

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 00-MC-02 du 22 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Novalab France

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu les lettres enregistrées les 15 et 22 décembre 1999 sous les numéros F 1191 et M 252, par lesquelles la SA Novalab France, ci-après dénommée Novalab, a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de la SA LifeScan France qu'elle estime anticoncurrentielles et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par les sociétés Novalab et LifeScan France ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, les représentants des sociétés Novalab et Ortho Clinical Diagnostics France entendus au cours de la séance du 9 février 2000 ;

Le représentant de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) entendu conformément à l'article 25 de l'ordonnance susvisée ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Sur la saisine au fond :

Considérant que la société Novalab fait valoir qu'elle a mis sur le marché en septembre 1999 la bandelette réactive Uni-Check destinée à mesurer la teneur du glucose dans le sang ; que cette bandelette, dont elle est le distributeur exclusif, est fabriquée par la société Diagnostic Solutions Inc sous licence LifeScan Inc ; qu'un accord international a été signé le 1^{er} décembre 1994 entre les sociétés Diagnostic Solutions Inc et LifeScan Inc ; que ce produit a fait l'objet par l'AFSSAPS d'une évaluation analytique, scientifique et technique effectuée sur dossier et a été enregistré le 20 mai 1999 sous le numéro S 71072 ; qu'en outre, il est remboursé à 100 % par la sécurité sociale ;

Considérant que, jusqu'à l'introduction sur le marché de la bandelette Uni-Check, lorsqu'un fabricant de lecteur de glycémie commercialisait un nouvel appareil, celui-ci ne pouvait fonctionner qu'avec une seule marque de bandelette, aucune bandelette n'étant interchangeable ; que la bandelette Uni-Check fonctionne

avec les lecteurs de glycémie de la marque One Touch, fabriqués par la société LifeScan Inc, qui peuvent donc désormais être utilisés soit avec les bandelettes de la marque One Touch, soit avec les bandelettes de la marque Uni-Check ;

Considérant que la société Novalab se plaint de ce que, peu de temps après le lancement du produit Uni-Check, LifeScan France, ci-après dénommée LifeScan, qui est une division de la société Ortho Clinical Diagnostics France, laquelle fait elle-même partie du groupe Johnson & Johnson, et dont l'activité est la commercialisation des appareils d'auto-surveillance glycémique destinés aux personnes diabétiques sous la marque One Touch, aurait, profitant de sa position dominante sur le marché, multiplié les actions de dénigrement de son produit ;

Considérant que les faits ainsi dénoncés ont consisté en l'envoi de courriers aux médecins spécialistes, aux services hospitaliers et aux pharmaciens d'officine comportant les mentions suivantes : "*les bandelettes Uni-Check ne sont ni fabriquées ni contrôlées par LifeScan, et nous ne sommes pas en mesure d'assumer la responsabilité des résultats obtenus lors de leur utilisation avec nos appareils de mesure One Touch... Etant responsable envers les patients et les professionnels de santé qui utilisent nos produits, nous nous devons de vous informer que seule l'utilisation du système One Touch (bandelettes One Touch et lecteurs One Touch) vous assure le niveau de fiabilité et de qualité LifeScan...*" ; que, par ailleurs, la société LifeScan a remis aux patients diabétiques le même courrier lors du Salon du diabète organisé par l'Association des diabétiques (AFD) les 12 et 13 novembre 1999, opération qui aurait touché plus de 4 500 personnes ; qu'elle a aussi communiqué un procès-verbal de constat dressé par Eric Crussard, huissier de justice, le 12 novembre 1999, dans lequel ce dernier a constaté : "*Monsieur Edmond MSIKA me présente, à mon étude, à 18 heures, une pochette LifeScan "Salon du diabète" : Je prends une photocopie de cette pochette que j'annexe au présent procès-verbal de constat. A l'intérieur, je constate qu'il existe, entre autre, trois documents LifeScan dont deux courriers mettant en cause les bandelettes Uni-Check...*" ; que, de plus, la société Novalab se déclare persuadée que les propos de la société LifeScan dénigrant son produit sont répercutés auprès des patients diabétiques lorsqu'ils appellent le numéro vert gratuit LifeScan Assistance ; qu'enfin, elle joint à ses observations deux lettres, l'une du 4 octobre 1999 que lui a adressée le docteur Michel Hautecouverture du pôle uro-digestif et métabolique de l'hôpital Saint Joseph à Paris, qui indique : "*... Vous aviez pris un rendez-vous auprès de moi pour me présenter des bandelettes intitulées UNI-CHECK. Je viens de recevoir ce courrier dont je vous joins photocopie. Dès à présent je demande à l'intégralité des personnels médicaux et non médicaux du service de surtout ne pas utiliser ces bandelettes UNI-CHECK*", et l'autre de l'AFD du 26 octobre 1999 qui mentionne : "*A la demande de Patricia Preiss, directeur de l'AFD, je vous adresse le courrier suivant pour vous dire qu'il ne sera pas possible de vous retenir un stand à l'occasion du prochain salon qui se tiendra à la Maison de la Mutualité les 12 et 13 novembre 1999. Nous vous confirmons la possibilité d'ouverture de l'AFD vers un autre type de partenariat que les bandelettes dont nous ne savons pas exactement si elles sont fabriquées sous licence LifeScan...*" ;

Considérant que la société Novalab soutient que ces attaques permanentes mettent en danger son avenir et son développement futur et qu'il est dommageable que le corps médical et les patients diabétiques soient pris en otage par une société jouissant de sa position de monopole pour entraver l'entrée sur le marché d'un produit concurrent ; qu'ainsi, ces pratiques seraient constitutives des infractions définies par l'article 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant que les bandelettes réactives One Touch, distribuées par la société LifeScan, et Uni-Check, distribuées par la société Novalab, sont utilisables avec le même lecteur de glycémie ; que ces deux types de bandelettes sont donc substituables pour les utilisateurs de lecteurs de glycémie One Touch ; qu'en revanche, ces bandelettes ne sont pas utilisables avec des lecteurs d'autres marques et que, symétriquement, les utilisateurs de lecteurs One Touch ne peuvent pas utiliser des bandelettes d'autres marques ; que, pour le consommateur qui détient un lecteur d'une marque donnée, le recours à des bandelettes incompatibles avec ce lecteur suppose l'achat d'un nouveau lecteur ; qu'il est apparu en séance qu'un tel achat n'est remboursé par la sécurité sociale que tous les quatre ans ; que, dans l'intervalle, le bénéfice que le consommateur pourrait tirer d'un changement de marque de bandelettes ne justifie pas l'acquisition d'un nouveau lecteur ; qu'il suit de là qu'il ne peut être exclu qu'il existe autant de marchés de bandelettes qu'il y a de types de lecteur et que le marché pertinent pour la présente affaire soit ainsi le marché des bandelettes compatibles avec le lecteur One Touch, marché sur lequel deux offres seraient en concurrence : celle des bandelettes One Touch et celle des bandelettes Uni-Check ;

Considérant qu'un litige oppose depuis le début du mois de juin 1999 la société Johnson & Johnson et la société Diagnostic Solutions Inc sur la portée de l'accord de licence conclu le 1^{er} décembre 1994 ; que la société Johnson & Johnson soutient que cet accord de licence est limité aux bandelettes ayant substantiellement les mêmes configuration, format, forme et composition que celles qui étaient vendues par la société Diagnostic Solutions Inc à la date du 1^{er} décembre 1994 ; qu'elle soutient que les bandelettes Uni-Check ne sont pas substantiellement les mêmes que les bandelettes Quick Check One qui étaient vendues par la société Diagnostic Solutions Inc en 1994 et ne sont donc pas couvertes par l'accord de licence ; que la société Johnson & Johnson aurait, selon les termes d'une lettre remise par les parties au cours de la séance, informé, par lettre en date du 2 juin 1999, les distributeurs de bandelettes Uni-Check dans différents pays que ces bandelettes n'étaient pas couvertes par l'accord de licence susvisé ; que la société Diagnostic Solutions Inc estime, au contraire, que ces bandelettes sont couvertes par cet accord de licence ;

Considérant que ce litige, non encore résolu, existait depuis trois mois lorsque la société Novalab a entrepris, en septembre 1999, la commercialisation en France des bandelettes susmentionnées en tant que distributeur exclusif de la société Diagnostic Solutions Inc ; que dans la notice d'utilisation des bandelettes Uni-Check la société Novalab indiquait dans un encart " *sous licence avec l'accord de LifeScan Inc (...). LifeScan Inc est une société de Johnson & Johnson* " ; qu'il n'est pas établi, à ce stade du dossier, que la société Diagnostic Solutions Inc avait fait savoir à la société Novalab que cette mention pourrait être contestée par la filiale française du groupe Johnson & Johnson ;

Considérant, par ailleurs, que LifeScan soutient que, lors de l'apparition des bandelettes Uni-Check sur le marché, elle aurait cherché à se renseigner auprès de sa société mère américaine afin de savoir si la mention utilisée par la société Novalab, et selon laquelle les bandelettes Uni-Check étaient fabriquées " *sous licence avec l'accord de LifeScan Inc (...)* ", était justifiée ; qu'elle allègue que sa société mère lui aurait répondu qu'elle ignorait qui était Novalab et qu'aucun accord n'aurait été donné pour la commercialisation de telles bandelettes ; qu'elle aurait alors informé les pharmaciens de ce que " *les bandelettes Uni-Check ne sont ni fabriquées ni contrôlées par LifeScan, et nous ne sommes pas en mesure d'assumer la responsabilité des résultats obtenus lors de leur utilisation avec nos appareils de mesure One Touch* ", en ajoutant que : " *Etant responsable envers les patients et professionnels de santé qui utilisent nos produits, nous nous devons de vous informer que seule l'utilisation du système One Touch (bandelettes One Touch et lecteurs One Touch)*

vous assure le niveau de fiabilité et de qualité LifeScan " ;

Considérant que la société Novalab fait valoir que cette information des professionnels de santé émanait d'une entreprise en situation de position dominante sur son marché et a eu pour effet de limiter considérablement les possibilités de développement de ses ventes, assurant ainsi une protection effective du marché de la société LifeScan ;

Considérant que, si la lettre de la société LifeScan a pu avoir pour effet de dissuader les pharmaciens et les patients diabétiques d'utiliser les bandelettes Uni-Check, cette circonstance est, cependant, en elle-même insuffisante pour que la diffusion de cette lettre puisse être considérée comme un abus de la position dominante de LifeScan au sens des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'en effet, si LifeScan avait des raisons sérieuses de penser que les informations données aux pharmaciens par la société Novalab pouvaient leur faire croire à tort que les bandelettes Uni-Check étaient fabriquées sous licence LifeScan avec l'accord et sous le contrôle de cette dernière société, elle pouvait légitimement corriger cette impression erronée ; qu'en revanche, si elle ne disposait d'aucun élément lui laissant penser que l'accord de licence conclu entre la société Johnson & Johnson et la société Diagnostic Solutions Inc ne couvrait pas les bandelettes Uni-Check, ou aucune indication selon laquelle ces produits auraient été différents de ceux qu'elle mettait sur le marché, le fait de diffuser une telle lettre pourrait relever d'une stratégie de dénigrement de la part d'une entreprise en position dominante ayant pour objet ou pour effet de limiter la concurrence sur son marché ;

Considérant que les éléments du dossier ne permettent pas de déterminer de façon formelle si, au moment de la rédaction et de la diffusion de la note concernant les bandelettes Uni-Check, LifeScan était informée du litige existant sur le périmètre de la licence accordée à la société Diagnostic Solutions Inc, ou si elle disposait effectivement d'informations lui laissant penser, à tort ou à raison, que les produits de cette dernière société ne seraient pas identiques aux siens ; que, dans ces conditions, il ne peut être exclu que la mise au point et la diffusion de la note précitée relèvent d'un abus de position dominante prohibé par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que la saisine est donc recevable ;

Sur la demande de mesures conservatoires :

Considérant qu'accessoirement à sa saisine, la société Novalab demande au Conseil de la concurrence, par application de l'article 12 de l'ordonnance susvisée, qu'il prononce les mesures conservatoires suivantes :

qu'il soit enjoint à la société LifeScan de mettre fin aux courriers envoyés à tous les professionnels de santé (médecins, infirmières et pharmaciens d'officine), aux répartiteurs pharmaceutiques et aux patients diabétiques, dans lesquels elle dénigre le produit Uni-Check, laissant planer un doute sur sa fiabilité ; que, parallèlement, une lettre rectificative soit envoyée aux diabétologues privés et publics, pharmaciens d'officine et associations, annonçant " *qu'Uni-Check peut être utilisé avec tous les lecteurs One Touch* " ;

qu'il soit enjoint à la société LifeScan de publier dans la presse spécialisée (Quotidien du Médecin, Impact Médecin, Moniteur des Pharmacies, Equilibre) un démenti pour avoir dénigré injustement le produit Uni-Check ;

qu'il soit enjoint à la société LifeScan de cesser de communiquer des informations téléphoniques de type diffamatoire ou de dénigrement aux patients qui appellent le numéro vert LifeScan Assistance (0 800 459 459) ;

Considérant qu'aux termes de l'article 12 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 : " Le Conseil de la concurrence peut, après avoir entendu les parties en cause et le commissaire du Gouvernement, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées par le ministre chargé de l'économie, par les personnes mentionnées au 2^o alinéa de l'article 5 ou par les entreprises. Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence... " ;

Considérant que l'éventualité du prononcé des mesures conservatoires demandées par la partie saisissante pour faire cesser le trouble grave et immédiat qu'elle invoque n'aurait à être examinée par le Conseil que si LifeScan diffusait des messages de la nature de ceux précédemment décrits sans pouvoir justifier d'un tel comportement ; que sa pratique entrerait alors manifestement dans les prévisions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Mais considérant qu'il est désormais avéré, d'une part, qu'il existe un litige sur la question de savoir si la licence octroyée par LifeScan Inc à Diagnostic Solutions Inc couvre les bandelettes Uni-Check et, d'autre part, qu'une étude, dont LifeScan a produit les conclusions, détaille un certain nombre de différences entre les bandelettes réactives Uni-Check et les bandelettes One Touch ; qu'en outre la vérification opérée, en vue de l'enregistrement des bandelettes Uni-Check par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé, a consisté en une étude sur dossier mais n'a pas inclus de tests ; que l'agrément donné par cet organisme, qui ne porte que sur les caractéristiques propres des bandelettes Uni-Check, ne donne aucune indication sur la conformité juridique de celles-ci à la licence octroyée par LifeScan Inc à leur fabricant ; que, dès lors, le Conseil ne saurait enjoindre sur le fondement de l'article 12 de l'ordonnance à la société LifeScan de mettre fin à des courriers dans lesquels cette société énonce que "*les bandelettes Uni-Check ne sont ni fabriquées ni contrôlées par LifeScan*" et que "*nous ne sommes pas en mesure d'assumer la responsabilité des résultats obtenus lors de leur utilisation avec nos appareils de mesure One Touch*" ; que, de même, compte tenu de ces éléments, le Conseil ne saurait enjoindre à LifeScan de diffuser une lettre rectificative annonçant qu'" *Uni-Check peut être utilisé avec tous les lecteurs One Touch*" ou encore de publier un démenti pour avoir "*injustement dénigré*" le produit Uni-Check ; qu'en effet, l'octroi de telles mesures conservatoires reviendrait pour le Conseil, non plus à suspendre une pratique de dénonciation manifestement injustifiée d'un produit concurrent par une entreprise ayant une position dominante, mais à prendre parti dans un litige désormais fondé sur une controverse technique et juridique et pour lequel le Conseil n'est pas compétent ;

Considérant, par ailleurs, s'agissant de la troisième demande, que cette dernière ne peut être accordée dans la mesure où aucun indice permettant de penser que le numéro de téléphone vert LifeScan servirait à dénigrer les bandelettes Uni-Check n'a été produit ;

Considérant, par suite, que la demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 292 ne peut

qu'être rejetée,

DECIDE

Article unique : la demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 292 est rejetée.

Délibéré, sur le rapport de Mme de Mallmann, par M. Jenny, vice-président, présidant la séance, Mme Pasturel et M. Cortesse, vice-présidents.

Le secrétaire de séance,

Le vice-président,

présidant la séance,

Sylvie Grando

Frédéric Jenny

© Conseil de la concurrence