreprise juridiquement indépendante pour le stockage et l'acheminement des produits et les opérations de revente aux détaillants.* » (voir le point 97 de l'avis n° 09-A-45).

¹⁴ Voir l'avis n°19-A-12 du 4 juillet 2019 concernant le fonctionnement de la concurrence en Outre-Mer (points 191 à 202).

¹⁵ Par exemple, la centrale d'achats des hôpitaux publics et privés (CAHPP)

a) *L'approvisionnement en « circuit long » en Nouvelle-Calédonie*

23. Le circuit long (ou intermédié) est le circuit d'approvisionnement historique dans les territoires ultramarins. La Nouvelle-Calédonie ne fait pas exception à la règle.
24. Ce modèle d'approvisionnement consiste à recourir à un intermédiaire, généralement désigné sous le terme de « *grossiste-importateur* » ou parfois d'« *agent de marques* ». Celui-ci assure l'importation et certaines opérations logistiques (stockage, livraison, etc.), revend aux clients les produits achetés auprès des fabricants et prend également en charge certaines actions commerciales (promotions, etc.) ou de service après-vente.
25. Cet approvisionnement par circuit long, pour les dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie, concerne tous les acteurs de la santé sur le territoire, qu'il s'agisse de professionnels de petites structures comme les cabinets médicaux ou laboratoires d'analyse médicale, ou de structures plus importantes telles que les cliniques ou hôpitaux publics.
26. L'instruction a montré que le centre hospitalier territorial « Médipôle » à Dumbéa (CHT), le centre hospitalier du Nord de Koné (CHN), la clinique Kuindo-Magnin à Nouméa, ou encore l'association pour la prévention et le traitement de l'insuffisance rénale (« ATIR ») basée à Dumbéa, recourent à ce circuit.
27. Les établissements publics de santé sont soumis à la réglementation du code des marchés publics applicable en Nouvelle-Calédonie¹⁶. Il est ainsi prévu que l'établissement public de santé procède par marchés de gré à gré pour les montants entre 20 et 40 millions de F.CFP et par appels d'offres au-delà de 40 millions de F.CFP¹⁷.
28. Le 3 mai 2019, le CHT, qui était le principal acheteur en dispositifs médicaux du territoire, avait indiqué que « *45 % des produits pharmaceutiques et de laboratoire sont achetés en local* »¹⁸. En 2018, la société Intermed était le premier fournisseur local du CHT pour un montant total de dépenses de 1 034 961 124 F.CFP, suivi de la société Médi-Services pour un montant de dépenses total de 523 783 813 F.CFP puis du groupe CIPAC pour un montant de dépenses total de 185 000 287 F.CFP en 2018¹⁹. Le représentant du CHN a indiqué s'approvisionner sur les « *circuits locaux* » et sur « *les circuits directement vers les fabricants* »²⁰.
29. S'agissant de la clinique Kuindo-Magnin, présentée comme le deuxième acheteur du territoire²¹, 50% de son approvisionnement en dispositifs médicaux se fait par le biais d'un distributeur local. Le représentant de la clinique a indiqué qu'il s'approvisionnait auprès d'un distributeur local lorsque le prix de ce dernier était inférieur « *au prix hors taxe achat*

¹⁶ Délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics à laquelle s'est substituée, depuis le 1^{er} janvier 2020, la [Délibération n° 424 du 20 mars 2019 portant réglementation des marchés publics](#)

¹⁷ Les représentants du CHT ont indiqué « *On est très contraint par la réglementation. Entre 20 et 40 millions de CFP, on procède en marchés de gré à gré. Au-dessus de 40 millions, on procède par appels d'offres ouverts. En dessous de 20 millions de FCPF on fait des marchés de gré à gré lorsque l'encours de ces sociétés est important ou en fonction de l'objet unique. Nous faisons face à des contraintes de légalité* ». Ils ont précisé que, conformément à la réglementation, les marchés sont d'une durée maximum de trois ans. Dans la pratique, les représentants indiquent recourir le plus souvent à un marché d'une durée d'un an renouvelable deux fois. Voir le procès-verbal d'audition des représentants du CHT du 27 février 2019 (annexe 24 - cote 802).

¹⁸ Voir le procès-verbal d'audition des représentants du CHT du 27 février 2019 (annexe 24 - cote 802).

¹⁹ Voir le récapitulatif des dépenses du CHT de 2016 à 2018 auprès de ses 4 premiers fournisseurs locaux par type de dépenses. Ce document liste 4 colonnes de dépenses « INVESTISSEMENT », « PHARMACIE ET LABORATOIRES », « BIOMEDICAL », « INFORMATIQUE/TECHNIQUE/ACHAT NON MEDICAL » (annexe 27 - cotes 1041).

²⁰ Voir la réponse du représentant du CHN au questionnaire du SI du 3 mai 2019 (annexe 126 - cote 2829).

²¹ Voir la réponse du représentant du CHN au questionnaire du SI du 3 mai 2019 (annexe 126 - cote 2828).

métropole + csg + frais de transitaires + frais de gestion + stockage + 10% ». Sinon il s'approvisionnait auprès du fabricant²².

30. S'agissant de son circuit d'approvisionnement, l'ATIR indique avoir un « *approvisionnement local chez des distributeurs locaux et import auprès des fabricants* »²³.
31. Les établissements de santé interrogés ont indiqué que recourir à un distributeur local pouvait présenter une valeur ajoutée. Ainsi, le représentant de la clinique Kuindo-Magnin, interrogé sur la valeur ajoutée apportée par les grossistes-importateurs locaux, a mis en avant les éléments suivants :
 - *« la clinique évite l'avance de trésorerie d'un stock commandé en métropole (une semaine de stock pour le local versus 3 à 5 mois de stock pour l'import) ;*
 - *suivi des produits, et des retraits de lots ;*
 - *gestion des périmés du stock grossiste à la charge du grossiste ;*
 - *relais efficace du représentant local auprès du laboratoire* »²⁴.
32. Le représentant de la clinique Kuindo-Magnin a également indiqué que : « *Souvent les DMS [dispositifs médicaux] distribués sont très « techniques » et font partie d'un appareil sophistiqué nécessitant du SAV et maintenance de la part des techniciens dédiés du grossiste importateur : dans ce cas le rôle du grossiste importateur est pleinement justifié* »²⁵.
33. De la même manière, les représentants du CHT ont mis en avant, s'agissant des grossistes-importateurs locaux, « *leur expertise des produits et leur expérience* », tout comme leur « *capacité à former les équipes* »²⁶.
34. Il ressort également de l'instruction que le circuit d'approvisionnement majoritairement choisi par les fabricants de dispositifs médicaux est celui du « circuit long », dans lequel les produits transitent par un importateur-grossiste/ agent de marque, même s'il peut coexister avec les autres circuits.
35. Les fabricants de dispositifs médicaux expliquent le recours à ces intermédiaires par les différents services rendus par ces derniers dans la gestion des stocks, les prises de commande, l'animation commerciale et le service après-vente des équipements/ dispositifs médicaux. Les fabricants sont parfois amenés à assurer des formations, plus ou moins longues, aux distributeurs locaux, raison pour laquelle les marques les plus reconnues internationalement en matière de dispositifs médicaux confient le plus souvent la distribution de leurs produits à un seul grossiste-importateur en Nouvelle-Calédonie.

b) L'approvisionnement en « circuit court »

36. L'approvisionnement en dispositifs médicaux peut également se faire par le circuit court, en s'adressant directement au fabricant. Le circuit court (ou « circuit désintermédié ») est celui par lequel le client est directement livré sur ses propres plateformes de stockage.
37. S'agissant du CHT, plus de la moitié des dispositifs médicaux (produits pharmaceutiques et de laboratoire) sont achetés directement auprès des fabricants. Le CHT dispose avec le logipôle de capacités de stockage importantes (de 10 000 m²), qui lui permettent de stocker consommables, produits pharmaceutiques et produits de laboratoire²⁷. Ainsi qu'indiqué par

²² Voir la réponse du représentant de la clinique Kuindo-Magnin au questionnaire du SI du 1^{er} mai 2019 (annexe 122 - cote 2375).

²³ Voir la réponse de la représentante de l'ATIR au questionnaire du SI du 3 mai 2019 (annexe 125 - cote 2821).

²⁴ Voir la réponse du représentant de la clinique Kuindo-Magnin au questionnaire du SI du 1^{er} mai 2019 (annexe 122 - cote 2376).

²⁵ Voir la réponse du représentant de la clinique Kuindo-Magnin au questionnaire du SI du 1^{er} mai 2019 (annexe 122 - cote 2376).

²⁶ Voir le procès-verbal d'audition des représentants du CHT en date du 27 février 2019 (annexe 24 - cote 803).

²⁷ <https://gouv.nc/sites/default/files/atoms/files/31936252.pdf>

les représentants du CHT, lors de leur audition, s’agissant des grossistes-importateurs, leur « *expérience en logistique est moins nécessaire* » pour les consommables, depuis la création de l’unité de stockage du Médipôle²⁸.

38. S’agissant de la clinique Kuindo-Magnin, 50% de son approvisionnement en dispositifs médicaux se fait directement auprès des fabricants²⁹.
39. Les représentants de l’ATIR et du CHN déclarent s’approvisionner également directement auprès des fabricants pour un certain nombre de dispositifs médicaux³⁰.

c) L’approvisionnement en « circuit intégré »

40. L’approvisionnement en dispositifs médicaux peut également se faire via un autre circuit que le circuit long ou le circuit court, à savoir le circuit intégré, en passant par des centrales d’achat auxquelles ont adhéré les hôpitaux.
41. A noter qu’il existe, dans le secteur de la santé, des centrales d’achat comme l’union des groupements d’achat public (UGAP), la centrale d’achat hospitalière privée et publique (CAHPP) ou l’Union des Hôpitaux pour les Achats (Uniha), qui est une coopérative d’acheteurs hospitaliers publics français.
42. Depuis 2009, le CHT est adhérent à la CAHPP, qui est une centrale de référencement³¹ recensant, selon le CHT, « *450 fournisseurs pour 100 000 références franco-transitaires* »³². Pour le CHT, le « *but [de son adhésion à la CAHPP] est de proposer une alternative aux fournisseurs locaux* »³³. Cependant, les représentants du CHT avaient précisé, en 2019, que « *le code des marchés publics de NC ne [leur] permet[tait] pas d’acheter directement auprès de la centrale d’achat* »³⁴.
43. Cette situation a cependant évolué. En effet, la délibération n°424 du 20 mars 2019 portant réglementation des marchés publics³⁵, dispose désormais en son article 2-1 que : « *I - Les dispositions de la présente délibération ne sont pas applicables aux commandes et contrats dont le montant est supérieur au seuil prévu à l’article 1^{er}, dans les cas suivants : [...] 11°) contrats de référencement ou d’achats pour les produits pharmaceutiques, les réactifs de laboratoires, les produits sanguins, les produits dérivés du sang et les produits à usage médical ou la fourniture médicale et medicotechnique* »³⁶.
44. Jusqu’à l’entrée en vigueur de cette délibération au 1^{er} janvier 2020, la faculté de s’approvisionner auprès des centrales d’achat ne constituait pas, d’après les représentants du CHT, une alternative à l’approvisionnement auprès des fournisseurs. La CAHPP n’était utilisée que comme un moyen d’avoir « *les prix à titre de référence (référentiel de prix)* » pour ensuite entamer des négociations commerciales directes avec le fabricant (demande de devis etc.), puis comparer son offre à celle du fournisseur local³⁷.

²⁸ Voir le procès-verbal d’audition des représentants du CHT en date du 27 février 2019 (annexe 24 - cote 803).

²⁹ Voir la réponse du représentant de la clinique Kuindo-Magnin en date du 1^{er} mai 2019 (annexe 122 - cote 2375).

³⁰ Voir la réponse de la représentante de l’ATIR en date du 3 mai 2019 (annexe 125 - cote 2821). Voir la réponse du représentant du CHN en date du 3 mai 2019 (annexe 126 - cote 2829).

³¹ Voir le site internet de la CAHPP, sur lequel il est indiqué qu’elle recense notamment, s’agissant des marchés médicaux (pharmacie et dispositifs médicaux), 365 laboratoires référencés et 90 000 articles négociés : <https://www.cahpp.eu/pharmacie-hygiene/> .

³² Voir le procès-verbal d’audition des représentants du CHT en date du 27 février 2019 (annexe 24 - cote 802).

³³ Voir le procès-verbal d’audition des représentants du CHT en date du 27 février 2019 (annexe 24 - cote 802).

³⁴ Voir le procès-verbal d’audition des représentants du CHT en date du 27 février 2019 (annexe 24 - cote 802).

³⁵ Qui a abrogé la [délibération n°136 du 1er mars 1967](#).

³⁶ Voir la [délibération n°424 du 20 mars 2019](#).

³⁷ Voir le procès-verbal d’audition des représentants du CHT en date du 27 février 2019 (annexe 24 - cote 802). Le CHT y précise que la CAHPP « *permet d’avoir les prix à titre de référence (référentiel de prix). Ensuite, le CHT doit contacter le fournisseur pour lui demander un devis (livraison NC inclus). On compare ce devis à celui du fournisseur local et on choisit ensuite le mieux disant* ».

45. Le CHT a confirmé, le 26 août 2021, que la situation avait changé : « *La délibération N°424 du 20 mars 2019 portant réglementation des marchés publics permet de passer des contrats administratifs (et non plus des marchés) selon les dispositions de l'article 2.1, 11°* »³⁸. Il a par ailleurs précisé, le 1^{er} septembre 2021, que « *l'approvisionnement du CHT en dispositifs médicaux est facilité depuis la mise en œuvre de la délibération n°424 du 20 mars 2019. Des contrats sont établis entre la pharmacie et un fournisseur après consultation de plusieurs fournisseurs pour une mise en concurrence. Cette nouvelle réglementation nous a bien simplifié le référencement des produits* »³⁹.
46. S'agissant du CHN, son représentant a déclaré s'approvisionner en direct auprès de la CAHPP depuis 2006 : « *depuis 2006, nous avons pu adhérer à une centrale d'achat la CAHPP qui propose aux établissements un catalogue très important de fournisseurs avec des prix très intéressants et une possibilité de comparatif via leur logiciel. C'est la CAHPP qui passe les appels d'offres pour ses adhérents. Nous n'avons plus qu'à passer nos commandes directement chez le fournisseur grâce à leur logiciel. (...). Nous réalisons environ 90% de nos achats en direct par la CAHPP, les 10% restants sont pour les fabricants qui ne répondent pas à ce groupement d'achats.* »⁴⁰.
47. En tout état de cause, il convient de préciser que dans certains domaines (par exemple pour les dialyses), les dispositifs médicaux ne sont pas référencés sur le catalogue de la CAHPP. Dans ces cas-là, les acheteurs des hôpitaux publics s'adressent directement au fournisseur (circuit « court ») ou passent par le distributeur local (circuit « long »).

C. Les parties mises en cause

1. La société Médi-Services SARL

48. La société Médi-Services est une société à responsabilité limitée, immatriculée au R.C.S. de Nouméa (000 334 276) depuis le 12 août 1992, sise 8, rue Reverce, Vallée des Colons, BP 4458, 98800 Nouméa Cedex.
49. Elle a pour activités principales « *l'achat, la vente, l'importation, l'exportation, la réparation, l'entretien, la location et le louage de tout appareillage, matériels, matériaux à usage médical, chirurgical, paramédical, orthopédique, dentaire et parapharmaceutique, ainsi que tous matériels de télécommunications, électroniques et d'informatiques* ».⁴¹
50. La société Médi-Services est l'un des deux grossistes-importateurs les plus importants en termes de chiffre d'affaires réalisé dans le secteur de la commercialisation de dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie. Elle représente une quarantaine de fournisseurs de dispositifs médicaux sur le territoire.
51. La société Médi-Services comprend 26 salariés. Elle a réalisé un chiffre d'affaires net de 1,355 milliards de F. CFP en 2017, de 1,352 milliard de F.CFP en 2018, de 1,253 milliards de F. CFP en 2019 et de 1,267 milliards de F. CFP en 2020⁴². En 2020, elle a réalisé un bénéfice net de 80 millions de F.CFP après avoir distribué 40 millions de F.CFP de dividendes.

³⁸ Voir le courriel du CHT du 26 août 2021 (annexe 255).

³⁹ Voir le courriel du CHT du 1^{er} septembre 2021 (annexe 256). Le CHT a également indiqué avoir changé de fournisseur concernant les produits de la société Medline International France et passer désormais par des intermédiaires représentant les sociétés Thermo Fisher Diagnostics, A. Menarini Diagnostics France, Medicea International, Sebia et Baxter.

⁴⁰ Voir le courriel du CHN du 3 mai 2019 (annexe 126 - cote 2825).

⁴¹ Voir l'extrait K-bis de la société Médi-Services SARL (annexe 130).

⁴² Voir les liasses fiscales transmises le 3 août 2021. La représentante de la société a déclaré en audition : « *Le chiffre d'affaires de la société Médi-Services pour l'année 2016 était de 1,4 milliard de FCFP, en 2017 de 1,3 milliard de FCFP et en 2018 de 1,3 milliard de FCFP. Le chiffre d'affaires de la société Médi-Services est stable* » Voir le procès-verbal d'audition de la représentante de la société Médi-Services par le service d'instruction du 21 mars 2019 (annexe 105, cote 2881).

2. La société Medline International France SAS

52. La société Medline International France est une société par actions simplifiée, immatriculée au R.C.S. Versailles (408 537 249) depuis le 08 août 1996, sise 2 rue René Caudron, bâtiment 13 F parc d’Affaires Le Val Saint Quentin – 78960 Voisins-le-Bretonneux.
53. Elle est active dans la « *distribution de matériels chirurgicaux et médico-chirurgicaux* ». La société distribue en Nouvelle-Calédonie des dispositifs médicaux consommables (gants, masques, trousse, tuniques, etc)⁴³.
54. La société Medline International France est une filiale de la société Medline Stellar Luxembourg SARL, elle-même filiale de la société néerlandaise Medline International B.V.⁴⁴ La société Medline International France est également une filiale indirecte de la société américaine Medline Industries Inc., société-mère du groupe Medline.⁴⁵
55. Les comptes annuels de la société Medline International France, pour l’année 2018, font état d’un chiffre d’affaires de 104 223 551 euros (1,24 milliards F.CFP), ceux de 2019 d’un chiffre d’affaires de 105 760 748 euros (1,26 milliards F.CFP) et ceux de 2020 d’un chiffre d’affaires de 168 282 979 euros (2 milliards F.CFP).⁴⁶
56. La société Medline International France a précisé que le chiffre d’affaires de la société réalisé en Nouvelle-Calédonie avait représenté un montant de 340 185 euros en 2018 (40 594 868 F.CFP), 233 033 euros en 2019 (27 808 233 F.CFP) et 396 296 euros en 2020 (47 290 691 F.CFP)⁴⁷. Cela représente moins de 1 % de son chiffre d’affaires total.
57. Le chiffre d’affaires de la société Medi-Services lié aux produits de la société Medline International France était de 32 317 585 F.CFP en 2017 et de 29 703 005 F.CFP en 2018, soit respectivement 2,3 % et 2,2 % de son chiffre d’affaires global⁴⁸. Il était de 27 768 550 F.CFP en 2019 et de 57 664 335 F.CFP en 2020, soit 2,2 % et 4,6 % de son chiffre d’affaires global⁴⁹.

3. La société Thermo Fisher Diagnostics SAS

58. La société Thermo Fisher Diagnostics est une société par actions simplifiée à associé unique, immatriculée au R.C.S. Lyon (955 310 003) depuis le 21 juillet 1955, sise Route du Paisy Zone Industrielle – 69570 Dardilly.
59. Elle est active principalement dans « *la fabrication, l’achat et la vente de tous produits biologiques et chimiques, de tous instruments à l’usage des laboratoires et analyse, de tous instituts public, privés, ainsi que toutes opérations s’y rattachant* »⁵⁰.
60. La société Thermo Fisher Diagnostics SAS distribue en Nouvelle-Calédonie des produits de diagnostics cliniques et des produits de diagnostics immunologiques mais également des produits de diagnostics microbiologiques et des produits d’anatomopathologie.⁵¹

⁴³ Voir annexe 317, cote 7019 et annexe 65 – cote 1283 à 1287.

⁴⁴ Voir l’organigramme de la société Medline International SAS (annexe 318 – cotes 6800-6803) et son courriel de transmission (annexe 101).

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Voir les annexes 132, 133 et 219.

⁴⁷ Voir la réponse de la société Medline International France du 27 juillet 2021 (annexe 218 – cote 5297).

⁴⁸ Voir la répartition du chiffre d’affaires de la société Medi-Services par fabricant transmise suite à l’audition du 21 mars 2019 (annexe 158).

⁴⁹ Voir l’annexe 265 - cote 6115.

⁵⁰ Voir l’extrait Kbis de la société Thermo Fisher Diagnostics SAS (annexe 134).

⁵¹ Voir les observations de la société Thermo Fisher Diagnostics (annexe 414 – cote 8206)

61. La société Thermo Fisher Diagnostics SAS réunit depuis le 1^{er} juillet 2016 des activités qui étaient auparavant mises en œuvre par quatre sociétés⁵² :
- Oxoid SAS (RCS Lyon B 955 510 003) pour la gamme « MBD » (diagnostics microbiologiques), dont le nom est devenu Thermo Fisher Diagnostics SAS⁵³ ;
 - Brahms France SAS (RCS Nanterre B 413 848 607) pour la gamme « CDD » (diagnostics cliniques)⁵⁴ ;
 - Phadia SAS (RCS Versailles B 452 809 395) pour la gamme « IDD » (diagnostics immunologiques)⁵⁵ ;
 - Le fonds de commerce « APD » (anatomopathologie), précédemment détenu par la société Thermo Electron SAS (RCS Evry B 326 556 578)⁵⁶.
62. Les comptes annuels de la société Thermo Fisher Diagnostics SAS déposés au registre de commerce font état d'un chiffre d'affaires de 92 744 018 euros pour 2018 et de 94 281 159 euros au titre de l'année 2019⁵⁷.
63. Le chiffre d'affaires de la société Thermo Fisher Diagnostics SAS réalisé en Nouvelle-Calédonie s'élevait à 152 588 euros en 2017 (18 208 592 F. CFP), 182 508 euros en 2019 (21 778 997 F. CFP), 156 173 euros en 2019 (18 636 396 F.CFP) et 159 865 euros en 2020 (19 076 969 F.CFP)⁵⁸.
64. La société Thermo Fisher Diagnostics a précisé que la société Thermo Fisher Diagnostics « réalise l'intégralité de son chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie avec la société MEDI-SERVICES »⁵⁹.
65. Le chiffre d'affaires de la société Medi-Services lié aux produits de la société Thermo Fisher Diagnostics SAS était de 36 348 697 F.CFP en 2017 et de 39 462 383 F.CFP en 2018, soit respectivement 2,6 % et 2,9 % de son chiffre d'affaires global. Il était de 30 816 697 F.CFP en 2019 et de 34 857 843 F.CFP en 2020, soit 2,5 % et 2,8 % de son chiffre d'affaires global⁶⁰.

4. La société Medicea International SAS

66. La société Medicea International est une société par actions simplifiée⁷⁶, immatriculée au R.C.S. Lyon (393 175 807) depuis le 13 septembre 2016 (immatriculation d'origine au R.C.S. depuis le 15 avril 1997), sise 5389 Route de Strasbourg Vancia, 69140 Rillieux-la-Pape.

⁵² Voir le procès-verbal de l'audition du 4 avril 2019 des représentants de la société Thermo Fisher SAS (annexe 93 - cote 1743).

⁵³ Le changement de nom a eu lieu le 1^{er} janvier 2016. Voir l'historique des inscriptions modificatives au registre du commerce (annexe 135). Concernant le domaine d'activité concerné, voir le site <http://www.oxoid.com/fr/blue/>

⁵⁴ La fusion a eu lieu le 18 mai 2016, mais avec un effet rétroactif comptable et fiscal au 1^{er} janvier 2016. Voir les comptes annuels 2016 de la société Thermo Fisher SAS (annexe 136 - cote 3052). Concernant le domaine d'activité concerné, voir le site <https://www.brahms.de/>.

⁵⁵ La fusion a eu lieu le 18 mai 2016, mais avec un effet rétroactif comptable et fiscal au 1^{er} janvier 2016. Voir les comptes annuels 2016 de la société Thermo Fisher SAS (annexe 136 - cote 3052). Concernant le domaine d'activité concerné, voir le site <http://www.phadia.com/>.

⁵⁶ Au sujet duquel il a été précisé en audition « pour être précis, cette société demeure en activité à la suite d'un apport partiel d'actifs à la société Thermo Fisher Diagnostics SAS ». Voir le procès-verbal de l'audition du 4 avril 2019 des représentants de la société Thermo Fisher SAS (annexe 93 - cote 1743). La cession du fonds de commerce « APD » de la société Thermo Electron SAS à la société Thermo Fisher Diagnostics SAS a eu lieu le 1^{er} juillet 2016. Voir les comptes annuels 2016 de la société Thermo Fisher SAS (annexe 136). Concernant le domaine d'activité concerné, voir le site <https://www.thermofisher.com/nc/en/home/clinical/anatomical-pathology.html>.

⁵⁷ Voir annexes 138 et 139.

⁵⁸ Voir les réponses de la société Thermo Fisher Diagnostics (annexe 297 – 7405 et annexe 235 - cote 5515)

⁵⁹ Voir la réponse de la société Thermo Fisher Diagnostics du 23 juillet 2021 (annexe 235 - cote 5515).

⁶⁰ Voir la réponse de la société Thermo Fisher Diagnostics du 23 juillet 2021 (annexe 235 - cote 5515).

67. Son activité principale est la « *production et commercialisation sous toutes ses formes, en France et à l'étranger, pour son compte ou pour le compte de tiers, d'implants, instruments et équipements pour la chirurgie humaine* »⁶¹.
68. La société distribue en Nouvelle-Calédonie des implants nécessaires à la chirurgie du rachis.⁶²
69. Le chiffre d'affaires global de la société Medicea International, celui qu'elle a réalisé en Nouvelle-Calédonie et la part du chiffre d'affaires global qu'il a représenté entre 2015 et 2020 sont les suivants⁶³ :

Année	Chiffre d'affaires total monde	Chiffre d'affaires Nouvelle-Calédonie	Part du chiffre d'affaire Nouvelle-Calédonie sur total monde
2015	15 693 735 €	81 372 €	0,47%
2016	14 071 050 €	157 747 €	1,12%
2017	15 933 004 €	159 272 €	1,00%
2018	19 750 159 €	172 097 €	0,87%
2019	19 930 473 €	67 108 €	0,34%
2020	15 950 905 €	74 630 €	0,47%

Source : réponse de la société Médicrea du 24 juillet 2021⁶⁴

70. Le chiffre d'affaires de la société Medi-Services lié aux produits de la société Medicea International était de 29 157 750 F.CFP en 2017 et de 25 196 104 F.CFP en 2018, soit respectivement 2,1 % et 1,9 % de son chiffre d'affaires global⁶⁵. Il était de 18 168 889 F.CFP en 2019 et de 16 363 781 F.CFP en 2020, soit 1,4 % et 1,3 % de son chiffre d'affaires global⁶⁶.

5. La société Sebia SA

71. La société Sebia est une société anonyme, immatriculée au R.C.S. Evry (672 041 902) depuis le 18 novembre 1996, sise 27 rue Léonard de Vinci, Parc technologique Leonard de Vinci – 91090 Lisses.
72. Elle est active dans l' « *achat et vente d'appareils d'analyse. La fabrication et la distribution d'appareils et produits biochimiques, d'appareils et produits de laboratoires pour la biologie clinique* »⁶⁷.
73. En Nouvelle-Calédonie, la société Sébia SA vend du matériel d'électrophorèse (systèmes, préparateurs d'échantillons, densitomètres, accessoires, réactifs et consommables) et des produits « chaînes légères libres » (lecteurs, réactifs et consommables).⁶⁸
74. La société Sebia SA est la société mère du groupe Sebia⁶⁹. Le chiffre d'affaires de la société Sebia SA, pour l'exercice clos au 31 décembre 2017, s'élevait à 139 956 232 euros. L'exercice comptable 2018 a été clos par anticipation au 31 mars 2018, au lieu du 31 décembre 2018 et

⁶¹ Voir l'extrait Kbis de la société Medicea International SAS (annexe 143).

⁶² Voir les observations de la société Medicea (annexe 386 – cote 7964)

⁶³ Voir la réponse de Médicrea du 24 juillet 2021 (annexe 196 - cote 4843).

Il est précisé que le chiffre d'affaires consolidé de la société Medicea International SAS était de 27 147 831 euros pour l'exercice 2017, s'élevait à 32 279 021 euros durant l'exercice 2018 et était de 32 721 405 euros en 2019 (Voir les annexes 144 et 146).

⁶⁴ Voir la réponse de Médicrea du 24 juillet 2021 (annexe 210).

Il est précisé que le chiffre d'affaires consolidé de la société Medicea International SAS était de 27 147 831 euros pour l'exercice 2017, s'élevait à 32 279 021 euros durant l'exercice 2018 et était de 32 721 405 euros en 2019 (Voir les annexes 144 et 146).

⁶⁵ Voir la répartition du chiffre d'affaires de la société Medi-Services par fabricant transmise suite à l'audition du 21 mars 2019 (annexe 158).

⁶⁶ Voir l'annexe 265 - cote 6115.

⁶⁷ Voir l'extrait Kbis de la société Sebia SA (annexe 148).

⁶⁸ Voir les observations de la société Sébia (annexe 396, cote 8073)

⁶⁹ Voir le site du groupe Sebia : <https://www.sebia.com/en-EN/souscategorie/our-business>.

le chiffre d'affaires correspondant à cette période de trois mois s'élevait à 36 381 663 euros⁷⁰. L'année 2019 a correspondu à deux exercices comptables, le premier, clos au 31 mars 2019, d'une durée de douze mois et durant lequel le chiffre d'affaires a été de 161 175 323 euros, le second, clos au 31 décembre 2019, d'une durée de neuf mois, à l'issue duquel le chiffre d'affaires a été de 128 574 022 euros⁷¹.

75. Le chiffre d'affaires annuel global de la société Sebia SA, celui qu'elle a réalisé en Nouvelle-Calédonie et la part du chiffre d'affaires global de ce dernier par rapport au total sont présentés ci-après⁷²:

Année	Chiffre d'affaires Nouvelle-Calédonie	Chiffre d'affaires Sebia SA	% Chiffre d'affaires Nouvelle-Calédonie / Sebia SA
2015	199 432 €	112 975 581 €	0,1765 %
2016	122 719 €	125 111 182 €	0,0981 %
2017	230 551 €	139 956 251 €	0,1647 %
2018	214 556 €	153 465 767 €	0,1398 %
2019	136 624 €	172 665 240 €	0,0791 %
2020	189 330 €	169 442 129 €	0,1117 %

Source : réponse de la société Sebia du 13 juillet 2021

76. Le chiffre d'affaires de la société Medi-Services lié aux produits de la société Sebia SA était de 29 984 034 F.CFP en 2017 et de 30 893 802 F.CFP en 2018, soit respectivement 2,2% et 2,3% de son chiffre d'affaires global⁷³. Il était de 31 338 224 F.CFP en 2019 et de 35 825 522 F.CFP en 2020, soit 2,5% et 2,8% de son chiffre d'affaires global⁷⁴.

6. La société Baxter SAS

77. La société Baxter SAS est une société par actions simplifiée, immatriculée au R.C.S. Versailles (304 317 357) depuis le 19 août 1975, sise 4 bis rue de la redoute Immeuble Berlioz 78280 Guyancourt.
78. Elle est notamment active dans « *la fabrication et la vente de médicaments à usage humain et vétérinaire de dispositifs médicaux ainsi que tous produits chimiques et pharmaceutiques hygiéniques alimentaires diététiques de parfumerie de toilette et de beauté ainsi que l'activité de commissionnaire de transport promotion et vente de produits destinés à la chirurgie cardiaque la fourniture de toutes prestations d'ordre comptable juridique administratif en matière de ressources humaines de matériels de mise à disposition de services informatiques distribution et maintenance d'appareils d'hémodialyse (équipements et consommables)* »⁷⁵.
79. En Nouvelle-Calédonie, les dispositifs médicaux distribués par la société Baxter sont essentiellement destinés au traitement de suppléance rénale des personnes présentant une insuffisance rénale chronique terminale (IRCT). La société Baxter distribue aussi des médicaments sur le territoire.⁷⁶

⁷⁰ Voir les comptes annuels de la société Sebia SA pour 2018 (annexe 150).

⁷¹ Voir les comptes annuels de la société Sebia SA pour les exercices clos au 31 mars 2019 et au 31 décembre 2019 (annexes 151 et 152).

⁷² Voir la réponse du 13 juillet 2021 de la société Sébia (annexe 233 – cote 5430).

⁷³ Voir la répartition du chiffre d'affaires de la société Medi-Services par fabricant transmise suite à l'audition du 21 mars 2019 (annexe 158).

⁷⁴ Voir l'annexe 265 - cote 6115.

⁷⁵ Voir l'extrait Kbis de la société Baxter SAS (annexe 153).

⁷⁶ Voir les observations de la société Baxter (annexe 428 – cote 8300)

80. Son chiffre d'affaires pour 2018 s'élevait à 286 394 737 euros, à 286 795 249 euros pour 2019 et à 276 348 737 euros en 2020⁷⁷.
81. Le chiffre d'affaires de la société Baxter SAS réalisé en Nouvelle-Calédonie s'élevait à 1 729 036,41 euros en 2017 (206 328 874 F.CFP), 1 735 779,73 euros en 2018 (207 133 528)⁷⁸, 1 860 818 euros en 2019 (222 054 650 F.CFP) et à 1 652 058 euros en 2020 (197 142 956 F.CFP)⁷⁹.
82. Le chiffre d'affaires de la société Medi-Services lié aux produits de la société Baxter SAS était de 208 484 158 F.CFP en 2017 et de 186 227 264 F.CFP en 2018, soit respectivement 15,1 % et 13,7 % de son chiffre d'affaires global⁸⁰. Il était de 130 782 798 F.CFP en 2019 et de 91 578 628 F.CFP en 2020, soit 10,4 % et 7,2 % de son chiffre d'affaires global⁸¹.
83. En résumé, la société Medi-Services réalisait donc entre 25 à 30 % de son chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie avec les 5 fournisseurs mis en cause dans la présente affaire entre 2017 et 2020.

D. Les pratiques constatées

1. L'importation exclusive des dispositifs médicaux de la société Medline International France SAS par la société Médi-Services

a) Les contrats de distribution exclusive entre les sociétés Medline International France SAS et Médi-Services

84. La société Medline International France SAS a transmis, par courriel du 24 avril 2019, un autre contrat de distribution la liant à la société Médi-Services, signé le 18 janvier 2016, avec prise d'effet à compter du 1^{er} janvier 2016 et expiration au 31 décembre 2016⁸².
85. Ce contrat porte sur 80 références de dispositifs médicaux consommables, notamment sur des gants chirurgicaux, des masques et des trousseaux. La liste complète des produits objets du contrat ainsi que leurs prix figure à l'annexe A du contrat intitulée : « *Annexe A Liste des produits* »⁸³.
86. En préambule au contrat, il est prévu que : « le Distributeur (la société Médi-Services) souhaite distribuer les Produits de façon exclusive sur le Territoire,[...] » (Soulignement ajouté)⁸⁴.
87. Au point 1, intitulé : « *Concession* », il est stipulé que « Medline désigne le distributeur (la société Médi-Services) comme son Distributeur exclusif des Produits en Nouvelle-Calédonie (ci-après dénommé le « Territoire »), jusqu'à expiration ou résiliation du présent Contrat conformément aux dispositions de ce dernier à cet égard. Le Distributeur ne distribuera pas les Produits en dehors du Territoire sans l'autorisation écrite de Medline. Medline se réserve

⁷⁷ Pour l'exercice clos au 31 décembre 2017, le chiffre d'affaires s'élevait à 283 426 868 euros. Voir les comptes annuels de la société Baxter SAS pour 2018 et 2019 (annexes 154 et 155). Voir également l'annexe 310 – cote 7393 s'agissant du chiffre d'affaires pour 2020.

⁷⁸ Voir les annexes 170 – cote 4546.

⁷⁹ Voir l'annexe annexe 310 – cote 7393.

⁸⁰ Voir la répartition du chiffre d'affaires de la société Medi-Services par fabricant transmise suite à l'audition du 21 mars 2019 (annexe 158).

⁸¹ Voir l'annexe 265 - cote 6115.

⁸² Voir le contrat de distribution Medline du 18 janvier 2016 (annexe 318 – 7210 à 7230). Le point 2 du contrat, intitulé « Durée et résiliation », stipule que « le présent Contrat prendra effet à la Date de prise d'effet et expirera le 31 décembre 2016. ».

⁸³ Voir la liste des produits en annexe A du contrat de distribution (annexe 318 – cotes 7218-7219).

⁸⁴ Voir le 3^{ème} paragraphe du contrat signé le 18 janvier 2016 (annexe 318 – cote 7210).

le droit de vendre des Produits en direct dans le territoire ou à l'extérieur de celui-ci »⁸⁵ (soulignement ajouté).

88. Au point 3, intitulé : « *Obligations du Distributeur* », il est stipulé que : « *Ni le Distributeur (la société Médi-Services) ni aucune société ou entreprise ou tiers contrôlé par ou apparenté au Distributeur ne devra, directement ou indirectement, distribuer, faire le commerce de ou accepter un mandat pour promouvoir la vente de produits concurrents des Produits* »⁸⁶ (soulignement ajouté).
89. Au point 4, intitulé : « *Achat de produits* », il est indiqué en introduction que : « *[Le Distributeur devra acheter les Produits exclusivement auprès de Medline]* » et l'article précise que : « *Si les Parties ne parviennent pas à un accord sur le prix d'un Produit, le Produit en question sera exclu du contrat et Medline sera libre de distribuer directement le Produit dans le Territoire ou de désigner un ou plusieurs autres distributeurs du Produit* »⁸⁷.
90. Au point 5, intitulé : « *Obligations d'achat minimum* », il est stipulé qu'« *Afin de conserver la concession exclusive susvisée, le Distributeur devra acheter et payer au minimum les volumes suivants, libellés en Euros, pour les Produits listés en Annexe A et pour chaque année contractuelle soit quarante cinq mille euros [45 K€]. Si le Distributeur ne respecte pas ces minima pour une année contractuelle donnée, Medline se réserve le droit de résilier le présent Contrat* » (soulignement ajouté)⁸⁸.
91. Il y a lieu de relever qu'à l'échéance du contrat signé en 2016, les sociétés Médi-Services et Medline ont conclu un nouveau contrat de distribution signé le 1^{er} février 2017, avec prise d'effet à compter du 1^{er} janvier 2017 expirant au 31 décembre 2018⁸⁹. Ce contrat de distribution porte sur 112 références de dispositifs médicaux consommables⁹⁰.
92. En préambule de ce contrat, il est expressément mentionné que « *le Distributeur (la société Médi-Services) souhaite distribuer les Produits de façon exclusive sur le Territoire, [...]* » (Soulignement ajouté)⁹¹.
93. Au point 1 intitulé : « *Concession* », il est stipulé que : « *Medline désigne le Distributeur comme son Distributeur [exclusif] des Produits en Nouvelle-Calédonie (...) Le Distributeur ne distribuera pas les Produits en dehors du Territoire sans l'autorisation écrite de Medline. Medline se réserve le droit de vendre des Produits en direct dans le territoire ou à l'extérieur de celui-ci* » (soulignement ajouté)⁹².
94. La représentante de la société Medline, interrogée sur la signification de cette mention, a indiqué, lors de son audition, que « *Cela signifie qu'il n'y a pas de distributeurs autres que la société Médi-Services.* »⁹³
95. Au point 3 intitulé : « *Obligations du Distributeur* », il est stipulé que : « *Ni le Distributeur (la société Médi-Services) ni aucune société ou entreprise ou tiers contrôlé par ou apparenté au Distributeur ne devra, directement ou indirectement, distribuer, faire le commerce de ou accepter un mandat pour promouvoir la vente de produits concurrents des Produits* » (soulignement ajouté)⁹⁴.

⁸⁵ Voir l'annexe 318 – cote 7210.

⁸⁶ Voir l'annexe 318 – cote 7211.

⁸⁷ Voir l'annexe 318 – cote 7211.

⁸⁸ Voir l'annexe 318 – cote 7212.

⁸⁹ Voir l'article 2 du contrat signé le 1^{er} février 2017 (annexe 315 – cote 6596).

⁹⁰ La liste complète des produits objet du contrat ainsi que leurs prix figure à l'annexe A du contrat intitulée « *Annexe A Liste des produits* » (annexe 315 – cote 6604-6606).

⁹¹ Voir le 3^{ème} paragraphe du contrat signé le 1^{er} février 2017 (annexe 315 – cote 6596).

⁹² Voir l'annexe 315 – cote 6596.

⁹³ Voir le procès-verbal d'audition de la société Medline du 1^{er} avril 2019 (annexe 93 - cote 1386).

⁹⁴ Voir l'annexe annexe 315 – cote 6597.

96. Au point 4, intitulé : « *Achat de produits* », il est stipulé que : « *Le Distributeur (la société Médi-Services) devra acheter les Produits exclusivement auprès de Medline. [...] Si les Parties ne parviennent pas à un accord sur le prix d'un Produit, le Produit en question sera exclu du Contrat et Medline sera libre de distribuer directement le Produit dans le Territoire ou de désigner un ou plusieurs autres distributeurs du Produit* »⁹⁵.
97. Au point 5 intitulé : « *Obligations d'achat minimum* », il est stipulé qu'« *Afin de conserver la concession exclusive (...), le Distributeur (la société Médi-Services) devra acheter et payer au minimum les volumes suivants, libellés en Euros, pour les Produits listés en Annexe A et pour chaque année contractuelle soit quarante-cinq mille euros [45 K€]. Si le Distributeur ne respecte pas ces minima pour une année contractuelle donnée, Medline sera en droit de résilier le présent Contrat* » (soulignement ajouté)⁹⁶.
98. Il ressort de l'instruction que les relations commerciales entre la société Medline International France SAS et la société Médi-Services sont anciennes. La représentante de la société Médi-services a indiqué qu'elles dataient de « *plus de 10 ans* »⁹⁷. Cette dernière a précisé que ces relations n'avaient cependant pas toujours été formalisées⁹⁸, ce qui a été confirmé par la représentante de la société Medline International France SAS qui, dans son courriel du 24 avril 2019, a précisé qu'« *avant 2016, il n'existait pas de contrat formalisé* »⁹⁹.
99. Interrogée sur le contexte dans lequel cet accord entre les deux sociétés s'était formalisé, la représentante de la société Médi-Services a indiqué : « *Médi-Services n'est pas demandeur de la contractualisation, cela vient des fournisseurs, en l'espèce de Medline. Il s'agit d'un contrat Medline, préparé par Medline que j'ai signé* »¹⁰⁰.
100. En réponse à une demande d'information du 9 juillet 2021, la société Medline International a transmis, le 27 juillet 2021, un nouveau contrat de distribution avec la société Médi-services. Ce contrat dispose en préambule que : « *Le présent contrat est conclu le 1^{er} octobre 2019* » et porte le titre de « *CONTRAT DE DISTRIBUTION MEDI SERVICE Du 1^{er} octobre 2019 au 31 décembre 2021* »¹⁰¹. Cet accord porte sur 115 références de dispositifs médicaux consommables¹⁰².
101. Au point 1 intitulé : « *Concession* », il est stipulé que : « *Medline désigne le Distributeur comme son distributeur non-exclusif des Produits en Nouvelle-Calédonie (...) Le Distributeur reconnaît et accepte expressément que Medline restera en conséquence libre de distribuer directement les Produits ou de désigner un ou plusieurs tiers pour la distribution des produits sur le Territoire.* » (Soulignement ajouté)¹⁰³.
102. La notification de griefs ajoute aux point 109 et 110 :
- « *109. Pourtant, au point 3, intitulé : « Obligations du Distributeur », figure toujours une clause de non-concurrence rédigée comme suit : « Ni le Distributeur (la société Médi-Services) ni aucune autre société ou entreprise ou tiers contrôlé par ou apparenté au Distributeur ne devra, directement ou indirectement, distribuer, faire le commerce de ou*

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Voir l'annexe 315 – cote 6598.

⁹⁷ Voir le procès-verbal de l'audition du 21 mars 2019 de la représentante de la société Médi-Services (annexe 105 - cote 2884).

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Voir l'annexe 113 - cote 2126.

¹⁰⁰ Voir le procès-verbal de l'audition du 21 mars 2019 de la représentante de la société Médi-Services (annexe 105 – cote 2884).

¹⁰¹ Voir le contrat de distribution transmis le 27 juillet 2021 (annexe 231 – cote 5399).

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid.

accepter un mandat pour promouvoir la vente de produits concurrents aux Produits. » (soulignement ajouté)¹⁰⁴. »

« 110. Par ailleurs, le point 4 prévoit toujours l'obligation, pour la société Médi-Services, d'acheter les produits Medline exclusivement à la société Medline International¹⁰⁵ ».

b) Les déclarations des sociétés Medline International France SAS et Médi-Services

103. Lors de son audition du 21 mars 2019, la représentante de la société Médi-Services a indiqué, s'agissant du contrat de 2017, qu'il était toujours en vigueur à cette date¹⁰⁶.
104. Interrogée sur le caractère exclusif du contrat, la représentante de la société Medline International France SAS a précisé : « Médi-Services est le seul distributeur pour la Nouvelle-Calédonie mais la société Medline réalise également des ventes en direct¹⁰⁷ ».
105. Interrogée sur la signification de la clause portant sur l'obligation d'achat minimum (point 5 précité des contrats en cause), la représentante de la société Médi-Services a expliqué : « Cela signifie que la société Médi-Services doit acheter au minimum pour 45 000 euros de produits. Vous me demandez quelle est la contrepartie de cette obligation, je vous réponds qu'il n'y en a pas »¹⁰⁸.
106. Sur la signification de la clause prévoyant que « Medline se réserve le droit de vendre les Produits en direct dans le Territoire » (voir le point 1 des contrats en cause), elle a déclaré : « Cela signifie qu'il est possible pour la société Medline de répondre directement aux appels d'offres »¹⁰⁹.
107. Interrogée sur l'exclusivité dont la société Médi-Services bénéficierait avec la société Medline, la représentante de la société Médi-Services a indiqué, lors de son audition du 21 mars 2019, qu'elle ne la confirmait pas, précisant que « Certains clients achètent en direct auprès de la société Medline. Il s'agit notamment du Médipôle pour des gants ou des sets de bloc »¹¹⁰.
108. Le 27 juillet 2021, la société Medline International a transmis un contrat de distribution avec la société Médi-services, ayant pris effet le 1^{er} octobre 2019 où ne figure pas de clause d'exclusivité.
109. Dans le même courrier, en réponse à une interrogation sur l'identité de son ou de ses distributeurs en Nouvelle-Calédonie depuis 2019, la société Medline International a toutefois répondu qu'« Il s'agit de la société MEDI-SERVICES »¹¹¹.

¹⁰⁴ Voir le contrat de distribution transmis le 27 juillet 2021 (annexe 231 – cote 5400).

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ « Oui, ce contrat est en vigueur. Je n'ai pas reçu d'autres contrats », voir le procès-verbal d'audition de la représentante de la société Médi-Services du 21 mars 2019 (annexe 105 - cote 2883). La représentante de la société Medline a quant à elle indiqué en audition que « Le contrat a expiré depuis le 1er janvier 2019. Le nouveau contrat n'est pas signé. Vous me demandez comment sont encadrées à l'heure actuelle les relations commerciales avec la société Médi-Service, je vous réponds qu'il faut que je vérifie certaines clauses du contrat précédent et que je n'exclus pas qu'il s'agisse d'un contrat se renouvelant tacitement » (annexe 74 - cote 1385).

¹⁰⁷ Voir le procès-verbal d'audition de la société Medline du 1^{er} avril 2019 (annexe 74 - cote 1385) et l'extrait du Grand livre clients de la société Medline, concernant la Nouvelle-Calédonie, de 2014 à 2018 (annexe 318 – cote 7249).

¹⁰⁸ Voir le procès-verbal d'audition de la société Medline du 1^{er} avril 2019 (annexe 74 - cote 1385).

¹⁰⁹ Voir le procès-verbal d'audition de la société Medline du 1^{er} avril 2019 (annexe 74 - cote 1385). Il ressort de l'instruction que la société Medline a notamment remporté un appel d'offres du CHT pour l'année 2018 (voir la réponse du CHT du 21 décembre 2017, transmise le 24 avril 2019 par la société Medline (annexe 113 - cote 2176)).

¹¹⁰ Voir le procès-verbal de l'audition du 21 mars 2019 de la représentante de la société Médi-Services (annexe 105 - cote 2883).

¹¹¹ Voir le contrat de distribution transmis le 27 juillet 2021 (annexe 231 – cote 5400) et la réponse du même jour (annexe 218 – cote 5297).

c) *Le comportement de la société Medline International France SAS à l'égard des clients basés en Nouvelle-Calédonie*

110. Il ressort du tableau ci-dessous, qui liste tous les clients en compte de la société et présente le chiffre d'affaires de la société Medline réalisé en Nouvelle-Calédonie de 2014 à 2018, qu'en dehors de son distributeur exclusif, ce fournisseur a réalisé 20 à 49 % de son chiffre d'affaires grâce à des ventes directes aux centres hospitaliers et cliniques de la Nouvelle-Calédonie¹¹².

Nom du client	2014	2015	2016	2017	2018
CH du Nord					
CHT GASTON BOURRET					
CLINIQUE ILE NOU - MAGNIN					
DPACAS ILES LOYAUTE					
MEDI SERVICES	33 402 €	67 488 €	117 405 €	135 481 €	167 565 €
MEDICAL EQUIPEMENT SUD					
POLE SANITAIRE DU NORD DE KONE					
Total général	57 919 €	85 280 €	185 277 €	188 862 €	328 176 €

Source : Société Medline

111. Ce constat est par ailleurs confirmé par les balances âgées clients concernant les années 2015 à 2020, transmises par la société Medline International France SAS le 27 juillet 2021¹¹³.
112. Pour autant, l'instruction a montré que plusieurs demandes de devis adressées directement à la société Medline International n'avaient volontairement pas été traitées par ce fournisseur avant la modification du contrat passé avec la société Médi-services en mars 2019. En effet, jusqu'à cette date, Medline les a redirigées vers son distributeur exclusif, la société Médi-Services¹¹⁴.
113. Ainsi, le 31 décembre 2018, un représentant du CHT, établissement de santé basé en Nouvelle-Calédonie, a adressé un courriel à la société Medline International France SAS contenant la demande suivante¹¹⁵ :
- « Bonjour,
Pourriez-vous nous faire une offre de prix HT pour la trousse référence DGFAN253A sur la base d'une consommation annuelle de 3500 trousses.
Cordialement »*
114. Cette demande a été transmise en interne à la société Medline International France SAS pour traitement, comme l'atteste le courriel en interne du 2 janvier 2019¹¹⁶ :
- « Bonjour Alexandra,
Ci-dessous une demande de prix du CHT GASTON BOURRET à NOUMEA
Secteur Olivier R.)
Compte client : 1900368
Pour info, pas d'historique de prix pour la référence DGFAN253A
Merci de me transmettre ton ODP
BAT » (Soulignement ajouté).*

¹¹² Le tableau est en annexe 318 – cote 7204. Ces chiffres d'affaires sont relatifs à tous les produits Medline commercialisés en Nouvelle-Calédonie. La société Medline a transmis la liste exhaustive des produits Medline commercialisés en Nouvelle-Calédonie par courriel en date du 24 avril 2019 (annexe 113 - cotes 2138 à 2140).

¹¹³ Voir les balances âgées clients transmises le 27 juillet 2021 (annexe 315 – cotes 6773-6793).

¹¹⁴ Voir le courriel du 2 mai 2019 adressé par la société Medline International au service d'instruction (annexe 319 - cotes 7254, 7312 et 7316).

¹¹⁵ Voir l'annexe 319 - cotes 7313-7314.

¹¹⁶ Voir l'annexe 319 - cotes 7312-7313.

115. Le 17 janvier 2019, n'ayant pas obtenu de réponse, un courriel de relance en interne a été adressé par le service chargé du traitement des commandes au sein de la société Medline International France SAS dont la teneur est la suivante¹¹⁷ :

« *Bonjour,*
Sauf erreur de ma part, nous n'avons pas eu de retour concernant cette demande de prix
Merci par avance, »

116. A ce courriel, le responsable commercial en charge de la Nouvelle-Calédonie a répondu le même jour¹¹⁸ :

« *Bonjour,*
Je ne fais pas d'offre de prix, c'est mon distributeur qui va la faire
Cdlr » (Soulignement ajouté).

117. Un tel comportement de la part de la société Medline International France SAS s'apparente à un refus de vente à l'égard du CHT, le fournisseur choisissant intentionnellement de ne pas répondre à la demande du CHT et de lui imposer de traiter avec son distributeur exclusif à savoir la société Médi-Services.

118. De même, le 13 février 2019, un représentant du CHT a adressé un courriel à la société Medline International France SAS contenant la demande suivante¹¹⁹ :

« *Bonjour,*
Pouvez-vous nous envoyer un tarif HT pour les ref suivantes :
DYNJWE1305
DYNJWE1000
Cordialement, »

119. Cette demande, reçue par la société Medline International France SAS, a été transmise en interne pour traitement comme l'atteste le courriel échangé le 15 février 2019 au sein de la société Medline International France SAS¹²⁰ :

« *Bonjour Olivier,*
Ci-dessous une demande de prix du CHT GASTON BOURRET
client : 1900368
Pour info, derniers prix :

Références	Prix	Validité
		AHP)

Merci de me transmettre ton ODP
BAT » (Soulignement ajouté) (confidentiel).

120. Monsieur Olivier Rouille, relancé le 8 mars 2019, a répondu par courriel du même jour :

« *Je ne réponds pas pour l'instant, il essaye de contourner le distributeur local* »¹²¹
(soulignement ajouté).

121. Interrogée sur ces demandes de prix, la représentante de la société Medline International France SAS a précisé, dans son courriel du 2 mai 2019, que : « *Les demandes de prix en*

¹¹⁷ Voir l'annexe 319 - cote 7312.

¹¹⁸ Soit postérieurement à la première audition du 23 novembre 2018 de la société Medi-Services. Voir l'annexe 319 - cote 7312.

¹¹⁹ Voir l'annexe 319 - cote 7317.

¹²⁰ Voir l'annexe annexe 319 - cotes 7316-7317.

¹²¹ Voir le courriel du 2 mai 2019 adressé par la société Medline International au service d'instruction l'annexe annexe 319 - cote 7316.

question, concernant de petits volumes de produits autres que de commodité (qui sont traditionnellement commercialisés en direct auprès des clients publics), ont été répercutées par Medline sur le distributeur local » (Soulignement ajouté)¹²².

122. Lors de l'audition de la société Medline du 1^{er} avril 2019, à la question « *En pratique, si un client final souhaite aujourd'hui acheter directement auprès de la société Medline un des produits visés au contrat sera-t-il renvoyé vers la société Médi-Services ?* », les représentants de la société ont répondu « *Oui on va le renvoyer vers la société Médi-Services* »¹²³.

2. L'importation exclusive des dispositifs médicaux de la société Thermo Fisher Diagnostics SAS par la société Médi-Services

123. Lors de son audition du 23 novembre 2018, la représentante de la société Médi-Services a déclaré : « *Nous distribuons des équipements de laboratoires d'analyse médicale, nous distribuons les marques, [...], Thermo Fisher, [...]. Pour ces trois marques, Médi-Services est le distributeur exclusif sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie [...]. Pour les pièces détachées, les clients ne peuvent s'approvisionner qu'auprès de Médi-services pour ces trois marques.* » et « *On* (la société Médi-Services) *travaille en exclusivité avec les marques suivantes : [...]. Thermo-Fisher et leurs sous divisions Brahms France, sous division OXOID, et sous division Phadia [...]* »¹²⁴ (Soulignement ajouté).
124. Il ressort de l'instruction que plusieurs accords régissent les relations de distribution des gammes « CDD »¹²⁵ et « IDD »¹²⁶ en Nouvelle-Calédonie entre la société Thermo Fisher Diagnostics SAS et la société Médi-Services¹²⁷.
125. En revanche, il n'y a pas de contrat de distribution formalisé pour les achats réalisés pour les produits des deux autres gammes, à savoir les gammes « APD » et « MBD ». Les ventes concernant ces gammes sont régies par les conditions générales de vente de la société Thermo Fisher Diagnostics S.A.S.¹²⁸
126. Lors de son audition du 23 novembre 2018, la représentante de la société Médi-Services a remis les deux contrats régissant ses relations commerciales avec la société Thermo Fisher Diagnostics SAS. Ces contrats ont également été transmis par le fournisseur par courrier du 2 avril 2019¹²⁹.
127. Interrogée le 9 juillet 2021 sur d'éventuels avenants à ces accords, depuis leur transmission, la société Thermo Fisher Diagnostics a précisé, le 23 juillet 2021, que : « *Les sociétés MEDI-SERVICES et TFD n'ont pas conclu d'avenant au contrat du 7 mai 2018 mais ont actualisé les tarifs annuellement tel que prévu l'article 6.1 du contrat* » et que « *Les sociétés MEDI-SERVICES et B.R.A.H.M.S n'ont pas conclu d'avenant au contrat du 1^{er} janvier 2016. Il est à noter que la société TFD est tenue aux droits et obligations de la société B.R.A.H.M.S, qui n'existe plus* »¹³⁰.

¹²² Voir le courriel du 2 mai 2019 adressé par la société Medline International au service d'instruction l'annexe annexe 319 - cote 7254).

¹²³ Voir le procès-verbal d'audition de la société Medline du 1^{er} avril 2019 (annexe 317 – cote 7022).

¹²⁴ Voir le procès-verbal de l'audition du 23 novembre 2018 de la société Médi-services (annexe 8 – cote 21). Voir également le procès-verbal de l'audition du 21 mars 2019 de la société Médi-Services (annexe 105 – cotes 2881 et 2882).

¹²⁵ Relevant précédemment de la société Brahms France SAS.

¹²⁶ Relevant précédemment de la société Phadia SAS.

¹²⁷ Voir la réponse des représentants de la société Thermo Fisher en date du 2 avril 2019 (annexe 80 - cote 1440).

¹²⁸ Voir la réponse des représentants de la société Thermo Fisher en date du 2 avril 2019 (annexe 80 - cote 1440) et le procès-verbal de leur audition en date du 4 avril 2019, au cours de laquelle ils ont précisé que « *Oxoid correspond à la gamme MBD. Pour cette gamme, il n'y a pas de contrats. On n'a donc pas connaissance d'une relation d'exclusivité.* » (annexe 93 - cote 1745).

¹²⁹ Voir les annexes 247 et 296.

¹³⁰ Voir la réponse de Thermo Fisher Diagnostics du 23 juillet 2021 (annexe 235 – cote 5516).

128. La société Thermo Fisher Diagnostics a également expliqué que : « Depuis 2019, [la société Thermo Fisher Diagnostics] a uniquement recours aux services de la société SARL MEDI-SERVICES pour la distribution de ses produits en Nouvelle-Calédonie » et que la société Thermo Fisher Diagnostics « n'a pas conclu de contrat de distribution en Nouvelle-Calédonie avec une autre société que MEDI-SERVICES »¹³¹.
129. En réponse à une demande de transmission du ou des contrats de distribution en cours depuis 2019 entre les sociétés Thermo Fisher Diagnostics SAS et Médi-Services, cette dernière a transmis le contrat du 7 mai 2018 évoqué *supra*¹³².
- a) *Les contrats de distribution entre les sociétés Thermo Fisher Diagnostics SAS et Médi-Services*
- Sur le contrat de distribution exclusive de la gamme CDD, conclu initialement avec société Brahms France SAS le 1^{er} janvier 2016
130. Le 1^{er} janvier 2016, la société Médi-services SARL a conclu un « contrat de distributeur international » pour la Nouvelle-Calédonie¹³³ avec la société « B.R.A.H.M.S France S.A.S. Part of Thermo Fisher Scientific » pour une durée de cinq ans, reconductible tacitement par période minimum d'un an¹³⁴. Les représentants de la société Thermo Fisher Diagnostics SAS¹³⁵ ont confirmé que cet accord était toujours en vigueur lors de leur audition du 4 avril 2019¹³⁶.
131. Ce contrat porte sur des automates de laboratoire, logiciels et pièces détachées¹³⁷. Interrogés sur le périmètre contractuel, les représentants de la société Thermo Fisher Diagnostics SAS ont précisé : « Oui il s'agit de dispositifs médicaux, essentiellement de consommables de type réactif pour la gamme CDD et aussi de quelques pièces détachées d'automate. Vous me demandez si des équipements sont listés en annexe A, je vous [réponds] qu'il n'y a pas d'équipement en tant que tel mais que des pièces détachées. »¹³⁸
132. Au point 1(a), intitulé : « Désignation du Distributeur », il est stipulé que : « Le Fabricant désigne par les présentes le Distributeur (la société Médi-Services) en tant que distributeur exclusif sur le Territoire, des produits du Fabricant (les « Produits ») énumérés à l'Annexe A (...). Le Distributeur reconnaît et convient que le Fabricant conservera le droit exclusif de vendre, directement ou indirectement, les Produits lui-même aux acheteurs sur le Territoire (...) du Distributeur via internet ou via un réseau ouvert équivalent (par ex. le commerce électronique), ou dans le cadre de tous accords OEM (Original Equipment Manufacturing) ou de toutes centrales d'achat ou de vente nationales/mondiales. »¹³⁹ (soulignement ajouté).

¹³¹ Voir la réponse de Thermo Fisher Diagnostics du 23 juillet 2021 (annexe 235 – cote 5516).

Il y est également indiqué que « Cette circonstance est à mettre en perspective avec le faible nombre d'acteurs locaux susceptibles de répondre aux conditions nécessaires à la distribution des produits de TFD ».

¹³² Voir le courrier de la société Médi-Services du 2 août 2021 (annexe 266) et le contrat joint (annexe 296).

¹³³ Voir le point 1(b) « Territoire » du contrat. Le Territoire désigne « la totalité du territoire géographique de la Nouvelle-Calédonie et ses dépendances » (annexe 247 – cote 5841).

¹³⁴ Voir le point 4(a) « Durée » du contrat (annexe 247 – cotes 5842-5843).

¹³⁵ Avec laquelle la société Brahms France SAS a depuis fusionné.

¹³⁶ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la société Thermo Fisher Diagnostics en date du 4 avril 2019 (annexe 93 - cote 1748).

¹³⁷ Voir l'annexe A du contrat, intitulée « Liste des Produits et des Prix » (annexe 247 – cotes 5848-5853). 203 références de produits y sont présentées.

¹³⁸ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la société Thermo Fisher Diagnostics en date du 4 avril 2019 (annexe 93 - cote 1747).

¹³⁹ Voir le point 1(a) (annexe 247 – cote 5841).

133. Lors de leur audition, les représentants de la société Thermo Fisher Diagnostics SAS ont déclaré que : « *Les consommables sont référencés auprès de l'UGAP. Les personnes y ayant accès peuvent se fournir [directement] pour cette gamme de produit auprès de l'UGAP* »¹⁴⁰.
- Sur le contrat de distribution exclusive conclu avec la société Thermo Fisher Diagnostics le 7 mai 2018
134. Le contrat de distribution entre la société Médi-services SARL et la société Thermo Fisher Diagnostics a été signé le 7 mai 2018 pour une durée d'un an renouvelable tacitement par période d'un an¹⁴¹. Ce contrat porte sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie¹⁴².
135. S'agissant des produits concernés, les représentants de la société Thermo Fisher Diagnostics ont précisé, lors de leur audition du 4 avril 2019, qu'« *Il s'agit plus précisément de consommables permettant de réaliser des tests de diagnostics. Vous me demandez s'il s'agit uniquement de consommables (réactifs), je vous réponds que oui* »¹⁴³. Les produits sur lesquels portent le contrat du 7 mai 2018 sont listés en annexe B du document transmis par la société Thermo Fisher Diagnostics¹⁴⁴.
136. A l'article 2 du contrat intitulé : « *relations entre les parties* », plus particulièrement au point 2.2 « *Représentation* », il est stipulé que : « *Le Distributeur s'engage à ne pas se présenter comme un distributeur exclusif des Produits, un agent exclusif du Fournisseur, un Fournisseur des Produits ou comme le Fournisseur lui-même.* »¹⁴⁵. Cependant, à l'article 3 relatif aux « *droits du distributeur* », en particulier au point 3.1 intitulé : « *Distribution exclusive* », il est précisé : « *Le Distributeur bénéficie d'une exclusivité territoriale et s'engage à ne pas prospecter de la clientèle ni à vendre les Produits en dehors du Territoire. (...). En raison de cette exclusivité, le Fournisseur s'engage à :*
- *Ne pas nommer d'autres distributeurs dans le Territoire ;*
 - *Ne pas soumettre lui-même des devis et vendre lui-même les Produits directement aux clients situés dans le Territoire* »¹⁴⁶ (soulignement ajouté).
137. Par ailleurs, interrogés sur le point de savoir si par cet accord la société Médi-Services était la seule à pouvoir importer et distribuer les produits de la société Thermo Fisher Diagnostics visés dans ce contrat en Nouvelle-Calédonie, les représentants de cette société ont répondu : « *Oui, au sens du contrat. Non au sens qu'il me semble que certains produits (gamme IDD) sont référencés par « UNIACHA ». Les personnes y ayant accès peuvent se fournir pour cette gamme de produit auprès d'UNIACHA* »¹⁴⁷.
138. Comme rappelé *supra*, la société Thermo Fisher Diagnostics a indiqué, le 23 juillet 2021, qu'il n'y a pas eu d'avenant au contrat du 7 mai 2018 conclu entre les sociétés Médi-Services et Thermo Fisher Diagnostics, ni au contrat du 1^{er} janvier 2016 entre les sociétés Médi-Services et B.R.A.H.M.S.¹⁴⁸.

¹⁴⁰ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la société Thermo Fisher Diagnostics en date du 4 avril 2019 (annexe 93 - cote 1747).

¹⁴¹ Voir le point 15.1 « Durée » du contrat (annexe 296 – cote 6990).

¹⁴² Voir le point 1.1 g) du contrat qui stipule que « *« Territoire » « désigne la région géographique de LA NOUVELLE CALEDONIE et ses dépendances »* (annexe 296 – cote 6979).

¹⁴³ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la société Thermo Fisher Diagnostics en date du 4 avril 2019 (annexe 93 - cote 1746).

¹⁴⁴ Voir l'annexe (annexe 248 – cotes 5893-5896).

¹⁴⁵ Voir le point 2.2 du contrat (annexe 296 – cote 6980).

¹⁴⁶ Voir le point 3.1 du contrat (annexe 296 – cote 6980-6981).

¹⁴⁷ Voir le procès-verbal d'audition des représentants de la société Thermo Fisher Diagnostics en date du 4 avril 2019 (annexe 93 - cote 1746).

¹⁴⁸ Voir la réponse de Thermo Fisher Diagnostics du 23 juillet 2021 (annexe 235 - cote 5516).

b) La position de distributeur exclusif adoptée par la société Médi-Services

139. Dans un document daté du 30 mars 2018, la société Médi-Services s'est expressément positionnée à l'égard du CHT comme le distributeur exclusif des marques de la société Thermo Fisher, dans les termes suivants :

« Je soussigné Monsieur Thierry MACKIE, gérant de la société MEDI-SERVICES située au sise 8 rue Revercé à Nouméa, atteste que nous sommes distributeurs exclusifs des marques suivantes : Cf. liste (non exhaustive) (...)

- BRAHMS (...)

- THERMOFISCHER SCIENTIFIC/OXOID »¹⁴⁹ (Soulignement ajouté).

140. Néanmoins, à la suite de sa première audition par le service d'instruction du 23 novembre 2018, la société Médi-Services a interpellé la société Thermo Fisher Diagnostic sur la nécessité de mettre ses contrats en conformité avec l'interdiction posée à l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce, par mail du 29 novembre 2018¹⁵⁰.

141. Or, la société Thermo Fischer Diagnostics n'a pas donné suite ne comprenant pas cet impératif comme le montre leur courriel en réponse du même jour :

« Bonjour Madame, Nous accusons réception de votre requête. A ma connaissance, notre société (article la) vous octroie la distribution exclusive de nos produits tout en préservant la latitude de pouvoir vendre Est-ce point précis qui fait l'objet de votre demande ? Pourriez-vous, s'il vous plaît, être plus explicite concernant cette notion et l'évolution du code de commerce ? Dans l'attente de votre retour, je vous souhaite une excellente journée »¹⁵¹.

142. Le représentant de la société Médi-Services a confirmé au cours de son audition du 21 mars 2019 : « Concernant BRAHMS, il s'agit d'équipements de Biologie. J'ai un interlocuteur en France. J'ai interrogé la société qui ne comprend pas pourquoi ils doivent modifier les contrats d'exclusivité que j'ai avec eux. »¹⁵².

c) Les comportements de la société Thermo Fisher Diagnostics à l'égard des clients basés en Nouvelle-Calédonie

143. Dans un mail du 17 avril 2015 adressé à son fournisseur Thermo Fischer Diagnostics, la société Médi-Services lui demande ses tarifs et rappelle qu'ils se sont mis d'accord pour que ce soit le distributeur local qui envoie l'offre au CHT :

« Je reviens vers vous concernant la visite de Monsieur Lepot [au CHT], avec qui nous travaillons depuis de nombreuses années, sur différents types d'analyseurs. Nous avons eu un excellent retour de sa part. Les informations que vous lui avez transmises ont répondu à ses attentes.

L'hôpital aimerait maintenant obtenir une idée de budget prévisionnel quant à l'achat de 2 Kryptor Compact +, car cela serait normalement validé avant la fin de l'année. Il nous faut maintenant avancer dans les détails, de manière assez précise. Nous devons donc commencer à porter des chiffres à la connaissance de l'hôpital, afin qu'ils aient une idée du budget d'achat + fonctionnement que cela impliquerait.

Comme discuté ensemble, c'est le distributeur local (Médi-Services) du fournisseur (Thermofisher) qui doit fait l'offre au client (CHT Gaston Bourret). »¹⁵³ (Soulignement ajouté).

¹⁴⁹ Voir l'attestation du 30 mars 2018 (annexe 20).

¹⁵⁰ Voir l'annexe 108 cote 1980.

¹⁵¹ Voir l'annexe 108 cote 1979.

¹⁵² Voir le procès-verbal de l'audition du 21 mars 2019 de la société Médi-Services (annexe 105 – cotes 2881 et 2882).

¹⁵³ Voir le courrier du 17 avril 2015 de Medi-Services à Thermo Fischer Diagnostic (annexe 412 cote 8 198).

144. En outre, une demande de devis adressée directement à la société Thermo Fisher Diagnostics par le CHT en 2017 n'a pas été traitée et a été redirigée vers le distributeur local à savoir, la société Médi-Services.
145. Le 7 septembre 2017, le CHT a adressé à la société Thermo Fisher Diagnostics un courriel formulant la demande suivante :
- « *Comme vous le savez je passe mes commandes pas un distributeur local de Nouvelle Calédonie (Marché publique, oblige) pour commander les produits [XXXXXX]. Mais j'aurais besoin de jarres et je souhaiterai avoir un devis pour les commander en direct chez vous.*
- *jarre pour anaérobies [XXXXXX].*
 - *AnaeroJar [XXXXXX]¹⁵⁴. »*
146. Par courriel du 12 septembre 2017, la société Thermo Fisher Diagnostics lui a répondu comme suit :
- « *Je suis au regret de vous informer que pour ces produits comme pour l'ensemble des produits de notre gamme, c'est Mediservice, notre distributeur exclusif sur la Nouvelle Calédonie qui pourra répondre à votre demande. Je leur transmets votre demande.* »¹⁵⁵ (Soulignement ajouté).
147. La société Thermo Fisher Diagnostics a donc refusé de vendre ses produits directement au CHT compte tenu de l'existence d'un distributeur exclusif de ses produits en Nouvelle-Calédonie.

3. L'importation exclusive des dispositifs médicaux de la société Medicea International SAS par la société Médi-Services

a) Le contrat de distribution exclusive entre les sociétés Medicea International SAS et Médi-Services

148. La convention entre les sociétés Medicea International et Médi-Services est un contrat de distribution rédigé en anglais, en date du 11 janvier 2011, mais prenant effet le 1^{er} novembre 2010¹⁵⁶.
149. Ce contrat porte sur des implants et des prothèses¹⁵⁷ et stipule au point 2.1 de l'article 2 intitulé : « *Appointment* » que, sous réserve des conditions générales de l'accord, la société Medicea International désigne la société Médi-Services comme son distributeur exclusif pour la revente de ses produits sur le territoire¹⁵⁸.
150. Plus précisément, le point 2.1, est formulé comme suit : « *Subject to the terms and conditions of this agreement, MEDICREA hereby appoints to the DISTRIBUTOR as its exclusive DISTRIBUTOR for the resale of the Products in the Territory, and the DISTRIBUTOR agrees to act in that capacity* », étant précisé au point 1.1 que le territoire concerné est la Nouvelle-Calédonie¹⁵⁹.
151. Le point 2.2 prévoit en outre que la société Medicea International ne doit pas sélectionner d'autre distributeur pour ses produits en Nouvelle-Calédonie, ni approvisionner qui que ce

¹⁵⁴ Voir le courriel du CHT à Thermo Fisher Diagnostics du 7 septembre 2017 (annexe 297-2 – cote 7410).

¹⁵⁵ Voir le courriel de Thermo Fisher Diagnostics au CHT du 12 septembre 2017 (annexe 297-2 – cote 7409).

¹⁵⁶ Voir le contrat avec Medicea International du 11 janvier 2011 (annexe 322 – cotes 7035 et 7040). Le point 16.1 précise que le contrat devait rester en vigueur jusqu'au 31 décembre 2013.

¹⁵⁷ Voir la liste des produits en annexe A du contrat (annexe 322 – cotes 7041 et 7068). 436 références de produits y sont référencées.

¹⁵⁸ Voir le contrat avec Medicea International du 11 janvier 2011 (annexe 322 – cote 7027).

¹⁵⁹ Voir le contrat avec Medicea International du 11 janvier 2011 (annexe 322 – cote 7027). Il est précisé au point 1.1 que « *Territory* » means *New Caledonia* ».

soit en produits sur ce territoire. Il est ainsi stipulé que : « *Subject as provided in clause 16.2 MEDICREA shall not : (a) appoint any other person, firm or company in the Territory as a DISTRIBUTOR for the Products in the Territory ; or (b) supply to any other person, firm or company in the Territory any of the Products* »¹⁶⁰ (soulignement ajouté).

152. Par ailleurs, le point (a) de l'article 3 intitulé : « *Restrictions* » prévoit l'interdiction, pour le distributeur (la société Médi-Services), d'obtenir en vue de les revendre des produits objets du contrat, ou des biens concurrents de ces produits, autrement qu'auprès de la société Medicea International ou d'un tiers désigné par ce fournisseur, et ce même une fois le contrat échu. Ce point stipule : « *The DISTRIBUTOR shall not : (a) obtain the Products (or any goods which compete with the Products) for resale to any person, firm or company other than through MEDICREA or than through any third party designated by MEDICREA. This point shall survive the termination of this Agreement* »¹⁶¹ (soulignement ajouté).⁴
153. Il y a lieu de relever que si ce contrat visait à encadrer la relation commerciale entre les sociétés Medicea International et Médi-Services du 1^{er} novembre 2010 au 31 décembre 2013¹⁶², la représentante de la société Médi-Services a précisé, lors de son audition du 21 mars 2019, que : « *Ce contrat est toujours en vigueur. J'ai reçu un nouveau contrat avec cette société qui est en cours de signature chez Médicea. Il s'agit cette fois d'un contrat en français* » (Soulignement ajouté)¹⁶³.
154. Par courriel du 15 avril 2019, la société Médi-Services a transmis une version non datée et signée seulement par sa représentante, d'un nouveau contrat qui visait à encadrer les relations commerciales entre les sociétés Medicea International et Médi-Services à compter du 31 décembre 2018 et jusqu'au 1^{er} janvier 2021¹⁶⁴.
155. Au point 2.1 de ce contrat, il était prévu que : « *MEDICREA désigne le DISTRIBUTEUR (la société Médi-Services) en qualité de DISTRIBUTEUR exclusif aux effets de la revente des Produits au sein du Territoire, et le DISTRIBUTEUR convient d'intervenir en cette qualité* » (Soulignement ajouté)¹⁶⁵.
156. L'article 3 prévoyait par ailleurs l'interdiction, pour le distributeur, la société Médi-Services, de s'approvisionner en produits de la société Medicea International autrement que par son biais, d'obtenir des produits concurrents de ceux de Medicea International, voire de « *s'intéresser, que ce soit directement ou indirectement, à la fabrication ou la distribution, au sein du Territoire, de toute marchandise concurrente des Produits ou dont la fonction soit identique ou similaire à celle des Produits* »¹⁶⁶ (soulignement ajouté).
157. Néanmoins, par courrier du 23 septembre 2019, la société Medicea International a transmis une autre version de ce contrat datée et signée des deux parties le 15 janvier 2019 encadrant les relations commerciales entre les sociétés Medicea International et Médi-Services à compter du 31 décembre 2018 et jusqu'au 1^{er} janvier 2021¹⁶⁷.
158. Ce contrat ne mentionne plus le terme de « distributeur exclusif » et stipule au point 2.1 que : « *MEDICREA désigne le DISTRIBUTEUR (la société Médi-Services) en qualité de*

¹⁶⁰ Voir le contrat avec Medicea International du 11 janvier 2011 (annexe 322 – cote 7027).

¹⁶¹ Voir le contrat avec Medicea International du 11 janvier (annexe 322 – cote 7028).

¹⁶² Voir le point 16.1 du contrat (annexe 322 – cote 7035).

¹⁶³ Voir le procès-verbal d'audition de la représentante de la société Médi-Services du 21 mars 2019 (annexe 105 cote 2886).

¹⁶⁴ Voir le courriel du 15 avril 2019 de la société Médi-Services (annexe 324 – cotes 7127-7181). La durée prévue du contrat est indiquée au point 16.2 (annexe 324 – cote 7143).

¹⁶⁵ Voir l'annexe (annexe 324 – cote 7132). La liste des produits concernés figure en annexe A du projet de contrat (annexe 324 – cotes 7151-7180).

¹⁶⁶ Voir l'annexe 324 – cote 7132.

¹⁶⁷ Voir le contrat transmis par la société Medicea le 23 septembre 2019 (annexe 323 – cote 7087). 438 références de produits y sont listées en annexe.

DISTRIBUTEUR aux effets de la revente des Produits au sein du Territoire, et le DISTRIBUTEUR convient d'intervenir en cette qualité »¹⁶⁸.

159. La notification de griefs souligne au point 163 que cette nouvelle version du contrat n'a pas remis en cause la clause de non concurrence imposée par Medicea International au distributeur (article 3) qui lui interdit de s'approvisionner en produits de Medicea International autrement que par son biais, d'obtenir des produits concurrents de ceux de Medicea Internationale, voire de « s'intéresser, que ce soit directement ou indirectement, à la fabrication ou la distribution, au sein du Territoire, de toute marchandise concurrente des Produits ou dont la fonction soit identique ou similaire à celle des Produits »¹⁶⁹ (soulignement ajouté).
160. La société Medicea International a indiqué, le 24 juillet 2021, qu'« Aux termes du contrat de distribution en date du 31 décembre 2018 [...] communiqué par Medicea par courrier électronique le 23 septembre 2019 [...], Médi-Services a été désigné en tant que distributeur de Medicea en Nouvelle-Calédonie pour les implants listés en annexe au contrat » et qu'« A ce jour, Medicea n'a pas d'autres distributeurs en Nouvelle-Calédonie » même si elle a par ailleurs soutenu que : « [...] ce contrat ne comporte plus de clause d'exclusivité de distribution au bénéfice de Médi-Services »¹⁷⁰.

b) La position de distributeur exclusif adoptée par la société Médi-Services

161. Dans un document daté du 30 mars 2018, la société Médi-Services s'est positionnée de nouveau comme étant le distributeur exclusif de la société Medicea International auprès du CHT de la façon suivante¹⁷¹ :
- « Je soussigné Monsieur Thierry MACKIE, gérant de la société MEDI-SERVICES située au sise 8 rue Revercé à Nouméa atteste que nous sommes distributeurs exclusifs des marques suivantes : Cf. liste (non exhaustive) (...)
- MEDICREA (...) »¹⁷² (Soulignement ajouté).

c) Les déclarations de la société Médi-Services

162. Lors de son audition du 23 novembre 2018, la représentante de la société Médi-Services a indiqué : « On travaille en exclusivité avec les marques suivantes : (..), Medicea (Implant du rachis) »¹⁷³ (Soulignement ajouté).
163. Interrogée sur le maintien ou non de cette relation d'exclusivité, la représentante de la société Médi-Services, a indiqué lors de son audition du 21 mars 2019 que depuis 2019 : « C'est une exclusivité de fait liée à des produits de bloc opératoires (implants du rachis) »¹⁷⁴ (Soulignement ajouté).

4. L'importation exclusive des dispositifs médicaux de la société Sebia SA par la société Médi-Services

¹⁶⁸ Voir le contrat transmis par la société Medicea le 23 septembre 2019 (annexe 323 – cote 7076).

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Voir la réponse de la société Medicea du 24 juillet 2021 (annexe 196 – cote 4843).

¹⁷¹ Voir l'attestation de distributeur MEDI-SERVICES du 30.03.2018 (annexe 20).

¹⁷² Voir l'attestation de distributeur MEDI-SERVICES du 30.03.2018 (annexe 20).

¹⁷³ Voir le procès-verbal d'audition de la représentante de la société Médi-Services du 23 novembre 2018 (annexe 08 – cote 22).

¹⁷⁴ Voir le procès-verbal d'audition de la représentante de la société Médi-Services du 21 mars 2019 (annexe 105 – cote 2886). La représentante de la société Médi-Services a également indiqué ne pas savoir pourquoi ce contrat était rédigé en langue anglaise alors qu'il s'agit de deux sociétés françaises et que la relation entre les deux sociétés était ancienne. Elle a également indiqué qu'il s'agit en l'espèce d'une pratique de dépôt vente. Décrite comme une « *pratique permettant aux clients de ne payer que ce qu'ils consomment (i.e., les prothèses/implants posés par le chirurgien)* » (Ibid).

a) *Le contrat de distribution entre les sociétés Sebia SA et Médi-Services entré en vigueur le 12 juin 2017*

164. La relation commerciale entre les sociétés Sebia SA et Médi-Services est régie par un contrat de distribution exclusive daté du 25 juillet 2017 mais entré en vigueur à compter du 12 juin 2017 pour une durée d'un an avec tacite reconduction par périodes successives d'un an¹⁷⁵.
165. La représentante de la société Médi-Services a précisé que ce contrat était toujours en vigueur lors de son audition du 21 mars 2019¹⁷⁶.
166. Le territoire concerné par cet accord comprend la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française¹⁷⁷ et porte sur les dispositifs médicaux listés à l'annexe I du contrat¹⁷⁸.
167. En préambule, il est expressément mentionné que « *Compte tenu de la situation de marché du Territoire, SEBIA a souhaité désigner le Distributeur (la société Médi-Services) comme distributeur exclusif des Produits dans le Territoire, ce que le Distributeur a accepté »¹⁷⁹ (Soulignement ajouté).*
168. A l'article II intitulé : « *objet du contrat* », plus particulièrement au point 2.1. a), il est stipulé que : « *SEBIA par le présent Contrat accorde au Distributeur qui l'accepte, la distribution exclusive des Produits dans le Territoire sous les Marques SEBIA et Marques Seralite »¹⁸⁰ (Souligne ajouté).*
169. S'il est mentionné au point 2.2. a) que la société Sebia garde la faculté « *de fabriquer et/ou de vendre les Produits (ou tout autre produit), partout ailleurs dans le monde, et/ou d'accorder des droits de distribution pour ces produits dans les mêmes conditions que celles prévues au présent Contrat.* », il est cependant précisé au point 2.4. b), que « *le Distributeur (la société Médi-Services) aura le droit de se présenter comme le distributeur exclusif de SEBIA dans le Territoire »¹⁸¹ (Soulignement ajouté).*
170. Au point 2.5, il est stipulé qu'« *En contrepartie des droits qui lui sont concédés, le Distributeur (la société Médi-Services) s'engage expressément, pendant toute la durée du présent Contrat à acheter les Produits exclusivement à SEBIA et à ne pas s'intéresser directement ou indirectement à la fabrication, la prospection, la vente, la représentation et/ou la commercialisation de tout produit similaire ou susceptible de concurrencer ceux de SEBIA »¹⁸² (Soulignement ajouté).*
171. Le 13 juillet 2021, la société Sebia a transmis un nouveau contrat, rédigé en anglais, signé et entré en vigueur le 9 juillet 2021. Ce contrat ne mentionne plus d'exclusivité d'importation au profit de Médi-Services. La notification de griefs relève néanmoins au point 176 que : « *une clause prévoit toujours une obligation d'approvisionnement exclusivement auprès de la société Sebia et de non-concurrence à l'égard de ses produits* ».
172. Puis, le 2 août 2021, la société Sebia a transmis un document de deux pages, rédigé en français, ni daté ni signé, intitulé « *AVENANT Au Contrat de Distributeur signé le 25 juillet 2017* »¹⁸³.

¹⁷⁵ Voir l'annexe 11.

¹⁷⁶ Voir le procès-verbal d'audition de la représentante de la société Médi-Services du 21 mars 2019 (annexe 105 – cote 2885).

¹⁷⁷ Voir l'annexe II du contrat (annexe 11 – cote 105).

¹⁷⁸ Il s'agit de produits de marques Sebia et Seralite, notamment de matériel d'électrophorèse ainsi que les « produits chaînes légères libres ». Voir l'annexe I du contrat (annexe 11 – cote 104).

¹⁷⁹ Voir le contrat avec Sebia du 25 juillet 2017 (annexe 11 – cote 84).

¹⁸⁰ Voir le contrat avec Sebia du 25 juillet 2017 (annexe 11 – cote 85).

¹⁸¹ Voir le contrat avec Sebia du 25 juillet 2017 (annexe 11 – cote 86).

¹⁸² Voir le contrat avec Sebia du 25 juillet 2017 (annexe 11 – cote 86).

¹⁸³ Voir le courrier de la société Médi-Services du 2 août 2021 et le contrat joint (annexes 266 et 277).

173. Ce document prévoit, à son article 3 que : « *L'article 2.1 a) du Contrat [du 25 juillet 2017] est dorénavant rédigé et lu comme suit : « 2.1 a) SEBIA concède au Distributeur qui l'accepte un le droit non exclusif de la vente des Produits dans le Territoire sous les Marques SEBIA et Marque Seralites. »* (Soulignement ajouté)¹⁸⁴.
174. Son article 4 prévoit par ailleurs que « *L'article 2.2 a) du Contrat est dorénavant rédigé et lu comme suit : « 2.2 a) SEBIA se réserve expressément le droit de vendre, de distribuer, d'importer et/ou de commercialiser sans restriction, directement ou par ses filiales et/ou d'octroyer à des tiers le droit de vendre ou de distribuer les Produits dans le Territoire. »* », alors que son article 8 supprime l'article 2.5 du contrat initial¹⁸⁵.

b) La position de distributeur exclusif adoptée par la société Médi-Services

175. Dans un document daté du 30 mars 2018, la société Médi-Services s'est clairement positionnée comme étant le distributeur exclusif de la société Sebia vis-à-vis du CHT dans les termes suivants :

*« Je soussigné Monsieur Thierry MACKIE, gérant de la société MEDI-SERVICES située au sise 8 rue Revercé à Nouméa atteste que nous sommes distributeurs exclusifs des marques suivantes : Cf. liste (non exhaustive) (...) - SEBIA (...) »*¹⁸⁶ (Soulignement ajouté).

176. Néanmoins, à la veille de sa deuxième audition par le service d'instruction, la société Médi-Services a demandé à la société Sebia SA de supprimer la clause d'exclusivité de distribution mentionnée dans son contrat pour se mettre en conformité avec le droit de la concurrence calédonien¹⁸⁷. Or, la société Sebia SA n'a pas donné suite immédiatement s'étonnant du bien-fondé de cette requête dans un courriel du 19 mars 2019¹⁸⁸ :

« As-tu pu avoir des informations de la part de votre avocat ? Notre Juriste demande des précisions quant à cette requête :

- *L'exclusivité est-elle interdite en Nouvelle-Calédonie ?*
- *Un autre terme s'y substitue-t-il ?*
- *Quel est le fondement de cette demande de non-exclusivité ? »*

c) Les déclarations des sociétés Sebia SA et Médi-Services

177. Lors de son audition du 23 novembre 2018, la représentante de la société Médi-Services a indiqué distribuer la marque Sebia et être le distributeur exclusif pour la Nouvelle-Calédonie dans les termes suivants : « *Nous distribuons des équipements de laboratoires d'analyse médicale, nous distribuons les marques (...) et Sébia. (...) Médi-Services est le distributeur exclusif sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie »*¹⁸⁹ (Soulignement ajouté).
178. Lors de son audition du 21 mars 2019, elle a précisé que « *nous sommes partenaires depuis très longtemps, plus de 10 ans* » et que « *Sebia a formalisé la relation et nous n'étions pas en demande* »¹⁹⁰.

¹⁸⁴ Voir le courrier de la société Médi-Services du 2 août 2021 et le contrat joint (annexes 266 et 277).

¹⁸⁵ Voir le courrier de la société Médi-Services du 2 août 2021 et le contrat joint (annexes 266 et 277).

¹⁸⁶ Voir l'attestation de distributeur MEDI-SERVICES du 30.03. 2018 (annexe 20 – cote 788).

¹⁸⁷ Voir le procès-verbal d'audition de la représentante de la société Médi-Services du 21 mars 2019 (annexe 105 – cotes 2885 et 2886).

¹⁸⁸ Voir l'annexe 106 cote 2891.

¹⁸⁹ Voir le procès-verbal d'audition de la représentante de la société Médi-Services du 23 novembre 2018 (annexe 08 – cote 21).

¹⁹⁰ Voir le procès-verbal d'audition de la représentante de la société Médi-Services du 21 mars 2019 (annexe 105 – cotes 2885 et 2886).

179. De son côté, la société Sebia a confirmé, le 2 avril 2019, avoir « établi un partenariat de distribution exclusive en Nouvelle-Calédonie »¹⁹¹ (Soulignement ajouté).

5. L'importation exclusive des dispositifs médicaux de la société Baxter SAS par la société Médi-Services

180. S'agissant de la relation commerciale avec la société Baxter SAS, située en France, la représentante de la société Médi-Services a déclaré qu'elle n'était pas contractualisée¹⁹².

181. Lors de son audition du 23 novembre 2018, elle a néanmoins précisé que : « *Pour les consommables de dialyse, nous distribuons en exclusivité la marque Baxter* »¹⁹³.

182. Cependant, la société Baxter SAS a communiqué un contrat de représentation entre la société Hospal et la société Médi-Services en date du 10 octobre 1986, signé par le directeur général de la société Hospal¹⁹⁴, qui a fait l'objet d'un rachat par la société Baxter SAS en septembre 2016¹⁹⁵.

a) Le contrat de distribution exclusive entre les sociétés Baxter SAS et Médi-Services du 10 octobre 1986

183. A l'article 1^{er} du contrat de 10 octobre 1986 intitulé : « *Objet* », il est stipulé au premier paragraphe que : « *La Société HOSPAL s'engage à confier à MEDI-SERVICES la représentation exclusive sur le territoire de la Nouvelle Calédonie des produits pour hémodialyse* ». Au quatrième paragraphe, il est en outre indiqué que : « *La Société Représentante (la société Médi-Services) s'engage [...] à ne pas prendre d'autres représentations dans le domaine de l'hémodialyse* »¹⁹⁶ (Soulignement ajouté).

184. Par ailleurs, s'il est stipulé au troisième paragraphe de cet article 1^{er} que : « *Toutefois, HOSPAL (acquise par la société Baxter) pourra fournir directement sur le territoire ci-dessus désigné, et après en avoir informé MEDI-SERVICES, les produits objets du présent contrat aux Hôpitaux et Cliniques qui lui commanderaient directement* »¹⁹⁷, il est prévu, à l'article 6 intitulé : « *Maintenance – Assistance technique* », plus particulièrement à la section 3 relative aux « *Pièces détachées* », qu'« *(...) HOSPAL ne pourra, sauf accord de MEDI-SERVICES, vendre directement des pièces détachées aux Hôpitaux et Cliniques.* »¹⁹⁸ (Soulignement ajouté).

185. L'article 2 énonce que : « *Le présent contrat prend effet à compter du 1^{er} septembre 1986 pour une durée d'un an, renouvelable par tacite reconduction (...)* » (Soulignement ajouté)¹⁹⁹.

¹⁹¹ Voir la réponse de la société Sebia SA au service d'instruction en date du 2 avril 2019 (annexe 76 – cote 1392).

¹⁹² Voir notamment le tableau Excel fourni par la société Médi-Services suite à son audition du 21 mars 2019 et présentant la ventilation de son chiffre d'affaires par fournisseurs, où il est précisé, s'agissant du fournisseur « BAXTER France », « *Pas de contrat baxter* » (en cellule I9 du tableau Excel) (annexe 158). Il existe en revanche un contrat avec Baxter Healthcare Pty Limited, basée en Australie.

¹⁹³ Voir le procès-verbal d'audition de la représentante de la société Médi-Services du 23 novembre 2018 (annexe 08 – cote 22). Il y est précisé qu'« *Avec Baxter, nous travaillons avec Baxter France s'agissant des consommables dialyse destinés à des centres hospitaliers et avec Baxter Australie pour les consommables dialyse à domicile* ».

¹⁹⁴ Voir contrat de représentation (annexe 308 – cotes 7002-7015), transmis par courriel du 28 mars 2019 (annexe 66).

¹⁹⁵ Une décision de concentration de la Commission européenne en date du 22 juillet 2013 fait état de ce rapprochement entre les sociétés Baxter et Gambro. Voir la décision COMP/M.6851 – Baxter International/ Gambro du 22 juillet 2013, http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6851_3812_2.pdf. Le point 214 de cette décision fait référence à l'acquisition de la société Hospal par Gambro en 1987 : « *According to Baxter, Gambro historically has a strong position in France, notably due to its acquisition of Hospal in 1987, which is still a separate brand in France* ».

¹⁹⁶ Voir l'annexe 308 – cote 7003.

¹⁹⁷ Voir l'annexe 308 – cote 7003.

¹⁹⁸ Voir l'annexe 308 – cote 7006.

¹⁹⁹ Voir l'annexe 308 – cote 7003.

186. Lors de leur audition, les représentants de la société Baxter SAS ont confirmé que ledit contrat était toujours en vigueur et précisé qu'il « *s'agit d'un contrat de distribution. [...] il s'agit d'un contrat souple conclu pour une période d'un an renouvelable tous les ans* »²⁰⁰.
187. Toutefois, le 30 juillet 2021, la société Baxter SAS a précisé par courrier que : « *Depuis 2017, les relations entre la société Baxter SAS et la société Médi-Services reposent sur une offre de prix (d'une validité d'un an), renvoyant aux conditions générales de vente de la société Baxter SAS [...], sans référence au contrat précitée, ni à une quelconque exclusivité. Un travail a été engagé pour conclure un nouveau contrat de distribution formalisant la réalité des relations non exclusives entre la société Baxter SAS et la société Médi-Services* »²⁰¹.
188. Le 3 août 2021, la société Médi-Services a indiqué que « *La société MEDI-SERVICES et la société BAXTER SAS rédigent actuellement le contrat qui viendra remplacer celui de 1986 qui s'était renouvelé depuis par tacite reconduction. Les parties veilleront à ne pas inclure de clause d'exclusivité dans ce contrat* »²⁰².

b) Les déclarations des sociétés Baxter SAS

189. Interrogés sur le caractère exclusif de cet accord, les représentants de la société Baxter SAS ont précisé lors de leur audition du 16 avril 2019 que : « *Cela veut dire qu'il n'y a pas d'autres distributeurs qui travaillent avec nous. Médi-Services est notre distributeur exclusif. Je tiens à préciser qu'il s'agit d'un contrat d'un an renouvelable et que chaque année nous avons la faculté d'en sortir* » (Soulignement ajouté)²⁰³.
190. Ils ont néanmoins précisé que : « *Les produits Baxter sont distribués via Médi-Services mais les clients ont la faculté de s'approvisionner en direct auprès de la société Baxter SAS* »²⁰⁴.

c) Le positionnement de distributeur exclusif adopté par la société Médi-Services

191. Dans un document daté du 30 mars 2018, la société Médi-Services s'est positionnée comme étant le distributeur exclusif de la société Baxter SAS dans les termes suivants :
« *Je soussigné Monsieur Thierry MACKIE, gérant de la société MEDI-SERVICES située au sise 8 rue Revercé à Nouméa atteste que nous sommes distributeurs exclusifs des marques suivantes : Cf. liste (non exhaustive) (...) - BAXTER (...)* »²⁰⁵ (Soulignement ajouté).

d) Les comportements de la société Baxter SAS à l'égard des clients basés en Nouvelle-Calédonie

192. Il ressort des ventes de dispositifs médicaux et médicaments en Nouvelle-Calédonie de la société Baxter SAS en 2017 et 2018²⁰⁶ que la société Médi-Services est son premier client mais qu'elle réalise néanmoins une part importante de son chiffre d'affaires par le biais de ventes en direct auprès d'une dizaine clients calédoniens.

Tableau relatif au chiffre d'affaires de Baxter SAS au titre des ventes de dispositifs médicaux et médicaments en Nouvelle-Calédonie pour les années 2017 et 2018²⁰⁷

²⁰⁰ Voir le procès-verbal d'audition de la représentante de la société Baxter SAS (annexe 111 – cote 2117)

²⁰¹ Voir le courrier de la société Baxter SAS du 30 juillet 2021 (annexe 188).

²⁰² Voir le courrier du 2 août 2021 de la société Médi-Services, reçu le 3 août 2021 (annexe 266).

²⁰³ Voir le procès-verbal d'audition de la société Baxter SAS en date du 16 avril 2019 (annexe 111 – cote 2117).

²⁰⁴ Voir le procès-verbal d'audition de la société Baxter SAS en date du 16 avril 2019 (annexe 111 – cote 2116).

²⁰⁵ Voir l'attestation de distributeur MEDI-SERVICES du 30 mars 2018 (annexe 20 – cote 788).

²⁰⁶ Voir l'annexe 309 – cote 7390.

²⁰⁷ Ibid.

Ventes facturées dispositifs médicaux et médicaments		2017	2018
		BAXTER SAS	BAXTER SAS
46251729 - MEDI SERVICES (B) - NOUMEA CEDEX // DISTRIBUTEUR		1 037 974,35	889 455,63
By Shipped Customer		1 729 036,41	1 735 779,73

Source : Société Baxter SAS²⁰⁸

193. Toutefois, selon les représentants du CHT, l'accès aux produits de la société Baxter SAS en direct n'est pas ouvert à tous les clients de la même manière.
194. Dans un courriel du 22 mars 2019 adressée à la représentante de la société Médi-Services, la représentante du CHT a dénoncé la politique commerciale de la société Baxter dans les termes suivants :
- « Je fais suite à notre rdv de fin 2018 avec Baxter où j'avais évoqué avec vous la problématique de la différence de politique commerciale Baxter en Nouvelle-Calédonie avec l'ATIR qui passe commande en directe en métropole avec des conditions tarifaires avantageuses par rapport au CHT qui doit passer commande via vous.
Vous m'aviez indiqué lors de ce rdv que l'ATIR devait passer via Mediservices (à priori ce n'est toujours pas effectif) et que les prix CHT via Mediservices seraient reconsidérés (à la baisse) en 2019.
A la lecture de votre offre commerciale 2019, je ne vois pas de baisse significative des tarifs: la seule baisse observée vient de l'impact de la TGC à taux réduit sur les DM. »* (Soulignement ajouté)²⁰⁹.
195. Au début du mois d'avril 2019, le CHT s'est de nouveau plaint auprès de la société Médi-Services, de la politique commerciale de la société Baxter SAS qui accepterait de vendre ses produits en direct, à l'ATIR en particulier, mais pas au CHT. Ce dernier a demandé à Médi-Services de leur transmettre un courrier. Aux termes de ce courrier le CHT dénonce « La double politique de Baxter en Nouvelle Calédonie à savoir que certains établissements comme l'ATIR peuvent passer des commandes en direct et d'autres comme le CHT soient obligés de passer par le distributeur local Mediservices à des prix plus élevés » (Soulignement ajouté)²¹⁰.
196. Dans le cadre de l'enquête sur la présente affaire, le CHT a informé le rapporteur de la situation suivante : « Suite à mes échanges de mails avec Mediservices sur cette politique tarifaire ils nous ont transmis un nouveau devis que vous trouverez en pièce jointe (offre du mois de janvier et offre du mois d'avril 2019). Cela vous permettra d'apprécier notre infime marge de négociation quand des 'accords d'exclusivité' sont passés entre un laboratoire et un distributeur local : baisse de tarif consentie au CHT de 0,57 % (soit 189 000 F de remise

²⁰⁸ Ibid

²⁰⁹ Voir le courriel de la représentante du CHT au service d'instruction en date du 1^{er} avril 2019 (annexe 72 – cotes 6371-6375).

²¹⁰ Voir le courriel de la représentante du CHT au service d'instruction en date du 24 avril 2019 (annexe 99).

commerciale pour un budget de 33 millions) alors qu'il existe des différences de prix de l'ordre de 35% avec l'ATIR sur des références identiques »²¹¹.

197. Les représentants de la société Baxter SAS ont transmis un tableau relatif à la répartition de son chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie par client, pour les années 2019 et 2020²¹². Il en ressort que la société Médi-Services est toujours le premier client de la société Baxter SAS en Nouvelle-Calédonie et que la société Baxter SAS réalise des ventes en direct auprès de plusieurs clients calédoniens dont le CHT, mais il est vrai, pour des montants très inférieurs à ceux de l'ATIR, deuxième client le plus important après Médi-Services.
198. La société Baxter SAS a par ailleurs souligné, le 30 juillet 2021, qu'elle « *est également directement consultée lors d'appels d'offres et y répond directement. Tel a été le cas par exemple en 2019 et 2020 avec le Centre Hospitalier Territorial Gaston Bourret. De même, la société Baxter SAS vend directement aux adhérents calédoniens de la CAHPP (lesquels bénéficient des conditions négociées plus globalement entre la société Baxter SAS et la CAHPP) »²¹³. Il ressort des éléments transmis par la société Baxter SAS que les adhérents de la CAHPP en Nouvelle-Calédonie seraient au nombre de sept²¹⁴.*
199. La société Baxter SAS a précisé que : « *Néanmoins, pour les produits Rénal, la présence sur place d'un distributeur à même de former et disposer d'un stock long est nécessaire. En effet, outre les nécessités et contraintes de formation et bonnes pratiques [...], cette présence locale permet d'assurer la livraison rapide des produits, des consommables et des pièces détachées et de satisfaire aux besoins de certains clients, notamment ceux qui ne disposent pas de moyens/ capacité de constituer des stocks longs »* (Soulignement ajouté)²¹⁵.

E. Les griefs notifiés

200. Sur la base des constatations qui précèdent, les dix griefs suivants ont été notifiés :

« **Grief n°1** :

*Il est fait grief à la société **Medline international France SAS**, en tant qu'auteur de la pratique, d'avoir accordé des droits exclusifs d'importation, pour la distribution de ses dispositifs médicaux, sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie, pour la période du 1^{er} janvier 2016 à la date de la présente notification des griefs, à la société Médi-Services.*

Cette pratique est contraire à l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.

Grief n°2 :

*Il est fait grief à la société **Médi-Services** d'avoir, pour la période du 1^{er} janvier 2016 à la date de la présente notification des griefs, bénéficié de droits exclusifs d'importation, de la part de la société **Medline international France SAS**, sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie.*

Cette pratique est contraire à l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.

Grief n°3 :

*Il est fait grief à la société **Thermo Fisher Diagnostics SAS**, en tant qu'auteur de pratiques, d'avoir accordé des droits exclusifs d'importation, pour la distribution de ses*

²¹¹ Voir l'annexe 99 cote 1769.

²¹² Voir l'annexe annexe 310 – cote 7393).

²¹³ Voir annexe 188 - cote 6365.

²¹⁴ Voir annexe 190 – cote 4784.

²¹⁵ Voir annexe 188 - cote 6365.

dispositifs médicaux telle que résultant des accords du 1^{er} janvier 2016 et du 7 mai 2018, à la société Médi-Services, sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie, respectivement pour la période du 1^{er} janvier 2016 à la date de la présente notification des griefs, et pour la période du 7 mai 2018 à la date de la présente notification.

Ces pratiques sont contraires à l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.

Grief n°4 :

*Il est fait grief à la société **Médi-Services** d'avoir bénéficié de droits exclusifs d'importation, tels que résultant des accords du 1^{er} janvier 2016 et du 7 mai 2018, de la part de la société Thermo Fisher Diagnostics SAS, sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie, respectivement pour la période du 1^{er} janvier 2016 à la date de la présente notification des griefs, et pour la période du 7 mai 2018 à la date de la présente notification.*

Ces pratiques sont contraires à l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.

Grief n°5 :

*Il est fait grief à la société **Medicrea International SAS**, en tant qu'auteur de la pratique, d'avoir accordé des droits exclusifs d'importation, pour la distribution de ses dispositifs médicaux, sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie, pour la période du 24 février 2014 à la date de la présente notification des griefs, à la société Médi-Services.*

Cette pratique est contraire à l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.

Grief n°6 :

*Il est fait grief à la société **Médi-Services** d'avoir, pour la période du 24 février 2014 à la date de la présente notification des griefs, bénéficié de droits exclusifs d'importation, de la part de la société Medicrea International SAS, sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie.*

Cette pratique est contraire à l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.

Grief n°7 :

*Il est fait grief à la société **Sebia SA**, en tant qu'auteur de la pratique, d'avoir accordé des droits exclusifs d'importation, pour la distribution de ses dispositifs médicaux, sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie, pour la période du 12 juin 2017 à la date de la présente notification des griefs, à la société Médi-Services.*

Cette pratique est contraire à l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.

Grief n°8 :

*Il est fait grief à la société **Médi-Services** d'avoir, pour la période du 12 juin 2017 à la date de la présente notification des griefs, bénéficié de droits exclusifs d'importation, de la part de la société Sebia SA, sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie.*

Cette pratique est contraire à l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.

Grief n°9 :

*Il est fait grief à la société **Baxter SAS**, en tant qu'auteur de la pratique, d'avoir accordé des droits exclusifs d'importation, pour la distribution de ses dispositifs médicaux, sur le*

territoire de la Nouvelle-Calédonie, pour la période du 24 février 2014 à la date de la présente notification des griefs, à la société Médi-Services.

Cette pratique est contraire à l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.

Grief n°10 :

*Il est fait grief à la société **Médi-Services** d'avoir, pour la période du 24 février 2014 à la date de la présente notification des griefs, bénéficié de droits exclusifs d'importation, de la part de la société Baxter SA, sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie.*

Cette pratique est contraire à l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce. »

F. La mise en œuvre de la procédure prévue au III de l'article Lp. 464-2 du code de commerce

1. La procédure engagée par les 5 fournisseurs mis en cause

201. A l'exception de la société Médi-Services, tous ses fournisseurs que sont les sociétés Medline International France, Thermo Fisher Diagnostics SAS, Medicea International SAS, Sebia SA et Baxter SAS mises en cause par la notification de griefs, ont sollicité le bénéfice des dispositions du III de l'article Lp. 464-2 du code de commerce qui prévoient que :

« Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut proposer à l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, qui entend les parties et le commissaire du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction. »

202. Les sociétés Thermo Fisher Diagnostics SAS, Medicea International SAS, Sebia SA et Baxter SAS ont transmis au service d'instruction une déclaration de non-contestation de griefs et une offre d'engagements datées, respectivement, du 1^{er} mars 2022, du 7 mars 2022, du 6 avril 2022 et du 17 mars 2022²¹⁶. La société Medicea International SAS a complété son offre d'engagements par courrier du 23 juin 2022²¹⁷.

203. La société Medline International France SAS a transmis une déclaration de non-contestation de griefs le 31 mars 2022.²¹⁸

204. Par suite, les dispositions de l'article Lp. 464-2 III ont été mises en œuvre par quatre procès-verbaux du 31 mars 2022 signés par la rapporteure générale, d'une part, et respectivement, les représentants des sociétés Baxter²¹⁹, Medicea International²²⁰, Medline²²¹, Thermo Fisher

²¹⁶ Pour la société Thermo Fisher Diagnostics SAS, voir Annexes 361, cotes 7844 à 7847 et Annexes 363, cotes 7850 à 7853. Pour la société Medicea International SAS, voir Annexes 335, cotes 7877 à 7879 et Annexes 356, cotes 7880 à 7882. Pour la société Sebia SA voir Annexes 378, cotes 7928 à 7930 et Annexes 379, cotes 7931 à 7933. Pour la société Baxter voir Annexes 372, cotes 7887 à 7891.

²¹⁷ Voir l'Annexe 452 cotes 8369 à 8372.

²¹⁸ Voir l'Annexe 357, cotes 7832 à 7833.

²¹⁹ Annexe 382, cotes 7940 à 7943.

²²⁰ Annexe 383, cotes 7944 à 7947.

²²¹ Annexe 384, cotes 7948 à 7951.

Diagnosics²²², ainsi que par un procès-verbal du 8 avril 2022 signés par la rapporteure générale, d'une part, et respectivement, les représentants de la sociétés Sebia SA²²³.

205. Dans ces procès-verbaux, les cinq sociétés ont confirmé qu'elles ne contestaient « *ni la réalité des pratiques en cause, ni la qualification juridique qu'en donne le service d'instruction* », ni « *la régularité de la procédure* » et « *la validité des griefs* » et qu'elles renonçaient « *à contester la réalité des pratiques en cause* » ou « *des faits constitutifs de ces pratiques* ».

2. Les engagements proposés par 4 des fournisseurs mis en cause

206. En complément de la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs, les sociétés Thermo Fisher Diagnostics SAS, Medicea International SAS, Sebia SA et Baxter SAS se sont engagées à modifier leur comportement pour l'avenir en présentant une série d'engagements comportementaux.

a) Les engagements de la société Thermo Fisher Diagnostics SA

207. La société Thermo Fisher Diagnostics SA a transmis une offre d'engagements le 2 mars 2022²²⁴.
208. Engagement n°1 : adresser à la société Médi-Services un courrier de dénonciation, avec un préavis de 3 mois, du contrat du 1^{er} janvier 2016 conclu entre la société B.R.A.H.M.S (dont la société Thermo Fisher Diagnostics est venue aux droits) et Médi-Services, d'une part, et du contrat du 7 mai 2018 conclu entre Thermo Fisher Diagnostics et Médi-Services, d'autre part, pour la distribution, respectivement, des produits diagnostics cliniques et des produits de diagnostics immunologiques de Thermo Fisher Diagnostics sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie.

Thermo Fisher Diagnostics s'engage à transmettre une copie de cette dénonciation à l'Autorité dans un délai de quinze (15) jours ouvrés suivant la notification de la présente décision.

Engagement n°2 : Thermo Fisher Diagnostics s'engage à ce que tout nouveau contrat de distribution signé avec la société Médi-Services, ou avec tout autre distributeur en Nouvelle-Calédonie, n'ait ni pour objet, ni pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation.

Thermo Fisher Diagnostics s'engage à transmettre à l'Autorité, pendant une période de trois (3) ans, tout nouveau contrat signé avec un distributeur ou importateur calédonien dans les quinze (15) jours ouvrés à compter de sa signature.

Engagement n°3 : Thermo Fisher Diagnostics s'engage à préciser dans une annexe ou directement dans le contrat commercial conclu avec un distributeur actif en Nouvelle-Calédonie, les conditions à remplir afin de distribuer ses produits, en particulier :

- le distributeur concerné devra justifier qu'il est un professionnel du secteur de la commercialisation des dispositifs médicaux, en fournissant un extrait Kbis de moins de trois mois de sa société, un diplôme de spécialité reconnu ou en faisant preuve d'une expérience professionnelle pouvant justifier l'attribution d'une validation des acquis de l'expérience dans le secteur des dispositifs médicaux ;
- le distributeur concerné devra justifier que son personnel justifie d'un niveau de technicité avancé et de la réalisation par celui-ci de modules de formation initiale, d'une durée d'une (1) à deux (2) semaines afin qu'il réponde aux exigences de certification ISO et puisse assurer le service après-vente et la maintenance des produits, dans les délais d'intervention requis en cas de réactovigilance (24h/48h).

²²² Annexe 385, cotes 7952 à 7955.

²²³ Annexe 381. Cotes 7936 à 7939.

²²⁴ Voir Annexes 363, cotes 7850 à 7853.

Engagement n°4 : Thermo Fisher Diagnostics s'engage à adresser à tous ses clients en Nouvelle-Calédonie, par voie électronique avec copie à l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, dans un délai de quinze (15) jours ouvrés suivant la notification de la décision adoptée par l'Autorité, un courrier dont les termes seront les suivants :

« Nous vous informons qu'il a été mis fin à toute exclusivité avec la société Médi-Services pour la distribution des produits de diagnostics cliniques et de diagnostics immunologiques de Thermo Fisher Diagnostics en Nouvelle-Calédonie. Par conséquent, tout professionnel dans le secteur de la commercialisation des dispositifs médicaux est en mesure, s'il le souhaite et s'il réunit les critères de référencement nécessaires, de solliciter Thermo Fisher Diagnostics pour devenir distributeur en Nouvelle-Calédonie des dispositifs médicaux commercialisés par Thermo Fisher Diagnostics. »

Thermo Fisher Diagnostics s'engage à communiquer dans la presse locale calédonienne, dans un délai d'un (1) mois suivant la notification de la décision de l'Autorité, les termes du communiqué précédemment défini.

b) Les engagements de la société Medicea International SAS

209. La société Medicea International SAS a transmis une offre d'engagements le 7 mars 2022²²⁵.

210. Engagement n°1 : Contrat de distribution.

Medicea ayant déjà supprimé toute clause d'exclusivité d'importation dans son contrat avec Medi-Services depuis le 31 décembre 2018, elle s'engage à :

- Ne pas réintroduire une telle clause dans ses contrats avec les distributeurs situés en Nouvelle-Calédonie ;
- Introduire une précision expresse selon laquelle le distributeur est désigné à titre non exclusif pour commercialiser les produits de Medicea en Nouvelle-Calédonie ; et
- Rappeler expressément au distributeur qu'il ne doit en aucun cas se présenter vis-à-vis des tiers comme un distributeur exclusif.

Afin de permettre à l'Autorité de vérifier la réalisation effective de cet engagement, Medicea s'engage à transmettre à l'autorité une copie du nouveau contrat tenant compte de ces modifications dans les 6 mois de la notification de la décision de l'Autorité.

Engagement n°2 : Publication

Medicea s'engage à informer le public, en ce compris les clients établissements de santé, de l'absence de toute exclusivité de distribution ou d'importation conférée sur ses produits en Nouvelle-Calédonie, par une publication dans le quotidien *Les Nouvelles Calédoniennes* (dans sa rubrique annonces légales) dans le délai d'un mois suivant la notification de la décision de l'Autorité n dans les termes suivants :

« La société Medicea International SAS rappelle qu'elle n'octroie aucune exclusivité pour la distribution ou l'importation de ses produits en Nouvelle-Calédonie. La société Medicea International SAS souligne par ailleurs que les établissements de santé situés en Nouvelle-Calédonie conservent la possibilité de commander en direct ses produits auprès d'elle, ainsi qu'auprès de tout autre fournisseur. »

Afin de permettre à l'Autorité de vérifier la réalisation effective de cet engagement, une copie de ces communications sera transmise à l'Autorité dans les 15 jours suivant leur publication.

211. Au cours de la séance devant l'Autorité, la société Medicea International SAS a proposé de compléter ces engagements afin de supprimer également la clause de non-concurrence appliquée à la société Médi-Services pour démontrer sa bonne foi et sa démarche volontariste

²²⁵ Voir Annexes 356, cotes 7880 à 7882.

pour dynamiser le marché inter-marques en Nouvelle-Calédonie. Elle a donc transmis une nouvelle lettre d'engagements le 23 juin 2022 introduisant un Engagement n°3²²⁶.

Engagement n° 3 : Suppression de toute clause de non-concurrence

« En sus des engagements initialement proposés, et afin de dynamiser en tant que de besoin la concurrence inter-marques entre les implants rachidiens commercialisés en Nouvelle-Calédonie, Medicea s'engage en outre à supprimer toute clause de non-concurrence de ses contrats de distribution en Nouvelle-Calédonie. Cette modification sera incluse dans le nouveau contrat dont une copie sera transmise à l'Autorité conformément à l'engagement n° 1 susvisé ».

c) Les engagements de la société Sebia SA

212. La société Sebia SA a transmis une offre d'engagements le 6 avril 2022²²⁷.

Engagement n°1 : La société Sebia SA s'engage à adresser à la société Medi-Services un avenant au contrat de distribution du 9 juillet 2021 conclu avec cette dernière, prévoyant la suppression des clauses d'approvisionnement exclusif et de non-concurrence stipulées dans le contrat. Elle s'engage à transmettre à l'Autorité une copie de cet avenant dans les 15 jours suivant la notification de sa décision.

Engagement n°2 : La société Sebia SA s'engage à ce que tout nouveau contrat signé avec la société Medi-Services ou avec tout nouveau distributeur localisé en Nouvelle-Calédonie ne comporte aucune clause accordant des droits exclusifs d'importation relatifs aux produits qu'elle commercialise.

Engagement n°3 : La société Sebia SA s'engage à ce que tout nouveau contrat signé avec la société Medi-Services ou avec tout nouveau distributeur localisé en Nouvelle-Calédonie ne comporte aucune clause prévoyant une obligation d'approvisionnement exclusif ou une obligation de non-concurrence.

Engagement n°4 : Aux fins d'informer les distributeurs de dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro* en Nouvelle-Calédonie de l'absence d'exclusivité liant les sociétés Sebia SA et Medi-Services SARL, la société Sebia SA s'engage à :

- Communiquer par courrier aux principaux distributeurs de dispositifs médicaux de diagnostics *in vitro* en Nouvelle-Calédonie concurrents de la société Medi-Services SARL, dans le mois suivant la notification de la décision de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, les termes suivants :

« Par la présente, nous souhaitons vous informer que nous avons mis fin à toute exclusivité pour la distribution de nos produits en Nouvelle-Calédonie. Sebia entend dorénavant opérer la commercialisation de ses produits sur ce territoire via différents canaux de distribution, dès lors qu'ils rempliront les conditions de nos process de sélection ».

La société Sebia s'engage à transmettre à l'Autorité une copie de ces courriels dans les 15 jours suivant leur envoi.

- Publier dans les *Nouvelles Calédoniennes* (au sein de sa rubrique annonces légales), dans un délai d'un mois après la notification de la décision de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, le communiqué suivant :

« La société Sebia a mis fin à toute exclusivité pour la distribution de ses produits en Nouvelle-Calédonie. Par conséquent, tout distributeur de dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro* est invité, s'il le souhaite, et s'il remplit les conditions de distribution requises par la société Sebia, de solliciter Sebia pour devenir distributeur de ses produits en Nouvelle-Calédonie. »

²²⁶ Voir Annexe 452 cotes 8369 à 8372.

²²⁷ Voir Annexes 379, cotes 7931 à 7933.

a) *Les engagements de la société Baxter SAS*

213. La société Baxter SAS a transmis une offre d'engagements le 17 mars 2022²²⁸.

Engagement n°1 : La dénonciation auprès de Medi-Services de toutes exclusivité.

Baxter SAS s'engage à adresser un courrier à la société Médi-Services dénonçant toute relation d'exclusivité entre les parties dans les quinze jours de la décision de l'Autorité, avec copie à l'Autorité.

Engagements n°2 : Une communication au travers d'un média local.

Afin d'informer d'autres distributeurs locaux qui souhaiteraient distribuer en Nouvelle-Calédonie tout ou partie des dispositifs médicaux commercialisés par Baxter SAS, celle-ci propose de procéder à une communication dans la presse locale.

Cette communication rappellerait également la possibilité offerte, aux établissements de santé calédoniens notamment, d'adresser directement leurs commandes/ demandes de prix à Baxter SAS dans le cadre d'un approvisionnement en direct.

A ce titre, Baxter SAS propose que cette communication ait lieu dans Les Nouvelles Calédoniennes (dans sa rubrique annonces légales), dans le délai d'un (1) mois à compter de la notification de la décision de l'Autorité, dans les termes suivants :

« La société Baxter SAS fournit des médicaments et dispositifs médicaux dont certains sont distribués en Nouvelle-Calédonie.

Si vous souhaitez faire partie des distributeurs de Baxter SAS en Nouvelle-Calédonie, vous êtes invités à adresser votre demande au service marchés de Baxter SAS (service_marches@baxter.com) qui vous communiquera le processus à suivre selon les produits concernés.

La société Baxter SAS répond également aux demandes d'approvisionnement en direct qui lui sont adressées ».

Engagement n°3 : Proposition à Medi-Services d'un nouveau contrat excluant toute exclusivité.

Baxter SAS s'engage à proposer à Medi-Services la conclusion d'un nouveau contrat de distribution excluant toute exclusivité entre les parties. Ce projet de contrat inclut une interdiction expresse pour la société Medi-Services de se présenter comme un distributeur exclusif de Baxter SAS.

Baxter SAS s'engage à transmettre à Médi-Services cette proposition contractuelle dans les quinze (15) jours de la décision de l'Autorité, avec copie à l'Autorité.

Engagement n°4 : Baxter SAS s'engage à proposer le même cadre contractuel – non exclusif – pour la distribution de ses dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie (sous réserve d'évolutions réglementaires et législatives).

²²⁸ Voir Annexe 372, cotes 7887 à 7891.

II. Discussion

A. Sur le marché pertinent

214. La notification de griefs retient que « *le marché pertinent aux fins de l'appréciation des pratiques en cause peut être défini comme celui de la commercialisation, par les fabricants-fournisseurs d'une part, et celui de l'importation et de la distribution par des opérateurs locaux importateurs-distributeurs, d'autre part, de dispositifs médicaux, en Nouvelle-Calédonie* ». Elle précise également que : « *les pratiques constatées portent sur l'ensemble du territoire, les accords exclusifs d'importation dénoncés s'exerçant sur toute la Nouvelle-Calédonie* ».
215. L'Autorité constate que ni la société Médi-Servicess ni les autres sociétés mises en cause ne contestent cette définition du marché pertinent.
216. L'Autorité rappelle que dans sa décision n° 2021-DCC-01 du 22 mars 2021 relative à la prise de contrôle exclusif de la SARL Médical Equipement par la SARL Handipharma, elle a déjà été conduite à étudier le marché de l'approvisionnement en matériel médical émanant de fabricants ou fournisseurs installés hors du territoire à destination des professionnels installés en Nouvelle-Calédonie.
217. Tout en laissant ouverte la question de la délimitation exacte de ce marché, elle avait toutefois précisé que celui-ci peut être divisé en trois segments de marchés en fonction des familles de produits :
- les produits technologiques et les équipements lourds ;
 - le matériel médical de maintien à domicile qui comprend le matériel permettant d'adapter le domicile du patient à son état de santé ;
 - et les dispositifs médicaux consommables qui comprennent les petits matériels médicaux et les consommables (tels que les orthèses, les bas de contention, les couches, les alèses, les gants d'examen, etc.)
218. En l'espèce, l'Autorité constate que la notification de griefs retient que les pratiques d'exclusivité d'importation « *concernent aussi bien des équipements que des consommables* ».
219. Dans sa décision n° 2021-DCC-01 du 22 mars 2021, l'Autorité avait enfin considéré que les marchés amont de l'approvisionnement étaient de dimension mondiale, les offreurs étant principalement installés en métropole et les demandeurs en Nouvelle-Calédonie.
220. Dans ses observations du 10 avril 2022²²⁹, la société Medi-Services précise que :
- « [...] dans la pratique ces dispositifs sont des équipements techniques, extrêmement sophistiqués et dont la mise en place, l'utilisation et l'entretien nécessitent une particulière attention et une expérience technique hors du commun du fait que l'ensemble de ces dispositifs s'applique à la santé humaine. [...]*
- Ainsi, une approche de droit commun n'est pas adaptée. [...]*
- Le secteur intéresse la santé publique. Ainsi, les fabricants que les distributeurs sont soumis à des obligations de vigilance, en termes de déclarations d'incidents et de traçabilité, et ce conformément aux dispositions du code de la santé publique.»*
221. Il ressort en effet de l'instruction que tous les fournisseurs mis en cause n'interviennent pas sur le même marché au regard des familles de produits qu'ils fabriquent et vendent sur le territoire calédonien.

²²⁹ Annexe 394 côte 8051

222. Ainsi, en Nouvelle-Calédonie, la société Medline International intervient sur le marché des dispositifs médicaux consommables en vendant principalement des gants, des masques, des trousses, des tuniques etc. de même que la société Sebia pour la partie de ses produits dits « chaîne légères libres » (lecteurs, réactifs et consommables) et la société Thermofisher qui vend des consommables pour réaliser les diagnostics cliniques (contrat « CDD ») et les diagnostics immunologiques (« contrat IDD »).
223. Pour leur part, les sociétés Medicea (qui vend des implants rachidien) et Baxter (qui vend des dispositifs de traitement des insuffisances rénale chronique terminale) interviennent principalement sur le marché des dispositifs médicaux technologiques et des équipements lourds en Nouvelle-Calédonie de même que la société Sebia s'agissant du matériel d'électrophorèse²³⁰.

B. Sur le bien-fondé des griefs

1. Sur le droit applicable

224. L'article Lp. 421-2-1 du code de commerce dispose que : « *Sont prohibés 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* ».
225. Cet article est la transposition en Nouvelle-Calédonie de l'article L. 420-2-1 du code de commerce métropolitain qui dispose que : « *Sont prohibés, dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution [départements et régions d'outremer] 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* »²³¹.
226. L'article Lp. 421-2-1 du code de commerce est issu de l'article 24 I. de la loi du pays n°2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie. A l'article 25 IV de cette loi est prévue une entrée en vigueur spécifique pour cette disposition, à savoir le 1^{er} septembre 2013. Toutefois, l'article 24 I. de la même loi a prévu un délai de quatre mois à compter de la date de publication de la loi (intervenue le 21 novembre 2013) pour que les parties à ces accords ou pratiques se mettent en conformité, soit jusqu'au 21 mars 2014. Cette disposition a été codifiée par l'article 2 de la loi du pays n° 2014-7 du 14 février 2014 *relative aux livres III et IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie* dans le code de commerce.
227. La forme de l'accord est indifférente (contrat écrit ou non, clauses expresses ou tacites etc.), dès lors que celui-ci a pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou un groupe d'entreprises.
228. Ainsi, les stipulations des différents contrats ou accords conclus par certains fournisseurs avec des distributeurs implantés en Nouvelle-Calédonie par lesquels les fabricants leur accordent la distribution à titre exclusif, qu'ils soient ou non formalisés, sont susceptibles d'être prohibées sur le fondement de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.
229. Les exclusivités d'approvisionnement prohibées par l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce peuvent toutefois être exemptées sur le fondement de l'article Lp. 421-4 (IV) du même code, dès lors que : « *les auteurs peuvent justifier qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie*

²³⁰ Technique d'analyse qui permet de séparer des particules sur un support (gel ou capillaire) à l'aide d'un courant électrique. Elle est utilisée dans les laboratoires d'analyses médicales car elle permet d'analyser les protéines présentes dans différents liquides biologiques (sang, urine, liquide céphalo-rachidien).

²³¹ Issu de la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer, dite « loi Lurel ».

équitable du profit qui en résulte ». Il incombe alors à l'entreprise qui souhaite bénéficier de cette exemption d'apporter la preuve de la nécessité de consentir de telles exclusivités.

230. Il ressort, en outre, de la pratique décisionnelle que l'Autorité de la concurrence métropolitaine a déjà eu l'occasion de faire application des dispositions de l'article L. 420-2-1 du code de commerce métropolitain, dans le secteur des dispositifs médicaux distribués en Guyane²³². Par ailleurs, à l'instar de la pratique métropolitaine, l'Autorité a sanctionné plusieurs fournisseurs et distributeurs pour avoir des accords d'exclusivité d'importation dans le secteur des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie²³³ et dans le secteur des produits de grande consommation²³⁴.
231. Il résulte d'une jurisprudence et d'une pratique décisionnelle constantes que, lorsque l'Autorité examine des pratiques mises en œuvre par des entreprises au titre de la prohibition des ententes, il n'est pas nécessaire de définir le marché avec la même précision qu'en matière d'abus de position dominante. Il suffit que le secteur soit déterminé avec assez de précision pour permettre d'apprécier l'incidence des pratiques en cause sur la concurrence²³⁵.
232. Par analogie, le même principe directeur prévaut lorsque l'Autorité examine des pratiques mises en œuvre par des entreprises sur le fondement de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.
233. En effet, cet article prohibe les « *accords ou pratiques concertées* » qui ont pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation. Ce type d'accord s'apparente à certaines pratiques de restriction verticales mises en œuvre par des entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne de production qui sont sanctionnées par l'Autorité sur le fondement de l'article Lp. 421-1 du code de commerce, qui prohibe les ententes anticoncurrentielles.
234. Il y a lieu de relever que le standard de preuve requis pour l'application de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce est moins élevé que celui exigé en matière de restrictions verticales ou d'abus de position dominante. En effet, l'article Lp. 421-2-1 permet d'établir l'infraction du seul fait de l'existence d'accords ou de pratiques concertées aboutissant à l'octroi de droits exclusifs d'importation sans qu'il soit nécessaire de prouver que les pratiques en cause ont un objet ou des effets anticoncurrentiels.
235. Il est ainsi consacré l'existence d'infractions *per se*, dont la qualification est indépendante de leur impact présumé, potentiel ou réel sur le fonctionnement de la concurrence. En ce sens, le standard de preuve nécessaire à l'établissement de ces infractions est allégé par rapport à celui nécessaire à l'application des règles de concurrence *stricto sensu*.
236. Il appartient, le cas échéant, aux entreprises ayant mis en œuvre de tels accords ou pratiques de démontrer qu'elles sont susceptibles d'être exemptées en application du 2 du I de l'article Lp. 421-4 du code de commerce.

²³² Voir la [Décision n° 19-D-11](#) de l'Autorité de la concurrence métropolitaine 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.

²³³ Voir la [décision n° 2019-PAC-05](#) du 26 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Kone Elevators Ltd, Otis SCS, Socometra SAS et Pacific Ascenseurs SARL dans le secteur des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie

²³⁴ Voir la [décision n° 2020-PAC-03](#) du 7 septembre 2020 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Serdis SAS dans le secteur des glaces en Nouvelle-Calédonie

²³⁵ Voir décision de l'autorité de la concurrence métropolitaine n° 11-D-19 du 15 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des articles et gadgets de fantaisie (point 99).

2. Application au cas d'espèce

237. A titre liminaire, l'Autorité rappelle que les pratiques d'exclusivité d'importation ne sont interdites *per se* que depuis le 21 mars 2014 en Nouvelle-Calédonie.
238. Or, historiquement, le secteur de la commercialisation de dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie se caractérise par la place prépondérante du circuit intermédié autour de réseaux de distribution exclusive qui conduisent à placer le distributeur local retenu par le fournisseur en position de monopole pour la distribution des produits du fournisseur sur le territoire. En contrepartie, le fournisseur lui impose généralement une clause d'approvisionnement exclusif et une clause de non-concurrence.
239. En raison de l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'exclusivité, la concurrence intra-marque est impossible et la concurrence inter-marques est très limitée en raison des clauses de non-concurrence imposées aux distributeurs locaux.
240. La concurrence ne peut alors s'exercer que dans l'hypothèse où la clientèle peut s'approvisionner directement auprès des fournisseurs ou auprès de centrales d'achat.
241. L'Autorité observe ainsi que le fonctionnement du secteur de la commercialisation des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie est très comparable au fonctionnement du secteur de la commercialisation de réactifs et consommables pour laboratoires hospitaliers sur le territoire de la Guyane tel que décrit par l'Autorité métropolitaine de la concurrence dans sa décision n°19-D-11 du 29 mai 2019²³⁶.
242. En l'espèce, l'Autorité constate que tous les fournisseurs mis en cause n'ont pas contesté l'existence des griefs qui leur ont été notifiés en raison des accords exclusifs d'importation qu'ils ont conclus au bénéfice de la société Médi-Services. Certains se sont néanmoins étonnés du fait que la notification de griefs semblait leur reprocher d'avoir maintenu des clauses d'approvisionnement exclusif et/ou de non-concurrence qui ne sont pas interdites *per se* en application de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce prohibant uniquement les pratiques d'exclusivités d'importation.
243. La société Médi-Services a, pour sa part, contesté les cinq griefs qui lui ont été notifiés considérant que les pratiques d'exclusivité d'importation dans ce secteur méritent d'être exemptées en application du 2 du I de l'article Lp. 421-4 du code de commerce.
244. L'Autorité souligne que le service d'instruction n'ayant notifié aucun grief d'entente anticoncurrentielle, sur le fondement de l'article Lp. 421-1 du code de commerce, au titre des clauses d'approvisionnement exclusif et de non-concurrence constatées dans les contrats, elle ne peut se prononcer sur leur objet ou effet potentiellement anticoncurrentiel. Elle pourra, en revanche, tenir compte des engagements proposés par certains fournisseurs visant à supprimer ces clauses pour dynamiser la concurrence inter-marques au stade de l'appréciation du montant des sanctions pécuniaires.

²³⁶ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine 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

a) *Sur les griefs notifiés aux fournisseurs de dispositifs médicaux et le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs au titre du III de l'article Lp. 464-2 du code de commerce*

- Sur le grief n° 1 notifié à la société Medline International France SAS

245. Il ressort des constatations précitées que les différents contrats conclus par la société Medline International France, fabricant-fournisseur de dispositifs médicaux consommables, avec son distributeur implanté en Nouvelle-Calédonie, la société Médi-Services, ont conduit à accorder à cette dernière une exclusivité d'importation entre le 1^{er} janvier 2016 et le 1^{er} octobre 2019.
246. Il est également démontré que cette exclusivité contractuelle a conduit sciemment la société Medline International France à refuser de vendre en direct certains dispositifs médicaux au CHT pour ne pas « contourner le distributeur local » en 2019.
247. A compter du 1^{er} octobre 2019, soit six mois après l'audition de la société Médi-services²³⁷ et de la société Medline International France²³⁸, les sociétés ont pris l'initiative de supprimer cette clause d'exclusivité d'importation dans leur contrat. Depuis cette date, aucun refus de vente n'a été constaté dans le cadre de l'instruction que ce soit à l'égard d'autres distributeurs qu'à l'égard des clients finaux.
248. En pratique, la société Médi-Services demeure néanmoins le seul distributeur des produits vendus par la société Medline International France en Nouvelle-Calédonie mais les clients calédoniens peuvent également s'approvisionner en direct auprès de la société Medline International France.
249. Il en résulte que du 1^{er} janvier 2016 au 1^{er} octobre 2019, la société Medline International France a accordé, par voie contractuelle, un droit exclusif d'importation et de distribution à la société Médi-Services en méconnaissance des dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.
250. Pour la période postérieure au 1^{er} octobre 2019, l'instruction n'a pas démontré que la situation d'exclusivité de fait de la société Médi-Services pour la distribution des produits de la société Medline International résultait d'une pratique concertée entre les deux sociétés ni qu'elle avait eu un effet anticoncurrentiel soit à l'égard d'autres distributeurs soit à l'égard de la clientèle.
251. En revanche, la société Medline International France a démontré qu'elle avait développé la part de ses ventes directes dans son chiffre d'affaires réalisé sur le territoire calédonien de sorte que sa clientèle est en mesure de faire jouer la concurrence entre le circuit long et le circuit court. Il n'y a donc pas lieu de considérer que cette exclusivité de fait, depuis le 1^{er} octobre 2019, méconnaisse les dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.

- Sur le grief n° 3 notifié à la société Thermo Fisher Diagnostics SAS

252. Il ressort des constatations précédentes que les deux contrats conclus par la société Thermo Fisher Diagnostics SAS, fournisseur de dispositifs médicaux, avec la société Médi-Services, distributeur, ont conduit à accorder à cette dernière deux exclusivités d'importation et de distribution sur des dispositifs médicaux « CDD » en 2016 et « IDD » en 2018 en Nouvelle-Calédonie.
253. Ces contrats d'exclusivité n'ont jamais été remis en cause par la société Thermo Fisher Diagnostics SAS alors même que la société Médi-Services avait informé son fournisseur, dès

²³⁷ Voir le procès-verbal de l'audition du 21 mars 2019 de la représentante de la société Médi-Services (annexe 105 – cote 2884).

²³⁸ Voir le procès-verbal d'audition du 1^{er} avril 2019 des représentants de la société Medline (annexe 74 cotes 1381 à 1388)

le 29 novembre 2018, de la nécessité de se mettre en conformité avec les dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.

254. En outre, ces contrats d'exclusivité ont conduit la société Thermo Fisher Diagnostics SAS à refuser de vendre en direct certains dispositifs médicaux au CHT pour préserver les ventes de son distributeur exclusif, la société Medi-Services à sa demande.

255. Il en résulte que la société Thermo Fisher Diagnostics SAS a accordé, par voie contractuelle, des droits exclusifs d'importation et de distribution à la société Medi-Services pour deux de ses gammes de dispositifs médicaux en méconnaissance des dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce. Cette infraction dure depuis le 1^{er} janvier 2016 s'agissant de la gamme CDD et depuis le 7 mai 2018, s'agissant de la gamme IDD.

- Sur le grief n° 5 notifié à la société [Medicrea International SAS](#)

256. Il ressort des constatations précédentes que le contrat conclu entre la société Medicrea International SAS, fournisseur d'implants rachidiens, et la société Médi-Services, distributeur, a conduit à accorder à cette dernière une exclusivité d'importation et de distribution en Nouvelle-Calédonie à compter du 1^{er} novembre 2010 en contrepartie d'une obligation d'approvisionnement exclusif et d'une clause de non-concurrence.

257. Il s'agit donc d'une pratique historique entre les deux entreprises réservant la vente des produits Medicrea à la société Médi-services. D'ailleurs, aucun distributeur, concurrent de la société Médi-Services, n'a jamais sollicité la société Medicrea International SAS pour revendre ses produits en Nouvelle-Calédonie. De la même manière, aucune demande d'approvisionnement direct de la part du CHT et de la Clinique Kuindo-Magnin ne lui a jamais été adressée.

258. Malgré l'entrée en vigueur de la loi n° 2014-7 interdisant cette pratique d'exclusivité d'importation à compter du 21 mars 2014, le contrat a été reconduit tacitement jusqu'au 15 janvier 2019, date à laquelle un nouveau contrat ne comportant plus aucune clause d'exclusivité au profit de la société Médi-Services a été signé.

259. L'Autorité souligne que la modification du contrat conduisant à la suppression de la clause d'exclusivité d'importation et de distribution est intervenue avant la saisine d'office de l'Autorité, et peu de temps après le lancement de l'enquête conduite par le service d'instruction dans ce secteur le 16 novembre 2018, ce qui démontre la réactivité des parties pour se mettre en conformité.

260. Néanmoins, la société Médi-Services se trouve toujours en situation d'exclusivité de fait pour l'importation des produits fabriqués par Medicrea International SAS depuis le 15 janvier 2019.

261. L'Autorité constate que le contrat par lequel la société Medicrea International SAS a accordé à la société Médi-Services une exclusivité d'importation et de distribution sur le territoire calédonien n'était pas illégal lors de sa conclusion en 2010.

262. Il s'avère par contre qu'à compter du 21 mars 2014, la clause d'exclusivité d'importation de ce contrat s'est trouvée en contradiction avec les dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce jusqu'à ce qu'elle soit supprimée à l'initiative des parties le 15 janvier 2019.

263. Depuis cette date, il n'est pas démontré que l'exclusivité de fait dans laquelle se trouve la société Médi-Services soit le reflet d'une pratique concertée entre elle et la société Medicrea International. En revanche, la technicité des produits vendus et la nécessité de former le(s) distributeur(s) à l'ensemble de la gamme (plus de 400 références) pour conseiller au mieux les professionnels de santé non seulement dans le choix des implants et des instruments

accessoires, mais aussi dans leur utilisation en chirurgie, le cas échéant en les accompagnant au bloc opératoire peuvent expliquer le monopole de fait de la société Médi-Services.

264. Il n'y a donc pas lieu de considérer que cette exclusivité de fait, depuis le 15 janvier 2019, méconnaisse les dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.

- Sur le grief n° 7 notifié à la société Sebia SA

265. Il ressort des constatations précédentes que le contrat conclu entre la société Sebia SA, fournisseur de dispositifs médicaux et la société Médi-Services, distributeur, a conduit à accorder à cette dernière une exclusivité de distribution à compter du 12 juin 2017 jusqu'à sa modification le 9 juillet 2021. Ce contrat était, et est toujours, assorti d'une clause d'approvisionnement exclusif auprès de la société Sebia et d'une clause de non-concurrence.

266. L'Autorité constate que les parties entretenaient des relations commerciales avant la conclusion de ce contrat en 2017 mais que la société Sebia SA a pris l'initiative de les formaliser et d'introduire une clause d'exclusivité de distribution, étant précisé que Sebia SA ne procédait à aucune vente directe en Nouvelle-Calédonie.

267. L'instruction a également démontré que si la société Médi-Services a demandé à la société Sebia SA de supprimer cette clause pour se mettre en conformité avec le droit de la concurrence calédonien par courriel du 19 mars 2019, la société Sebia SA n'a pas donné suite immédiatement. En effet, le nouveau contrat supprimant cette clause date seulement du 9 juillet 2021.

268. Depuis le 9 juillet 2021, la société Médi-Services est demeurée le seul distributeur des produits de la société Sebia. Celle-ci a souligné en séance n'avoir jamais été sollicitée par un autre distributeur pour revendre ses produits en Nouvelle-Calédonie ni par les clients finaux qui privilégieraient le circuit intermédiaire compte tenu de la spécificité des produits en cause et des services rendus par la société Médi-Services, dont le personnel a suivi une formation particulière.

269. Compte tenu de ces éléments, l'Autorité considère que la société Sebia SA a accordé, par voie contractuelle, un droit exclusif d'importation et de distribution à la société Médi-Services en méconnaissance des dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce entre le 12 juin 2017 et le 9 juillet 2021.

270. L'exclusivité de fait dont bénéficie la société Médi-Services depuis peut s'expliquer par le caractère récent de la modification de son contrat avec la société Sebia et les caractéristiques du marché en cause plutôt que par une pratique concertée entre les parties.

- Sur le grief n° 9 notifié à la société Baxter SAS

271. Il ressort des constatations précédentes que la société Médi-Services bénéficie d'une exclusivité de distribution sur le territoire calédonien de produits de marque Hospal en vertu d'un contrat signé le 10 octobre 1986.

272. Il s'agit donc d'une pratique historique entre les deux entreprises dont a hérité la société Baxter SAS après qu'elle avait racheté la société Hospal en septembre 2016.

273. Ce contrat d'exclusivité de distribution n'a toutefois jamais empêché la société Hospal, puis la société Baxter SAS, de livrer en direct les clients calédoniens, en concurrence avec son distributeur, Médi-Services. Il ressort en effet de sa comptabilité qu'elle réalise environ 40 à 60 % de son chiffre d'affaires à travers des ventes directes depuis 2014 au moins, date d'entrée en vigueur de la loi de pays n° 2014-7 interdisant les exclusivités d'importation. En outre, elle a démontré que toutes les ventes réalisées auprès de Médi-Services avaient été conclues en

application de ses conditions générales de vente depuis septembre 2016 sans jamais faire référence à ce contrat.

274. Pour autant, en pratique, il ressort des déclarations du CHT qu'il n'a manifestement pas réussi à s'approvisionner en direct auprès de la société Baxter SAS pour certains produits que seule la société Médi-Services lui a fourni, subissant *de facto* un surcoût par rapport à d'autres clients pour l'achat des mêmes produits, en particulier l'ATIR, qu'il estime de 35 %.
275. Compte tenu de ces éléments, l'Autorité en conclut que le contrat signé le 10 octobre 1986 renouvelé tacitement depuis, s'est trouvé en contradiction avec les dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce, à compter du 21 mars 2014, en raison de l'exclusivité conférée à la société Médi-Services pour la distribution de produits Hospal sur le circuit intermédié.

b) Sur les griefs n° 2, 4, 6, 8 et 10 notifiés à la société Médi-Services et le bénéfice de l'exemption individuelle au titre du 2 du 1 de l'article Lp. 421-4 du code de commerce

- Les arguments de la société Médi-Services

276. Sur le plan économique, la société Médi-Services souligne dans ses observations que la Nouvelle-Calédonie est souvent considérée comme un « pays étranger » par les fournisseurs métropolitains ou européens et que ces derniers ont des contrats-types qui prévoient systématiquement des clauses d'exclusivité de distribution assortie de clauses d'approvisionnement exclusif et de non-concurrence. Ces clauses ne posent pas de difficulté au niveau européen.
277. Dans ce contexte, la société Médi-Services soutient qu'elle « *n'a jamais négocié ou demandé une exclusivité mais a simplement signé les contrats qui lui étaient proposés* ». Elle ajoute que la relation d'exclusivité du côté des fournisseurs est également demandée pour des raisons de suivi et de mise en place de leurs produits puisque le marché de la Nouvelle-Calédonie n'est pas assez large pour que chaque fournisseur s'implante directement en Nouvelle-Calédonie ou livre la Nouvelle-Calédonie en direct. Se posent à ce niveau-là, pour eux, des problèmes de transport, de dédouanement, d'installation et de suivi, raisons pour lesquelles il convient de confier la distribution de leurs produits à un distributeur formé spécifiquement aux gammes de produits concernés et susceptible d'en garantir la qualité et d'en assurer la maintenance.
278. Sur le plan juridique, la société Médi-Service précise que si l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce interdit les accords ou pratiques concertées d'exclusivité d'importation, l'article Lp. 421-4 du même code modère la prohibition en excluant les pratiques « *dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux intéressés la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.* »
279. La société en déduit qu'il résulte de ces textes qu'une relation d'exclusivité peut être tolérée lorsqu'elle conduit à un progrès économique et conduit à un avantage économique pour les utilisateurs comme en l'espèce.
280. Selon la société Médi-Services, ses principaux clients dans le secteur des dispositifs médicaux sont le CHT et la clinique Kuindo-Magnin. Or, ces derniers bénéficient d'une partie du profit lié à la relation d'exclusivité entre le grossiste-importateur et les producteurs de dispositifs médicaux à travers :
- l'expertise de la société Médi-Services sur les produits qu'elle importe ;
 - des formations sur ces produits proposées par la société Médi-Services ;
 - des facilités de paiement par rapport à des achats directs auprès des importateurs (plus

de 6 mois) ;

- du stockage et de la gestion des stocks réalisés par la société Médi-Services ;

281. S'agissant des tarifs, la société Médi-Services considère que la comparaison entre les prix d'achat auprès des centrales d'achat métropolitaines et des grossistes n'est pas pertinente pour fonder les griefs. D'une part, les prix d'achat des grossistes locaux seraient supérieurs à ceux proposés par les centrales d'achat car les volumes sont moindres. En outre, les prix de vente des grossistes incluent de très nombreux services rendus par l'intermédiaire local aux clients finaux que sont les établissements de santé. La plus-value du circuit intermédiaire est d'ailleurs reconnue par tous les établissements de santé, et en particulier la clinique Kuindo-Magnin (voir paragraphes 31 à 34 *supra*).

282. Par ailleurs, se fondant sur l'article Lp. 442-1 du code de commerce, la société Médi-Services estime que la validité de clauses d'exclusivité de vente est admise en Nouvelle-Calédonie lorsqu'elles sont justifiées par la haute technicité des produits ou leur haute qualité. Or, les dispositifs médicaux qui touchent à la santé des patients « *sont nécessairement d'une haute qualité et ne peuvent être manipulés et commercialisés par n'importe quel opérateur* ».

- La réponse de l'Autorité

283. Il a été démontré précédemment que la société Médi-Services a bénéficié de plusieurs exclusivités d'importations de dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie en raison de la conclusion de plusieurs contrats avec des fournisseurs extérieurs au territoire, en contravention avec les dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.

284. Toutefois, l'article Lp. 421-4 du code de commerce autorise l'Autorité à exempter de sanctions des accords ou pratiques d'exclusivité d'importation « *dont les auteurs peuvent justifier qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux intéressés la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause* ».

285. La loi comme la pratique décisionnelle²³⁹ imputent donc au demandeur la charge de « *justifier* » qu'il est bien fondé à demander une exemption pour l'exclusivité accordée en démontrant que les critères d'exemption suivants sont cumulativement réunis :

- l'exclusivité d'importation qui doit contribuer directement au progrès économique, sans qu'il puisse être obtenu par d'autres méthodes moins attentatoires à la concurrence ;
- l'exclusivité d'importation qui doit réserver aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte, étant précisé que « la notion « d'utilisateur » englobe tous les acteurs, directs ou indirects, des produits couverts par l'exclusivité : fournisseur, distributeur concerné, distributeurs concurrents, utilisateurs finals (en l'espèce les professionnels de santé) et plus largement les consommateurs (en l'espèce, les patients et les contribuables étant donné que la plupart des dispositifs médicaux sont remboursés par la CAFAT et pèse sur le financement du régime unifié d'assurance maladie et maternité (RUAMM)). La notion de « partie équitable » suppose que les avantages obtenus par les utilisateurs compensent les inconvénients qui en résultent ;
- l'exclusivité d'importation qui ne doit pas permettre aux parties d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits concernés.

286. En premier lieu, en l'espèce, il n'est pas contestable que le recours au circuit intermédiaire puisse contribuer au progrès économique à travers l'ensemble des services rendus par les grossistes-importateurs qui sont d'ailleurs reconnus par l'ensemble des professionnels de santé. En

²³⁹ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine [n° 18-D-03](#) à propos de l'appréciation d'une demande d'exemption individuelle au titre d'exclusivité d'importation dans le secteur de la commercialisation de pièges à termites à base de biocides à La Réunion, aux Antilles et en Guyane.

revanche, la société Médi-Services n'a pas pu démontrer que le recours à un seul grossiste-importateur, à travers un contrat d'exclusivité d'importation conduisant à interdire tout autre grossiste-importateur local à distribuer les produits du fournisseur concerné, était indispensable du point de vue des fournisseurs comme des utilisateurs finaux, pour que ces services leurs soient rendus. A l'inverse, les fournisseurs concernés n'ont pas contesté le caractère anticoncurrentiel de ces accords d'exclusivité d'importation.

287. De la même manière, la société Médi-Services n'a fourni aucun élément susceptible d'établir que l'exclusivité d'importation serait plus efficace pour limiter la hausse des prix de détails payés par les utilisateurs finaux, en l'espèce les hôpitaux et centres de soins, qu'un système d'importation non exclusif conduisant à une répartition de l'approvisionnement entre plusieurs importateurs qui sont alors obligés de se faire concurrence pour servir au mieux leurs clients. Elle n'a pas non plus démontré les économies d'échelle réalisées en raison du système de distribution exclusive dont elle a bénéficié, ni l'impact potentiel que ces économies d'échelle pourraient générer sur le niveau de ses prix de revente aux utilisateurs finaux.
288. Par ailleurs, si la formation peut être un critère indispensable à la commercialisation de certains dispositifs médicaux techniques ou de haute qualité, tels que ceux des sociétés Medicea International, Sebia SA (pour le matériel d'électrophorèse) et Baxter SAS, la société Médi-service n'apporte pas la preuve qu'un autre distributeur ne serait pas en mesure de suivre une telle formation et apporter les mêmes garanties de sécurité qu'elle. Dans sa décision n° 19-D-11 du 29 mai 2019²⁴⁰, l'Autorité métropolitaine de la concurrence a d'ailleurs considéré que cet argument n'était pas recevable dans la mesure où « *les entreprises mises en cause n'apportent aucun élément probant de nature à démontrer que les accords d'exclusivité permettent d'obtenir des garanties allant au-delà de ce qui est déjà requis par la réglementation ou par la certification et elles n'apportent pas non plus de preuves que ces éventuelles garanties supplémentaires ne pourraient être apportées par aucun autre moyen qu'une exclusivité d'importation* ».
289. Enfin, l'Autorité constate que, pendant la période d'exécution des contrats conférant à la société Médi-Services une exclusivité d'importation, la concurrence intra-marque s'est avérée impossible sur les produits des sociétés Thermofisher Diagnostics SAS, Medicea International et Sebia SA qui ne réalisaient aucune vente directe. De plus, la concurrence inter-marques a également été extrêmement limitée du fait de l'existence de réseaux parallèles d'exclusivités d'importation.
290. Pour l'ensemble de ces raisons, l'Autorité considère que les conditions d'exemption prévues à l'article Lp. 421-4 du code de commerce ne sont pas réunies en l'espèce.

C. Sur les sanctions

291. Le troisième alinéa du I de l'article Lp. 464-2 du code de commerce précise que : « *Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction* ».
292. En l'espèce, à l'exception de la société Medi Service, les sociétés mises en cause ont demandé à bénéficier de la procédure de non-contestation des griefs et ont également formulé des observations concernant le montant des sanctions susceptibles de leur être infligées.

²⁴⁰ Voir la décision de l'Autorité de la concurrence métropolitaine 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

1. Sur les conséquences de la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs

293. Le quatrième alinéa du I de l'article Lp. 464-2 du code de commerce, applicable à l'époque de la saisine, disposait que : « *Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 175.000.000 F. CFP. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante* ».
294. Le III de l'article Lp. 464-2 du code de commerce prévoit en outre que lorsqu'il est recouru à la procédure de non-contestation des griefs « *le montant maximum encouru est réduit de moitié* ». Il résulte de cette disposition, lue en combinaison avec le I dudit article, que la sanction pécuniaire ne peut excéder 87,55 millions de francs CFP lorsque le bénéficiaire de la procédure est un organisme, et 2,5 % du chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie le plus élevé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre, lorsqu'il s'agit d'une entreprise.
295. Comme l'Autorité l'a rappelé dans ses décisions n° 2019-PAC-06 du 26 décembre 2019²⁴¹, n° 2020-PAC-03²⁴² et n° 2022-PAC-01²⁴³, lorsqu'elle statue selon la procédure simplifiée prévue à l'article Lp. 463-3, comme en l'espèce, la sanction pécuniaire ne peut excéder 89,55 millions de francs CFP pour chacun des auteurs de pratiques prohibées en application de l'article Lp. 464-5. En effet, la Cour de cassation considère que : « *Dans le cas de mise en œuvre cumulative des procédures simplifiée et de [non-contestation des griefs]²⁴⁴, et quel que soit l'ordre chronologique de cette mise en œuvre, le montant de la sanction qui sera infligé à l'entreprise doit être calculé conformément aux dispositions de l'article L. 464-2, II devenu L. 464-2, III, sans pouvoir dépasser le seuil fixé par l'article L. 464-5 du Code de commerce* »²⁴⁵.
296. En l'espèce, comme exposé *supra*, les sociétés Medline International France SAS, Thermo Fisher Diagnostics SAS, Medicrea International SAS, Sebia SA et Baxter SAS ont signé un procès-verbal de non-contestation des griefs par lequel elles ont individuellement renoncé, de façon expresse, complète et dépourvue d'ambiguïté, à contester « *la réalité des pratiques en cause, (...) la qualification juridique retenue par le service d'instruction (...) leur imputabilité (...), la régularité de la procédure et la validité des griefs* ». De plus, les sociétés Thermo Fisher Diagnostics SAS, Medicrea International SAS, Sebia SA et Baxter SAS ont présenté des engagements afin d'obtenir une réfaction de la sanction normalement encourue de 20 à 30 % que la rapporteure générale, en charge du service d'instruction, a accepté et proposé au collège de l'Autorité.
297. En revanche, la société Médi-Services n'a pas sollicité la procédure de non-contestation des griefs et est donc susceptible de se voir infliger une sanction pécuniaire maximale correspondant à 5 % de son chiffre d'affaires le plus élevé réalisé en Nouvelle-Calédonie

²⁴¹ [Décision n°2019-PAC-05 du 26 décembre 2019](#), relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Kone Elevators Ltd, Otis SCS, Socometra SAS et Pacific Ascenseurs SARL dans le secteur des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie, points 220 à 222.

²⁴² [Décision n°2020-PAC-03 du 7 septembre 2020](#), relative à des pratiques mises en œuvre par la société Serdis SAS dans le secteur des glaces en Nouvelle-Calédonie, point 116.

²⁴³ [Décision n° 2022-PAC-01 du 25 janvier 2022](#) relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de matériels et d'équipements agricoles en Nouvelle-Calédonie

²⁴⁴ Appelée procédure de « transaction » à l'époque.

²⁴⁵ Cour de cassation, avis n° 005 0006 du 11 juillet 2005.

pendant la période des pratiques, sous réserve que celle-ci n'excède pas le plafond de 89,55 millions de francs applicable en cas de procédure de notification de griefs simplifiée.

2. Sur la gravité de la pratique

298. Il y a lieu de relever que, pour apprécier la gravité des faits, l'Autorité tient notamment compte de la nature de l'infraction en cause et des faits retenus pour la caractériser (i) ; de la nature des activités, secteurs ou marchés en cause (ii) ; et de la nature des personnes susceptibles d'être affectées par les pratiques (iii), en fonction de leur pertinence.

a) Les arguments des parties mises en cause

299. Il ressort des observations des parties qu'elles estiment toutes que la pratique d'exclusivité d'importation doit être considérée comme étant de moindre gravité que des pratiques d'ententes ou d'abus de position dominante conformément à une jurisprudence constante.

300. Les sociétés Medline International France et Baxter SAS considèrent en outre que les exclusivités d'importation accordées par voie contractuelle à la société Médi-Services n'ont pas empêché la concurrence dès lors qu'elles acceptaient de livrer en direct les utilisateurs finaux que sont les établissements de soins.

301. La société Baxter SAS souligne également que la pratique n'est pas grave car aucun distributeur concurrent de Médi-Service ne l'a sollicitée pour revendre ses produits en Nouvelle-Calédonie.

302. La société Medicea International SAS justifie pour sa part l'absence de gravité des pratiques au fait qu'elle ne vend à la société Médi-Services que des implants rachidiens destinés à deux établissements de santé en Nouvelle-Calédonie, le CHT et la clinique Kuindo-Magnin. Elle ajoute que la formation nécessaire du distributeur est de nature à nuancer fortement l'effet de la clause d'exclusivité sur le marché néocalédonien et de comprendre qu'il puisse être moins aisé de trouver des distributeurs qualifiés que pour d'autres types de dispositifs médicaux.

303. La société Sebia estime que le fait que la pratique qui lui est reprochée intervienne dans le secteur de la santé, et plus particulièrement, dans le secteur de la commercialisation de diagnostic *in vitro* atténue la gravité de la pratique : en effet, les nombreuses contraintes tenant aux exigences techniques et à l'expertise indispensables à la commercialisation des produits en cause ainsi qu'au stockage et au transport des marchandises limiteraient par nature le nombre de distributeurs susceptibles d'être retenus par la société Sebia étant donné le coût de la formation en résultant qui reste à sa charge, sauf à remettre en cause la rentabilité de la commercialisation de ses produits.

304. La société Thermo Fisher Diagnostics précise que son infraction n'est due qu'à une méconnaissance de l'interdiction de conclure des clauses d'exclusivité d'importation et de distribution en Nouvelle-Calédonie. Elle ajoute que cette pratique n'a eu aucun impact sur le consommateur final puisque ses produits sont pris en charge ou remboursés par l'assurance maladie. Elle estime enfin que les utilisateurs de ses produits sont des professionnels de santé qui ne peuvent être considérés comme des consommateurs vulnérables.

b) La réponse de l'Autorité

305. En premier lieu, s'agissant de la nature de l'infraction, l'Autorité rappelle qu'en application d'une jurisprudence constante, l'infraction « *qui consiste à accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises en outre-mer, non justifiés par l'intérêt des consommateurs a, en elle-même, un impact négatif sur la concurrence intramarque et empêche l'animation de la concurrence sur les marchés intermédiaires (...).* »

Néanmoins, « *cette pratique ne saurait revêtir le même caractère de gravité que les ententes et abus de position dominante* »²⁴⁶.

306. Dans sa décision précitée n° 2019-PAC-05²⁴⁷ du 26 décembre 2019 relative à des pratiques d'exclusivité d'importation dans le secteur des ascenseurs, l'Autorité a rejoint cette analyse en considérant que, « *bien que limitée, la gravité des pratiques d'exclusivité d'importation n'en est pas moins établie* ». Elle a par ailleurs précisé que : « *La dimension modeste du marché affecté (...) ne constitue pas un facteur d'atténuation de la gravité du comportement des entreprises tant il apparaît nécessaire, en Nouvelle-Calédonie, de dissuader les fabricants et les importateurs d'enfreindre la règle d'interdiction des accords exclusifs d'importation quelle que soit la dimension du marché, ce type d'accords constituant une pratique historique qui a modelé le fonctionnement de nombreux secteurs de l'économie calédonienne et dissuadé l'émergence de nouveaux entrants faute de pouvoir récupérer la « marque » ou la « carte » de leurs concurrents* »²⁴⁸.
307. Cette analyse est tout à fait transposable au cas d'espèce puisque le marché de la commercialisation des dispositifs médicaux se caractérise par une superposition de réseaux parallèles de distributeurs exclusifs.
308. En deuxième lieu, il ressort de l'instruction que le secteur en cause, sur lequel ont eu lieu les pratiques d'exclusivité d'importation, est celui de la santé et plus particulièrement de la commercialisation des dispositifs médicaux. Ces produits sont donc souvent indispensables aux consommateurs finaux, en particulier lorsqu'il s'agit de produits directement destinés au traitement de certaines maladies comme ceux proposés par les sociétés Medicrea International et Baxter SAS. En tout état de cause, à l'instar de la pratique décisionnelle métropolitaine²⁴⁹, l'Autorité considère que les pratiques qui interviennent sur des marchés concernant la santé publique doivent être considérées comme graves, de même que celles impactant les établissements de soins chargés d'une mission de service public, comme les hôpitaux, les cliniques etc.
309. A cet égard, l'argument selon lequel la pratique ne serait pas grave et ne causerait aucun dommage à l'économie au motif que les dispositifs médicaux sont remboursés par l'assurance-maladie ne peut être que rejeté tant il est vrai qu'*in fine* le coût des dispositifs médicaux pèse sur l'équilibre du RUAMM et sont supportés par l'ensemble des contribuables calédoniens.
310. S'il est vrai que la technicité des produits concernés et les contraintes afférentes à leur commercialisation conduisent à limiter naturellement le nombre de distributeurs susceptibles d'être retenus par certains fournisseurs (Medicrea International, Sebia SAS) de sorte que la concurrence dans ce secteur est déjà faible, il convient alors de considérer que toute pratique ayant pour objet ou pour effet de restreindre encore davantage le jeu de la concurrence est grave.
311. En troisième et dernier lieu, la durée de l'infraction est un facteur qu'il convient de prendre en compte dans le cadre de l'appréciation tant de la gravité des faits que de l'importance du

²⁴⁶ Voir en ce sens la première décision de l'Autorité métropolitaine de la concurrence en la matière 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 confirmée, sur ce point, par la décision n° 19-D-20 du 8 octobre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de parfumerie et cosmétiques aux Antilles, en Guyane et à La Réunion.

²⁴⁷ [Décision n°2019-PAC-05 du 26 décembre 2019](#), relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Kone Elevators Ltd, Otis SCS, Socometra SAS et Pacific Ascenseurs SARL dans le secteur des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie

²⁴⁸ Décision n° 2019-PAC-05 du 26 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Kone Elevators Ltd, Otis SCS, Socometra SAS et Pacific Ascenseurs SARL dans le secteur des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie, paragraphe 171.

²⁴⁹

dommage causé à l'économie. En effet, plus une infraction est longue, plus l'atteinte qu'elle porte au jeu de la concurrence et la perturbation qu'elle entraîne pour le fonctionnement du secteur ou du marché en cause, et plus généralement pour l'économie, peuvent être substantielles et persistantes.

312. En l'espèce, il sera tenu compte, au stade de l'appréciation du montant de la sanction pécuniaire, de la durée de chaque exclusivité d'importation et du fait que certains fournisseurs (Medline International France, Medicea International et Sebia) comme la société Médi-Services ont pris l'initiative de mettre fin à leurs accords d'exclusivité d'importation plus ou moins rapidement, et en tout état de cause avant l'issue de la présente procédure.

3. Sur le dommage à l'économie

313. L'Autorité, si elle n'est pas tenue de chiffrer précisément le dommage causé à l'économie, doit procéder à une appréciation de son existence et de son importance, en se fondant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques en cause²⁵⁰.
314. En se fondant sur une jurisprudence établie, l'Autorité de la concurrence métropolitaine tient notamment compte, pour apprécier l'incidence économique de la pratique en cause, de l'ampleur de l'infraction, telle que caractérisée entre autres par sa couverture géographique ou par la part de marché cumulée des parties dans le secteur concerné, de sa durée, de ses conséquences conjoncturelles ou structurelles, ainsi que des caractéristiques économiques pertinentes du secteur concerné²⁵¹. Les effets tant avérés que potentiels de la pratique peuvent être pris en considération à ce titre²⁵².

a) Les moyens soulevés en défense

315. Les parties soutiennent que le dommage à l'économie lié aux pratiques d'exclusivité est faible voire inexistant.
316. Medicea International SAS considère que « *la faiblesse du chiffre d'affaires réalisé par Medicea en Nouvelle-Calédonie (74.630 euros en 2020), ainsi que l'absence de toute réclamation émanant de distributeurs ou de clients pour les produits visés par l'exclusivité* » attestent de l'impact très limité de la pratique.
317. Les sociétés Medline International France²⁵³, Sebia SA²⁵⁴ et Baxter SAS²⁵⁵ estiment à l'inverse que le fait que les clients calédoniens aient pu s'approvisionner en direct auprès d'elles démontre que l'exclusivité d'importation n'a pas eu pour effet de limiter la concurrence du point de vue de la demande. De plus, le fait qu'aucun autre distributeur ne les ait sollicitées pendant la période d'exclusivité démontrerait l'absence d'effet d'éviction d'autres distributeurs-grossiste du côté de l'offre.
318. La société Thermo Fisher Diagnostics²⁵⁶ met en avant sa faible part de marché qui atténuerait l'impact de la pratique d'exclusivité sur le plan économique. Elle souligne également que la société Médi-Services distribue des produits de concurrents, de sorte que la réduction de la concurrence intra-marques résultant de l'exclusivité d'importation est nuancée par une

²⁵⁰ Voir l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 juin 2011, Orange France, n° 2010/12049, p. 5, confirmé sur pourvoi par arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, précité, et du 26 janvier 2012, Beauté prestige international, précité, p. 89.

²⁵¹ Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel du 30 juin 2011, Orange France, précité.

²⁵² Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 2005, Novartis Pharma, n° 04-13910.

²⁵³ Annexe 395, côte 8062-8069.

²⁵⁴ Annexe 396, côte 8070-8093.

²⁵⁵ Annexe 427, cotes 8299-8302.

²⁵⁶ Annexe 414, cotes 8201-8230.

concurrence inter-marques. Elle ajoute que les clients ont toujours eu la possibilité de contourner les exclusivités d'importation soit directement auprès des fabricants, soit auprès de centrales d'achat mais qu'ils reconnaissent eux-mêmes la valeur ajoutée du recours à un distributeur local.

b) La réponse de l'Autorité

319. Les données relatives au secteur des dispositifs médicaux montrent qu'environ 50 % des approvisionnements des hôpitaux et cliniques sont réalisés par l'intermédiaire de distributeurs-grossistes.
320. S'agissant des produits visés par les accords d'exclusivité d'importation, il y a lieu de considérer que le dommage à l'économie est certain dès lors que les fournisseurs concernés (Thermo Fisher Diagnostics, Medicea International et Sebia) n'ont procédé à aucune vente directe pendant la période d'exclusivité accordée à la société Medi-Services. Celle-ci s'est en effet trouvée en situation de monopole de distribution et a pu se trouver en situation de « price maker » à l'égard des établissements de santé ne disposant d'aucune autre alternative pour s'approvisionner. Le fait qu'aucun autre distributeur-grossiste ne se soit manifesté pour la concurrencer sur ces produits ou que les besoins de formation soient tels qu'aucun autre distributeur ne soit intéressé, n'a pas d'incidence sur ce point.
321. De plus, si le dommage à l'économie lié à l'exclusivité d'importation doit être relativisé lorsqu'un approvisionnement direct est possible, l'instruction a montré que, même dans cette situation, le CHT s'est plaint à plusieurs reprises de n'avoir pas pu contourner la société Medi-Services pour s'approvisionner directement auprès de ses fournisseurs, ces derniers (Medline International France, Thermo Fisher Diagnostics et Baxter SAS) préférant les renvoyer vers le distributeur local ou ne pas répondre à ses sollicitations, sans autre raison objective que l'existence d'une exclusivité de distribution, en particulier au cours de l'année 2019.
322. La comparaison des tarifs d'achat par l'intermédiaire de Medi-Services ou en direct par d'autres clients que le CHT de produits de la société Baxter SAS montre, à titre d'exemple, que, pour des produits identiques, le différentiel de prix de vente pouvait aller jusqu'à 35 %, l'approvisionnement direct étant moins cher par rapport aux tarifs de la société Médi-Services qui incluaient nécessairement d'autres charges et services rendus.
323. L'Autorité en conclut que le dommage à l'économie résultant d'accords d'exclusivité d'importation parallèles au bénéfice de la société Medi-Services est avéré mais est demeuré néanmoins contenu.

4. Sur la portée des engagements proposés

a) Sur l'engagement de dénonciation des contrats en cours comportant une clause d'exclusivité d'importation

324. Cet engagement est présenté par la société Thermo Fisher Diagnostics (engagement n°1) et la société Baxter SAS (engagement n°1) dans les quinze jours suivant la décision de l'Autorité. La société Thermo Fischer Diagnostics précise néanmoins que cet engagement sera mis en œuvre sous réserve d'un préavis de trois mois.
325. L'Autorité souligne que les parties concernées auraient pu, pour démontrer leur volontarisme, lui notifier cette dénonciation de contrat avant même l'issue de la procédure dès lors qu'elles n'avaient pas contesté les griefs notifiés.
326. L'Autorité considère que cet engagement n'est pas pertinent puisqu'il s'agit du respect pur et simple de la réglementation calédonienne. De plus, aucun préavis n'est justifiable lorsque la pratique d'exclusivité d'importation, prohibée par l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce, a été constatée. L'Autorité rappelle à cet égard qu'en application de l'article Lp. 421-3 du

code de commerce « *Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles Lp. 421-1, Lp. 421-2 et Lp. 421-2-1* ».

b) Sur l'engagement consistant à proposer à Medi-Services ou tout distributeur calédonien un nouveau contrat ne comportant aucune clause d'exclusivité d'importation

327. La société Thermo Fischer Diagnostics s'engage à ce que les nouveaux contrats conclus avec Medi-Services ou tout autre distributeur en Nouvelle-Calédonie ne comporte aucune clause d'exclusivité d'importation (engagement n° 2) et à préciser en annexe les conditions de diplômes, d'expérience et de formation requises pour devenir distributeur de ses produits (engagement n° 3). Il est prévu que tous ses nouveaux contrats soient transmis à l'Autorité pendant trois ans.
328. La société Baxter SAS s'engage également à proposer à Medi-Services la conclusion d'un nouveau contrat de distribution excluant toute exclusivité entre les parties. Ce projet de contrat, qui serait transmis à l'Autorité dans les 15 jours suivant sa décision, inclut une interdiction expresse pour la société Medi-Services de se présenter comme un distributeur exclusif de Baxter SAS (engagement n°3). Le même cadre contractuel serait proposé à tout autre distributeur calédonien souhaitant distribuer ses produits (engagement n° 4).
329. La société Medicea International SAS, qui a déjà mis fin à l'exclusivité d'importation dont bénéficiait la société Medi-Services s'est pour sa part engagée à ne pas réintroduire une telle clause dans ses contrats avec les distributeurs situés en Nouvelle-Calédonie ; introduire une précision expresse selon laquelle le distributeur est désigné à titre non exclusif pour commercialiser les produits de Medicea en Nouvelle-Calédonie ; et rappeler expressément au distributeur qu'il ne doit en aucun cas se présenter vis-à-vis des tiers comme un distributeur exclusif (engagement n°1).
330. L'Autorité considère que ces engagements sont d'une portée très limitée : ils n'excèdent le simple respect de la réglementation que par le fait que les nouveaux contrats seront transmis à l'Autorité dans un souci de transparence pendant une période de trois ans. L'Autorité aurait néanmoins pu exiger leur communication en dehors de cet engagement. Elle veillera, en tout état de cause, à ce que les critères de sélection des distributeurs soient justifiés, objectifs et non discriminatoires.

c) Sur l'engagement de supprimer toute clause de non-concurrence et d'approvisionnement exclusif dans les contrats en cours et à venir

331. La société Sebia SA s'est engagée à adresser à la société Medi-Services un avenant au contrat de distribution du 9 juillet 2021 conclu avec cette dernière, prévoyant la suppression des clauses d'approvisionnement exclusif et de non-concurrence stipulées dans son contrat, dont copie sera transmise à l'Autorité dans les 15 jours suivant la décision (engagement n°1). De plus, elle s'est engagée à ce que tout nouveau contrat signé avec la société Medi-Services ou avec tout nouveau distributeur localisé en Nouvelle-Calédonie ne comporte aucune clause accordant des droits exclusifs d'importation relatifs aux produits qu'elle commercialise (engagement n°2) ni aucune clause d'approvisionnement exclusif ou de non-concurrence (engagement n°3).
332. De même, au cours de la séance devant l'Autorité, la société Medicea International a complété sa proposition d'engagements pour supprimer toute clause de non-concurrence de ses contrats de distribution en Nouvelle-Calédonie, dont une copie sera transmise à l'Autorité (engagement n°3).
333. L'Autorité considère que ces engagements sont substantiels car, au-delà du rétablissement d'une potentielle concurrence intra-marques du fait de la suppression de la clause d'exclusivité d'importation, ces engagements devraient dynamiser le marché inter-marques en

Nouvelle-Calédonie. Sur le plan juridique, la société Médi-Services pourra désormais s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs et distribuer leurs produits en Nouvelle-Calédonie même s'ils sont concurrents de ceux fabriqués par Medicea International SAS et Sebia SA.

d) Sur les engagements de communication de la suppression de toute forme d'exclusivité d'importation auprès des distributeurs locaux par courrier et/ou par voie de presse

334. Les quatre fournisseurs ont tous proposé un engagement visant à informer leurs clients et les distributeurs de dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie de la situation nouvelle qui résulte de leur mise en conformité avec l'interdiction des accords exclusifs d'importation au titre de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce, en publiant un communiqué dans le journal *Les Nouvelles Calédoniennes*, dans un délai d'un mois suivant la décision de l'Autorité.
335. La société Baxter SAS ajoute dans son communiqué qu'outre le fait que tout professionnel peut demander à faire partie de ses distributeurs, elle répond également aux demandes d'approvisionnement en direct qui lui sont adressées.
336. En outre, les sociétés Sebia SA et Thermo Fisher Diagnostics (engagement n°4) se sont engagées à informer directement par courriel ou courrier leurs clients et/ou les principaux distributeurs de dispositifs médicaux concernés de cette nouvelle situation, dans les 15 jours ouvrés suivant la décision de l'Autorité.
337. Une copie de ces publications ou courriels sera envoyée à l'Autorité pour qu'elle puisse en contrôler la réalité.
338. L'Autorité considère que ces engagements de publication dans le journal *Les Nouvelles Calédoniennes* démontrent la démarche volontariste des fournisseurs d'ouvrir le panel de leurs fournisseurs et devraient permettre de dynamiser la concurrence intramarque entre les grossistes-importateurs de dispositifs médicaux ainsi que la concurrence intermarques. Il sera tenu compte du fait que la communication directe auprès des distributeurs concernés et des clients, proposée par les sociétés Sebia et Thermo Fisher Diagnostics s'inscrit encore davantage dans cette dynamique.

5. Sur l'individualisation de la sanction

339. En application de l'article Lp. 464-2 du code de commerce, les sanctions « *sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné* ». L'individualisation des éléments déterminant la sanction conduit à traiter, pour chacune des entreprises en cause, tout d'abord, l'existence de circonstances aggravantes ou atténuantes, puis les autres éléments d'individualisation.
340. Ainsi, l'Autorité tient compte de la taille, de la puissance économique et des ressources des entreprises en cause, au regard notamment des activités dont elles disposent au-delà des seuls produits en relation avec l'infraction en cause et de leur chiffre d'affaires.
341. Pour donner une traduction chiffrée à son appréciation de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, l'Autorité peut retenir comme montant de base de la sanction pécuniaire, une proportion de la valeur des ventes, réalisées par chaque entreprise ou organisme en cause, de produits ou de services en relation avec l'infraction ou, s'il y a lieu, les infractions en cause.
342. Toutefois, le code de commerce, en n'évoquant pas le chiffre d'affaires lié au secteur ou au marché en cause, mais uniquement le chiffre d'affaires mondial consolidé ou combiné, n'impose pas à l'Autorité de procéder de la sorte.

343. Dans sa décision n° 2019-PAC-05 du 26 décembre 2019, l’Autorité, se référant à la jurisprudence de la Cour d’appel de Paris²⁵⁷, a déjà souligné que « *la circonstance qu’une entreprise prise en elle-même ait, au-delà des seuls produits ou services en relation avec l’infraction, un périmètre d’activités significatif, ou dispose d’une puissance financière importante, peut justifier que la sanction qui lui est infligée, en considération d’une infraction donnée, soit plus élevée que si tel n’était pas le cas, afin d’assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionné de la sanction pécuniaire.* »²⁵⁸
344. De même, la Cour de cassation a précisé que « *l’efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles requiert que la sanction pécuniaire soit effectivement dissuasive, au regard de la situation financière propre à chaque entreprise au moment où elle est sanctionnée* »²⁵⁹.
345. En l’espèce, l’Autorité considère qu’il n’y a pas lieu de distinguer selon la valeur des ventes des seuls produits ou services en relation avec l’infraction compte tenu de la faiblesse des chiffres d’affaires globaux réalisés en Nouvelle-Calédonie par les cinq fournisseurs mis en cause (moins de 1% de leur chiffre d’affaires total), sauf à priver la sanction pécuniaire de tout caractère dissuasif.
346. Concernant la situation individuelle des entreprises poursuivies, l’Autorité observe tout d’abord qu’elles sont toutes en bonne santé financière et sont capables d’assumer le montant maximal de la sanction pécuniaire encourue.
347. Elle relève ensuite que l’appartenance des sociétés Medline International France, Thermo Fisher Diagnostics et Baxter SAS, à un groupe de dimension internationale doit être prise en compte au stade de l’individualisation de la sanction. La société Thermo Fisher Diagnostics s’y oppose, car les critères retenus par la jurisprudence ne seraient pas réunis en l’espèce.
348. Sur ce point, la jurisprudence rappelle de manière constante que le principe d’individualisation des sanctions mentionné à l’article Lp. 464-2 du code de commerce 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 pratiques²⁶⁰.
349. En l’espèce, le service d’instruction n’a pas notifié les griefs aux sociétés mères des sociétés sociétés Medline International France, Thermo Fisher Diagnostics et Baxter SAS. Par ailleurs, il ne ressort pas de l’instruction que l’appartenance de ces dernières à un groupe aurait joué un rôle dans la mise en œuvre de la pratique qui leur est imputée ou ait été de nature à influencer sur l’appréciation de la gravité de celle-ci. Dans ces conditions, la circonstance que ces trois fournisseurs appartiennent chacun à un groupe de dimension internationale demeure sans influence sur l’individualisation de la sanction pécuniaire qui leur est infligée et ne peut donc être prise en compte pour déterminer son quantum.

²⁵⁷ Cour d’appel de Paris, 11 octobre 2012, Entreprise H. Chevalier Nord e.a., 62 n° 2011/03298.

²⁵⁸ Décision n° 2019-PAC-05 du 26 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Kone Elevators Ltd, Otis SCS, Socometra SAS et Pacific Ascenseurs SARL dans le secteur des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie, point 220.

²⁵⁹ Cour de cassation, 18 septembre 2012, Séphora e.a., n° 12-14401, 12-14584, 12-14595, 12-14597, 12-14598, 12-14624, 12-14625 et 12-14632 et 12-14648.

²⁶⁰ Voir les arrêts de la Cour de cassation du 18 février 2014, société Entreprise Pradeau et Morin e.a, nos 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, nos 13-16602, 13-16696 et 13-16905.

350. Enfin, il convient de tenir compte des circonstances propres à chacune des entreprises poursuivies.
351. S'agissant de la société Médi-Services, il sera tenu compte du fait qu'elle est une entreprise de taille moyenne mais qu'elle est aussi le deuxième grossiste-importateur le plus important en termes de chiffre d'affaires réalisé dans le secteur de la commercialisation de dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie. Elle a bénéficié d'une superposition de cinq accords exclusifs d'importation lui conférant une position monopolistique sur les marques des produits concernés, lesquels ne disposaient pas toujours de produits concurrents, comme les implants rachidiens de la société Medicea International par exemple. Elle s'est d'ailleurs présentée comme le distributeur exclusif de nombreuses marques à l'égard du CHT. Néanmoins, à titre de circonstances atténuantes, l'Autorité retiendra que la société Medi-Services dispose d'un faible pouvoir de négociation vis-à-vis de ses fournisseurs et qu'elle a entamé une démarche de mise en conformité spontanée. Ceci est notamment démontré par le fait qu'elle a demandé à plusieurs fournisseurs de supprimer la clause d'exclusivité d'importation litigieuse après sa première audition par le service d'instruction même si elle n'a pas toujours été entendue.
352. S'agissant de la société Medline International France, il sera tenu compte du fait qu'elle a opposé plusieurs refus de vente au CHT jusqu'en 2019 alors qu'elle acceptait déjà de vendre ses produits directement. Elle a néanmoins supprimé la clause d'exclusivité figurant dans le contrat de la société Medi-Service à compter du 1^{er} octobre 2019. La pratique a duré 3 ans et 9 mois. En outre, si elle a demandé le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs, elle n'a présenté aucun engagement pour dynamiser la concurrence de manière substantielle sur son marché de nature à atténuer le montant de la sanction encourue.
353. S'agissant de la société Thermo Fischer Diagnostics, il sera tenu compte du fait qu'elle a proposé deux contrats comportant des clauses d'exclusivité d'importation à la société Médi-Service le 1^{er} janvier 2016 et le 7 mai 2018 qui sont toujours en vigueur. Les pratiques ont donc duré 6 ans et demi (gamme CDD) et un peu plus de quatre ans (gamme IDD). Elle a également opposé un refus de vente au CHT en 2017 et n'a pas supprimé ces clauses contractuelles malgré la proposition de mise en conformité de la société Medi-Services du 28 novembre 2018. En outre, les engagements proposés dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs ne sont pas suffisamment substantiels pour justifier une atténuation du montant de la sanction encourue à hauteur de 20 à 30 % comme le proposait la Rapporteuse générale, bien que portant sur l'ensemble de ses gammes de produits et pas seulement celles visées par le grief.
354. S'agissant de la société Medicea International SAS, il sera tenu compte du fait que le contrat d'exclusivité avec la société Medi-Service a été conclu en 2010, avant l'entrée en vigueur de l'interdiction des exclusivités d'importation ; qu'elle s'est mise en conformité en supprimant la clause litigieuse dès le 15 janvier 2019 ; qu'aucun refus de vente ne lui est imputable dans le cadre de l'instruction ; que la technicité des produits vendus en Nouvelle-Calédonie est telle qu'elle est susceptible d'expliquer l'absence de tout autre distributeur que Médi-Services depuis 2019. En outre, l'Autorité constate que les engagements qu'elle a proposés sont substantiels et devraient permettre de favoriser la concurrence intramarque mais également intermarques.
355. S'agissant de la société Sebia SA, il sera tenu compte du fait qu'elle a proposé à la société Medi-Services de formaliser leurs relations commerciales en lui conférant une exclusivité d'importation pendant 4 ans et un mois, de juin 2017 à Juillet 2021 ; que malgré la proposition de mise en conformité de la société Médi-Services en mars 2019, la société Sebia n'a modifié le contrat litigieux qu'en juillet 2021 ; que, néanmoins, aucun refus de vente ne lui est imputable dans le cadre de l'instruction ; et que les engagements proposés par la société Sebia SA sont substantiels et devraient permettre de favoriser la concurrence intramarque mais également intermarques.

356. S'agissant enfin de la société Baxter SAS, il sera tenu compte du fait qu'elle a hérité de la responsabilité d'un contrat comportant une clause d'exclusivité d'importation datant du 1^{er} octobre 1986, soit bien avant l'entrée en vigueur de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce et qu'elle a démontré qu'elle avait toujours vendu ses produits en direct aux établissements de soins bien que l'instruction ait fait état de difficultés pour le CHT de contourner Médi-Services dans certains cas. En revanche, les engagements proposés dans le cadre de la procédure de non-contestation des griefs ne sont pas suffisamment substantiels pour justifier une atténuation du montant de la sanction encourue à hauteur de 30 % comme le proposait la Rapporteuse général.

6. Sur le montant de la sanction

357. Pour mémoire, le chiffre d'affaires le plus élevé réalisé en Nouvelle-Calédonie au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre est de :

- 1 355 000 000 F.CFP en 2017 pour la société Médi-Services ;
- 47 290 691 F.CFP en 2020 pour la société Medline International France ;
- 21 7778 997 F.CFP en 2018 pour la société Thermo Fisher Diagnostics ;
- 20 536 634 F.CFP en 2018 pour la société Medicea International SAS ;
- 27 512 052 F.CFP en 2017 pour la société Sebia SA ;
- et 222 054 650 F.CFP en 2019 pour la société Baxter SAS.

358. En conséquence, le montant maximal des sanctions pécuniaires susceptibles d'être infligées à chacune des sociétés mises en cause est de :

- 67 750 000 FCFP pour la société Médi-Services ;
- 1 182 267 FCFP pour la société Medline International France ;
- 544 475 FCFP pour la société Thermo Fisher Diagnostics ;
- 513 416 FCFP pour la société Medicea International SAS ;
- 687 801 FCFP pour la société Sebia SA ;
- 5 551 366 FCFP pour la société Baxter SAS.

359. Compte tenu de l'ensemble des éléments qui précèdent, il est infligé :

- à la société Médi-Services, une sanction de 47 425 000 F.CFP ;
- à la société Medline International France, une sanction de 1 123 154 F.CFP ;
- à la société Thermo Fisher Diagnostics, une sanction de 517 251 F.CFP ;
- à la société Medicea International SAS, une sanction de 359 391 F.CFP ;
- à la société Sebia SA, une sanction de 584 631 F.CFP ;
- à la société Baxter SAS, une sanction de 4 718 661 F.CFP.

7. Sur l'obligation de publication

360. Par application de l'article Lp. 464-2 du code de commerce, l'Autorité peut ordonner « *la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée* ».

361. En l'espèce, il y a lieu, compte tenu des faits constatés par la présente décision et de la gravité de l'infraction relevée, d'ordonner aux sociétés mises en cause de publier un résumé de la

présente décision sur la page d'accueil de leur site internet pendant un mois à compter de la notification de la présente décision.

DECIDE

Article 1^{er} : Il est établi que les sociétés Médi-Services, Medline International France, Thermo Fisher Diagnostics, Medicrea International SAS, Sebia SA et Baxter SAS ont enfreint les dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce.

Article 2 : Les engagements proposés par quatre des cinq fournisseurs de la société Médi-Services, dans leur rédaction du 2 mars 2022 pour la société Thermo Fisher Diagnostics, du 7 mars 2022 complétée le 23 juin 2022 pour la société Medicrea International SAS, du 6 avril 2022 pour la société Sebia SA et du 17 mars 2022 pour la société Baxter SAS, sont rendus obligatoires et joints à la présente décision.

Article 3 : Sont infligées, au titre des pratiques visées à l'article 1^{er}, les sanctions pécuniaires suivantes :

- 47 425 000 F.CFP à la société Médi-Services ;
- 1 123 154 F.CFP à la société Medline International France ;
- 517 251 F.CFP à la société Thermo Fisher Diagnostics ;
- 359 391 F.CFP à la société Medicrea International SAS ;
- 584 631 F.CFP à la société Sebia SA ;
- 4 718 661 F.CFP à la société Baxter SAS.

Article 4 : La société Médi-Services publiera, dans un délai d'un mois suivant la notification de la présente décision, le résumé suivant sur la page d'accueil de leur site internet, pendant une durée d'un mois :

« La société Medi-Services a été sanctionnée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour avoir bénéficié d'accords exclusifs d'importation avec cinq fournisseurs dans le secteur des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie alors que cette pratique est interdite depuis le 21 mars 2014. L'Autorité a considéré que cette pratique intervenue sur des marchés concernant la santé publique est grave, même si en l'espèce, le dommage à l'économie est demeuré contenu. Elle a infligé des sanctions pécuniaires d'un montant total de 54 728 088 à l'encontre des six entreprises mises en cause. Compte tenu des circonstances de l'espèce et de la situation individuelle de la société Medi-Services, la sanction prononcée à son encontre est de 47 425 000 F.CFP. »

Ce texte sera accessible par un lien html intitulé « *Medi-Services sanctionnée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour des pratiques mises en œuvre dans le secteur des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie* », dans une police d'écriture de taille 14, et pendant une durée d'un mois. Le lien pourra être suivi de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet de recours devant la cour d'appel de Paris si de tels recours sont exercés. La société Medi-Services adressera au bureau de la procédure copie de cette publication dès sa mise en ligne.

Article 5 : La société Medline International France publiera, dans un délai d'un mois suivant la notification de la présente décision, le résumé suivant sur la page d'accueil de leur site internet, pendant une durée d'un mois :

« Par décision n° 2022-PAC-06 du 29 août 2022, la société Medline International France a été sanctionnée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour avoir mis en œuvre un accord exclusif d'importation avec la société Medi-Services dans le secteur des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie alors que cette pratique est interdite depuis le 21 mars 2014. L'Autorité a considéré que cette pratique intervenue sur des marchés concernant la santé publique est grave même si, en l'espèce, le dommage à l'économie est demeuré contenu. Compte tenu des circonstances de l'espèce, du bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs et de la situation individuelle de la société Medline International France, la sanction prononcée à son encontre est de 9 662 euros (1 123 154 F.CFP). »

Ce texte sera accessible par un lien html intitulé « *Medline International France sanctionnée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour des pratiques mises en œuvre dans le secteur des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie* », dans une police d'écriture de taille 14, et pendant une durée d'un mois. Le lien pourra être suivi de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet de recours devant la cour d'appel de Paris si de tels recours sont exercés. La société Medline International France adressera au bureau de la procédure copie de cette publication dès sa mise en ligne.

Article 6 : La société Thermo Fisher Diagnostics publiera, dans un délai d'un mois suivant la notification de la présente décision, le résumé suivant sur la page d'accueil de leur site internet, pendant une durée d'un mois :

« Par décision n° 2022-PAC-06 du 29 août 2022, la société Thermo Fisher Diagnostics a été sanctionnée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour avoir mis en œuvre un accord exclusif d'importation avec la société Medi-Services dans le secteur des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie alors que cette pratique est interdite depuis le 21 mars 2014. L'Autorité a considéré que cette pratique intervenue sur des marchés concernant la santé publique est grave même si, en l'espèce, le dommage à l'économie est demeuré contenu. Compte tenu des circonstances de l'espèce, du bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs, des engagements proposés et de la situation individuelle de la société de la société Thermo Fisher Diagnostics, la sanction prononcée à son encontre est de 4 450 euros (517 251 F.CFP). »

Ce texte sera accessible par un lien html intitulé « *Thermo Fisher Diagnostics sanctionnée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour des pratiques mises en œuvre dans le secteur des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie* », dans une police d'écriture de taille 14, et pendant une durée d'un mois. Le lien pourra être suivi de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet de recours devant la cour d'appel de Paris si de tels recours sont exercés. La société Thermo Fisher Diagnostics adressera au bureau de la procédure copie de cette publication dès sa mise en ligne.

Article 7 : La société Medicrea International SAS publiera, dans un délai d'un mois suivant la notification de la présente décision, le résumé suivant sur la page d'accueil de leur site internet, pendant une durée d'un mois :

« Par décision n° 2022-PAC-06 du 29 août 2022, la société Medicrea International SAS a été sanctionnée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour avoir mis en œuvre un accord exclusif d'importation avec la société Medi-Services dans le secteur des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie alors que cette pratique est interdite depuis le 21 mars 2014. L'Autorité a considéré que cette pratique intervenue sur des marchés concernant la santé publique est grave même si, en l'espèce, le dommage à l'économie est demeuré contenu.

Compte tenu des circonstances de l'espèce, du bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs, des engagements proposés et de la situation individuelle de la société de la société Medicrea International SAS, la sanction prononcée à son encontre est de 3 092 euros (359 391 F.CFP). »

Ce texte sera accessible par un lien html intitulé « *Medicrea International SAS sanctionnée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour des pratiques mises en œuvre dans le secteur des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie* », dans une police d'écriture de taille 14, et pendant une durée d'un mois. Le lien pourra être suivi de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet de recours devant la cour d'appel de Paris si de tels recours sont exercés. La société Medicrea International SAS adressera au bureau de la procédure copie de cette publication dès sa mise en ligne.

Article 8 : La société Sebia SA publiera, dans un délai d'un mois suivant la notification de la présente décision, le résumé suivant sur la page d'accueil de leur site internet, pendant une durée d'un mois :

« Par décision n° 2022-PAC-06 du 29 août 2022, la société Sebia SA a été sanctionnée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour avoir mis en œuvre un accord exclusif d'importation avec la société Medi-Services dans le secteur des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie alors que cette pratique est interdite depuis le 21 mars 2014. L'Autorité a considéré que cette pratique intervenue sur des marchés concernant la santé publique est grave même si, en l'espèce, le dommage à l'économie est demeuré contenu. Compte tenu des circonstances de l'espèce, du bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs, des engagements proposés et de la situation individuelle de la société de la société Sebia SA, la sanction prononcée à son encontre est de 5 029 euros (584 631 F.CFP). »

Ce texte sera accessible par un lien html intitulé « *Sebia SA sanctionnée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour des pratiques mises en œuvre dans le secteur des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie* », dans une police d'écriture de taille 14, et pendant une durée d'un mois. Le lien pourra être suivi de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet de recours devant la cour d'appel de Paris si de tels recours sont exercés. La société Sebia SA adressera au bureau de la procédure copie de cette publication dès sa mise en ligne.

Article 9 : La société Baxter SAS publiera, dans un délai d'un mois suivant la notification de la présente décision, le résumé suivant sur la page d'accueil de leur site internet, pendant une durée d'un mois :

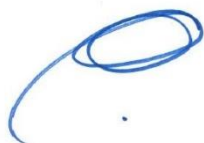
« Par décision n° 2022-PAC-06 du 29 août 2022, la société Baxter SAS a été sanctionnée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour avoir mis en œuvre un accord exclusif d'importation avec la société Medi-Services dans le secteur des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie alors que cette pratique est interdite depuis le 21 mars 2014. L'Autorité a considéré que cette pratique intervenue sur des marchés concernant la santé publique est grave même si, en l'espèce, le dommage à l'économie est demeuré contenu. Compte tenu des circonstances de l'espèce, du bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs, des engagements proposés et de la situation individuelle de la société de la société Baxter SAS, la sanction prononcée à son encontre est de 39 485 euros (4 718 661 F.CFP). »

Ce texte sera accessible par un lien html intitulé « *Baxter SAS sanctionnée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie pour des pratiques mises en œuvre dans le secteur des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie* », dans une police d'écriture de taille 14, et pendant une durée d'un mois. Le lien pourra être suivi de la mention selon laquelle la décision a fait

l'objet de recours devant la cour d'appel de Paris si de tels recours sont exercés. La société Baxter SAS adressera au bureau de la procédure copie de cette publication dès sa mise en ligne.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Charlotte Ivami, rapporteure, par Mme Aurélie Zoude-Le Berre, présidente, M. Jean-Michel Stoltz, vice-président et MM. Robin Simpson et Walid Chaiehloudj, membres de l'Autorité.

Le secrétaire de séance,



Grégory Beaufiles

La Présidente,



Aurélie Zoude-Le Berre

Le 1^{er} mars 2022

AFFAIRE N° 19/0014F

**PROPOSITION D'ENGAGEMENTS DE LA SOCIETE THERMO FISHER DIAGNOSTICS
EN APPLICATION DE L'ARTICLE LP. 464-2 III DU CODE DE COMMERCE APPLICABLE
EN NOUVELLE-CALEDONIE**

I. RAPPEL DE LA PROCEDURE

1. Par courrier du 10 janvier 2022, la Rapporteuse générale de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie a adressé à la société Thermo Fisher Diagnostics (ci-après, « **TFD** »), une notification de griefs simplifiée (ci-après, la « **Notification des Griefs** ») relative à des pratiques mises en œuvre par les grossistes-importateurs dans le secteur de la commercialisation des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie.
2. En application du III de l'article Lp. 464-2 du Code de commerce de la Nouvelle-Calédonie, TFD a décidé de ne pas contester le grief qui lui a été notifié. TFD soumet par ailleurs au Collège de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie la présente proposition d'engagements. Cette proposition d'engagements répond au grief n° 3 exprimé par les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie dans la Notification des Griefs.
3. Cette proposition ne constitue en aucune manière, et ne saurait être interprétée, comme une reconnaissance de la violation des dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce de la Nouvelle-Calédonie, ni plus généralement des règles de concurrence applicables en Nouvelle-Calédonie.

II. PRESENTATION DES ENGAGEMENTS

4. Compte tenu de ce qui précède, TFD propose de souscrire les engagements listés ci-après (les « **Engagements** ») :

- **Engagement n° 1** : TFD s'engage à adresser à la société Médi-Services un courrier de dénonciation, avec un préavis de 3 mois, du contrat du 1^{er} janvier 2016 conclu entre la société B.R.A.H.M.S (dont la société TFD est venue aux droits) et Médi-Services, d'une part, et du contrat du 7 mai 2018 conclu entre TFD et Médi-Services, d'autre part, pour la distribution, respectivement, des produits diagnostics cliniques et des produits de diagnostics immunologiques de TFD sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie.

TFD s'engage à transmettre une copie de cette dénonciation à l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie dans un délai de quinze (15) jours ouvrés suivant la notification de la décision adoptée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie.

- **Engagement n° 2** : TFD s'engage à ce que tout nouveau contrat de distribution signé avec la société Médi-Services, ou avec tout autre distributeur en Nouvelle-Calédonie, n'ait ni pour objet, ni pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation.

TFD s'engage à transmettre à l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, pendant une période de trois (3) ans, tout nouveau contrat signé avec un distributeur ou importateur calédonien dans les quinze (15) jours ouvrés à compter de sa signature.

- **Engagement n° 3** :

TFD s'engage à préciser dans une annexe ou directement dans le contrat commercial conclu avec un distributeur actif en Nouvelle-Calédonie, les conditions à remplir afin de distribuer ses produits, en particulier :

- le distributeur concerné devra justifier qu'il est un professionnel du secteur de la commercialisation des dispositifs médicaux, en fournissant un extrait Kbis de moins de trois mois de sa société, un diplôme de spécialité reconnu ou en produisant une expérience professionnelle pouvant justifier l'attribution d'une validation des acquis de l'expérience dans le secteur des dispositifs médicaux ;
- le distributeur concerné devra disposer des moyens matériels et humains permettant des conditions de transport, de stockage et de conservation garantissant le maintien de la qualité des produits concernés ;
- le distributeur concerné devra justifier que son personnel justifie d'un niveau de technicité avancé et de la réalisation par celui-ci de modules de formation initiale, d'une durée d'une (1) à deux (2) semaines afin qu'il réponde aux exigences de certification ISO et puisse assurer le service après-vente et la maintenance des produits, dans les délais d'intervention requis en cas de réactovigilance (24h/48h).



▪ **Engagement n° 4 :**

TFD s'engage à adresser à tous ses clients en Nouvelle-Calédonie, par voie électronique avec copie à l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, dans un délai de quinze (15) jours ouvrés suivant la notification de la décision adoptée par l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, un courrier dont les termes seront les suivants :

« Nous vous informons qu'il a été mis fin à toute exclusivité avec la société Médi-Services pour la distribution des produits de diagnostics cliniques et de diagnostics immunologiques de Thermo Fisher Diagnostics en Nouvelle-Calédonie. Par conséquent, tout professionnel dans le secteur de la commercialisation des dispositifs médicaux est en mesure, s'il le souhaite et s'il réunit les critères de référencements nécessaires, de solliciter Thermo Fisher Diagnostics pour devenir distributeur en Nouvelle-Calédonie des dispositifs médicaux commercialisés par Thermo Fisher Diagnostics. »

TFD s'engage à communiquer dans la presse locale calédonienne, dans un délai d'un (1) mois suivant la notification de la décision adoptée par le Collège de l'Autorité de la Concurrence de la Nouvelle-Calédonie, les termes du communiqué précédemment défini.

* * *

Fait à Paris,

Malka Marcinkowski
Avocat à la Cour

Elodie Camous-Léonard
Avocat à la Cour

Ophélie Sommé
Avocat à la Cour

Agissant au nom et pour le compte de la société Thermo Fisher Diagnostics

1 Engagement n°1 : Contrat de distribution

- (1) Medicea ayant déjà supprimé toute clause d'exclusivité d'importation dans son contrat avec Medi-Services depuis le 31 décembre 2018 aux termes du nouveau contrat en date du 15 janvier 2019 signé par les deux parties et communiqué à vos services le 23 septembre 2019¹, elle s'engage à :
- a. ne pas réintroduire une telle clause dans ses contrats avec les distributeurs situés en Nouvelle-Calédonie,
 - b. introduire une précision expresse selon laquelle le distributeur est désigné à titre non-exclusif pour commercialiser les produits de Medicea en Nouvelle-Calédonie, et
 - c. rappeler expressément au distributeur qu'il ne doit en aucun cas se présenter vis-à-vis des tiers comme un distributeur exclusif.
- (2) Afin de permettre à l'Autorité de vérifier la réalisation effective de cet engagement, Medicea s'engage à transmettre à l'Autorité une copie du nouveau contrat tenant compte de ces modifications dans les 6 mois de la notification de la décision de l'Autorité.

2 Engagement n°2 : Publication

- (3) Medicea s'engage à informer le public, en ce compris les clients établissements de santé, de l'absence de toute exclusivité de distribution ou d'importation conférée sur ses produits en Nouvelle-Calédonie, par une publication dans le quotidien *Les Nouvelles Calédoniennes* (dans sa rubrique annonces légales), dans le délai d'un mois suivant la notification de la décision de l'Autorité, dans les termes suivants :

« La société Medicea International SAS rappelle qu'elle n'octroie aucune exclusivité pour la distribution ou l'importation de ses produits en Nouvelle-Calédonie. La société Medicea International SAS souligne par ailleurs que les établissements de santé situés en Nouvelle-Calédonie conservent la possibilité de commander en direct ses produits auprès d'elle, ainsi qu'auprès de tout autre fournisseur. »

- (4) Afin de permettre à l'Autorité de vérifier la réalisation effective de cet engagement, une copie de ces communications sera transmise à l'Autorité dans les 15 jours suivant leur publication.

3 Engagement n°3 : Suppression de toute clause de non-concurrence

- (5) En sus des engagements initialement proposés, et afin de dynamiser en tant que de besoin la concurrence inter-marques entre les implants rachidiens commercialisés en Nouvelle-Calédonie, Medicea s'engage en outre à supprimer toute clause de non-concurrence de ses contrats de distribution en Nouvelle-Calédonie.
- (6) Cette modification sera incluse dans le nouveau contrat dont une copie sera transmise à l'Autorité conformément à l'engagement n°1 susvisé.
- (7) Par conséquent, nous nous associons pleinement à la proposition de Madame la Rapporteuse Générale de réduire de 30% la sanction éventuelle de Medicea, telle que rappelée en séance par Madame la Rapporteuse, cette proposition nous semblant d'autant plus justifiée compte tenu de l'engagement additionnel offert par notre cliente.

¹ Voir NdG §§162 et 164.

Confidentiel / Secret des Affaires

Vous en souhaitant bonne réception, nous restons à votre entière disposition pour en discuter si vous le souhaitez.

Nous vous prions de croire, Madame la Présidente, Madame la Rapporteuse générale, à l'assurance de notre meilleure considération.



Marta Giner Asins
Avocat, Associée



Arnaud Sanz
Avocat, Counsel

SEBIA SA

27 rue Léonard de Vinci, Parc Technologique Léonard de Vinci
91090 LISSES

**AUTORITE DE LA CONCURRENCE DE LA
NOUVELLE-CALEDONIE**

7 rue du Général Gallieni – 98800 NOUMEA

SAISINE N°19/0014F

OFFRE D'ENGAGEMENTS DE LA SOCIETE SEBIA SA

La société Sebia SA, société anonyme au capital de 10.203.900 euros, dont le siège social est sis 27 rue Léonard de Vinci, Parc Technologique Léonard de Vinci, 91090 LISSES, inscrite au RCS de Evry sous le numéro 672 041 902, formule la proposition d'engagements suivante sur le fondement de l'article Lp. 464-2, III du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

Cette proposition d'engagements est de nature à répondre aux problématiques de concurrence identifiées par le Service d'instruction de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie dans la Notification des griefs du 10 janvier 2022 relative à des pratiques mises en œuvre par les grossistes-importateurs dans le secteur de la commercialisation des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie.

La présente proposition d'engagements ne constitue pas, de la part de la société Sebia SA, une reconnaissance de la violation des dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, ni plus généralement des règles de concurrence applicables en Nouvelle-Calédonie.

Compte tenu de ce qui précède, la société Sebia SA propose les engagements suivants :

1. La société Sebia SA s'engage à adresser à la société Médi-Services un avenant au contrat de distribution du 9 juillet 2021 conclu avec cette dernière, prévoyant la suppression des clauses d'approvisionnement exclusif et de non-concurrence stipulées dans le contrat. Elle s'engage à transmettre à l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie une copie de cet avenant dans les quinze jours suivant la notification de la décision de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie.
2. La société Sebia SA s'engage à ce que tout nouveau contrat signé avec la société Médi-Services ou avec tout nouveau distributeur localisé en Nouvelle-Calédonie ne comporte aucune clause accordant des droits exclusifs d'importation relatifs aux produits qu'elle commercialise.
3. La société Sebia SA s'engage à ce que tout nouveau contrat signé avec la société Médi-Services ou avec tout nouveau distributeur localisé en Nouvelle-Calédonie ne comporte aucune clause prévoyant une obligation d'approvisionnement exclusif ou une obligation de non-concurrence.

4. Aux fins d'informer les distributeurs de dispositifs médicaux de diagnostic in vitro en Nouvelle-Calédonie de l'absence d'exclusivité liant les sociétés Sebia SA et Médi-Services SARL, la société Sebia SA s'engage à :

- a. Communiquer par courriel aux principaux distributeurs de dispositifs médicaux de diagnostic in vitro en Nouvelle-Calédonie concurrents de la société Médi-Services SARL, dans le mois suivant la notification de la décision de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, les termes suivants :

« Par la présente, nous souhaitons vous informer que nous avons mis fin à toute exclusivité pour la distribution de nos produits en Nouvelle-Calédonie. Sebia entend dorénavant opérer la commercialisation de ses produits sur ce territoire via différents canaux de distribution, dès lors qu'ils rempliront les conditions de nos process de sélection. »

La société Sebia s'engage à transmettre à l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie une copie de ces courriels dans les quinze jours suivant leur envoi.

- b. Publier dans les Nouvelles Calédoniennes (au sein de sa rubrique annonces légales), dans un délai d'un mois après la notification de la décision de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, le communiqué suivant :

« La société Sebia a mis fin à toute exclusivité pour la distribution de ses produits en Nouvelle-Calédonie. Par conséquent, tout distributeur de dispositifs médicaux de diagnostic in vitro est en mesure, s'il le souhaite et s'il remplit les conditions de distribution requises par la société Sebia, de solliciter Sebia pour devenir distributeur de ses produits en Nouvelle-Calédonie. »

Fait à Lisses, le 6 avril 2022

Jean-Marc CHERMETTE
Président – Directeur Général



**Autorité de la Concurrence de la
Nouvelle-Calédonie
7 Rue du Général GALLIZNI
98800 NOUMEA**

***A l'attention de Madame Virginie
CRAMESNIL de LALEU, Rapporteuse
Générale, et
A l'attention de Mesdames et
Messieurs composant le Collège de
l'Autorité***

Guyancourt, le 17/03/2022

Par courriel (vcramesnildelaleu@autorite-concurrence.nc)

Réf. : N° enregistrement dossier : 19-0014F – N° 2021-CS-94 RG - BAXTER SAS

Objet : Déclaration de non-contestation du grief et proposition d'engagements

Madame la Rapporteuse Générale,
Mesdames et Messieurs composant le Collège de l'Autorité,

Nous vous écrivons dans l'affaire citée à la suite du courrier de notification de griefs en date du 10 janvier 2022, établi par Madame Sylviane Fournier, Rapporteuse Générale Adjoint.

Cette notification a été adressée à la société Baxter SAS (ci-après « **Baxter** ») au titre du grief n° 9. Elle s'inscrit à la suite d'une enquête ouverte en mars 2019 par l'Autorité de la Concurrence de la Nouvelle-Calédonie (sur saisine d'office), dans le secteur de la commercialisation de dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie.

Aux termes du grief n° 9, il est reproché à Baxter d'être l'auteur de pratiques contrevenant aux dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

Aux termes de la présente, et pour des raisons que lui sont propres, Baxter déclare qu'elle renonce à contester le grief n° 9 notifié le 10 janvier 2022, et par conséquent Baxter renonce à formuler quelque contestation que ce soit à ce titre.

En tant que de besoin, Baxter confirme qu'elle ne conteste notamment pas la matérialité des faits, ni leur qualification juridique, ni le territoire des pratiques concernées et qu'elle renonce à contester sa participation aux pratiques telles que retenues dans la notification de grief en date du 10 janvier 2022.

Dans ce cadre et dans un souci d'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés concernés, Baxter souhaite en outre vous soumettre des propositions d'engagements, dont elle vous prie de bien vouloir tenir compte si vous deviez considérer d'éventuelles sanctions pécuniaires à son encontre.

➤ **Engagement n° 1 : La dénonciation auprès de Médi-Services de toute exclusivité**

Baxter s'engage à adresser un courrier à la société Médi-Services dénonçant toute relation d'exclusivité entre les parties selon les termes du projet de courrier figurant en Annexe 1.

Baxter s'engage à y procéder dans les quinze (15) jours de la décision d'acceptation du collège de l'Autorité, avec copie à l'Autorité.

➤ **Engagement n° 2 : Une communication au travers d'un média local**

Afin d'informer d'autres distributeurs locaux qui souhaiteraient distribuer en Nouvelle-Calédonie tout ou partie des dispositifs médicaux commercialisés par Baxter, celle-ci propose de procéder à une communication dans la presse locale.

Cette communication rappellerait également la possibilité offerte, aux établissements de santé calédoniens notamment, d'adresser directement leurs commandes / demandes de prix à Baxter dans le cadre d'un approvisionnement en direct.

A ce titre, Baxter propose que cette communication ait lieu :

- dans *Les Nouvelles Calédoniennes* (dans sa rubrique annonces légales),
- dans le délai d'un (1) mois à compter de la notification de la décision de l'Autorité de la Concurrence,
- dans les termes suivants :

« La société Baxter SAS fournit des médicaments et dispositifs médicaux dont certains sont distribués en Nouvelle Calédonie.

Si vous souhaitez faire partie des distributeurs de Baxter SAS en Nouvelle-Calédonie, vous êtes invités à adresser votre demande au service marchés de Baxter SAS (service_marches@baxter.com) qui vous communiquera le processus à suivre selon les produits concernés.

La société Baxter SAS répond également aux demandes d'approvisionnement en direct qui lui sont adressées. »

➤ **Engagement n° 3 : Proposition à Médi-Services d'un nouveau contrat excluant toute exclusivité**

Baxter s'engage à proposer à Médi-Services la conclusion d'un nouveau contrat de distribution excluant toute exclusivité entre les parties, selon le modèle figurant en Annexe 2.

Ce projet de contrat inclut une interdiction expresse pour la société Médi-Services de se présenter comme un distributeur exclusif de Baxter.

Baxter s'engage à transmettre à Médi-Services cette proposition contractuelle dans les quinze (15) jours de la décision d'acceptation du collège de l'Autorité, avec copie à l'Autorité.

➤ **Engagement n° 4 : Baxter s'engage à proposer le même cadre contractuel – non exclusif – pour la distribution de ses dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie (sous réserve d'évolutions réglementaires et législatives)**

A titre d'information, figure en Annexe 3 un descriptif sommaire de formations requises à ce jour pour les dispositifs médicaux des gammes Acute (soins intensifs) et Hémodialyse chronique.

Nous restons à votre disposition et vous remercions par avance de l'attention que vous porterez à la présente.

Nous vous prions de croire, Madame la Rapporteuse Générale, Mesdames et Messieurs composant le Collège de l'Autorité, à l'expression de notre parfaite considération.



BAXTER SAS
Anne Michel, Présidente

Documents joints :

- Annexe 1 : Projet de courrier à l'attention de la société Médi-Services dénonçant tout accord d'exclusivité
- Annexe 2 : Projet de contrat de distribution non exclusive
- Annexe 3 : Descriptif sommaire de formations requises à ce jour pour les dispositifs médicaux des gammes Acute (soins intensifs) et Hémodialyse chronique

