

Grosses délivrées RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

aux parties le : AU NOM DU PEUPLE

FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 7

ARRÊT DU 18 DÉCEMBRE 2025

(n° 24, 21 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général :22/16187 - N° Portalis 35L7-V-B7G-CGM6L

Décision déférée à la Cour : Décision n° 22-PAC-06 de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie en date du 29 août 2022

REQUÉRANTE :

MEDI-SERVICES S.A.R.L.

Prise en la personne de son gérant, M.[F] [R]

Immatriculée au RCS de [Localité 10] sous le numéro 000 334 276

Ayant son siège social au : [Adresse 5],

[Localité 8] (NOUVELLE-CALÉDONIE)

Élisant domicile au cabinet de l'AARPI TEYTAUD-SALEH

[Adresse 1]

[Localité 4]

Représentée par Me François TEYTAUD de l'AARPI TEYTAUD-SALEH, avocat au barreau de PARIS, toque : J125

Assistée de Maîtres Lena SERSIRON et Céline MOURAUD de l'AARPI BAKER & MCKENZIE, avocat au barreau de PARIS

EN PRÉSENCE DE :

L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE DE NOUVELLE-CALÉDONIE

[Adresse 3]

[Localité 7] (NOUVELLE-CALÉDONIE)

Représentée par Mme [C] [K] [M], disposant d'un mandat

LE PRÉSIDENT DU GOUVERNEMENT DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE

[Adresse 2]

[Localité 6] (NOUVELLE-CALÉDONIE)

Non comparant et non représenté

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 15 mai 2025, en audience publique, et en application des dispositions des articles 22 du code de procédure civile et L. 153-1 3° du code de commerce, en chambre du conseil, devant la Cour composée de :

' Mme Isabelle FENAYROU, présidente de chambre, présidente,

' M. Gildas BARBIER, président de chambre, chargé du rapport,

' Mme Françoise JOLLEC, présidente de chambre,

qui en ont délibéré.

GREFFIER, lors des débats : M. Valentin HALLOT

MINISTÈRE PUBLIC : auquel l'affaire a été communiquée et représenté lors des débats par Mme Jocelyne

AMOUROUX, avocate générale, ARRÊT PUBLIC :

' réputé contradictoire,

' prononcé par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

' signé par Mme Isabelle FENAYROU et par M. Valentin HALLOT, greffier à qui la minute du présent arrêt a été remise par le magistrat signataire.

Vu la décision de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie n° 2022-PAC-06 du 29 août 2022 (rect), relative à des pratiques mises en 'uvre dans le secteur des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie ;

Vu la déclaration de recours formée par la société Médi-Services SARL en date du 29 septembre 2022 ;

Vu la requête aux fins de protection du secret des affaires déposée par la société Médi-Services SARL en date du 29 septembre 2022 ;

Vu les conclusions déposées par la société Médi-Services SARL en date du 28 octobre 2022 ;

Vu la requête aux fins de protection du secret des affaires déposée par la société Médi-Services SARL en date du 28 octobre 2022 ;

Vu les conclusions récapitulatives portant demande de protection du secret des affaires déposées par la société MédiServices SARL en date du 27 mars 2023 ;

Vu les observations de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie en date du 29 novembre 2023 ;

Vu les conclusions n° 2 déposées par la société Médi-Services SARL en date du 20 juin 2024 ;

Vu les observations n° 2 de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie en date du 13 août 2024 ;

Vu l'avis du ministère public du 9 mai 2025 transmis le même jour aux parties ;

Vu la lettre de la société Médi-Services SARL en date du 13 mai 2025 portant dépôt de pièces ;

Les pièces de la procédure ayant été régulièrement transmises par les soins du greffe au président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ;

Après avoir entendu, à l'audience publique du 15 mai 2025, le conseil de la société Médi-Services SARL, qui a été mise en mesure de répliquer, la représentante de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie, ainsi que le ministère public ;

SOMMAIRE

FAITS ET PROCÉDURE

§ 1

I. LA SOCIÉTÉ MEDI-SERVICES, IMPORTATEUR-GROSSISTE

§ 1

II. LES FOURNISSEURS

§ 4

III. LES DIFFÉRENTS CIRCUITS D'IMPORTATION

§ 10

IV. LE MARCHÉ PERTINENT

§ 14

V. LES GRIEFS NOTIFIÉS À LA SOCIÉTÉ MEDI-SERVICES

§ 17

VI. LA DÉCISION ATTAQUÉE

§ 19

VII. LES DEMANDES DE LA SOCIÉTÉ MEDI-SERVICES

§ 24

MOTIVATION

§ 27

I. SUR LE BÉNÉFICE DE L'EXEMPTION

§ 27

II. SUR LA SANCTION

§ 109

A. Sur la sanction infligée par l'Autorité

§ 109

B. Sur la situation financière de Médi-Services

§ 156

C. Conclusion

§ 164

III. SUR LES FRAIS IRRÉPÉTIBLES ET LES DÉPENS

§ 167

PAR CES MOTIFS

§ 169

FAITS ET PROCÉDURE

I. LA SOCIÉTÉ MEDI-SERVICES, IMPORTATEUR-GROSSISTE

1. La société Médi-Services SARL (ci-après, « Médi-Services ») est une société à responsabilité limitée, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Nouméa depuis 1992, qui a pour objet « 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 ».

2. Elle est le deuxième importateur-grossiste le plus important de dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie, représente une quarantaine de fournisseurs médicaux différents et approvisionne des établissements de santé privés et publics. Elle comptait 26 salariés en 2020.

3. Son chiffre d'affaires était de 1.267 milliard de F. CFP en 2020, soit près de 10,7 millions d'euros.

II. LES FOURNISSEURS

4. Les sociétés Medline International France SAS (ci-après, « Medline »), Thermo Fisher Diagnostics SAS (ci-après, « Thermo Fisher Diagnostics »), Médicrea International SAS (ci-après, « Médicréa »), Sebia SA (ci-après, « Sébia ») et Baxter SAS (ci-après, « Baxter »), sont cinq des fournisseurs de Médi-Services.

5. Plusieurs de ces sociétés commercialisent des dispositifs médicaux dits « consommables ».

6. Ainsi, Medline vend des gants, des masques, des trousses, des tuniques. Sebia commercialise, notamment, des produits tels que des lecteurs, des réactifs et des consommables. La société Thermo Fisher Diagnostics vend des produits consommables pour réaliser les diagnostics cliniques et les diagnostics immunologiques.

7. Ces sociétés vendent également, pour certaines d'entre elles, des équipements d'un niveau technologique plus élevé.

8. Ainsi, Médicrea commercialise des implants rachidiens et Baxter des dispositifs de traitement des insuffisances rénales chroniques terminales. Sebia fournit du matériel d'électrophorèse. Il s'agit dans tous ces cas de dispositifs médicaux technologiques et d'équipements lourds.

9. La proportion du chiffre d'affaires que Médi-Services a réalisé en Nouvelle-Calédonie avec les cinq sociétés précitées, en 2017 et 2020, est la suivante :

Fournisseur	CA de Medi-Services lié aux produits du fournisseur en 2017	CA de Medi-Services lié aux produits du fournisseur en 2020
Medline	2,3 %	4,6%
Thermo Fisher Diagnostics	2,6 %	2,8%
Medicrea	2,1 %	1,3 %
Sebia	2,2 %	2,8 %
Baxter	15,1 %	7,2 %
Total	24,5 %	18,7 %

Source : décision attaquée, § 57, 65, 70, 76 et 82

III. LES DIFFÉRENTS CIRCUITS D'IMPORTATION

10. Le recours à des importateurs-grossistes pour satisfaire la demande locale constitue un approvisionnement en « circuit long » ou « intermédiaire ».

11. Les importateurs-grossistes sont en mesure de proposer des services de stockage et après-vente : en ce qui concerne les dispositifs médicaux d'une technicité élevée, ces services après-vente consistent souvent dans un maintien et support technique, fournis par les salariés des importateurs-grossistes ayant reçu une formation spécialisée des fabricants. Le circuit long a acquis une prééminence certaine outre-mer (de façon générale).

12. Il existe deux autres circuits d'approvisionnement : d'une part, le « circuit court », où les établissements de santé s'adressent directement au fabricant ; d'autre part, le « circuit intégré », par lequel les hôpitaux et cliniques s'approvisionnent auprès de centrales d'achat.

13. Environ la moitié des approvisionnements des hôpitaux et cliniques en Nouvelle-Calédonie sont réalisés par l'intermédiaire d'importateurs-grossistes.

IV. LE MARCHÉ PERTINENT

14.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 ».

15.Les dispositifs médicaux ne relèvent pas du secteur pharmaceutique, en sorte que leur achat n'est pas réservé à des professionnels de santé et que tous les produits répondant à la définition de dispositifs médicaux doivent être munis d'un marquage « CE ».

16.La fabrication des dispositifs médicaux commercialisés en Nouvelle-Calédonie est quasiment exclusivement réalisée hors du territoire. Ces produits sont donc importés.

V. LES GRIEFS NOTIFIÉS À LA SOCIÉTÉ MEDI-SERVICES

17.Une notification de griefs simplifiée a été notifiée à la requérante le 10 janvier 2022 (cotes 7813-14). Cinq griefs ont été notifiés à l'intéressée, dans les termes suivants :

« Il est fait grief à la société Médi-Services d'avoir, pour la période du 1er 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.

Il est fait grief à la société Médi-Services d'avoir bénéficié de droits exclusifs d'importation, tels que résultant des accords du 1er 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 1er 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.

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.

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.

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.

Ce[s] pratique[s] [sont] contraire[s] à l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce. ».

18.C'est ainsi la mise en place de plusieurs réseaux parallèles d'importation exclusive qui a été reprochée à la requérante.

VI. LA DÉCISION ATTAQUÉE

19.Par sa décision n° 2022-PAC-06 du 29 août 2022 (rect), relative à des pratiques mises en 'uvre dans le secteur des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie (ci-après, « la décision attaquée »), l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ci-après, « l'Autorité ») a déclaré établi que Médi-Services ainsi que ses cinq fournisseurs précités ont enfreint les dispositions de l'article Lp. 421-2-1 du code de commerce, aux termes desquelles « [s]ont 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'entreprise ».

20.Elle a eu recours à la procédure dite simplifiée (article Lp. 463-3 du code de commerce) et a infligé à Médi-Services une amende de 47 425 000 F.CFP, soit environ 400 000 euros. Elle lui a également ordonné de publier un résumé de la décision.

21.Les cinq fournisseurs n'ont pas contesté les griefs qui leur ont été notifiés, ont pris des engagements qui ont été acceptés par l'Autorité, et n'ont pas contesté les amendes qui leur ont été infligées.

22.Il est ici précisé que l'acronyme « F. CFP » désigne le « Franc des Collectivités Françaises du Pacifique » et que le taux de change retenu par la Cour à la date de la présente décision est de 118.6 francs CFP pour 1 € (ou 8.43 € pour 1000 F.CFP), lorsqu'elle estime utile de mentionner un montant en euros, reprenant sur ce point le taux de change proposé par Médi-Services (conclusions 2, note de bas de page 96).

23.Il est encore précisé que les pratiques d'exclusivité d'importation ne sont interdites que depuis le 21 mars 2014 en Nouvelle-Calédonie.

VII. LES DEMANDES DE LA SOCIÉTÉ MÉDI-SERVICES

24.Aux termes de ses dernières écritures, la requérante demande à la Cour de réformer la décision et statuant à nouveau :

À titre principal, de juger :

' qu'une partie seulement d'une pratique sanctionnée en première instance peut faire l'objet d'une exemption sur le fondement de l'article Lp. 421-4 du code de commerce applicable à la Nouvelle-Calédonie ;

' que les exclusivités stipulées dans les contrats conclus par elle avec Medline, Thermo Fisher Diagnostics, Médicrea, Sebia et Baxter sont exemptées en ce qui concerne les dispositifs médicaux présentant une haute criticité ou technicité ;

À titre subsidiaire et en tout état de cause, de juger que l'amende qui lui a été infligée est disproportionnée au regard de la gravité modérée des pratiques d'exclusivité reprochées ; de l'absence de dommage à l'économie ; des circonstances atténuantes dont elle bénéficie ; de sa situation financière dégradée ;

En conséquence,

' de la condamner à une amende symbolique ;

' d'ordonner le remboursement immédiat à son profit des sommes éventuellement versées au titre du paiement de la sanction qui excéderaient le montant nouvellement fixé par l'arrêt à intervenir ainsi que la capitalisation des intérêts ;

' de condamner l'Autorité au paiement de la somme de 50 000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens.

25. L'Autorité sollicite le rejet des demandes de la requérante et la confirmation de la décision.

26. Le ministère public est du même avis.

MOTIVATION

I. SUR LE BÉNÉFICE DE L'EXEMPTION

27. Dans la décision attaquée (§ 283 à 290), l'Autorité a considéré que Médi-Services ne justifiait pas que les conditions d'exemption prévues à l'article Lp. 421-4 du code de commerce étaient réunies en l'espèce.

28. Elle expose que s'il n'est pas contestable que le circuit intermédiaire puisse contribuer au progrès économique à travers l'ensemble des services rendus par les importateurs-grossistes, en l'espèce, Médi-Services ne démontre pas en quoi le recours à un contrat d'exclusivité est indispensable, du point de vue des fournisseurs comme des utilisateurs finaux, pour que ces services soient rendus. Elle ajoute que la requérante n'a fourni aucun élément de nature à établir que l'exclusivité d'importation serait plus efficace qu'un système d'importation non exclusif pour limiter la hausse des prix de détails. Médi-Services n'a pas non plus démontré d'économies d'échelle.

29. Elle ajoute que Médi-Services ne démontre pas, s'agissant de la formation apportée dans le cas de dispositifs médicaux techniques ou de haute qualité, qu'un autre distributeur ne serait pas en mesure de suivre une telle formation et d'apporter les mêmes garanties de sécurité qu'elle.

30. Elle précise enfin que la concurrence intramarque a été impossible sur les produits commercialisés par les sociétés Thermo Fisher Diagnostics, Médicrea et Sébia, et qu'elle a été extrêmement limitée du fait de l'existence de réseaux parallèles d'exclusivités d'importation.

31. Médi-Services considère, à titre liminaire, que ni l'article Lp. 421-4 du code de commerce, ni son pendant métropolitain, l'article L. 420-4 du même code, ne s'opposent à ce qu'une partie seulement des pratiques sanctionnées puisse faire l'objet d'une exemption, dans la mesure où ces textes prévoient une exemption de l'application du droit de la concurrence aux pratiques répondant aux critères prévus. Corrélativement, ces textes ne prévoient pas que les comportements soient exemptés dans leur « ensemble ». Médi-Services ajoute que la qualification d'une pratique par une autorité de concurrence ne saurait venir limiter le champ de l'exemption, menant justement à l'inapplication du droit de la concurrence.

32. En premier lieu, Médi-Services soutient que les exclusivités ont contribué au progrès économique.

33. Elle expose, d'abord, qu'une partie conséquente des dispositifs médicaux qu'elle distribue sont des dispositifs présentant une haute criticité ou technicité et pouvant s'avérer particulièrement complexes d'utilisation.

34. Il en est ainsi d'une partie importante des dispositifs médicaux fournis par les sociétés Baxter (en rapport avec les soins rénaux), Médicréa (pour le traitement chirurgical des pathologies de la colonne vertébrale), Sebia (pour le dépistage et la surveillance de diverses pathologies) et Thermo Fisher Diagnostics (pour les diagnostics cliniques et immunologiques). Dans tous ces cas, Médi-Services propose aux utilisateurs finals l'appui d'un ingénieur biomédical ou d'un technicien spécialement formé à l'utilisation de ces divers matériels.

35.Au total, 45,5 % des dispositifs médicaux fournis par les quatre fournisseurs précités présentaient une haute criticité ou technicité en 2017, représentant 41 % du chiffre d'affaires de la requérante (calcul fait hors produits fournis par Medline, qui ne satisfont pas au critère de haute technicité).

36.La requérante ajoute, ensuite, que la distribution des produits de haute criticité ou technicité suppose la fourniture de services annexes.

37.Un premier service consiste en une capacité d'expertise, fournie par une équipe de techniciens et d'ingénieurs biomédicaux.

38.Un deuxième service consiste en sa capacité de stockage, appréciée en nombre de produits, en capacité physique d'accueil (surface de 878 m² ; chambre froide), en durée (trois mois de stock), l'ensemble de ces caractéristiques permettant au distributeur d'être réactif et de pallier toute éventuelle rupture de stock tenant à des facteurs multiples (grèves, avaries, péremption), et de dispenser ainsi plusieurs de ses principaux clients de fournir un effort comparable.

39.Un troisième service consiste en la fourniture de services après-vente portant notamment sur la maintenance des dispositifs médicaux et des pièces détachées, ainsi qu'en facilités de paiement au bénéfice des clients finaux.

40.L'ensemble de ces services dépasse ainsi le simple cadre légal calédonien des dispositifs médicaux et constitue un progrès économique pour la collectivité dans son ensemble.

41.En deuxième lieu, Médi-Services expose que les services qu'elle fournit ne seraient pas économiquement viables en l'absence d'exclusivité, compte tenu de l'étroitesse du marché calédonien, qui ne rend pas viable la commercialisation d'une même marque par un nombre important d'acteurs différents. Par ailleurs, la réactivité de la requérante, tenant aux services précités, est la résultante directe des pratiques d'exclusivité.

42.En troisième lieu, la requérante soutient qu'elle a réservé une part équitable du profit aux utilisateurs. À ce titre, elle fait valoir que son service après-vente est une activité coûteuse pour elle, et qu'elle supporte à la place du client final l'avance de trésorerie liée à un stock commandé en métropole, outre les avantages qu'elle accorde en termes de paiement et de facturation (à la livraison, et non à la commande). Elle supporte encore le risque affectant un stock de plusieurs mois à la place de certains clients importants (qui n'ont qu'une semaine de stock). Elle ajoute que plusieurs acteurs majeurs du marché ont constaté une tendance à la baisse des prix. Enfin, le recours à un distributeur exclusif permet de limiter les investissements du fournisseur, et d'assurer un tarif compétitif.

43.Elle récuse la pertinence de la comparaison que fait l'Autorité, selon laquelle il existerait un différentiel de prix de 35 % entre les produits faisant l'objet d'un approvisionnement direct et ceux provenant de Médi-Services (plus

onéreux). La requérante fait valoir que ses prix intègrent le coût des services qu'elle propose (transport, fret, stockage, taxes, etc.).

44. Elle conclut qu'elle a réservé aux utilisateurs une part équitable du profit résultant des exclusivités stipulées.

45. En quatrième lieu, Médi-Services expose que les exclusivités ne lui ont pas permis d'éliminer la concurrence.

46. Elle fait valoir, à titre liminaire, que l'article Lp. 421-4 du code de commerce, devrait faire l'objet d'une interprétation souple, puisque cette disposition n'a pas son pendant en métropole, l'article L. 420-4, III, du code de commerce (issu de la loi dite « Lurel » du 20 novembre 2012) ne prévoyant pas une condition analogue d'exemption relative à l'absence d'élimination de la concurrence.

47. Quoiqu'il en soit, Médi-Services soutient que les exclusivités en cause n'ont en rien affecté la concurrence intramarque. Elle note que les clients finals et les autres distributeurs locaux pouvaient également s'approvisionner auprès de différents fournisseurs et que selon certains acteurs du marché, la concurrence s'est intensifiée sur le marché des dispositifs médicaux.

48. La requérante indique encore que les exclusivités en cause n'ont pas eu pour effet de supprimer une partie substantielle de la concurrence intramarque existant sur le marché, tous ses fournisseurs ayant conservé la capacité de vendre leurs produits directement aux clients finals (et réciproquement).

49. Médi-Services fait valoir, enfin, que le fait qu'il n'existe qu'un seul importateur-grossiste ne résulte pas des exclusivités en cause, mais de la spécificité des dispositifs médicaux et des lourds investissements requis au regard des exigences des fournisseurs et des clients finals.

50. La requérante conclut que les quatre critères cumulatifs de l'article Lp. 421-4, I, du code de commerce, sont satisfaits et que la décision doit être réformée en conséquence.

51. Dans ses observations en réponse, l'Autorité expose, à titre liminaire, que les pratiques d'importation exclusive doivent être considérées dans leur ensemble, et que ce n'est qu'en les considérant ainsi qu'il convient de vérifier si elles satisfont aux conditions posées par l'article Lp. 421-4 du code de commerce, et sont susceptibles d'être éligibles au bénéfice d'une exemption. Il n'y a ainsi pas lieu d'apprécier la pratique à l'aune d'un pourcentage de vente de produits ayant fait l'objet d'une pratique concertée.

52. Elle rappelle que pour chaque fournisseur, un seul contrat englobe l'ensemble des dispositifs médicaux fournis à Médi-Services, qu'il s'agisse de consommables ou de produits de haute technicité ou criticité, et que la requérante, à qui incombe la charge de la preuve, n'établit pas l'existence de contrats distincts, détachables des contrats susmentionnés, concernant les seuls produits présentant un haut degré de technicité ou criticité.

53. À toutes fins, elle précise que les critères posés par ce texte ne sont pas remplis.

54. Elle soutient en premier lieu, s'agissant du critère portant sur une contribution significative au progrès économique, que ce progrès s'apprécie au regard de la collectivité dans son ensemble. L'Autorité note qu'en intégrant dans le calcul les références fournies par la société Medline (des consommables, sans technicité particulière), la part moyenne des dispositifs médicaux concernés par les exclusivités en cause et présentant un haut degré de technicité, est de 37,9 %.

55. Elle précise qu'elle ne conteste pas que le recours au circuit intégré puisse constituer un progrès économique à travers les services associés aux ventes, qui permettent à Médi-Services de garantir une réactivité élevée. Cependant, elle considère que l'avantage allégué relève d'une obligation réglementaire en matière de rappel de dispositifs médicaux defectueux, les distributeurs étant soumis à des obligations de vigilance, et qu'en l'espèce, Médi-Services ne démontre pas en quoi les exclusivités en cause sont de nature à mieux garantir l'objectif de rapidité en cas de rappel.

56. L'Autorité admet qu'une capacité de stockage constitue un avantage, mais ne saurait justifier le verrouillage du marché des dispositifs médicaux, d'autant que la capacité de stockage constituée par Médi-Services s'explique par son obligation contractuelle d'acquérir auprès de ses fournisseurs une quantité minimale de produits, contrepartie des exclusivités consenties, plutôt que par son ambition d'améliorer la qualité des services rendus. L'intérêt d'une capacité importante de stockage doit par ailleurs être relativisé dans le cas des dispositifs médicaux sans technicité particulière (62 % des accords d'importations exclusives).

57. Elle ajoute que la requérante ne démontre pas que sa capacité de stockage constitue un service à forte valeur ajoutée découlant directement des accords exclusifs d'importation, alors que ce service est attendu de tout importateur-grossiste, nonobstant l'existence de clauses d'exclusivité, et que la pluralité de distributeurs d'un même produit permettrait de pallier une capacité de stockage moindre.

58. S'agissant du service après-vente, l'Autorité souligne que Médi-Services n'établit pas que ce service aille au-delà des obligations légales qui lui incombent, de sorte à produire un progrès économique qui ne pourrait subvenir en l'absence d'accord exclusif d'importation, ni qu'il dépasse celui traditionnellement dévolu à un importateur-grossiste.

59. L'Autorité expose en deuxième lieu, s'agissant du critère relatif au caractère indispensable des exclusivités d'importation, qu'il appartient à Médi-Services de démontrer l'efficacité supérieure d'un système d'exclusivité par

rapport à l'absence d'exclusivité, et considère que la circonstance qu'une entreprise voit son chiffre d'affaires baisser durablement dans un secteur ne justifie pas la commission d'une infraction concurrentielle.

60. Elle relève encore qu'il ressort des bilans de Médi-Services (années 2017 à 2020) que les ventes de produits résultant des importations conclues avec les cinq fournisseurs en cause ne représentent que 20 % de son chiffre d'affaires global, en sorte que sa rentabilité ne saurait reposer uniquement sur le bénéfice qu'elle a tiré des exclusivités d'importation poursuivies.

61. En troisième lieu, s'agissant du critère afférent à la part équitable de profit réservée aux utilisateurs, l'Autorité

soutient que Médi-Services commet un amalgame en confondant le profit tiré des exclusivités d'importation conclues, et le profit résultant plus généralement de la distribution de produits via un circuit intermédiaire. Elle considère ainsi que les différents services rendus par Médi-Services (avance de trésorerie, suivi de produits, retraits de lots, gestion de stocks périmés) relèvent de missions classiquement dévolues à un importateur-grossiste. Elle ajoute qu'il convient de relativiser l'importance du service lié au stockage, le CHT (acronyme du Centre Hospitalier Territorial Gaston-[Localité 9]) disposant de ses propres capacités de stockage en matière de biens consommables.

62. Elle indique encore que les baisses de prix dont Médi-Services se prévaut ne sont fondées que sur les déclarations d'un des représentants du CHT, et que celles-ci, replacées dans leur contexte, doivent être relativisées, le CHT ayant en outre indiqué que les prix pratiqués par les importateurs-grossistes étaient « exorbitants ». L'Autorité énumère ainsi des pièces qui font ressortir un différentiel de prix important entre l'approvisionnement en direct et l'approvisionnement via Médi-Services.

63. Elle conclut que les pratiques d'exclusivité ont conduit à verrouiller les prix avec des différentiels importants, en faveur de Médi-Services, mais aussi à empêcher les clients d'accéder à des prix moins élevés soit directement auprès des fournisseurs, soit auprès d'autres importateurs-grossistes.

64. S'agissant, en quatrième lieu, du critère tenant à l'élimination de la concurrence, l'Autorité indique qu'il ne lui appartient pas de prouver que la pratique a eu un objet ou des effets anticoncurrentiels.

65. S'agissant des textes applicables, elle rappelle que le droit calédonien ne connaît pas d'équivalent à l'article L. 420-4, III, du code de commerce métropolitain et qu'elle n'est par conséquent pas tenue d'analyser le bénéfice d'une exemption à l'aune d'un tel article.

66.Cela étant, elle indique que les accords exclusifs d'importation visent, par définition, à annihiler la concurrence intramarque. De tels accords empêchent l'animation de la concurrence sur les marchés intermédiaires, avec pour conséquence que la marge de l'importateur-grossiste, qui s'ajoute à celle du fournisseur, ne peut être réduite par la pression concurrentielle.

67.Elle conteste en outre la possibilité effective des clients finals de procéder à des achats en direct, compte tenu de la teneur des contrats conclus par Médi-Services avec plusieurs de ses fournisseurs et du fait que la requérante se présentait auprès de ses clients comme le distributeur exclusif. Elle ajoute que le CHT n'a par exemple pas pu se fournir directement auprès de Baxter et conclut que la concurrence intramarque n'a pas pu être préservée.

68.L'Autorité considère que les possibilités de contournement des exclusivités apparaissaient d'autant plus limitées que l'approvisionnement en circuit court n'est pas d'usage pour les dispositifs médicaux présentant un haut degré de technicité, lesquels supposent le recours à du personnel formé par les fournisseurs pour assurer notamment la maintenance.

69.Au demeurant, le besoin de formation du personnel ne se justifie pas pour 62 % des dispositifs médicaux distribués par Médi-Services et ayant fait l'objet des pratiques sanctionnées, dès lors qu'ils ne présentent pas de technicité particulière, privant ainsi les clauses d'exclusivité de tout fondement économique.

70.En ce qui concerne la concurrence intermarque, elle expose que celle-ci est limitée par la juxtaposition de réseaux parallèles, qui ont un effet cumulatif. Elle ajoute que la concurrence intermarque est encore limitée par le fait que certains dispositifs médicaux ne sont susceptibles d'être utilisés qu'en association avec d'autres dispositifs de la même marque, comme c'est le cas par exemple en matière de diagnostics in vitro, ce qui accroît la captivité des consommateurs finaux. Il en est de même s'agissant de la distribution des pièces détachées dans le cadre de la maintenance des appareils.

71.Le ministère public indique, dans son avis, que le régime d'exemption prévu à l'article Lp. 421-4 du code de commerce de Nouvelle-Calédonie vise à exempter des pratiques considérées dans leur ensemble, à l'instar de la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence métropolitaine s'agissant de l'article L 420-4, I, 2°, du code de commerce, qui ne fait pas de distinction entre les catégories de produits au sein de la pratique d'exclusivité lors de l'examen des conditions d'exemption.

72.Il ajoute que la requérante n'a pas contesté la délimitation du marché pertinent retenue par l'Autorité, lequel a été 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. Il précise que ces dispositifs médicaux englobent aussi bien des équipements que des consommables. Il conclut que si la requérante souhaitait demander l'exemption sur une partie des produits

composant le marché pertinent, il lui était loisible de contester la définition de celui-ci, afin de pouvoir discuter de la caractérisation de deux pratiques, et en particulier de celle portant sur des produits de haute technicité et criticité.

73.S'agissant de la condition afférente à une contribution significative au progrès économique, le ministère public reconnaît la qualité des services rendus par Médi-Services (service après-vente, capacité de stockage, etc.), mais considère que la requérante n'établit pas que les accords d'exclusivité d'importation accordés étaient nécessaires pour atteindre un objectif de progrès économique, ni en quoi les services fournis seraient la résultante directe de ces accords. Par ailleurs les avantages allégués ne concernent pas les dispositifs médicaux ne représentant pas un haut degré de technicité (62 % des accords en cause).

74.S'agissant de la condition portant sur le caractère indispensable des services fournis par Médi-Services, le ministère public est d'avis que les engagements proposés par les fournisseurs de Médi-Services en cause, mettant fin aux clauses d'exclusivité, démontrent le caractère non indispensable des accords litigieux pour atteindre le progrès économique allégué.

75.S'agissant de la condition concernant l'absence d'élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits concernés, le ministère public considère que sous couvert d'une demande d'interprétation « souple » de l'article

Lp. 421-4 du code de commerce, la requérante conteste l'applicabilité d'une condition légale posée par le législateur calédonien. Le ministère public partage par ailleurs les analyses de l'Autorité concernant les concurrences intramarque et intermarque.

76.Il conclut que les conditions prévues à l'article Lp. 421-4 du code de commerce étant cumulatives, il y a lieu de rejeter le moyen, sans qu'il y ait lieu d'examiner la dernière condition prévue par ce texte (relative à la part équitable de profit réservée aux utilisateurs).

Sur ce, la Cour :

Sur la portée des dispositions de l'article Lp. 421-4, I, 2° du code de commerce

77.L'article Lp. 421-2-1 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie depuis le 21 mars 2014 dispose que :

« [s]ont 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 ».

78.L'article Lp. 421-4, I, 2°, du même code dispose que :

« I. - Ne sont pas soumises aux dispositions des articles Lp. 421-1 et Lp. 421-2-1 les pratiques : ['] ;

2- 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. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production, ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun, ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès. ». 79.S'agissant de l'interprétation combinée de ces deux textes, la Cour considère, en premier lieu, qu'il n'y a pas lieu de faire une lecture « souple » de l'article Lp. 421-4, I, 2° du code de commerce tendant à omettre de prendre en considération la condition tenant à l'absence d'élimination de la concurrence. En effet, cette disposition, qui déroge à un principe de prohibition contenu à l'article Lp. 421-2-1 du même code, ne peut s'entendre que de façon stricte.

80.En second lieu, le renvoi opéré par l'article Lp. 421-4, I, à l'article Lp. 421-2-1 commande, par cohérence, de considérer que les « pratiques » mentionnées à la première phrase du I de l'article Lp. 421-4, I, visent à la fois les « accords » et les « pratiques concertées » mentionnés à l'article Lp. 421-2-1.

81.Il résulte dès lors de la combinaison de ces textes que l'accord ayant pour objet d'accorder des droits exclusifs d'importation n'est prohibé que lorsque son auteur établit, cumulativement, qu'il :

' a pour effet d'assurer un progrès économique ;

' a réservé aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte ;

' n'a pas donné à l'auteur la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause ;

' n'a imposé des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles étaient indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

82.C'est ainsi l'accord en tant que tel ou, le cas échéant, la pratique concertée, qui est susceptible d'exemption, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon la nature des biens qui en sont l'objet.

83.Or, en l'espèce, Médi-Services ne prétend pas que les biens présentant une haute technicité ou criticité auraient fait l'objet de contrats particuliers.

84.Elle n'a pas non plus soutenu que le marché pertinent, support des accords en cause, aurait dû faire l'objet d'une autre délimitation que celle retenue par l'Autorité, à savoir le marché des dispositifs médicaux en Nouvelle-Calédonie.

85.Cette délimitation a fait l'objet de développements dans la notification de griefs, le rapporteur indiquant notamment, citant un avis de l'Autorité de la concurrence métropolitaine, que « au niveau de l'offre de dispositifs médicaux, [...] l'industrie des technologies médicales recouvre une très grande variété de produits ou instruments, aux fonctions extrêmement variées, qui relèvent de secteurs eux-mêmes très diversifiés » (NG, § 223 à 231).

86.La définition de la qualification de « dispositif médical » donnée à l'article Lp. 5211-1 de l'ancien code de la santé publique de Nouvelle-Calédonie a par ailleurs été systématiquement mise dans le débat au cours de chacune des auditions auxquelles les services de l'instruction ont procédé.

87.Cette définition est celle-ci : « 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 ».

88.Médi-Services a elle-même confirmé le bien-fondé de cette définition lors de son audition du 21 mars 2019 (cote 2881).

89.L'argumentation de la requérante portant sur la délimitation au sein d'accords d'exclusivité de biens susceptibles de justifier une mesure d'exemption ne saurait dès lors être admise. Médi-Services ne sollicitant pas, par ailleurs, le bénéfice de l'exemption au titre de l'ensemble des produits couverts par les accords en cause, le moyen pris dans son ensemble, tendant au bénéfice d'une mesure d'exemption, ne saurait prospérer.

90.Pour autant, la Cour appréciera, à titre surabondant, si Médi-Services établit que les accords en cause satisfont aux conditions énumérées à l'article Lp. 421-4, I, 2°, précité.

91.S'agissant de la justification de ce que les accords en cause ont pour effet d'assurer un progrès économique et s'agissant du caractère indispensable de ces accords, la Cour considère que le progrès économique, au sens de l'article Lp. 421-4, I, 2° du code de commerce, s'entend d'un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non simplement d'une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises concernées.

92.Médi-Services se prévaut à l'appui de son argumentation de différents services qu'elle rend à la collectivité.

93.S'agissant de sa capacité de stockage, Médi-Services a indiqué dans son audition du 21 mars 2019 (cote 2881) qu'elle était de 2000 m² d'entrepôts et 15 000 références, et dans ses écritures (§ 60) qu'elle était de 878 m², outre une chambre froide de 20 m³. Elle a indiqué pouvoir répondre aux besoins des hôpitaux pendant trois mois.

94.Une telle capacité permet d'assurer la continuité de l'approvisionnement d'hôpitaux qui eux-mêmes ne disposent pas d'une capacité de stockage suffisante (cf. auditions du CHT du 27 février 2009, cote 803 ; questionnaire du CHN ' acronyme du Centre Hospitalier du Nord ' du 19 avril 2019, cote 2830 ; questionnaire de la clinique Kuindo-Magnin du 10 mai 2019, cote 2376). La capacité de stockage de Médi-Services est reconnue comme un atout par les centres hospitaliers.

95.Le service consistant en l'expertise technique apportée par un ingénieur biomédical ou par un technicien spécialement formé à l'utilisation des matériels les plus techniques, est également très apprécié des centres hospitaliers (pour le CHT, cote 803 : « la capacité à former les équipes est une valeur ajoutée » ; pour le CHN, cotes 2829 et 2830).

96.La combinaison de ces deux services garantit en outre une réactivité particulière, par exemple en cas de nécessité de retrait, également valorisée par les centres hospitaliers.

97.Le troisième service dont Médi-Services se prévaut consiste en la fourniture de services après-vente portant notamment sur la maintenance des dispositifs médicaux et les pièces détachées, ainsi qu'en facilités de paiement.

98.Il n'est pas contesté que les centres hospitaliers « évite[nt] l'avance de trésorerie d'un stock commandé en métropole » (Clinique Kuindo-Magnin, cote 2376), Médi-Services facturant ses clients à la livraison. En outre, les délais

de paiement de certains centres hospitaliers sont particulièrement longs (ainsi, moyenne de 300 jours pour le CHT, pièce 9 du dossier de Médi-Services).

99.Il n'est pas non plus contesté que Médi-Services fournit les pièces détachées nécessaires aux dispositifs médicaux les plus techniques. Sur ce point, la clinique Kuindo-Magnin indique par exemple (questionnaire du 10 mai 2019, précité, cote 2376) que « les DMS [dispositifs médicaux stériles] distribués sont très techniques et font partie d'un appareil sophistiqué nécessitant du SAV et maintenance de la part des techniciens dédiés de l'importateur-grossiste. Dans ce cas, le rôle du grossiste importateur est pleinement justifié ».

100.L'ensemble de ces divers services apportent, globalement, un progrès économique et apparaissent comme la justification de l'existence du circuit intermédiaire, à côté des autres circuits possibles, court ou intégré. Sur ce point, la Cour se réfère aux passages des auditions du CHT précitée (cote 803) et de la clinique Kuindo-Mignard (cote 2375), où ces centres précisent, de façon globale, ce qu'ils exigent d'un importateur-grossiste, à savoir, essentiellement, un stock suffisant et une capacité d'expertise et de suivi.

101.En contrepartie de ces services, les prix proposés par l'importateur-grossiste sont plus élevés que ceux qui sont susceptibles d'être obtenus dans le cadre d'achats en direct ou auprès de centrales. Ce fait est admis, et parfois dénoncé, par les centres hospitaliers. La clinique Kuindo-Magnin apprécie ainsi le prix proposé par le distributeur local en fonction du « prix HT métropole + csg + frais de transitaire + frais de gestion + frais de stockage + 10 % » (cote 2375). MédiServices indique elle-même qu'elle supporte les frais de fret maritime ou aérien, des frais d'assurance, de débarquement et de transport, ainsi que les frais liés aux droits et taxes, auxquels s'ajoutent les frais de stockage. Ces frais, comme elle le reconnaît, sont « nécessairement supportés par le client final » (conclusions, § 111).

102.Pour autant, rien n'indique que ces services, pour utiles qu'ils soient, et s'ils justifient pleinement l'existence du circuit intermédiaire, soient la conséquence de l'existence de clauses d'exclusivité d'importation. Sur ce point précis, MédiServices n'apporte pas d'élément probant.

103.En sens contraire, elle a indiqué, lors de son audition du 21 mars 2019 (cote 2888), qu'elle n'est « jamais en demande d'exclusivité » et a réitéré ces explications dans ses conclusions (§ 191). Elle précise en outre dans cette même audition qu'il peut exister des exclusivités de fait, tenant par exemple au choix par le fournisseur de tel distributeur, à l'investissement dans la formation que le fournisseur consent, et qui amène ce dernier à capitaliser sur la relation.

104.Il se déduit de ces développements que la pérennité de son modèle économique ne dépend pas de l'existence de ces clauses d'exclusivité.

105. Il résulte de l'ensemble de ces considérations que les accords d'exclusivité d'importation ne peuvent être regardés, en eux-mêmes, comme ayant eu pour effet d'assurer un progrès économique.

106. Il s'ensuit que les restrictions à la concurrence qui sont susceptibles de résulter de ces accords, a minima s'agissant de la concurrence intramarque, ne sauraient être regardées comme indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

107. Il résulte de ces développements que la requérante n'établit pas que les conditions lui permettant de bénéficier de l'exemption prévue par l'article Lp. 421-4, I, 2° du code de commerce sont réunies.

108. Le moyen sera rejeté.

II. SUR LA SANCTION

A. Sur la sanction infligée par l'Autorité

109. Dans la décision attaquée (§ 305 et suivants), l'Autorité indique, s'agissant de la gravité des pratiques, que si l'infraction en cause a, en elle-même, un impact négatif sur la concurrence intramarque et empêche l'animation de la concurrence sur les marchés intermédiaires, cette pratique ne saurait revêtir le même caractère de gravité que les ententes et abus de position dominante.

110. Elle relève cependant que le secteur ayant donné lieu aux pratiques d'exclusivité d'importation est celui de la santé publique, et qu'à ce titre les pratiques en cause doivent être considérées comme graves. Elle précise que le coût des dispositifs médicaux pèse sur l'équilibre du régime d'assurance maladie et sont supportés par l'ensemble des contribuables calédoniens. Elle ajoute que dans le contexte d'une concurrence structurellement faible, s'agissant de produits techniques, toute pratique ayant pour objet ou pour effet de restreindre encore la concurrence est grave.

111. Elle indique enfin tenir compte au stade de l'appréciation du montant de la sanction pécuniaire, de la durée de chaque exclusivité d'importation.

112.S'agissant du dommage à l'économie, l'Autorité indique que 50 % des approvisionnements des hôpitaux et cliniques sont réalisés par l'intermédiaire d'importateurs-grossistes. Elle considère que Thermo Fisher Diagnostics, Médicréa et Sébia n'ayant procédé à aucune vente directe pendant la période d'exclusivité accordée à Médi-Services, celle-ci s'est trouvée en situation de monopole de distribution et en capacité de faire les prix. Elle relève l'écart de prix important, jusqu'à 35 %, entre les prix pratiqués par Médi-Services et ceux permis par l'approvisionnement en direct. Elle conclut que le dommage à l'économie est avéré mais est demeuré néanmoins contenu.

113.S'agissant de l'individualisation de la sanction, l'Autorité indique tenir compte de la taille, de la puissance économique et des ressources des entreprises en cause. S'agissant de Médi-Services, elle relève qu'il s'agit d'une entreprise de taille moyenne, mais également du deuxième importateur-grossiste le plus important en termes de chiffre d'affaires réalisé dans le secteur en cause. Elle ajoute que du fait de la superposition de cinq accords, elle a bénéficié d'une situation de monopole sur les marques des produits concernés. Elle retient cependant que Médi-Services a disposé d'un faible pouvoir de négociation et a entamé une démarche de mise en conformité spontanée.

114.Elle précise que dans le cas de Médi-Services, le chiffre d'affaires le plus élevé réalisé en Nouvelle-Calédonie au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédent celui au cours duquel les pratiques ont été mises en 'uvre est de 1 355 000 000 F.CFP, en 2017, et que le montant maximal de la sanction qu'elle encourrait était de 67 750 000 F.CFP.

115.Médi-Services fait valoir que la sanction qui a été prononcée contre elle, 47 425 000 F.CFP, est totalement démesurée.

116.S'agissant de la gravité des pratiques, elle indique que les exclusivités octroyées sont d'une gravité très modérée.

117.Outre que la pratique d'exclusivité d'importation ne saurait revêtir le même caractère de gravité que les ententes ou les abus de position dominante, elle observe, se référant à la suppression de la prohibition de cette pratique en Polynésie française, qu'elle peut être bénéfique aux consommateurs (stimulation de la concurrence intermarque, effets d'efficacité en matière d'organisation de la logistique et d'obtention de prix de gros).

118.Elle soutient ainsi que les schémas d'exclusivité stipulés ont pour objet de garantir la qualité de la distribution des dispositifs médicaux et, partant, de contribuer à la qualité des soins de santé. Elle rappelle la valeur des services associés qu'elle rend (stockage, expertise). Elle conteste toute responsabilité dans la dégradation des comptes sociaux de la Nouvelle-Calédonie et relève que les opérateurs majeurs ont mentionné une tendance à la baisse des prix pratiqués par les importateurs-grossistes.

119.Médi-Services indique que la pratique n'a donné lieu à aucune dissimulation et qu'elle s'est spontanément mise en conformité.

120. Elle soutient encore que dans le cas de Baxter, la durée retenue (du 21 mars 2014, date de l'entrée en vigueur de la prohibition, au 10 janvier 2022, date de la notification de grief, soit 7 ans et demi) doit être ramenée à 2 ans et demi. Elle considère en effet que l'exclusivité consentie a pris fin en septembre 2016, lors du rachat par Baxter de la société Hospital, qui avait rédigé le contrat de 1986 qui contenait la clause litigieuse.

121. S'agissant du dommage à l'économie, Médi-Services soutient que la pratique incriminée n'a pas affecté la concurrence.

122. Elle explique que les exclusivités en cause n'ont pas eu de conséquences sur la concurrence intramarque ou intermarque, qu'elles n'ont en rien affecté l'existence d'entreprises ou de produits concurrents, que certains fournisseurs ont procédé à des ventes directes (Baxter, Medline) tandis que d'autres n'ont reçu aucune demande en ce sens (Médicréa, Sébia), et que ce sont les lourds investissements propres à la distribution des dispositifs médicaux qui conduisent à limiter le nombre des distributeurs, et non pas les exclusivités stipulées dans les contrats. Elle conclut que les pratiques en cause n'ont pas eu de conséquences structurelles sur l'économie.

123. Elle conteste encore que les prix qu'elle pratique puissent faire l'objet d'une comparaison pertinente avec les prix obtenus dans le cadre du circuit direct, puisque les services associés ne sont pas les mêmes (stockage, transport, facilités de trésorerie). La pratique incriminée n'a donc pas affecté les prix du marché.

124. Médi-Services reproche encore à l'Autorité de ne pas avoir pris en compte les circonstances atténuantes qui lui sont propres.

125. Elle rappelle ainsi sa volonté de mettre fin aux exclusivités incriminées, outre qu'elle n'a jamais été à l'origine de la contractualisation de ses relations avec ses fournisseurs et ne disposait que d'un faible pouvoir de négociation.

126. Elle expose encore qu'elle présente le caractère d'une entreprise mono-produit, la vente de dispositifs médicaux représentant plus de 90 % de son chiffre d'affaires, et que cette considération aurait dû conduire l'Autorité à réduire le montant de l'amende. Elle considère que l'amende devrait être réduite de 70 % et ne pas dépasser 14 227 000 F.CFP, à l'exemple de plusieurs décisions de l'Autorité de la concurrence métropolitaine, et ce avant même de tenir compte de sa capacité contributive.

127. Elle conclut que la sanction prononcée contre elle est injustifiée et démesurée.

128.Dans ses observations en réponse, l'Autorité expose, s'agissant de la gravité des pratiques, qu'elles sont intervenues sur des marchés concernant la santé publique, et doivent donc être considérées comme graves. Elle ajoute que les dispositifs médicaux ayant fait l'objet des exclusivités sont des produits présentant une importance particulière pour les consommateurs finaux. Elle indique encore que les consommateurs d'Outre-Mer, qui sont en fin de compte les personnes lésées, sont captifs du fait de l'éloignement, et disposent d'un pouvoir d'achat moindre qu'en métropole. Le préjudice ainsi causé se retrouve dans les comptes sociaux de l'île, d'autant que les pratiques ont perduré pendant la crise sanitaire.

129.Se référant à divers indices, elle conteste que la durée des pratiques ait lieu d'être réduite dans le cas de l'accord entre Médi-Services et Baxter.

130.S'agissant du dommage à l'économie, l'Autorité rappelle que Médi-Services a disposé d'une situation monopolistique, que les pratiques ont porté atteinte à la concurrence intramarque en ce qu'elles ont conduit à entraver le développement d'importateurs-grossistes concurrents et à empêcher les clients finaux de faire jouer la concurrence entre grossistes, dans un contexte où les possibilités de contournement des exclusivités sont limitées. Elle indique encore que ces exclusivités ont eu des répercussions sur les prix (écart de prix jusqu'à 35 %).

131.S'agissant de la situation particulière et financière de Médi-Services, l'Autorité récuse toute obligation d'avoir à tenir compte du caractère d'entreprise mono-produit de la requérante, cette notion ne figurant que dans le « communiqué sanction » de l'Autorité métropolitaine, et n'étant pas applicable en Nouvelle-Calédonie.

132.L'Autorité rappelle que Médi-Services a consenti à l'infraction sans y être contrainte et a mené des actions positives pour affirmer sa position de distributeur exclusif auprès de certains clients.

133.Elle expose enfin que la sanction financière équivaut à 3,5 % du chiffre d'affaires de Médi-Services et qu'elle a tenu compte de ce que la requérante n'avait pas sollicité le bénéfice de la procédure de non-contestation des griefs, contrairement à ses fournisseurs, pour lesquels la sanction maximale encourue était de 2,5 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxe de référence. Elle en conclut que la requérante ne pouvait pas se voir appliquer une sanction en proportion inférieure à celle des cinq fournisseurs qui ont renoncé à contester les griefs reprochés.

134.Dans son avis, le ministère public partage en tous points les analyses de l'Autorité et ajoute que Médi-Services n'a pas demandé de sursis à exécution de la décision. Il conclut au rejet de la demande.

Sur ce, la Cour :

135.L'article Lp. 464-2 du code de commerce disposait, dans sa version applicable en l'espèce, que :

« [l'] 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 précédent celui au cours duquel les pratiques ont été mises en 'uvre. 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 ».

136.En application de l'article Lp. 463-3 du code de commerce, lorsque, comme en l'espèce, il est fait recours à la procédure simplifiée, le montant de la sanction ne peut être supérieur à 89, 55 millions de F.CFP.

137.Le 3ème alinéa du I de l'article Lp. 464-2 du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie prévoit que :

« [les] sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée 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 ».

138.Par ailleurs, l'Autorité n'a pas établi de « communiqué sanction » sur le modèle de l'Autorité métropolitaine.

139.La décision indique dans son dispositif, s'agissant de Médi-Services, que le chiffre d'affaires de référence qui doit être pris en compte est 1 355 000 000 F.CFP (2017) et que le montant maximal de la sanction pécuniaire encourue est de 67 750 000 F.CFP. La sanction prononcée a été de 47 425 000 F.CFP, ce qui représente 70 % du montant maximal de l'amende encourue.

Sur la gravité des pratiques reprochées

140.La Cour relève que le fait que les accords d'exclusivité d'importation en cause soient intervenus sur le marché des dispositifs médicaux, qui dépend du secteur de la santé publique, implique une certaine gravité, les biens en rapport avec les soins de santé étant indispensables au bien-être de la population.

141.S'agissant de la durée de la pratique d'exclusivité liant Médi-Services et Baxter, la Cour relève que dans l'attestation précitée du 30 mars 2018, donc postérieurement à l'absorption de la société Hospital par Baxter, Médi-Services se présentait comme le distributeur exclusif de Baxter. Il en résulte que les parties au contrat de 1986, et celles qui leur ont succédé, ont entendu poursuivre l'exécution de la clause d'exclusivité qu'il contenait. Il n'y a dès lors pas lieu de remettre en cause la durée de six ans et demi retenue par l'Autorité.

142.La Cour ne saurait admettre l'argumentation de Médi-Services selon laquelle les accords d'exclusivité, en raison des services rendus (stockage, expertise, facilités financières, etc.), seraient bénéfiques. Sur ce point, la Cour renvoie à ses précédents développements (cf. § 102 et suivants).

143.La discussion des parties portant sur la dégradation des comptes sociaux de la Nouvelle-Calédonie et d'une tendance à la baisse des prix pratiqués par les importateurs-grossistes, relève de l'appréciation du dommage à l'économie.

144.Il reste que la Cour considère que la pratique d'exclusivité d'importation ne saurait revêtir le même caractère de gravité que les ententes ou les abus de position dominante et relève que la pratique n'a donné lieu à aucune dissimulation de la part de Médi-Services, laquelle s'est spontanément mise en conformité avant l'issue de la procédure devant l'Autorité.

145.Il résulte de ces développements que la gravité de la pratique reprochée, avérée dans son principe, est demeurée relative.

Sur le dommage à l'économie

146.Les clauses d'exclusivité d'importation en cause ont restreint la concurrence intramarque entre les importateursgrossistes et ce faisant, ont nécessairement eu pour effet de dresser des barrières à l'entrée d'éventuels nouveaux entrants ou, à tout le moins, de renforcer les exclusivités de fait susceptibles de résulter du caractère très technique de certains dispositifs médicaux.

147.Le recours à ces accords ayant été généralisé, comme l'attestation produite par Médi-Services (précitée, cote 788) en constitue une preuve patente, la pratique en cause ne peut être regardée comme n'ayant pu avoir de conséquences sur l'économie de la Nouvelle-Calédonie.

148.Ainsi, dans le cas des dispositifs médicaux présentant une haute technicité et nécessitant une expertise particulière, impliquant des investissements lourds et la fourniture de pièces de rechange, les exclusivités contractuelles, venant redoubler dans certains cas des exclusivités de fait, ont permis la consolidation, voire la constitution, de situations de monopole au profit des importateurs-grossistes, dont Médi-Services.

149.Il résulte cependant des pièces du dossier que le circuit intermédiaire n'a pas évincé les deux autres circuits (court, intégré). La décision attaquée indique ainsi qu'environ 50 % des approvisionnements des hôpitaux et cliniques sont réalisés par l'intermédiaire d'importateurs-grossistes (§ 319). Il s'avère que les principaux clients de Médi-Services ont conservé une possibilité partielle de recourir à ces autres circuits pour se fournir en certains dispositifs médicaux ne présentant pas les mêmes caractéristiques que les précédents (ainsi, audition précitée du CHT, cotes 804 et 805 ; questionnaire de l'ATIR, cote 2822 ; questionnaire du CHN, cote 2829).

150.Dans un courriel du 24 avril 2019 adressé aux services d'instruction de l'Autorité (courriel figurant à la cote 1769), le CHT a indiqué : « [...] 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 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. ». L'Autorité mentionne ce différentiel de 35 % dans ses observations et retient un certain lien de causalité entre ces niveaux de prix et l'état dégradé des comptes sociaux de la Nouvelle-Calédonie.

151.Il convient cependant de comparer les prix sur des bases homogènes. Comme la Cour l'a indiqué (cf. § 101 du présent arrêt), les prix pratiqués sur le circuit intermédiaire sont nécessairement plus élevés que dans le cas des autres circuits. Faute d'autres éléments d'explication, que le dossier ne comporte pas, le différentiel invoqué ne permet pas de conclure à sa nocivité avérée. Sur un plan qualitatif, la Cour observe qu'il ressort des différentes auditions des centres hospitaliers que les prix pratiqués par Médi-Services sont ressentis comme élevés, voire « exorbitants ». Ainsi, le CHT a indiqué que les prix pratiqués pouvaient être « exorbitants » (CHT, cote 804 : « quand les acheteurs du CHT leur font remarquer le caractère exorbitant de certains prix, il arrive que certains importateurs-grossistes les baissent » ; cote 807 : « À la suite de la réponse du fabricant, nous avons été contraints de nous approvisionner auprès de la société MediServices à un prix exorbitant »). Le CHN relève également, au titre des difficultés avec les importateurs-grossistes, « des prix élevés » (cote 2830).

152.Il résulte de ces développements que la Cour partage l'analyse de l'Autorité selon laquelle le dommage à l'économie peut être regardé comme avéré mais contenu.

Sur la situation particulière de Médi-Services

153.S'agissant du caractère mono-produit de la requérante, la Cour indique que l'Autorité n'était nullement tenue de se livrer à une discussion sur ce point, cette notion ne figurant pas dans les dispositions législatives applicables en

Nouvelle-Calédonie et le « communiqué sanction » de l'Autorité de la concurrence métropolitaine, qui y fait référence, ne lui étant pas opposable.

154. S'agissant du comportement de Médi-Services, la Cour relève que, si cette société ne s'est pas opposée à la mise en œuvre des clauses d'exclusivité, elle n'était cependant pas à l'origine de leur introduction dans les contrats qui la liaient à ses fournisseurs, et a entendu mettre fin à ces exclusivités dès que l'Autorité a engagé la procédure. Enfin elle ne disposait que d'un faible pouvoir de négociation.

155. Il y a lieu de tenir compte de ces circonstances dans l'appréciation de la sanction.

B. Sur la situation financière de Médi-Services

156. Médi-Services soutient que l'amende prononcée est disproportionnée au regard de sa situation financière.

157. Elle indique que sa situation financière s'est dégradée en 2024 en raison des troubles qui ont agité la Nouvelle-Calédonie, son chiffre d'affaires ayant connu une forte baisse. Elle explique que sa rentabilité s'est également dégradée.

Elle signale de fortes charges d'exploitation (stocks importants) et une dégradation des délais d'encaissement (le CHT, client important, réglant ses fournitures dans un délai moyen de plus de 270 jours). Dans ce contexte, elle indique que la sanction obère sa capacité à générer des ressources. Enfin elle expose que sa trésorerie s'est dégradée au cours de l'année 2022.

158. L'Autorité fait valoir que Médi-Services ne produit pas de documentation postérieure à 2022, à l'exception d'un rapport d'analyse sur sa capacité contributive, et qu'elle dispose d'une forte capacité d'autofinancement. Elle indique encore que les conséquences des troubles de l'année 2024 ne sont pas encore connus. Enfin, elle relève que le niveau de trésorerie de Médi-Services a toujours été relativement bas.

159. L'Autorité considère, en outre, qu'il ne ressort pas des pièces produites par Médi-Services que sa situation financière soit dégradée, son résultat net annuel étant bénéficiaire pour l'exercice de 2021. Elle rappelle que la solvabilité des hôpitaux ne fait aucun doute et qu'il reste loisible à Médi-Services de solliciter des délais de paiement.

Sur ce, la Cour :

160.À titre préliminaire, il y a lieu de préciser qu'au cours de l'audience, la requérante a indiqué renoncer à ses demandes relatives au secret des affaires, se bornant à solliciter de la Cour qu'elle n'y porte pas atteinte dans la motivation du présent arrêt, s'agissant en particulier des éléments afférents à ses capacités contributives.

161.Par note en délibéré, autorisée par la Cour lors de l'audience, Médi-Services a communiqué des éléments relatifs à sa situation financière actuelle. L'Autorité a également communiqué, par note en délibéré, certains éléments d'analyse de la situation de la requérante, à la demande de la Cour.

162.Il résulte de l'ensemble de ces éléments que la requérante a connu entre 2022 et 2024 une légère baisse de son chiffre d'affaire et un accroissement de son besoin de financement ; que si elle présente, sur cette période, une certaine vulnérabilité aux chocs en raison de la relative faiblesse de sa trésorerie (peu de liquidités, stocks importants) et un niveau d'endettement élevé, la société se désendette progressivement. La Cour relève enfin une augmentation sensible du résultat net en 2023 et sa relative stabilisation en 2024.

163.Il s'ensuit que Médi-Services n'apporte pas la preuve qui lui incombe d'une situation financière obérée. Il y a donc lieu de rejeter sa demande tendant à la réduction de la sanction à ce titre.

C. Conclusion

164.La Cour indique qu'une société qui contesterait les griefs à elle notifiés ne saurait par principe se voir infliger une sanction d'au moins 2,5 % de son chiffre d'affaires de référence au motif que d'autres sociétés poursuivies auraient quant à elles accepté de ne pas contester les griefs qui les concernent. En effet une telle position pourrait aboutir à des sanctions disproportionnées au regard des différents critères énumérés au 3ème alinéa du I de l'article Lp. 464-2 du code de commerce (précité).

165.En l'espèce, il résulte de l'ensemble de ce qui précède qu'il y a lieu de considérer comme disproportionnée une sanction représentant 70 % de l'amende maximale encourue (5 % du chiffre d'affaires de référence), alors que la gravité de la pratique est demeurée relative, que le dommage à l'économie est demeuré contenu et qu'il existe des circonstances atténuantes propres à la requérante.

166.La décision attaquée sera réformée en conséquence et la sanction ramenée à 35 000 000 F.CFP (soit environ 295 000 euros).

III. SUR LES FRAIS IRRÉPÉTIBLES ET LES DÉPENS

167. Il n'y a pas lieu, en l'espèce, d'allouer de sommes à Médi-Services sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

168. La capitalisation des intérêts sera ordonnée au bénéfice de la société Médi-Services dans les conditions de l'article 1343-2 du code civil.

169. Chaque partie conservera la charge des dépens par elle exposés.

PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant publiquement,

DONNE ACTE à la société Médi-Services SARL de ce qu'elle a retiré ses requêtes aux fins de protection du secret des affaires ;

REJETTE la demande d'exemption de la société Médi-Services SARL portant sur les dispositifs médicaux présentant une haute criticité ou technicité ;

REFORME l'article 3 de la décision en ce qu'il inflige à la société Médi-Services SARL une sanction de 47 425 000 F.CFP ;

Statuant à nouveau :

INFLIGE à la société Médi-Services SARL une sanction de 35 000 000 F.CFP ;

RAPPELLE que le présent arrêt constitue le titre ouvrant droit à restitution des sommes versées en exécution de la décision réformée, assorties des intérêts au taux légal à compter de sa notification ;

ORDONNE au bénéfice de la société Médi-Services SARL la capitalisation des intérêts dans les conditions de l'article 1343-2 du code civil ;

REJETTE la demande de la société Médi-Services SARL fondée sur l'article 700 du code de procédure civile ;

DIT que chaque partie conservera la charge des dépens par elle exposés.

LE GREFFIER,

Valentin HALLOT

LA PRÉSIDENTE,

