

Décision n°2020-MC-06

du 17 décembre 2020

concernant une demande à voir prononcer des mesures conservatoires
à l'encontre du

Laboratoire National de Santé

Version unique

Le président du Conseil de la concurrence ;

Vu la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence ;

Vu la demande de mesures conservatoires en date du 14 septembre 2020, introduite par M^e Lydie Lorang, en représentation de Bionext S.A. ;

Vu les observations présentées oralement le 1^{er} octobre 2020 par les représentants de Bionext S.A. et les documents remis à cette même date ;

Vu les observations présentées oralement en date du 9 novembre 2020 par les représentants du Laboratoire National de Santé et du Ministère de la santé et les documents remis à cette même date ;

Vu les pièces du dossier ;

Considérant ce qui suit :

Table des matières

| | | |
|------|--|----|
| I. | Rappel de la procédure | 4 |
| II. | Entreprises concernées | 5 |
| III. | Pratiques dénoncées par le plaignant..... | 5 |
| IV. | Appréciation du bien-fondé de la demande de mesures conservatoires | 6 |
| A. | Cadre juridique | 6 |
| B. | Analyse des conditions relatives à l’adoption de mesures conservatoires | 8 |
| 1. | Les pratiques relatives au marché de la prestation d’analyses de biologie médicale .. | 9 |
| a. | Définition de marché | 9 |
| i. | Marché de services | 9 |
| ii. | Marché géographique | 11 |
| b. | Position dominante | 11 |
| i. | Entreprises sur le marché..... | 11 |
| ii. | Position des entreprises sur le marché | 13 |
| c. | Pratiques abusives..... | 15 |
| i. | Octroi d’avantages et de monopoles par la puissance publique..... | 15 |
| ii. | Politique de débauchage massif | 18 |
| iii. | Subventions croisées | 19 |
| d. | Conclusion sur les pratiques mises en œuvre sur le marché de la prestation d’analyses de biologie médicale | 22 |
| 2. | Les pratiques relatives au marché de l’approvisionnement en équipements, réactifs et consommables de biologie..... | 23 |
| a. | Définition de marché | 23 |
| i. | Marché de produits..... | 23 |
| ii. | Marché géographique | 26 |
| b. | Position dominante | 27 |
| i. | Marché des réactifs pour le système Seegene..... | 27 |
| ii. | Marché des kits de prélèvement..... | 28 |
| c. | Pratiques abusives..... | 29 |
| i. | Marché des réactifs pour le système Seegene..... | 29 |
| ii. | Marché des kits de prélèvement..... | 33 |
| d. | Conclusion sur les pratiques mises en œuvre sur le marché de l’approvisionnement en équipements, réactifs et consommables de biologie. | 34 |
| | Article unique | 35 |

I. Rappel de la procédure

1. Par courrier du 14 septembre 2020, reçu en date du 15 septembre 2020, M^e Lydie Lorang a saisi le Conseil de la concurrence (ci-après : « le Conseil ») pour le compte de la société Bionext S.A. (ci-après : « Bionext » ou « le plaignant ») d'une plainte assortie d'une demande de mesures conservatoires à l'encontre du Laboratoire National de Santé (ci-après : le « LNS ») sur base des articles 10 et 12 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après : la « loi relative à la concurrence »). La plainte et la demande de mesures conservatoires visent les comportements prétendument anticoncurrentiels du LNS, dans le cadre de la crise sanitaire de la COVID-19.
2. Selon le plaignant, le LNS aurait commis des pratiques constituant en des abus de position dominante, interdites par les articles 5 de la loi relative à la concurrence et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : « TFUE »). Le LNS aurait également bénéficié de mesures étatiques contraires à l'application combinée des articles 102 et 106, paragraphe 1^{er}, du TFUE.
3. En complément des demandes au fond, le plaignant demande à titre conservatoire :
 - la cessation de toute intervention du LNS sur le marché concurrentiel ;
 - la publication par le LNS d'une comptabilité analytique distinguant les éléments économiques et financiers relatifs à ses activités soumises au monopole légal d'analyses génétiques et anatomopathologiques, d'un côté, et ses activités sur le marché concurrentiel, d'un autre côté ;
 - la fixation d'une astreinte¹.
4. En date du 1er octobre 2020, les représentants de Bionext ont été entendus par le Président du Conseil. Cette réunion et les échanges subséquents ont été consignés par procès-verbal².
5. En date du 9 novembre 2020, des représentants du LNS et du ministère de la Santé ont été entendus par le Président du Conseil. Cette réunion et les échanges subséquents ont été consignés par procès-verbal³.

¹ Plainte du 14 septembre 2020, page 26.

² Procès-verbal du 1er octobre 2020 et commentaires additionnels de Bionext S.A. du 12 octobre 2020 (ci-après : « Procès-verbal de l'audition de Bionext »).

³ Procès-verbal du 09 novembre 2020 et commentaires additionnels du Laboratoire National de Santé le 24 novembre 2020 (ci-après : « Procès-verbal de l'audition du LNS »).

II. Entreprises concernées

Le plaignant

6. Le plaignant est la société anonyme Bionext, dont le siège social est établi au 2-4 rue du Château d'Eau, L-3364 Leudelage. Son numéro d'immatriculation est le B140641. L'objet social de Bionext est « *l'exploitation d'un laboratoire d'analyses médicales, comprenant notamment toutes prestations constituées d'examens de laboratoires et d'analyses de biologie médicale* »⁴.

L'entreprise visée par la plainte

7. La plainte vise un établissement public, le Laboratoire National de Santé, sis Rue Louis Rech, L-3555 Dudelage. Son numéro d'immatriculation est le J49⁵. Cet établissement a été créé par une loi modifiée du 7 août 2012⁶. Le LNS est organisé en institut pluridisciplinaire qui comporte, à côté d'un département administratif, quatre départements scientifiques dans les domaines de la biologie médicale, de la microbiologie, de la médecine médico-légale et de la protection de la santé. Le LNS accueille également le Centre national de pathologie et le Centre national de génétique.

III. Pratiques dénoncées par le plaignant

8. Le plaignant indique que le LNS se serait vu conférer, dans le contexte de la crise sanitaire de la COVID-19, des monopoles de droit illégaux, par voie réglementaire et/ou contractuelle. Le plaignant invoque l'octroi d'un monopole dans la réalisation des tests virologiques « *Reverse transcription polymerase chain reaction* » (ci-après : « PCR ») dans les maisons de santé ainsi que dans la réalisation des tests sérologiques relatifs à la COVID-19 dans le cadre d'une stratégie de dépistage massif dite de « Large Scale Testing ». Le plaignant reproche par ailleurs au LNS de bénéficier d'une position stratégique en tant que gestionnaire du stock national de consommables et réactifs

⁴ Extrait RCS, immatriculation le 5 août 2008.

⁵ Extrait RCS, immatriculation le 14 janvier 2013.

⁶ Loi modifiée du 7 août 2012 portant création de l'établissement public « Laboratoire national de santé » et modifiant:

- la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu;
- la loi modifiée du 16 juillet 1984 relative aux laboratoires d'analyses médicales;
- la loi modifiée du 15 juin 1994 relative à la classification, l'emballage et l'étiquetage des substances dangereuses;
- la loi modifiée du 13 janvier 1997 relative au contrôle de l'utilisation et de la dissémination des organismes génétiquement modifiés;
- la loi modifiée du 24 novembre 2002 relative aux produits biocides;
- la loi du 3 août 2005 relative à la classification, à l'emballage et à l'étiquetage des préparations dangereuses.

nécessaires à l'exécution des activités d'analyses médicales et biologiques, dont la gestion serait réalisée de manière opaque et abusive, ce qui aurait pour effet d'assécher les ressources d'approvisionnement et de donc de porter atteinte à la capacité d'offre de ses concurrents privés sur le marché. Enfin, le plaignant reproche au LNS de pratiquer une politique agressive de débauchage des ressources humaines de ses concurrents et de bénéficier d'informations privilégiées concernant l'activité de ses concurrents.

IV. Appréciation du bien-fondé de la demande de mesures conservatoires

A. Cadre juridique

9. L'intervention du président du Conseil dans le cadre de mesures conservatoires est soumise à quatre conditions, d'après l'article 12 de la loi relative à la concurrence et la jurisprudence :
 - a) Existence d'une procédure au fond
10. La première condition subordonne l'adoption de mesures conservatoires à l'existence d'une procédure au fond.
 - b) Demande expresse du plaignant
11. L'adoption de mesures conservatoires doit faire l'objet d'une demande expresse du plaignant.
 - c) Violation *prima facie* du droit de la concurrence
12. La troisième condition n'est pas expressément énoncée dans le texte, mais en découle implicitement, ainsi que la jurisprudence du Conseil l'a confirmé, notamment dans sa décision 2012-MC-02 du 24 août 2012⁷ : les éléments du dossier doivent révéler une violation *prima facie* du droit de la concurrence relevant de sa compétence.
13. Au stade des mesures conservatoires, il n'est toutefois pas requis que la preuve de cette violation soit établie de façon absolue et avec le même degré de certitude que dans le cadre d'une procédure au fond devant aboutir à une décision définitive du Conseil. Il suffit de

⁷ Décision du président du Conseil n° 2012-MC-02 du 24 août 2012 concernant une demande à voir prononcer des mesures conservatoires à l'encontre de l'établissement public Entreprise des Postes et Télécommunications, para. 16.

constater sur base des pièces du dossier une présomption de violation raisonnablement forte.

14. Une telle présomption ne saurait résulter d'une argumentation qui resterait abstraite et théorique, les affirmations du plaignant devant être étayées à l'aide d'éléments probants suffisants⁸.

d) Atteinte grave et irréparable à l'entreprise plaignante ou à l'ordre public économique

15. Pour déterminer si les pratiques dénoncées permettent de prononcer des mesures conservatoires, il convient d'apprécier le caractère grave et irréparable de l'atteinte portée à l'ordre public économique ou à l'entreprise plaignante, atteinte à laquelle les mesures conservatoires permettraient de remédier rapidement, de façon provisoire et proportionnée⁹.
16. La pratique décisionnelle antérieure du Conseil indique qu'en ce qui concerne le plaignant, une atteinte grave et irréparable pourrait être caractérisée lorsqu'un dommage, du fait de la pratique en cause, est ou pourrait atteindre l'entreprise, en particulier lorsque ce dommage irait jusqu'à menacer la survie même de l'entreprise. Une perte de chiffre d'affaires ou de rentabilité figurent parmi les éléments susceptibles de permettre de caractériser un tel dommage¹⁰.
17. Enfin, aux termes de l'article 12 (1), troisième paragraphe, de la loi relative à la concurrence, « *les mesures conservatoires ordonnées par le président du Conseil doivent être strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence* ».

⁸ Décision du président du Conseil n° 2019-MC-01 du 3 juillet 2019 concernant une demande à voir prononcer des mesures conservatoires à l'encontre de Amazon Services Europe S.à r.l., para. 35.

⁹ Voir, en ce sens, décision du président du Conseil n° 2012-MC-02 du 24 août 2012 précitée, para. 9.

¹⁰ Voir, en ce sens, décision du président du Conseil n° 2012-MC-02 du 24 août 2012 précitée, para. 27.

B. Analyse des conditions relatives à l'adoption de mesures conservatoires

18. Il convient tout d'abord de relever que pour l'ensemble des pratiques dénoncées, les deux premières conditions, relatives respectivement à l'existence d'une procédure au fond et à la demande expresse du plaignant, sont satisfaites.
19. En effet, ces conditions, qui subordonnent l'adoption de mesures conservatoires à l'existence d'une procédure au fond et à l'existence d'une demande expresse du plaignant à cette fin, sont remplies dès lors que la demande de mesures conservatoires est accompagnée d'une saisine au fond, recevable en la forme, portant sur les mêmes pratiques anticoncurrentielles.
20. Chaque pratique dénoncée par le plaignant doit ensuite être analysée au regard des deux conditions restantes, relatives d'une part à la constatation d'une violation *prima facie* du droit de la concurrence et d'autre part au caractère grave et irréparable de l'atteinte portée à l'ordre public économique ou à l'entreprise plaignante.
21. Lorsque la pratique dénoncée concerne les articles 5 de la loi relative à la concurrence et/ou 102 du TFUE, l'analyse de cette pratique dans le cadre d'une décision de mesures conservatoires requiert d'une part d'apprécier l'éventuelle position dominante de l'entreprise visée sur le marché concerné par la pratique, et, d'autre part, d'apprécier si ladite pratique est susceptible d'être qualifiée d'abus.
22. En ce qui concerne le marché concerné par les pratiques dénoncées, il ressort de la plainte que Bionext allègue un abus de position dominante de la part du LNS, sans toutefois définir le marché en cause. Or, il apparaît que les différentes pratiques dénoncées par le plaignant concernent des marchés différents. Certaines pratiques concernent en effet le marché (aval) de la prestation d'analyses de biologie médicale, tandis que d'autres concernent le marché (amont) de l'approvisionnement en équipements, réactifs et consommables de biologie.
23. Par conséquent, la position du LNS sera examinée sur chaque marché concerné, puis, en fonction du marché auquel elles se rapportent, les pratiques dénoncées seront chacune examinées au regard des 3^{ème} (violation *prima facie* du droit de la concurrence) et 4^{ème} (atteinte grave et irréparable à l'entreprise plaignante ou à l'ordre public économique) conditions.

1. Les pratiques relatives au marché de la prestation d'analyses de biologie médicale

a. Définition de marché

i. Marché de services

24. L'activité d'un laboratoire de biologie médicale consiste en la réalisation d'analyses de biologie médicale à la demande d'un patient ou d'un autre laboratoire en cas de sous-traitance. Selon la Loi du 16 juillet 1984 relative aux laboratoires d'analyses médicales, sont considérés comme analyses de biologie médicale les « *examens biologiques qui concourent à la prévention, au diagnostic et au traitement des maladies humaines ou qui font apparaître toute autre modification de l'état physiologique* »¹¹. Un examen de biologie médicale se déroule en trois phases:
- 1° La phase pré-analytique, qui comprend le prélèvement d'un échantillon biologique sur un être humain, le recueil des éléments cliniques pertinents, la préparation, le transport et la conservation de l'échantillon biologique jusqu'à l'endroit où il est analysé ;
 - 2° La phase analytique, qui est le processus technique permettant l'obtention d'un résultat d'analyse biologique ;
 - 3° La phase post-analytique, qui comprend la validation, l'interprétation contextuelle du résultat ainsi que la communication appropriée du résultat au prescripteur et le cas échéant au patient¹².
25. Les autorités de concurrence européenne et française ont identifié un marché de la prestation d'analyses de biologie médicale. Elles ont également envisagé, tout en laissant la question ouverte, une segmentation entre les examens « de routine » et les examens spécialisés, ces derniers concernant des actes de biologie rares et soumis à un agrément spécifique¹³. Cette analyse, selon laquelle, l'activité des laboratoires de biologie médicale de routine ne serait pas substituable à celle des laboratoires spécialisés qui traitent des actes de biologie rares, semble à première vue transposable au marché luxembourgeois. Selon les déclarations du LNS, les examens de routine sont les examens faisant partie de la nomenclature de la Caisse Nationale de Santé (ci-après : la « CNS »). Les analyses spécialisées dans le domaine de la génétique et de l'anatomie pathologique ne font pas partie de la nomenclature de la CNS, demandent une spécialisation plus pointue et exigent

¹¹ Loi du 16 juillet 1984 relative aux laboratoires d'analyses médicales, article 1^{er}, paragraphe 2.

¹² Article 3bis, paragraphe 1.

¹³ Voir décision de l'Autorité de la concurrence (France) n° 20-DCC-92 du 24 juillet 2020, paras.16 et suivants, et jurisprudence citée.

une autorisation spécifique que seul le LNS détient, en application de la loi du 8 mars 2018 relative aux établissements hospitaliers et à la planification hospitalière¹⁴.

26. Le test PCR COVID-19 est un test de dépistage effectué sur un prélèvement nasopharyngé. Il est inscrit à la nomenclature des actes de biologie médicale sous la référence « BH860 – *Coronavirus Covid-19, amplification d'ARN y compris détection de l'amplification* »¹⁵ et est pris en charge par la CNS. Ce test n'est pas soumis à un agrément spécifique. Selon les informations recueillies, tous les laboratoires d'analyses de biologie médicale au Luxembourg sont techniquement capables de le réaliser.
27. Le test sérologique COVID-19 « *anti-SARS-CoV-2* » permet de détecter des anticorps dans le sang, produits par le système immunitaire suite à une infection par la COVID-19. L'analyse sérologique n'est pas inscrite à la nomenclature des actes de biologie médicale. Seule la prise de sang est prise en charge par la CNS. Ce test n'est pas soumis à un agrément spécifique. Selon les informations recueillies, tous les laboratoires d'analyses de biologie médicale au Luxembourg sont techniquement capables de le réaliser.
28. Au vu des éléments qui précèdent, les tests PCR et sérologique COVID-19 (ci-après désignés sous le terme « tests COVID-19 ») sont considérés, au stade des mesures conservatoires, comme appartenant au segment des examens dits de routine.
29. Au Luxembourg, il ne semble pas pertinent de distinguer l'offre selon qu'elle émane d'établissements privés ou public. D'une part, une même accréditation est requise pour les laboratoires d'analyses médicales, qu'ils soient privés ou publics. D'autre part, les prestations des laboratoires d'analyses médicales sont prises en charge par la CNS selon une convention¹⁶ et une nomenclature¹⁷ uniques, applicable aux laboratoires privés et aux laboratoires des hôpitaux publics pour les actes et prestations qu'ils dispensent en milieu extrahospitalier (i.e. hors patients en traitement à l'hôpital). La convention précitée prévoit également le principe de libre choix du laboratoire par les assurés, hors traitements reçus en milieu hospitalier par les laboratoires des hôpitaux dispensant ces traitements¹⁸.
30. Tout en laissant ouverte la question de la définition exacte du marché, l'analyse concurrentielle sera menée sur le marché de la prestation d'examens de biologie médicale

¹⁴ Procès-verbal de l'audition du LNS.

¹⁵ <https://cns.public.lu/dam-assets/legislations/nomenclature/Laboratoires-nomenclature-et-tarifs-19032020.pdf>

¹⁶ Convention entre la Fédération luxembourgeoise des Laboratoires d'analyses médicales et la Caisse nationale de santé, conclue en exécution de l'article 61 et suivants du Code de la sécurité sociale, texte coordonné applicable à partir du 01.01.2016.

¹⁷ Nomenclature des actes et services des laboratoires d'analyses médicales et de biologie clinique, tarifs applicable, version coordonnée au 19.03.2020.

¹⁸ Articles 7 et 8 de la convention précitée.

de routine, ainsi que, selon une approche conservatrice, sur le sous-segment relatif aux seuls tests COVID-19.

ii. Marché géographique

31. Au stade des mesures conservatoires, le marché de la prestation d'examens de biologie médicale de routine d'une part, et le sous-segment des seuls tests COVID-19 (considéré au titre d'une approche conservatrice) d'autre part, seront examinés au niveau national, la question de leur dimension géographique exacte étant laissée ouverte.

b. Position dominante

i. Entreprises sur le marché

32. Au Luxembourg, douze laboratoires d'analyses de biologie médicale sont accrédités par l'Office Luxembourgeois d'Accréditation et de Surveillance (OLAS) selon la norme ISO 15189¹⁹.

Laboratoires du secteur hospitalier:

- Centre Hospitalier du Nord – Laboratoire ;
- Hôpitaux Robert Schuman ;
- Centre Hospitalier de Luxembourg - Département de Biologie Clinique ;
- Centre Hospitalier Emile Mayrisch.

Laboratoires du secteur public extra-hospitalier:

- LNS :
 - Service de Cytologie ;
 - Service de bactériologie, mycologie, antibiorésistance et hygiène hospitalière ;
 - Département de Biologie Médicale ;
 - Service de Virologie et de Sérologie.

Laboratoires du secteur privé :

- Laboratoires Réunis ;
- Ketterthill ;
- Bionext ;
- Centre de transfusion sanguine de la Croix Rouge.

¹⁹ OLAS, Liste des laboratoires accrédités, <https://portail-qualite.public.lu/fr/accréditation-notification/organismes-accredites/laboratoires.html>, consultée le 15 octobre 2020.

33. S'agissant des laboratoires du secteur hospitalier, il convient, à l'instar de la pratique de l'autorité de concurrence française²⁰, de distinguer entre l'activité ambulatoire et les examens liés à une hospitalisation. Ces derniers, considérés comme une activité en « auto consommation », doivent en effet être exclus du marché des examens de biologie médicale²¹.
34. En ce qui concerne leur activité ambulatoire, certains hôpitaux font appel à la sous-traitance d'un laboratoire du secteur privé:

| Hôpital | Sous-traitance de l'activité ambulatoire |
|-----------------------------------|--|
| Hôpitaux Robert Schuman | Laboratoires Réunis ²² |
| Centre Hospitalier Emile Mayrisch | Bionext ²³ |

35. Par ailleurs, il convient de relever que le Centre Hospitalier de Luxembourg et le Centre Hospitalier du Nord sous-traitent les analyses COVID-19 au LNS^{24,25}.
36. Le Conseil ne dispose pas à ce stade d'informations quant au nombre d'examens de biologie médicale de routine ni quant au nombre de tests COVID-19 réalisés en ambulatoire, au sein de ces hôpitaux ou sous-traités à des laboratoires privés ou au LNS.
37. Partant, au stade des mesures conservatoires, seules les analyses COVID-19 sous-traitées aux laboratoires privés et au LNS seront retenues dans l'analyse en ce qui concerne l'activité hospitalière.
38. En ce qui concerne les laboratoires privés, il convient de noter que le centre de transfusion sanguine de la Croix Rouge réalise des analyses de biologie médicale dans le cadre du don du sang, mais également en sous-traitance d'établissements de soin pour des candidats à la transfusion présentant des problèmes immuno-hématologiques, ainsi que certaines analyses pour les laboratoires hospitaliers ou privés²⁶.

²⁰ Autorité de la concurrence (France), décision n° 18-DCC-70 du 2 mai 2018 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Bio 7 par le groupe Cerba, para. 25.

²¹ Voir également, dans le même sens, Autorité de la concurrence (France), décision n° 14-D-06 du 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales, paras. 104-105.

²² <https://www.land.lu/page/article/586/8586/FRE/index.html> ; <https://www.hopitauxschuman.lu/fr/specialites-maladies-traitements/laboratoires-danalyses-medicales/>

²³ <https://www.chem.lu/specialites-et-services-de-support/laboratoire-esch> ; <https://www.bionext.lu/p/partenaires-sante>

²⁴ Courrier de Bionext au LNS du 22 juin 2020.

²⁵ Procès-verbal de l'audition du LNS.

²⁶ Croix Rouge luxembourgeoise, Centre de transfusion sanguine, Rapport d'activité 2019.

39. Compte tenu des spécificités de l'activité du centre de transfusion sanguine de la Croix Rouge, celui-ci sera exclu de l'analyse.
40. Partant, les entreprises actives sur le marché des analyses de biologie médicale de routine et COVID-19 sont les suivantes :
 - LNS ;
 - Laboratoires Réunis ;
 - Ketterthill ;
 - Bionext.

ii. Position des entreprises sur le marché

41. Au stade des mesures conservatoires, les positions des différentes entreprises sur le marché peuvent être estimées au regard des tests réalisés par chaque laboratoire (α) et du nombre de points de prélèvements de chaque entreprise (β).

a. Tests réalisés

42. D'après les auditions menées ainsi que les informations relayées par la presse, il est possible d'estimer le nombre de tests COVID-19 PCR réalisés par les laboratoires privés ainsi que par le LNS dans le cadre des activités journalières et dans le cadre du *Large Scale Testing*²⁷.
43. Ainsi, le LNS a déclaré avoir effectué, entre février et septembre 2020, moins de 5% de l'ensemble des tests COVID-19 PCR réalisés au Luxembourg²⁸. Pour sa part, Bionext a indiqué en octobre 2020 avoir réalisé environ 100.000 tests depuis le début de la crise²⁹.
44. En ce qui concerne le marché des analyses de biologie médicale (y compris les tests non-relatifs à la COVID-19), le plaignant a indiqué que sa part de marché serait d'environ 20%. De plus, selon un article de presse, la part de marché détenue (en 2015) par Ketterthill serait supérieure à 51%³⁰. Compte tenu de ces éléments concernant deux laboratoires privés, et malgré l'absence de données précises concernant Laboratoires Réunis et le LNS, la part de

²⁷ L'objectif du dépistage à large échelle (*Large Scale Testing* / LST) consiste à limiter la propagation du nouveau virus du SRAS-CoV-2 en identifiant précocement les cas positifs, y inclus parmi les personnes asymptomatiques, et en brisant ainsi rapidement les chaînes d'infection.

²⁸ En raison d'une légère différence entre le nombre total de tests réalisés au Luxembourg à fin septembre 2020 selon les déclarations du LNS (859 605 tests) et le nombre total de tests réalisés selon les publications officielles (837.068 ou 846.760 tests, covid19.public.lu), la part exacte du LNS dans le total des tests réalisés n'est pas connue mais est, quel que soit le dénominateur retenu, inférieure à 5%.

²⁹ « À la maison ou au bureau, ils viennent vous tester » (L'Essentiel, 21 octobre 2020).

³⁰ « Trois ans après la "privatisation": L'argent, virus des laboratoires » (Wort, 6 mai 2015).

marché détenue par ce dernier semble être marginale, et dans tous les cas inférieure à celle de Ketterthill.

β. Points de prélèvements

45. Les réseaux de prélèvement (centres et prélèvement à domicile) sont également un indicateur de la situation de concurrence existant entre les différents laboratoires d'analyses médicales³¹. Il convient de distinguer les centres de prélèvement pour les analyses de routine en général, lesquels permettent également de réaliser des prélèvements COVID-19, d'une part, et les centres dédiés aux tests COVID-19 (PCR et sérologiques, y compris dans le cadre du *Large Scale Testing*), d'autre part.
46. Les centres de prélèvement au sein de réseaux partenaires tels que *Picken Doheem* pour Bionext ou *Gesond.lu* pour Laboratoires Réunis, ainsi que les « drive » et Centres de Consultation Covid, sont également inclus.

Tableau 1: Laboratoires - centres de prélèvement d'analyses de routine, y compris tests COVID-19

| Laboratoires | Nombre de centres | % |
|----------------------------|-------------------|-------------|
| Bionext | 36 ³² | 24% |
| Ketterthill | 69 ³³ | 45% |
| Laboratoires Réunis | 45 ³⁴ | 29% |
| LNS | 3 | 2% |
| TOTAL | 153 | 100% |

Tableau 2: Laboratoires - centres de prélèvement COVID-19 (PCR et sérologiques)

| Laboratoires | Nombre de centres | % |
|----------------------------|---|-------------|
| Bionext | 30 | 39% |
| Ketterthill | 10 | 13% |
| Laboratoires Réunis | 34 (dont 8 dédiés au Large Scale Testing) | 44% |
| LNS | 3 | 4% |
| TOTAL | 77 | 100% |

³¹ Voir notamment les articles de presse suivants : « Trois ans après la "privatisation": L'argent, virus des laboratoires » (Wort, 6 mai 2015) ; « Pas responsables de la guerre du sang » (Paperjam, 14 mars 2014).

³² <https://www.bionext.lu/centres> (consulté le 01/12/2020).

³³ <https://www.ketterthill.lu/fr/nos-centres/ou-nous-trouver.html> (consulté le 01/12/2020).

³⁴ <https://www.labo.lu/fr/centres/centres> (consulté le 01/12/2020).

Conclusion sur la position du LNS sur les marchés considérés

47. Au regard des éléments qui précèdent, tant en matière de tests réalisés que de points de prélèvement, l'existence d'une position dominante du LNS ne saurait être retenue, au stade des mesures conservatoires, ni sur le marché des analyses de biologie médicale de routine, ni sur l'éventuel segment restreint aux seuls tests COVID-19.
48. Bien que la position dominante du LNS concernant les pratiques relatives au marché de la prestation d'analyses de biologie médicale n'a pas été retenue au stade des mesures conservatoires, les pratiques abusives alléguées seront néanmoins examinées, à titre surabondant.

c. Pratiques abusives

i. Octroi d'avantages et de monopoles par la puissance publique

49. Selon le plaignant, le LNS jouirait d'avantages du fait de son statut d'établissement public, ainsi que de plusieurs monopoles « *créés par la puissance étatique à son profit* ». Les avantages liés au statut d'établissement public du LNS consisteraient dans le fait qu'il peut disposer des ressources étatiques et ne peut faire l'objet d'une procédure de faillite. S'agissant des monopoles, au nombre de deux, ils auraient été créés dans le contexte de la crise sanitaire :
- Test COVID-19 PCR dans les maisons de santé
50. Fin avril 2020, le LNS aurait bénéficié de l'octroi d'un monopole pour la réalisation de tests COVID-19 PCR au sein des maisons de santé. Au soutien de son allégation, le plaignant se réfère à une lettre circulaire de la Direction de la Santé du 24 avril 2020³⁵.
- Analyses sérologiques COVID-19 – *Large Scale Testing*
51. Le plaignant mentionne également un extrait du cahier des charges du marché public de services pour la réalisation du *Large Scale Testing* au Luxembourg³⁶. Dans ce cadre, l'État aurait confié au LNS le monopole des analyses sérologiques. Le soumissionnaire devrait uniquement réaliser les prélèvements sanguins et les transmettre au LNS, lequel réaliserait les analyses sérologiques.

³⁵ Plainte, pièce n° 1 : Lettre-circulaire de Madame la directrice adjointe de la Santé du 24 avril 2020.

³⁶ Plainte, pièce n° 2 : Extraits du cahier des charges du marché public relatif au dépistage à grande échelle du Covid-19 publié le 26 juillet 2020.

52. Selon le plaignant, l'attribution de ces avantages et monopoles serait contraire à l'application combinée des articles 102 et 106, paragraphe 1^{er}, du TFUE et d'un prétendu ensemble normatif équivalent en droit national, constitué par l'application combinée des articles 5 de la loi relative à la concurrence et 11, paragraphe 6, de la Constitution, relatif à la liberté du commerce et de l'industrie.
53. Il convient de revenir sur l'étendue de la compétence du Conseil en matière de droit de la concurrence.
54. Tel que défini à l'article 1^{er}, le champ d'application de la loi relative à la concurrence couvre « *toutes les activités de production et de distribution de biens et de prestations de services, y compris celles qui sont le fait de personnes de droit public, sauf dispositions législatives contraires* ». L'article 6, paragraphe 1, de la loi relative à la concurrence charge le Conseil « *de veiller à l'application des articles 3 à 5 de la présente loi* », tandis que l'article 6, paragraphe 2, de la loi relative à la concurrence lui attribue la compétence pour appliquer les articles 101 et 102 du TFUE.
55. Il convient de relever que les articles 3 à 5 de la loi relative à la concurrence et 101 et 102 du TFUE concernent uniquement des pratiques anticoncurrentielles commises par des entreprises (ententes et abus de position dominante). Le Conseil est donc compétent seulement à l'égard de pratiques commises par des entreprises.
56. Une entreprise, au sens de la loi relative à la concurrence est définie comme « *toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* ». Il ressort de la définition de la notion d'entreprise qu'elle dépend de l'exercice d'une activité économique, c'est-à-dire une « *activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné* »³⁷.
57. Selon la jurisprudence, les activités se rattachant à l'exercice de prérogatives de puissance publique « *ne présentent pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité* »³⁸. Ainsi, une autorité publique ne sera pas considérée comme une entreprise en ce qui concerne ses activités se rattachant à l'exercice de prérogatives de puissance publique, lesquelles n'entrent dès lors pas dans le champ d'application des articles 3 à 5 de la loi relative à la concurrence et 101 et 102 du TFUE³⁹.

³⁷ CJUE, 12 décembre 2013, *SOA Nazionale Costruttori*, aff. C-327/12, para. 27.

³⁸ CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft*, aff. C-364/92, para. 30.

³⁹ Seules les activités économiques détachables des activités exercées par l'Etat (ou une entité étatique) en tant qu'autorité publique sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de ces articles : TPICE, 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris*, aff. T-128/98, para. 108.

58. Or, l'article 106, paragraphe 1^{er}, du TFUE régit les obligations des États membres agissant en tant qu'autorités étatiques et non pas les comportements anticoncurrentiels adoptés par les entreprises : « (...) [L]'article [102 TFUE] ne vise que des comportements anticoncurrentiels qui ont été adoptés par les entreprises de leur propre initiative (...) et non des mesures étatiques. S'agissant de mesures étatiques, c'est l'article [106, paragraphe 1, TFUE], qui entre en jeu. Cette disposition interdit aux États membres de mettre, par des mesures législatives, réglementaires ou administratives, les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs dans une situation dans laquelle ces entreprises ne pourraient pas se placer elles-mêmes par des comportements autonomes sans violer les dispositions de l'article [102 TFUE] »⁴⁰.
59. Ainsi, aucune violation fondée sur l'application de l'article 106, paragraphe 1^{er}, du TFUE, y compris lu en combinaison avec l'article 102 du TFUE, ne saurait entrer dans le champ de compétence du Conseil tel que rappelé au paragraphe 54. En effet, toute restriction de concurrence qui entrerait dans le champ d'application de cet article serait nécessairement adoptée par une autorité publique agissant dans l'exercice de prérogatives de puissance publique et non pas en tant qu'entreprise.
60. Pour les mêmes raisons, aucune violation de l'ensemble normatif équivalent à la combinaison des articles 106 paragraphe 1^{er}, et 102 du TFUE, à supposer qu'il existe effectivement en droit national, ne saurait avoir été commise par une autorité publique agissant en tant qu'entreprise, et ainsi entrer dans le champ de compétence du Conseil.
61. Par conséquent, les pratiques alléguées d'octroi par la puissance publique d'avantages et de monopoles au bénéfice du LNS ne peuvent pas, en tant que telles, satisfaire la troisième condition relative à l'exigence d'une violation *prima facie* du droit de la concurrence entrant dans le champ de compétence du Conseil.
62. Au demeurant, il convient de relever que la pratique anticoncurrentielle alléguée en raison du monopole accordé par la puissance publique pour les tests COVID-19 PCR dans les maisons de santé ne pourrait plus, en tout état de cause, faire l'objet de mesures conservatoires.
63. En effet, lors de son audition le 9 novembre 2020, le LNS a indiqué que les tests COVID-19 PCR réalisés au sein des maisons de santé ont été effectués dans le cadre d'une « *action coup de poing* » et qu'à ce jour il ne se rendrait plus dans les maisons de santé.
64. Ces propos sont corroborés par Bionext qui a déclaré, lors de son audition du 1^{er} octobre 2020, pouvoir effectuer des tests COVID-19 PCR au sein de plusieurs maisons de santé.

⁴⁰ CJCE, 13 décembre 1991, *RTT c. GB-Inno-BM*, aff. C-18/88, para. 20.

65. Or, le principe de proportionnalité auquel l'adoption de mesures conservatoires est assujettie a pour conséquence que des mesures conservatoires qui interviendraient trop tard pour redresser une situation ne peuvent pas être accordées, dès lors qu'elles ne sont plus *stricto sensu* nécessaires pour faire face à l'urgence⁴¹. Une telle exigence ressort également des travaux préparatoires de la loi du 23 octobre 2011, qui précisent que « *les mesures conservatoires sont par définition urgentes et doivent intervenir dans un court laps de temps afin de prévenir l'atteinte grave, immédiate et irréparable à l'ordre public économique ou à l'entreprise plaignante* »⁴².
66. Le monopole dans les maisons de santé n'étant plus effectif à ce jour, il ne saurait donc faire l'objet de mesures conservatoires, à supposer qu'une violation du droit de la concurrence puisse être présumée *prima facie*, ce qui n'est, en tout état de cause, pas le cas en l'espèce puisque les pratiques dénoncées n'entrent pas le champ de compétence du Conseil.

ii. Politique de débauchage massif

67. Le plaignant dénonce en outre des pratiques de débauchage agressif de salariés du secteur privé, dont ceux du plaignant, qui seraient mises en œuvre par le LNS, conduisant à « *étouffer l'offre sur le marché de ses concurrents, dans un contexte de forte tension sur le marché de l'emploi qualifié* » dans le secteur d'activité en cause. Selon le plaignant, cette « *politique agressive de débauchage des ressources humaines* » porterait atteinte à la capacité des laboratoires privés « *à maintenir un niveau constant d'offre sur le marché concurrentiel* »⁴³, c'est-à-dire le marché de la prestation d'analyses de biologie médicale.
68. À supposer qu'elles soient avérées, ces pratiques pourraient caractériser une stratégie d'éviction par le LNS de ses concurrents, par la désorganisation de ceux-ci, et pourraient donc entrer dans le champ d'application de l'article 5 de la loi relative à la concurrence et/ou de l'article 102 du TFUE⁴⁴.
69. Afin de démontrer l'existence d'une telle pratique de débauchage agressif, Bionext s'appuie sur une liste de ses salariés qui auraient démissionné afin de rejoindre le LNS⁴⁵. Ces démissions, présentées entre février et octobre 2020, représenteraient une part importante des effectifs du personnel technique de Bionext, ce qui menacerait, selon le plaignant, d'entraîner une rupture de la continuité de ses activités. Le plaignant considère

⁴¹ Voir en ce sens la pratique décisionnelle de l'autorité française de concurrence en matière de mesures conservatoires : décisions n° 00-MC-06 du 18 mai 2000, page 4, et n° 09-D-15 du 2 avril 2009 précitée, para. 63.

⁴² Travaux préparatoires, document parlementaire n° 5816/00 p.27.

⁴³ Plainte, pages 7-8.

⁴⁴ L. Vogel, *Traité de droit économique*, Tome 1, *Droit de la concurrence*, Droits européen et français, LawLex, 2012, page 1059.

⁴⁵ Email de M^e Lorang en date du 3 octobre 2020.

que ces démissions seraient causées par la rémunération, supérieure et qu'il ne peut égaler, proposée par le LNS.

70. Premièrement, il ne ressort pas des pièces du dossier que le LNS ait démarché activement les salariés de Bionext en particulier. Bionext n'apporte aucun élément probant à cet égard. Au contraire, selon le LNS, la procédure de recrutement mise en place ne ciblerait pas spécifiquement les employés de Bionext, le LNS ayant posté des annonces en ligne à chaque recrutement, certaines ayant attiré plus de 250 candidats⁴⁶.
71. Deuxièmement, aucun élément probant ne permet non plus d'affirmer que les anciens salariés de Bionext auraient bénéficié, en rejoignant le LNS, de conditions préférentielles par rapport aux autres salariés du LNS. Au contraire, selon le LNS, la rémunération de son personnel serait déterminée selon une grille salariale, basée sur l'expérience et le profil des employés⁴⁷.
72. Enfin, il ne ressort pas des pièces du dossier que Bionext a subi, en raison du débauchage de certains de ses salariés par le LNS, une désorganisation portant atteinte à sa capacité concurrentielle. Au contraire, malgré les démissions subies, Bionext a réussi à gérer l'afflux de nouveaux patients en ouvrant de nouveaux centres de tests et à augmenter le volume de tests réalisés quotidiennement⁴⁸.
73. En ce qui concerne la désorganisation subie par les autres laboratoires privés, Bionext n'apporte pas d'élément probant, le seul fait qu'un salarié d'un autre laboratoire privé aurait également rejoint le LNS dans la période considérée n'étant pas suffisant à cet égard⁴⁹.
74. Au vu des éléments qui précèdent, le comportement du LNS en matière de recrutement n'est pas susceptible d'être qualifié d'abus au stade des mesures conservatoires.

iii. Subventions croisées

75. Selon le plaignant, le LNS serait l'auteur d'une pratique de subventions croisées, laquelle consisterait à détourner le financement étatique alloué pour ses activités soumises à un monopole étatique au profit de ses activités commerciales concurrentielles, sur le marché des analyses de biologie médicale. Cette pratique aurait pour effet de défavoriser de manière artificielle les concurrents de l'opérateur public, voire de les éliminer. Selon le

⁴⁶ Procès-verbal de l'audition du LNS.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Voir notamment l'article de presse suivant: « Comment les labos gèrent l'explosion du nombre de tests » (Paperjam, 17 novembre 2020).

⁴⁹ Procès-verbal de l'audition de Bionext.

plaignant, l'établissement d'une comptabilité analytique séparée serait seule susceptible de séparer les flux économiques et financiers liés à ses missions relevant du monopole légal de ceux liés à ses activités concurrentielles.

76. À titre liminaire, il convient de noter que l'abus sanctionné est habituellement celui pratiqué par une entreprise dominante sur le marché dominé. Néanmoins, il est possible dans certains cas de sanctionner une entreprise dominante sur un marché en raison de pratiques commises sur un autre marché, où l'entreprise n'occupe pas de position dominante, notamment lorsque le comportement en cause a un lien de causalité avec la position dominante et que le marché sur lequel celle-ci est détenue et celui sur lequel l'abus déploie ses effets sont suffisamment connexes⁵⁰.
77. À cet égard, il convient de relever que le LNS détient *a priori* une position dominante sur le marché des analyses spécialisées dans le domaine de la génétique et de l'anatomie pathologique, sur lequel il serait même en monopole dans la mesure où il est le seul laboratoire détenant l'autorisation légale pour réaliser ces tests spécifiques⁵¹.
78. Au stade des mesures conservatoires, il sera retenu que les conditions exigées par la jurisprudence pour l'application des articles 5 de la loi relative à la concurrence et 102 du TFUE à la pratique alléguée de subventions croisées sont remplies.
79. Dans le cas d'abus du fait de la subvention du marché non dominé par le marché dominé, il ressort de la jurisprudence que deux conditions cumulatives sont exigées pour sanctionner la mise à disposition de moyens tirés d'une activité réalisée dans le cadre d'un monopole légal pour le développement d'activités relevant du champ concurrentiel :
- « • *il faut, en premier lieu, que la mise à disposition de moyens puisse être qualifiée de « subvention », c'est-à-dire qu'elle ne donne pas lieu, de la part de l'activité qui en bénéficie, à des contreparties financières reflétant la réalité des coûts ;*
 - *il faut, en second lieu, que l'appui ainsi apporté ait été utilisé pour présenter des offres anormales (prix prédateur ou perturbation durable du marché) »*⁵².

⁵⁰ CJUE, arrêt du 17 février 2011, *TeliaSonera*, affaire C-52/09, paras. 86-87.

⁵¹ Cf. paragraphe 25 de la présente décision.

⁵² Voir notamment la décision de l'Autorité de la concurrence (France) n°17-D-08 du 1er juin 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport de voyageurs, para. 115.

80. Ainsi, il convient de relever que le « *simple constat d'un subventionnement croisé n'est pas suffisant pour permettre de qualifier une pratique anticoncurrentielle si aucune pratique commerciale anormale n'est établie* »⁵³.
81. S'agissant du critère relatif à l'existence d'une subvention (1^{ère} condition), le plaignant allègue que le LNS percevrait une dotation étatique pour couvrir ses frais de personnel supérieure à ses charges réelles de personnel. Cette allégation est appuyée uniquement par une démonstration théorique reposant sur la comparaison des rapports d'activités et du budget prévisionnel du LNS, tel que voté par la Chambre des députés.
82. Lors de son audition, le LNS a quant à lui affirmé qu'en tant qu'établissement public, tout bénéfice budgétaire ou excédent budgétaire serait déduit de la dotation de l'État lors de l'exercice suivant.
83. En l'état, les éléments à disposition ne permettent pas de retenir, selon une présomption raisonnablement forte, l'existence de la subvention alléguée. De plus, la vérification de l'existence de subventions d'une telle nature requiert une vérification approfondie de la comptabilité du LNS, laquelle ne saurait être réalisée par le Conseil au stade des mesures conservatoires⁵⁴.
84. En tout état de cause, quand bien même la première condition serait remplie, le plaignant n'apporte pas la preuve que cette subvention aurait permis au LNS de mettre en œuvre une pratique abusive sur le marché non dominé (2^{ème} condition).
85. En effet, la perturbation de concurrence alléguée par le plaignant consiste en la mise en œuvre d'une politique de débauchage massif des ressources humaines des laboratoires privés. Or, comme développé *supra* aux paragraphes 67 et suivants, le comportement du LNS en matière de recrutement n'a pas été qualifié de pratique abusive au stade des mesures conservatoires.
86. En l'absence de présomption *prima facie* d'une pratique anticoncurrentielle en raison de subventions croisées, aucune mesure conservatoire n'apparaît justifiée à cet égard.
87. Au demeurant, il convient de relever que par sa nature même, une mesure conservatoire doit permettre de remédier, de façon provisoire et proportionnée, à une atteinte présumée

⁵³ Décision précitée, para. 116.

⁵⁴ Voir en ce sens décision du président du Conseil n°2008-MC-01 du 22 janvier 2008 concernant une demande à voir prononcer des mesures conservatoires à l'encontre de l'établissement public Entreprise des Postes et Télécommunications, para. 83.

au droit de la concurrence, et non pas de révéler l'existence de celle-ci le cas échéant⁵⁵. Ainsi, la mesure conservatoire demandée par le plaignant consistant à ordonner la publication d'une comptabilité analytique distinguant les activités du LNS soumises au monopole légal et celles sur le marché concurrentiel, celle-ci permettant prétendument de démontrer l'existence ou l'absence de subventions croisées, ne saurait en tout état de cause être justifiée.

d. Conclusion sur les pratiques mises en œuvre sur le marché de la prestation d'analyses de biologie médicale

88. Aucun élément suffisamment probant ne permet de présumer, au stade des mesures conservatoires, ni l'existence d'une position dominante sur le marché de la prestation d'analyses de biologie médicale, ni la mise en œuvre de pratiques abusives en lien avec ce marché.
89. La troisième condition, exigeant une violation *prima facie* du droit de la concurrence, n'est donc pas remplie en ce qui concerne les pratiques alléguées de débauchage massif et de subventions croisées, tandis que des mesures étatiques consistant en l'attribution d'avantages et de monopoles n'entrent pas dans le champ de compétence du Conseil.
90. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'examiner ces pratiques au regard de la quatrième condition (atteinte grave et irréparable à l'entreprise plaignante ou à l'ordre public économique).

⁵⁵ Voir, dans le même sens, la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence (France), selon laquelle les mesures conservatoires « ne visent pas à prévenir un risque de perturbation potentielle du jeu concurrentiel mais ont vocation à répondre à une atteinte existante, grave et immédiate par des mesures d'urgence nécessaires pour éviter des conséquences difficilement réversibles et préserver ainsi la pleine effectivité de l'application du droit de la concurrence dans l'attente de la décision au fond » (décision n° 09-D-15 du 2 avril 2009 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société SFR, para. 66).

2. Les pratiques relatives au marché de l'approvisionnement en équipements, réactifs et consommables de biologie

a. Définition de marché

i. Marché de produits

91. Les laboratoires d'analyses de biologie médicale sont présents, en tant qu'acheteurs, sur le marché de l'approvisionnement en équipements, réactifs et consommables de biologie pour la réalisation d'analyses diagnostiques *in vitro* (ci-après : les « dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro* »). Par exemple, les réactifs de diagnostic du SARS-CoV-2⁵⁶ sont des dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro*.
92. Selon un règlement grand-ducal du 24 juillet 2001⁵⁷, un dispositif médical de diagnostic *in vitro* se définit comme tout dispositif médical qui consiste en un réactif, un produit réactif, un matériau d'étalonnage, un matériau de contrôle, une trousse, un instrument, un appareil, un équipement ou un système, utilisé seul ou en combinaison, destiné par le fabricant à être utilisé *in vitro* dans l'examen d'échantillons provenant du corps humain, y compris les dons de sang et de tissus, uniquement ou principalement dans le but de fournir une information:
- concernant un état physiologique ou pathologique ou
 - concernant une anomalie congénitale ou
 - permettant de déterminer la sécurité et la compatibilité avec des receveurs potentiels ou
 - permettant de contrôler des mesures thérapeutiques.
93. Afin de définir le marché pertinent pour l'approvisionnement en dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro*, d'autres autorités de concurrence telles que la Commission européenne ou l'autorité française de concurrence se sont appuyées sur une classification des réactifs et consommables, organisés en six catégories principales (« de premier niveau ») : chimie clinique, immunochimie, hématologie/histologie, microbiologie, immunologie infectieuse et tests génétiques, puis dans des sous-catégories supplémentaires au sein de chacune d'elles⁵⁸. Les autorités de concurrence considèrent habituellement que les catégories de

⁵⁶ SARS-COV-2 est le nom du coronavirus, initialement appelé 2019-nCoV, responsable de la maladie COVID-19 (COronaVIrus Disease 2019).

⁵⁷ Règlement grand-ducal du 24 juillet 2001 relatif aux dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro*.

⁵⁸ Global InVitro Diagnostic (GIVD) Classification – Version 2020 (<https://www.medtecheurope.org/resource-library/global-invitro-diagnostic-givd-classification-version-2020/>), anciennement connue sous le nom de « classification EDMA ».

premier niveau ne constituent pas un marché pertinent et qu'une segmentation doit être effectuée entre les sous-catégories⁵⁹.

94. Au sein de la catégorie « immunologie infectieuse », les sous-catégories des différents réactifs pour la détection d'infection au SARS-CoV-2 sont les suivantes :

- 15.04.40.19: *Coronavirus – Nucleic Acid Reagents*

Cette catégorie comprend les réactifs pour les tests moléculaires (dont font partie les tests PCR) qui permettent de détecter la présence (ARN) du virus⁶⁰.

- 15.04.80.19: *Coronavirus (Antigen/Antibody Detection)*

Cette catégorie comprend les réactifs pour les tests basés sur la détection d'antigènes viraux (protéines) d'une part, et les tests sérologiques qui détectent la réponse immunitaire contre le virus (production d'anticorps - IgG et IgM) d'autre part⁶¹.

- 15.70.90.08: *Coronavirus - Rapid Tests & Point of Care*

Cette catégorie comprend les réactifs pour les tests antigéniques rapides, qui permettent de détecter une infection en 15 à 30 minutes⁶².

95. Compte tenu de la pratique décisionnelle de la Commission européenne, qui a envisagé des distinctions d'une part entre les tests effectués en laboratoire et les tests rapides⁶³, et d'autre part entre les tests moléculaires et les tests basés sur la détection de protéines⁶⁴, il convient de considérer, au stade des mesures conservatoires, la sous-segmentation ci-dessus comme adéquate pour l'identification du marché en cause.

96. La plainte concernant l'approvisionnement de réactifs pour des tests PCR, le marché de produits en cause semble être, au stade des mesures conservatoires, celui des réactifs pour les tests moléculaires pour la détection d'infection au SARS-CoV-2.

⁵⁹ Commission européenne, affaire M.6175 – Danaher/Beckman Coulter, décision du 16 juin 2011, para. 11.

⁶⁰ Chih-Cheng Lai, Cheng-Yi Wang, Wen-Chien Ko, Po-Ren Hsueh, In vitro diagnostics of coronavirus disease 2019: Technologies and application, *Journal of Microbiology, Immunology and Infection*, 2020.

⁶¹ MedTech Europe, What Types of Diagnostic Tests Exist to Detect COVID-19?, July 2020 (<https://www.medtecheurope.org/resource-library/what-types-of-diagnostic-tests-exist-to-detect-covid-19/>).

⁶² Recommandations d'utilisation des tests antigéniques rapides SARS-CoV-2, Communiqué du ministère de la Santé, 17 novembre 2020 (<https://sante.public.lu/fr/actualites/2020/11/recommandations-utilisation-tests-antigeniques/index.html>).

⁶³ Commission européenne, affaire M.6175, décision du 16 juin 2011 précitée, para 16.

⁶⁴ Commission européenne, affaire M.5661 – Abbott / Solvay Pharmaceuticals, décision du 11 février 2010, para. 21.

97. Dans des décisions antérieures, la Commission européenne a examiné si la concurrence s'exerce au niveau des systèmes de diagnostic *in vitro*, fournis par les fabricants et qui comprennent habituellement un instrument avec les réactifs dédiés ou si la concurrence doit être évaluée séparément pour chaque réactif. Ainsi, dans le cas de l'immunochimie et de la chimie clinique, une approche par systèmes a été jugée plausible, en particulier lorsque des instruments de grande capacité (robots d'analyses) sont utilisés pour réaliser un grand nombre de tests⁶⁵ et lorsque les instruments d'un fabricant sont spécifiquement conçus pour les réactifs de ce fabricant⁶⁶.
98. En ce qui concerne les réactifs pour la détection du SARS-CoV-2 par test PCR, deux marques de réactifs seraient principalement utilisées, au moins au début de la crise sanitaire⁶⁷, par les laboratoires d'analyses médicales au Luxembourg⁶⁸ :
- la marque coréenne Seegene, utilisée par Ketterthill, Bionext et le LNS ;
 - la marque Fast Track Diagnostics, utilisée par Laboratoires Réunis.
99. À cet égard, selon les déclarations du plaignant, *« tous les réactifs ne sont pas compatibles avec tous les équipements d'analyses. L'équipement en robot d'analyse conditionne la marque du réactif à commander. Un robot d'analyse (extraction et amplification) coûtant environ 200.000 EUR HTVA, en changer n'est pas concevable, dans la mesure où l'investissement pour le premier robot n'est pas amorti quand la dépense nécessaire à l'investissement pour un robot d'une autre marque nécessite un appel de liquidités important. Il existe une barrière technologique qui limite la capacité des acteurs à s'adapter au contexte économique »*⁶⁹.
100. Ainsi, selon les informations recueillies, le réactif de la marque Seegene a été validé pour une utilisation avec certains robots d'extraction (de type NIMBUS & STARlet notamment) et avec les robots d'amplification CFX96 et Applied Biosystems⁷⁰. Le réactif de la marque Fast Track Diagnostics a quant à lui été validé pour une utilisation avec le robot d'extraction NucliSENS-easyMAG, combiné au robot d'amplification Applied Biosystems, ainsi qu'avec le robot d'extraction et amplification VERSANT kPCR Molecular System⁷¹.

⁶⁵ Commission européenne, affaire M.6175, décision du 16 juin 2011 précitée, para. 13.

⁶⁶ Commission européenne, affaire M.4321 - Siemens / Bayer Diagnostics, décision du 31 octobre 2006, para. 19.

⁶⁷ Au 30 septembre 2020, 9 tests diagnostiques PCR SARS-CoV-2 étaient autorisés par la Direction de la santé (https://sante.public.lu/fr/espace-professionnel/recommandations/direction-sante/covid-19-test_david/covid-19/000-covid-191-annexes/liste-tests-diagnostiques-pcr.pdf).

⁶⁸ « Bionext Lab et Ketterthill adressent une piqure de rappel à Paulette Lenert » (Paperjam, 20 mai 2020).

⁶⁹ Plainte, page 6.

⁷⁰ <https://www.fda.gov/media/137178/download> (fiche Allplex™ 2019-nCoV Assay).

⁷¹ <https://www.fda.gov/media/137690/download> (fiche FTD™ SARS-CoV-2).

101. Or, le marché des robots d'analyse aurait connu une situation de tension fin mars 2020, rendant difficile l'obtention de nouveaux équipements⁷². Leur prix élevé constitue également un obstacle à la substituabilité des réactifs des différentes marques⁷³.
102. Compte tenu de ce contexte technologique et économique, il convient de considérer que pour la période en cause les différentes marques de réactifs ne sont pas substituables pour les laboratoires d'analyses médicales, ceux-ci ne pouvant pas réagir à une augmentation du prix d'une marque de réactif en s'approvisionnant auprès d'une autre marque dans la mesure où ils ne disposent pas des robots d'analyses correspondants.
103. Par conséquent, l'analyse concurrentielle sur le marché de l'approvisionnement sera effectuée seulement pour les réactifs utilisables dans le système de la marque Seegene, concerné par la plainte.
104. La plainte concerne également les consommables utilisés pour la réalisation d'analyses diagnostiques *in vitro*, en particulier les kits de prélèvements (tubes et écouvillons). Selon les informations à disposition, il n'est pas requis d'utiliser des consommables spécifiques au robot d'extraction pour effectuer le prélèvement des échantillons, toutes les marques de consommables pouvant en principe être utilisées indifféremment. Par conséquent, il sera considéré, au stade des mesures conservatoires, que ces consommables constituent un marché distinct, la question de sa dimension exacte étant laissée ouverte.

ii. Marché géographique

105. La pratique décisionnelle de la Commission européenne considère habituellement que la dimension géographique des marchés de l'approvisionnement en équipements, réactifs et consommables de biologie est nationale⁷⁴.
106. Selon le plaignant, le marché de la fourniture de consommables et réactifs serait fortement cloisonné, du fait de l'existence de contrats de distribution exclusifs. En particulier les produits de la marque Seegene seraient distribués au Luxembourg par la société belge Accuramed exclusivement⁷⁵. D'importants problèmes d'approvisionnement ont marqué le début de la crise sanitaire, justifiant la mise en place d'un stock national, approvisionné grâce aux commandes passées auprès des fournisseurs par le Haut-Commissariat à la

⁷² Procès-verbal de l'audition de Bionext.

⁷³ Selon Bionext, le prix d'un robot d'extraction se situerait entre 100.000 et 200.000 euros, tandis que celui d'un robot d'amplification serait autour de 30.000 euros.

⁷⁴ Voir par exemple : affaire M.4321, décision du 31 octobre 2006 précitée, para. 31 ; affaire M.5661, décision du 11 février 2010 précitée, para. 31.

⁷⁵ Plainte, page 6.

Protection nationale (ci-après : « HCPN »)⁷⁶. Néanmoins, il ressort des pièces du dossier que certains laboratoires luxembourgeois, dont Bionext, se seraient également approvisionnés auprès d'un distributeur français au moins jusqu'au début de la crise sanitaire⁷⁷.

107. Au stade des mesures conservatoires, les marchés de l'approvisionnement en réactifs utilisables dans le système de la marque Seegene pour la réalisation de tests moléculaires PCR pour la détection d'infection au SARS-CoV-2 d'une part, et de l'approvisionnement en kits de prélèvements pour la réalisation d'analyses diagnostiques *in vitro d'autre part* d'autre part seront examinés au niveau national, la question de leur dimension géographique exacte étant laissée ouverte

b. Position dominante

i. Marché des réactifs pour le système Seegene

108. Les réactifs utilisables dans le système de la marque Seegene pour la réalisation de tests moléculaires PCR pour la détection d'infection au SARS-CoV-2 sont les suivants :
- Réactif d'extraction : STARMag 96x4 ;
 - Réactif d'amplification et de détection : Allplex™ 2019-nCoV Assay.
109. Selon les déclarations du plaignant, la société belge Accuramed serait le distributeur exclusif de ces produits pour le Luxembourg⁷⁸. Accuramed serait donc la seule société à pouvoir approvisionner le LNS et Bionext. En revanche, le laboratoire Ketterthill, qui utilise également le système Seegene pour ses tests, aurait eu la possibilité de s'approvisionner, pour une partie de ses besoins en kits, par l'intermédiaire de sa maison-mère située en France (groupe Cerba)⁷⁹.
110. Or, selon les déclarations du plaignant, « *Accuramed aurait eu pour instruction de ne livrer que le LNS, qui recevait les fournitures et était en charge de les redistribuer aux différents laboratoires* »⁸⁰. Le fait qu'Accuramed soit lié exclusivement par contrat au HCPN afin de fournir les réactifs d'extraction STARMag 96x4 a par ailleurs été confirmé par le LNS⁸¹.

⁷⁶ Procès-verbal de l'audition du LNS.

⁷⁷ Pièces transmises suite à l'audition de Bionext, pièce n°4 : Echanges concernant le stock national, email du mercredi 22 avril 2020.

⁷⁸ Plainte, page 6.

⁷⁹ Procès-verbal de l'audition de Bionext.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Plainte, Pièce n° 4 : Courrier en réponse de M^e Rodesch au nom du LNS du 29 mai 2020.

111. Une convention conclue entre le LNS et le Ministère de la santé⁸² a effectivement défini les conditions dans lesquelles le LNS, en tant que gestionnaire du stock national, pouvait « *utiliser et/ou vendre les tests de diagnostics COVID-19, les réactifs et kits d'extraction d'ARN ainsi que les écouvillons [...] acquis par le HCPN pour le compte du LNS* ». Par conséquent, Accuramed était *in fine* exclusivement liée au LNS pour les réactifs en cause.
112. Selon cette convention, le LNS pouvait utiliser ces fournitures à la fois pour ses propres besoins et pour la distribution/vente aux autres laboratoires de biologie médicale sur le territoire du Luxembourg.
113. Compte tenu des contraintes d'approvisionnement dans le contexte de la crise sanitaire, les laboratoires de biologie médicale ont été contraints de s'approvisionner, pour la quasi intégralité de leurs besoins en réactifs, auprès du LNS, Accuramed ne pouvant pas en principe les livrer directement. Or, une telle situation de pénurie est susceptible de favoriser la caractérisation d'une position dominante d'un fournisseur à l'égard de ses clients, étant donné que les fournisseurs sur le marché ne sont pas en concurrence entre eux pour l'approvisionnement de leur clientèle respective⁸³.
114. Compte tenu de cet accord de fourniture exclusive dont a bénéficié *in fine* le LNS, il convient de considérer, au stade des mesures conservatoires, que le LNS pourrait avoir détenu une position dominante sur le marché national de l'approvisionnement en réactifs pour le système Seegene lorsqu'il était chargé de la gestion du stock national⁸⁴.

ii. Marché des kits de prélèvement

115. Contrairement au marché des réactifs pour le système Seegene, aucune contrainte technologique ou d'exclusivité contractuelle ne vient en principe limiter la capacité des laboratoires d'analyses médicales à s'approvisionner en kits de prélèvement.
116. Néanmoins, en raison du contexte de la crise sanitaire, ce marché aurait également fait l'objet de fortes tensions à l'approvisionnement, à l'instar des réactifs d'extraction et d'amplification/détection.

⁸² Convention relative aux tests sérologiques et diagnostiques acquis dans le cadre de la crise du COVID-19, établie le 27 mai 2020.

⁸³ Voir en ce sens la décision de la Commission européenne du 19 avril 1977 relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE (IV/28.841 - *ABG*), pages 8-9.

⁸⁴ Selon les informations à disposition, la mission de gestion du stock national confiée au LNS aurait duré d'avril à juin 2020.

117. De plus, aux termes de la convention conclue entre le LNS et le Ministère de la santé, le stock national approvisionné par le HCPN et géré par le LNS portait également sur les kits de prélèvement.
118. Compte tenu de l'existence de ce stock national, approvisionné grâce aux commandes passées par le HCPN, et des difficultés des laboratoires à s'approvisionner directement auprès des fournisseurs, il convient de considérer, au stade des mesures conservatoires, que le LNS pourrait avoir détenu une position dominante sur le marché national de l'approvisionnement en kits de prélèvement lorsqu'il était chargé de la gestion du stock national.

c. Pratiques abusives

i. Marché des réactifs pour le système Seegene

119. Sur le marché des réactifs pour le système Seegene, les abus allégués par le plaignant à l'endroit du LNS concernent des pratiques de surfacturation, des pratiques de refus de livraison et des pratiques liées à l'accès à des informations confidentielles concernant ses concurrents.

Surfacturation

120. Selon le plaignant, le LNS aurait profité de la gestion du stock national pour lui facturer des prix « *sans commune mesure avec les prix du marché* ». Ainsi, le prix des réactifs d'extraction Seegene STARMag 96x4 facturés par le LNS serait largement supérieur au tarif d'Accuramed. Selon le plaignant, une telle surfacturation constituerait une « *imposition de façon directe de prix de vente non équitables, contraire à l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011 précitée* ».
121. L'entreprise plaignante allègue également que cette pratique causerait un effet de « *ciseaux tarifaires* », dans la mesure où elle aurait été « *tenue d'acheter ses consommables à des prix supérieurs à la tarification qu'elle est légalement tenue d'appliquer* »⁸⁵.
122. À titre liminaire, il convient de relever que tant l'imposition de prix de vente non équitables que des pratiques de ciseaux tarifaires sont susceptibles de constituer des pratiques abusives au sens des articles 5 de la loi relative à la concurrence et 102 du TFUE⁸⁶.

⁸⁵ Plainte, page 15.

⁸⁶ Communication de la Commission, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, paras. 75 et suivants.

123. Il convient tout d'abord de relever que Bionext n'apporte pas de pièce étayant le fait que le tarif d'Accuramed pour les réactifs d'extraction Seegene STARMag 96x4 aurait été inférieur à celui du LNS. Le tarif mentionné par Bionext n'est accompagné d'aucune facture et il n'est fait nulle mention d'une date à laquelle il aurait été appliqué.
124. À l'inverse, lors de son audition du 9 novembre 2020, le LNS a fourni les factures des fournisseurs établissant que les fournitures, y compris les réactifs d'extraction Seegene STARMag 96x4 fournis par Accuramed, ont été refacturées aux laboratoires aux prix d'achats⁸⁷. Selon ses propres déclarations, le LNS n'a fait aucune marge sur le matériel qui a été livré aux laboratoires privés, les prix élevés étant dus au contexte de crise sanitaire⁸⁸.
125. Or, si la constatation de l'existence d'une position dominante entraîne, pour l'entreprise concernée, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée, la jurisprudence européenne considère également, sous réserve de l'abus, que « *l'existence d'une position dominante ne prive pas une entreprise placée dans cette position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont menacés* » et que « *cette entreprise a la faculté, dans une mesure raisonnable, d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses intérêts* »⁸⁹.
126. Or, une hausse des prix de vente consécutive à une augmentation des coûts d'approvisionnement constitue *a priori* une réaction légitime pour toute entreprise cherchant à préserver ses intérêts commerciaux. De ce fait, la simple répercussion de la hausse des coûts d'approvisionnement du LNS sur les prix pratiqués à l'égard de ses « clients » ne saurait, dans un tel contexte, être présumée comme abusive au stade des mesures conservatoires.

Refus de livraison

127. Le plaignant allègue ensuite l'existence d'une pratique abusive consistant en des refus de livraison en consommables et kits de réactifs pour la réalisation des analyses de biologie médicale. En effet, suite à la contestation des factures opposée par Bionext en raison de la prétendue surfacturation⁹⁰, le LNS a refusé de continuer à livrer Bionext en consommables et kits de réactifs tant que les factures ne seraient pas réglées⁹¹.

⁸⁷ Pièces transmises suite à l'audition du LNS, Pièce c.ii (série de factures).

⁸⁸ Procès-verbal de l'audition du LNS.

⁸⁹ TUE, arrêt du 9 septembre 2010, *Tomra Systems e.a. / Commission*, affaire T-155/06, para. 207.

⁹⁰ Voir à cet égard les paragraphes 120 et suivants de la présente décision.

⁹¹ Plainte, Pièce n° 11 : Courrier électronique du 5 août 2020 informant Bionext S.A. du refus du LNS de livrer les fournitures sollicitées.

128. Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, « *le détenteur d'une position dominante sur le marché des matières premières qui, dans le but de les réserver à sa propre production des dérivés, refuse de fournir ces matières à un client qui, lui-même, produit ces dérivés, au risque d'éliminer toute concurrence de la part de celui-ci, exploite sa position dominante d'une façon abusive* »⁹².
129. Ainsi, en l'absence de justification objective, le refus de fourniture d'intrants par un opérateur en position dominante est susceptible de constituer une pratique abusive.
130. Les pièces à disposition du Conseil indiquent clairement que le LNS a initialement procédé à un certain nombre de livraisons de réactifs d'extraction, de réactifs d'amplification et de consommables, puis a refusé les nouvelles commandes de Bionext à partir d'août 2020, lorsqu'il a été constaté que les factures pour les premières livraisons n'avaient été payées par Bionext. Bionext ne conteste d'ailleurs pas ne pas avoir payé ces factures, mais argue du fait que le caractère excessif des montants facturés, qui n'était pas connu au moment de la commande, justifierait ce refus de payer.
131. Or, s'agissant des circonstances susceptibles de constituer la justification objective d'un refus de livraison, il convient de relever que constitue une justification objective un refus de livraison opposé par une entreprise en position dominante à un acheteur qui n'a pas payé par le passé les marchandises qu'il a reçues de l'entreprise dominante⁹³.
132. Par conséquent, au stade des mesures conservatoires, le refus de livraison opposé par le LNS à Bionext semble justifié par une justification objective et il n'est donc pas possible de présumer, au stade des mesures conservatoires, l'existence d'une pratique abusive en raison de ce refus.

Accès à des informations confidentielles

133. D'après le plaignant, le LNS profiterait de son statut d'établissement public pour accéder à des informations confidentielles, ce qui lui conférerait un avantage concurrentiel. En effet, le LNS disposerait des chiffres de l'activité de Bionext qui lui sont transmis par la direction de la Santé. Plus précisément, les informations confidentielles en cause seraient le nombre de tests réalisés par Bionext hebdomadairement. Cette information serait utilisée par le LNS, dans le cadre de sa gestion du stock national, afin d'estimer le besoin hebdomadaire de Bionext en kits d'extraction⁹⁴.

⁹² CJUE, arrêt du 6 mars 1974, *Commercial Solvents*, affaires jointes 6 et 7-73, para. 25.

⁹³ Voir en ce sens OECD Policy Roundtables "Refusals to deal", version du 3 septembre 2009, DAF/COMP(2007)46, en particulier la Note de référence et la Contribution de la Commission européenne.

⁹⁴ Plainte, Pièce n° 4 : Courrier en réponse de M^e Rodesch au nom du LNS du 29 mai 2020.

134. Il convient de relever à cet égard la situation spécifique du LNS, qui était chargé de la distribution aux autres laboratoires des réactifs pour le système Seegene, dans le cadre de la gestion du stock national. Par ailleurs, le LNS exerce également une activité sur le marché aval de la prestation d'analyses de biologie médicale. Ainsi le LNS est intervenu, dans les circonstances de la crise sanitaire, à la fois en tant que gestionnaire du stock nécessaire à la réalisation d'analyses médicales et en tant que laboratoire d'analyses médicales.
135. Cette situation spécifique du LNS peut être comparée à celle des « opérateurs historiques » sur les marchés de réseaux, lesquels sont à la fois chargés de la gestion du réseau et exploitent également leurs services sur ce réseau.
136. Or, la pratique décisionnelle de l'autorité française de concurrence offre un cadre d'analyse lorsqu'un opérateur historique, tel que la SNCF pour le réseau ferré ou France Télécom pour la boucle locale, accède à des informations privilégiées concernant ses concurrents en raison de sa mission de gestion du réseau. Selon l'autorité française, « *l'utilisation, par une entreprise en position dominante, d'informations stratégiques obtenues dans l'exercice de la mission de gestion d'accès au réseau qu'elle détient peut donc constituer un abus de cette position dominante* »⁹⁵.
137. Ainsi, dans une situation telle que celle du LNS ou d'un opérateur chargé d'une mission de gestion d'accès à un réseau, l'utilisation, à des fins stratégiques et commerciales, d'informations confidentielles obtenues du fait de cette situation est susceptible de constituer un abus de position dominante. En revanche, dans une telle situation, le fait d'accéder à ces informations stratégiques ne semble pas susceptible, à lui seul, de constituer un abus.
138. L'exigence d'une utilisation des informations stratégiques obtenues du fait de la situation privilégiée est conforme à la jurisprudence constante selon laquelle la constatation de l'existence d'une position dominante n'implique en soi aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée, mais signifie seulement qu'il incombe à celle-ci, indépendamment des causes d'une telle position, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée⁹⁶.

⁹⁵ Autorité de la concurrence (France), décision n° 12-D-25 du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises, para. 360 et décision n° 07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit, paras. 85-86.

⁹⁶ CJUE, arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, C-322/81, *Michelin c. Commission*, para. 57.

139. Concernant le caractère confidentiel du nombre de tests réalisés par Bionext, il convient de relever que le plaignant a lui-même rendu cette information publique dans un article de presse⁹⁷. A partir de la publication de cet article, cette information était donc librement accessible, non seulement au LNS mais également aux autres laboratoires privés.
140. Par ailleurs, il n'est pas allégué par le plaignant que l'information relative au nombre de tests réalisés par Bionext ait été utilisée par le LNS à des fins stratégiques et/ou commerciales.
141. Au contraire, il apparaît que le LNS a utilisé cette information seulement dans le cadre de sa mission de gestion du stock national, afin de répartir les livraisons aux différents laboratoires privés en fonction de leurs besoins effectifs. Or, la détention et l'utilisation de cette information ne sauraient avoir un caractère anticoncurrentiel dès lors qu'elles sont inhérentes à sa mission de gestion du stock national, qui lui a été confiée par l'autorité étatique.
142. Au demeurant, il apparaît au stade des mesures conservatoires que l'utilisation des informations, dans le cadre de sa mission de gestion du stock national, semble avoir été effectuée de sorte à éviter tout risque de pratique abusive. En effet, selon la pratique décisionnelle de la Commission européenne, dans le contexte d'une pénurie d'approvisionnement, une entreprise en position dominante doit répartir équitablement les quantités disponibles entre tous ses acheteurs pour éviter de commettre des abus au sens de l'article 102 du TFUE⁹⁸.
143. Par conséquent, aucune pratique ne peut être imputée, au stade des mesures conservatoires, au LNS en raison d'une utilisation abusive des informations confidentielles obtenues dans le cadre de sa mission de gestion du stock national.

ii. Marché des kits de prélèvement

144. L'allégation de surfacturation porte également sur le marché des kits de prélèvements. Prétendant que les prix facturés par le LNS sont « *sans commune mesure avec les prix du marché* », le plaignant se réfère à un tableau de prix de différents fournisseurs pour des kits de prélèvement. Bionext se réfère également à une facture d'un fournisseur datée du 2 septembre 2020, dont le montant unitaire est plusieurs fois inférieur au montant facturé par le LNS⁹⁹.

⁹⁷ « À la maison ou au bureau, ils viennent vous tester » (L'Essentiel, 21 octobre 2020).

⁹⁸ Commission européenne, décision IV/28.841 – ABG du 19 avril 1977 précitée, page 9.

⁹⁹ Plainte, Pièce n° 10 : Facture de (fournisseur) du 2 septembre 2020 [Pièce confidentielle].

145. Il convient tout d'abord de relever que Bionext n'apporte pas de pièce au soutien de son allégation selon laquelle il aurait pu bénéficier de prix inférieurs auprès d'autres fournisseurs au début de la crise sanitaire, le tableau fourni dans la plainte n'étant étayé par aucune facture. Du reste, une telle affirmation selon laquelle Bionext a pu ou aurait pu s'approvisionner auprès d'autres fournisseurs semble contradictoire avec les autres affirmations de Bionext, selon lesquelles les refus de livraison opposés par le LNS auraient mis en péril sa capacité à continuer l'exercice de ses activités d'analyses médicale.
146. De plus, dans le contexte d'une pénurie d'approvisionnement, une facture d'un fournisseur datée de septembre 2020 ne saurait constituer une référence pertinente pour prouver un abus sur des prix pratiqués plusieurs mois auparavant, en mai et juin 2020, au début de la crise sanitaire.
147. En tout état de cause, à l'instar des pratiques de surfacturation alléguées en ce qui concerne les réactifs pour le système Seegene, il est suffisant de constater que le LNS a seulement répercuté la hausse de ses coûts d'approvisionnement en consommables et kits de prélèvements, ce qui exclue de présumer, au stade des mesures conservatoires, l'existence d'une pratique abusive à cet égard.

d. Conclusion sur les pratiques mises en œuvre sur le marché de l'approvisionnement en équipements, réactifs et consommables de biologie

148. La troisième condition, exigeant une violation *prima facie* du droit de la concurrence, n'est donc pas remplie en ce qui concerne les pratiques alléguées sur le marché de l'approvisionnement consistant en des pratiques de surfacturation, de refus de livraison, et d'accès à des informations confidentielles.
149. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'examiner ces pratiques au regard de la quatrième condition (atteinte grave et irréparable à l'entreprise plaignante ou à l'ordre public économique).
150. Au demeurant, il convient de relever que les abus allégués sur le marché de l'approvisionnement ne pourraient en tout état de cause faire l'objet de mesures provisoires. En effet, selon les déclarations du plaignant, confirmées par le LNS lors de son audition, la mission de gestion du stock national conférée au LNS aurait pris fin en juin 2020¹⁰⁰. Partant, la situation de position dominante du LNS ainsi que les pratiques alléguées sur le marché de l'approvisionnement ne sont plus effectives à ce jour. Or, des

¹⁰⁰ Procès-verbal de l'audition de Bionext et Procès-verbal de l'audition du LNS.

Version unique

mesures conservatoires qui interviendraient trop tard pour redresser une situation ne peuvent être considérées, au sens strict, comme nécessaires pour faire face à l'urgence et ne peuvent, par conséquent, être prononcées¹⁰¹.

Adopte la présente décision :

Article unique

La demande de mesures conservatoires est rejetée.

Ainsi décidé à Luxembourg, le 17 décembre 2020.



Pierre Barthelmé

Président

La présente décision est susceptible d'un recours en annulation devant le Tribunal administratif. Le délai de recours est de trois mois à partir de la notification de la présente décision. Le recours est introduit par requête signée d'un avocat à la Cour.

¹⁰¹ Voir à cet égard le paragraphe 65 de la présente décision.