



Décision n° 03-D-28 du 6 juin 2003
relative à une saisine présentée par la société Novalab France

Le Conseil de la concurrence (commission permanente) ;

Vu la lettre enregistrée le 15 décembre 1999, sous le numéro F 1191, par laquelle la société Novalab France (ci-après Novalab), a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la division LifeScan France de la société Ortho-Chimical Diagnostics France (ci-après LifeScan) ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1305 du 29 décembre 1986 fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 pris pour l'application du Livre IV du code de commerce ;

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

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société Novalab entendus lors de la séance du 19 mars 2003 ;

Adopte la décision suivante :

I. - Constatations

1. Par lettre enregistrée le 15 décembre 1999 sous le numéro F 1191, la société Novalab a saisi le Conseil de la concurrence d'un dossier relatif à des pratiques émanant de la société LifeScan qui, selon elle, a profité de sa position dominante sur le marché, en multipliant les actions de dénigrement du produit de Novalab, la bandelette réactive "*Uni-Check*", destinée à mesurer le taux de glucose dans le sang.

A. - LE SECTEUR D'ACTIVITÉ CONCERNE PAR LES PRATIQUES

Le produit

2. La bandelette Uni-Check, utilisable avec le lecteur de glycémie One Touch R, est fabriquée par la société Diagnostic Solutions Inc (USA) sous licence LifeScan Inc. Un accord de licence de brevet, valant également accord transactionnel, a été signé le 1^{er} décembre 1994 entre les sociétés LifeScan Inc, Can-Am Care Corporation, Diagnostic Solutions Inc (DSI) et Chronimed Inc. Cette bandelette est enregistrée à l'AFSSAPS sous le numéro S 71072 et est remboursée à 100 % aux patients diabétiques.

3. La partie saisissante a conclu un accord de distribution exclusif pour la France de ce produit avec les sociétés Diagnostic Solutions Inc et Novex. Cette dernière est chargée par la société Diagnostic Solutions Inc de trouver des distributeurs, notamment dans les pays d'Europe.

4. Jusqu'à l'introduction sur le marché des bandelettes réactives Uni-Check, tous les lecteurs de glycémie offerts aux patients diabétiques fonctionnaient avec un seul type de bandelette à

usage unique spécifique à chaque lecteur. Depuis l'arrivée sur le marché du produit Uni-Check, un type de lecteur, le lecteur de glycémie One Touch R, peut être utilisé avec deux types de bandelettes réactives : One Touch R et Uni-Check. Les deux types de bandelettes sont substituables pour les utilisateurs de lecteurs de glycémie One Touch R. Par contre, lesdites bandelettes ne sont pas utilisables avec des lecteurs d'autres marques. De même, les utilisateurs de lecteurs One Touch R ne peuvent pas utiliser des bandelettes d'autres marques.

Le marché concerné

5. Avant la mise en vente du produit Uni-Check, la situation de marché permettait de distinguer :

- le marché des lecteurs de glycémie ;
- le marché connexe des bandelettes réactives utilisables avec des lecteurs de glycémie fonctionnant avec une seule marque de bandelette réactive.

Ce marché connexe est étroitement lié au précédent, avec des consommateurs communs et captifs, dans la mesure où l'achat d'un lecteur de glycémie d'une marque donnée implique l'achat des bandelettes réactives utilisables exclusivement avec ledit lecteur.

6. Depuis l'apparition des bandelettes réactives Uni-Check, le marché connexe des bandelettes s'est élargi à celui des bandelettes réactives utilisables avec le lecteur de glycémie One Touch R, pouvant fonctionner avec plusieurs marques de bandelettes interchangeables : en l'espèce, deux marques, One Touch R et Uni-Check.

7. S'agissant des seules bandelettes utilisables avec le lecteur de glycémie One Touch R, le nombre d'unités vendues de septembre 1999 à mars 2001 est resté très favorable à la marque One Touch R, puisque les bandelettes Uni-Check, introduites en septembre 1999 sous un conditionnement par boîtes de 50 unités, ont vu leurs ventes stabilisées autour de 1 400 boîtes par mois en 2000 et 2001, contre des ventes mensuelles moyennes de 300 000 boîtes de 25 unités pour les bandelettes One Touch R, soit un rapport de un à cent.

8. Un relevé détaillé montre que la part de marché du nouveau produit Uni-Check, pour les premiers mois de son introduction, est restée inférieure à 1 % :

		LifeScan	Uni-Check	Total
Déc. 1999	UN	11 894 350	69 800	11 964 150
	PdM	99,42 %	0,58 %	100 %
Janv. 2000	UN	10 575 400	66 350	10 641 750
	PdM	99,38 %	0,62 %	100 %
Févr. 2000	UN	10 550 075	70 500	10 620 575
	PdM	99,34 %	0,66 %	100 %
Mars 2000	UN	11 892 075	84 000	11 976 075
	PdM	99,30 %	0,70 %	100 %
Avril 2000	UN	10 819 275	73 600	10 892 875
	PdM	99,32 %	0,68 %	100 %
Mai 2000	UN	13 204 400	95 800	13 300 200
	PdM	99,28 %	0,72 %	100 %

9. Le tarif interministériel des prestations sanitaires (TIPS) fixe le prix des bandelettes destinées à mesurer le taux de sucre dans le sang à 13,30 F pour 5 unités, soit 133 F les 50 bandelettes. Ce prix n'étant pas imposé, l'instruction a mis en évidence que le prix public des bandelettes s'élève pour 50 unités à 133 F pour Uni-Chek et 135,60 F pour One Touch R, soit un écart de prix de 2 %. Cependant, d'après la société Novalab, les bandelettes One Touch R seraient vendues par un certain nombre d'officines aux environs de 150 F pour 50 unités.

Les distributeurs des produits en cause et leur position sur le marché

La société Novalab France

10. Elle a été créée en août 1999. Son activité est "*la mise au point, la réalisation, la production, le commerce, la représentation, la promotion, la distribution de produits chimiques et de réactifs.*"

LifeScan France

11. C'est une division de la société Ortho-Clinical Diagnostics France qui appartient au groupe Johnson & Johnson Company. Cette société a pour activité la fabrication et la commercialisation de réactifs et d'instruments de laboratoire, de diagnostic et de recherche en biologie.

12. LifeScan commercialise sous la marque "*One Touch R*" des appareils d'auto-surveillance glycémique destinés aux personnes diabétiques. Ces appareils fonctionnent à partir de deux éléments : le lecteur de glycémie et les bandelettes réactives. Parmi ses concurrents se trouvent : le groupe Roche Diagnostics, le groupe Bayer, le groupe Abbot-Medisense. En 1999, leurs parts de marché s'élevaient à :

- LifeScan (total unités vendues) 36,4 %
- Roche 35,1 %
- Bayer 16,4 %
- Medisense 11,9 %
- Uni-Check (Novalab France) 0,1 %

Les patients diabétiques

13. Il existe deux populations de patients diabétiques. D'une part, les insulino-traités qui se partagent en deux catégories. Le type I, pour lequel l'auto-surveillance glycémique (ASG) est apprise très jeune, concerne en France 160 000 patients ; le taux de surveillance de la glycémie est quotidien pour ces patients, de l'ordre de 3 à 4 fois par jour. Les patients du type II sont traités à l'insuline quand les antidiabétiques oraux n'ont pas suffi à normaliser la glycémie. Sont concernés 170 000 à 190 000 patients. Dans la population Île-de-France, 30 % des diabétiques de type II, y compris tous les insulino-traités, utilisent l'auto-surveillance glycémique.

14. D'autre part, les non insulino-traités, qui représentent 1 000 000 de patients. Chez ces derniers, l'ASG est très peu utilisée ou de façon épisodique.

15. S'ajoutent à ces deux populations, les diabètes gestationnels. Sont concernées en France, environ 25 000 patientes, soit 6 % des femmes enceintes.

B – LES FAITS

Les pratiques dénoncées

16. La société Novalab soutient que LifeScan a multiplié les actions de dénigrement de son produit, cela peu après son lancement. Ces attaques ont consisté en des courriers envoyés aux médecins spécialistes, aux services hospitaliers et aux pharmaciens d'officine. Elle produit des courriers contenant encadrées les mentions suivantes : "*Il semblerait que vous ayez reçu récemment une information concernant les bandelettes appelées Uni-Check... Afin d'éviter*"

toute confusion, nous tenons à attirer votre attention sur les points suivants : les bandelettes Uni-CheckTM ne sont ni fabriquées ni contrôlées par LifeScan, et nous ne sommes pas en mesure d'assurer la responsabilité des résultats obtenus lors de leur utilisation avec nos appareils de mesure One Touch R...

"Ne connaissant ni les procédés de fabrication ni le niveau de qualité et de compatibilité avec nos lecteurs des bandelettes autres que One Touch R, nous ne serons pas en mesure de répondre au mieux à la demande des patients qui utiliseraient Uni-Check, pas plus que nous ne pourrions être en mesure de garantir la qualité de leur produit ...

"Étant 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 R (bandelettes One Touch R et lecteurs One Touch R) vous assure le niveau de fiabilité et de qualité LifeScan...". Ce courrier a été envoyé au service du docteur X... du centre hospitalier de Nevers et réceptionné le 30 septembre 1999, ainsi qu'à la pharmacie Alessandra à Menton le 6 octobre 1999.

17. La partie saisissante ajoute que l'action de LifeScan a visé directement les patients diabétiques par la remise systématique d'un courrier identique à ceux susvisés, lors du salon du diabète organisé par l'Association des diabétiques, les 12 et 13 novembre 1999. Cette opération de dénigrement aurait touché plus de 4 500 patients diabétiques. Elle communique un procès-verbal de constat dressé par Maître Y..., huissier de justice le 12 novembre 1999, dans lequel ce dernier, après avoir rappelé que la société Novalab lui a déclaré avoir appris que, pendant le salon du diabète, LifeScan distribuait des pochettes contenant deux lettres dénigrant les bandelettes Uni-Check, a procédé aux constatations suivantes : *"Monsieur Edmond Z... 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 autres, trois documents LifeScan dont deux courriers mettant en cause les bandelettes Uni-Check..."

18. La société LifeScan disposant d'un numéro d'appel gratuit pour les patients diabétiques équipés de lecteur de glycémie One Touch R., la société Novalab se déclare persuadée que LifeScan dénigre son produit auprès des patients diabétiques utilisateurs de bandelettes Uni-Check en les contactant directement.

19. Selon la partie saisissante, ces attaques permanentes mettent en danger son avenir et son développement futur. Lors de la saisine, le niveau de ses ventes ne représentait que 8 % de ses prévisions. Ainsi, elle prétend subir un préjudice financier important et une atteinte très lourde à son image de marque.

20. Ultérieurement, le 23 juin 2000, M. Z..., alors président de la société Novalab, a déclaré que les agissements de LifeScan perduraient et que Johnson & Johnson se livrait à des pratiques identiques. L'intéressé a communiqué plusieurs pièces dont une télécopie adressée à Novalab le 13 juin 2000 par la société Nutrifax qui édite un bulletin d'informations à l'attention des médecins diabétologues, refusant de diffuser un bandeau publicitaire pour le produit Uni-Check, Johnson & Johnson l'ayant informée qu'un contentieux existait entre Novalab et LifeScan. M. Z... a également transmis une lettre de la pharmacie de la Liberté à Toulon du 13 avril 2000, aux termes de laquelle celle-ci demande la reprise des bandelettes Uni-Check, LifeScan ne garantissant pas les résultats de ses lecteurs avec ces dernières.

21. Enfin, il a produit un courrier de l'Association française des diabétiques en date du 26 octobre 1999, signé par le responsable communication marketing et dont le destinataire n'est pas précisé, mentionnant : *"A la demande de la directrice 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 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...". Toutefois, un autre courrier, signé de la directrice de l'AFD, en date du 29 octobre 1999 et adressé à M. Z..., précise : "...En ce qui concerne le salon du diabète, et bien qu'il soit bien tard, compte tenu des circonstances, nous accueillerons un stand Novalab...".

22. La décision de mesures conservatoires n° 00-MC-02 intervenue dans cette affaire fait état d'un litige opposant 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. M. Z..., entendu sur ce point, a précisé "*qu'une procédure d'arbitrage a été introduite le 28 février 2000 par la société LifeScan Inc contre la société Diagnostic Solutions Inc devant l'American Arbitration (AAA) aux USA...*". Il a ajouté, d'une part, "*que la société Diagnostic Solutions Inc a été avertie par lettre en date du 28 février 2000 par l'avocat de la société LifeScan Inc, que cette dernière demandait qu'une procédure d'arbitrage commence immédiatement...*" et, d'autre part, que "*des procédures judiciaires ont été introduites en Belgique, Allemagne, Italie, Autriche et en France par la société LifeScan Inc et certaines de ses filiales, en vue de voir interdire la commercialisation dans ces différents pays des bandelettes Uni-Check produites par Diagnostic Solutions Inc (DSI) sous licence LifeScan*".

23. La société Novalab a précisé, dans une lettre à la rapporteure en date du 21 juillet 2000, que l'accord de licence de brevet, conclu le 1^{er} décembre 1994 entre la société LifeScan Inc et la société Diagnostic Solutions Inc a fonctionné jusqu'en 1999 sans difficulté. Ce n'est que le 2 juin 1999, que la société Fortuyn & Partners, distributrice pour l'Europe des bandelettes DSI, a reçu une mise en demeure de Johnson & Johnson aux États-Unis, agissant au nom de la société LifeScan Inc, prétendant que cette société ne pouvait pas distribuer les bandelettes DSI, leur accord n'étant plus respecté.

24. Le 4 août 2000, le représentant de la société Novalab a encore transmis un courrier de l'AFSSAPS en date du 20 juillet 2000 qui, soutient-il, fait ressortir que la société Ortho-Clinical Diagnostics est intervenue à nouveau, par courrier du 9 mars 2000, auprès de l'AFSSAPS afin que celle-ci retire l'agrément accordé aux bandelettes Uni-Check. Il déclare, toutefois, ne pas connaître le contenu de cette dernière lettre.

25. Enfin, la société Novalab fait observer que l'Association française des diabétiques qui édite une revue *Équilibre*, a fait paraître, au mois de mai 2001, un tableau comparatif sur les bandelettes mentionnant leur prix TIPS, leur prix public conseillé (en indiquant qu'il pouvait être en pratique supérieur), et la somme restant à la charge du patient. Ce tableau mentionne l'ensemble des bandelettes agréées par l'AFSSAPS et inscrites au TIPS, à l'exception des bandelettes Uni-Check. Le même numéro contient, sous forme d'un encart central, une enquête sur les lecteurs de glycémie LifeScan, ainsi que deux pages entières de publicité pour des produits Johnson & Johnson. Selon Novalab, ces faits seraient susceptibles de constituer un autre abus.

La défense de LifeScan

26. Entendu le 12 juillet 2000, M. A..., directeur général de la division LifeScan France de la société Ortho-Clinical Diagnostics France a indiqué que, lors de l'apparition sur le marché des bandelettes Uni-Check, LifeScan n'avait pas été avisée qu'elles avaient fait l'objet d'un contrôle qualité. LifeScan connaissait seulement le mailing d'informations aux professionnels de santé édité par Novalab le 30 août 1999 et les documents publicitaires. Elle a estimé qu'elle devait réagir en avisant les utilisateurs de lecteurs One Touch R et les professionnels de santé concernés. De plus, elle savait qu'un contentieux existait aux États-Unis au sujet des bandelettes Quick Check One et des bandelettes Uni-Check, toutes deux fabriquées par DSI, qui portait sur la conformité des bandelettes Uni-Check au brevet.

27. Au sujet de ce contentieux, M. A... a remis une copie d'un courrier du 29 juillet 1999 de Maître B., avocat de Johnson & Johnson, adressé à Maître C..., avocat de DSI, comportant des passages occultés et qui indique :

"Je réponds... à votre lettre daté du 15 juin 1999. J'ai reçu une lettre similaire datée du 11 juin 1999 émanant directement du président de DSI, M. D... ; je vous écris en votre qualité d'avocat de DSI..."

"Dans votre lettre, vous affirmez que les bandelettes actuellement fabriquées et vendues par DSI sont sous licence de LifeScan parce qu'ils⁽¹⁾ sont substantiellement identiques à ceux vendus par DSI au 1^{er} décembre 1994 qui ont fait l'objet de l'action en justice d'origine."

"De même, M. D... indique dans sa lettre que les bandelettes Uni-Check fabriquées par DSI aujourd'hui présentent en fait substantiellement la même configuration, le même format, la même forme et la même composition que les bandelettes Quick Check One fabriquées par DSI à l'époque de l'Accord de Règlement. M. D.. et vous-même demandez sur quoi je fonde mon opinion que les bandelettes de test actuellement vendues par DSI sont substantiellement différentes des bandelettes de test antérieures, et ne sont par conséquent pas sous licence."

"Pour commencer, je note que même M. D... déclare ... que les bandelettes actuelles diffèrent substantiellement de celles qui ont fait l'objet de l'action en justice – et ne sont donc pas sous licence. Dans une lettre adressée en date du 14 mai 1999 à un distributeur turc, M. D... indique qu'il est (erroné et trompeur) d'utiliser une étude comparant la performance relative des bandelettes One Touch R et des Quick Check One comme base d'une réclamation concernant cette performance relative. En effet, il convient de ne pas faire de fausses comparaisons entre les bandelettes Quick Check et Uni-Check indique M. D, expliquant : S'il y a des similitudes entre Quick Check One et Uni-Check, il ne s'agit pas de produits identiques. Quick Check One a été fabriqué selon les spécifications d'un distributeur antérieur, CAN-AM Care. Lorsque CAN-AM a mis fin à la distribution de Quick Check One, DSI a décidé de continuer la vente directement et par l'intermédiaire de notre représentant exclusif à l'export, Novex International. Toutefois, lorsque DSI a décidé de fabriquer Uni-Check pour la distribution autonome, nous avons révisé les spécifications d'Uni-Check par rapport à Quick Check One. Il ajoute : (Comme je l'ai déjà dit, Quick Check One et Uni-Check sont produits selon des spécifications différentes ; par conséquent, [toute] tentative de comparaison des performances cliniques de Quick Check One et d'Uni-Check est erronée et trompeuse).

"L'affirmation de M. D..., selon laquelle la Quick Check One et l'Uni-Check sont produites selon des spécifications différentes et présentent des performances différentes, et sa plainte que toute tentative de comparaison des performances cliniques de Quick Check One et d'Uni-Check est erronée et trompeuse, devraient suffire à mettre un terme à cette affaire. L'accord de licence passé entre LifeScan et DSI stipule que les bandelettes de test de la glycémie, y compris les versions substantiellement remaniées du produit actuel fabriqué au moyen d'un procédé différant substantiellement du procédé de fabrication du produit actuel ou présentant une performance substantiellement différente du produit actuel, ne sont pas des Produits sous Licence."

"Mais, même sans les admissions de M. D..., il demeure évident que les bandelettes DSI actuellement vendues ne sont pas sous licence de LifeScan. Les bandelettes DSI actuelles diffèrent des bandelettes que vendait DSI au 1^{er} décembre 1994, qui ont fait l'objet de l'action en justice initiale, sous plusieurs aspects. Parmi les plus évidents : les bandelettes qui ont fait l'objet de l'action en justice initiale comprenaient des particules de terre de diatomées sur la surface de dépose, ce qui n'est pas le cas des bandelettes actuelles."

"Il est incontestable que les bandelettes DSI qui ont fait l'objet de la poursuite comportaient de la terre de diatomées sur la surface de dépose...."

"EXPURGE. CONTIENT DES ÉLÉMENTS SOUS SCÉLLES

"De même, il est incontestable que M. D... considérait la terre de diatomées comme un composant important des bandelettes de DSI, dont la suppression constituerait une modification substantielle.

"EXPURGE. CONTIENT DES ÉLÉMENTS SOUS SCÉLLES

"Par ailleurs, la terre de diatomées est aisément observable dans les autres micrographies électroniques à balayage prises des bandelettes objet de l'action en justice initiale,....

"DSI a apparemment décidé de diminuer radicalement la quantité de particules de terre de diatomées appliquées aux bandelettes ultérieures. Dans les bandelettes du lot n° 1H503A, par exemple, les micrographies électroniques à balayage montrent bien moins de terre de diatomées à la surface de la bandelette,....

"Les micrographies électroniques à balayage des bandelettes actuellement vendues montrent que DSI a tout à fait cessé d'appliquer de la terre de diatomées sur les bandelettes....

"Cela dit, il est dur de voir comment les bandelettes actuelles peuvent être considérées "substantiellement les mêmes" que celles en vente à l'époque de l'Accord de Règlement, objet de l'action en justice. Les bandes actuelles ne sont pas concédées sous licence par LifeScan. Veuillez me dire quelles mesures votre client va prendre pour cesser immédiatement la vente des bandelettes qui ne sont pas sous licence et corriger sa publicité mensongère des bandelettes non concédées sous licence comme étant sous licence...".

28. Mme E..., directrice marketing de la division LifeScan France de la société Ortho-Clinical Diagnostics France a remis une copie intégrale de la lettre susvisée. Les passages expurgés dans la copie produite par M. A..., sont traduits comme suit :

29. "... M. D... décrit le procédé de fabrication de DSI pour les bandelettes, objets du procès. Le paragraphe 14 explique le (procédé de revêtement) par lequel la membrane est couverte par ce que M. D.... appelle (la deuxième couche) : Cette couche comprend des éléments réactifs (oxydase et peroxydase de glucose), des épaississants (gélatine et xanthum gomme), ainsi que des agents d'étalement (la diatomite)".

"De même.... ... M. D... explique que la fonction de la diatomite consiste à augmenter la viscosité de la solution dans laquelle elle et les éléments réactifs sont décomposés de sorte que (la couche enrobée ne peut pas pénétrer la membrane en nylon [...] Selon M. D..., cette non-pénétration est importante pour "minimiser l'interaction chimique pendant l'entreposage).... M. D... déclare également que la diatomite est importante pour obtenir des mesures qui sont indépendantes de la dimension et de l'aptitude à l'écoulement de la gouttelette échantillon....

30. M. A... a aussi fourni la copie d'un courrier électronique de M. F..., vice-président de LifeScan Europe en date du 30 juillet 1999, portant notamment à sa connaissance la lettre du 29 juillet 1999 ci-dessus visée. Ce courrier mentionne :

"... Je vous envoie ci-joint la prochaine lettre de J&J à DSI". L'affaire devient plus sérieuse maintenant. C'est actuellement réservé à l'usage interne de LifeScan uniquement. La version expurgée de la lettre, que vous pourrez utiliser en externe, suivra. "Harman, merci d'envoyer directement la version expurgée aux destinataires du présent e-mail et à moi-même...".

31. La lettre du 29 juillet 1999 a été adressée par M. B..., le jour même, à M. G..., président au sein du groupe Johnson & Johnson de la filiale LifeScan. M. A... a remis une copie de la réponse de M. C... à M. B... en date du 4 novembre 1999. Lors de son audition par la rapporteure, le 12 juillet 2000, il a précisé que le courrier du 29 juillet 1999 n'avait pas provoqué de réaction de la part de LifeScan qui considérait, les bandelettes Uni-Check n'étant pas encore mises en vente sur le marché français, qu'il s'agissait d'un problème américain.

32. Enfin, en complément des pièces ci-dessus, Mme E... a remis, le 7 juin 2001, un courrier électronique envoyé le 9 février 1999 par M. G..., déjà cité, à M. F..., vice-président de LifeScan Europe précisant : *"Nous avons établi que DSI vend des bandelettes en dehors des États-Unis..., qui ne sont pas couvertes par la licence que nous leur avons accordée. Harman possède une liste de pays pour lesquels nous avons des brevets et dans lesquels nous pourrions entamer un procès, si nous le désirons. Cependant, comme vous le savez, c'est coûteux et cela prend du temps. Pouvez-vous fournir à Harman, avec une copie à moi, une liste des pays où nous subissons le plus de dommages, pour que nous puissions établir nos priorités"*. En réponse à ce courrier M. A... a indiqué à M. F... le 10 février 1999 : *"Je suppose qu'il s'agit du groupe qui fabrique des bandelettes imitant notre marque – connaissez-vous le nom de la marque qu'ils utilisent actuellement (Quick-Check ?) ou ce que nous devons surveiller ?"*

33. M. A...a encore déposé la copie d'un courrier du 25 octobre 1999 de M. H..., responsable du département brevets au sein de la société LifeScan, confiant au *"TNO Prevention and Health Division Technology in Health Care"* une mission d'expertise destinée à contrôler la conformité des bandelettes Uni-Check au brevet LifeScan et une copie du rapport établi par cet organisme le 3 février 2000. D'après ce rapport : *"les différences les plus significatives entre les bandelettes Quick Check™ One et Uni-Check™ sont les suivantes :*
"- la terre à diatomées dans la couche supérieure des bandelettes Quick Check™ One, qui n'a pas pu être détectée dans les bandelettes Uni-Check™
"- une plus forte concentration de citrate dans les bandelettes Uni-Check™..."

34. M. A... a aussi déclaré qu'*"une procédure d'arbitrage a été mise en œuvre aux États-Unis le 8 mars 2000 par LifeScan Inc à l'encontre de DSI. Auparavant, DSI a été mis en cause par LifeScan lors d'une procédure aux États-Unis qui a donné lieu à une transaction le 1^{er} décembre 1994 ("Settlement Agreement"). Aux termes de cette transaction, DSI a reconnu la licéité de la licence de Brevets LifeScan. Par ailleurs, DSI et LifeScan ont convenu d'un accord de licence pour la vente des bandelettes Quick Check One à condition que celles-ci soient en tout point identiques à leur description et caractéristiques décrites à l'époque"*. LifeScan Inc a engagé la procédure d'arbitrage contre DSI pour les faits suivants : *"Les bandelettes fabriquées et commercialisées par DSI sont substantiellement différentes de celles prévues par l'accord de licence puisque l'un des composants essentiels est manquant (le "diatomaceous earth")"*.

35. Enfin, LifeScan a produit une copie du procès-verbal établi devant l'Association américaine d'arbitrage par l'arbitre, M. I..., le 22 septembre 2001, selon lequel : *"... Étant donné que l'arbitre a conclu que certaines des modifications apportées par DSI au cours de la période ci-dessus (1^{er} décembre 1994/8 décembre 2000) constituent des modifications substantielles, il s'ensuit que les bandelettes réactives produites par ou pour le compte de DSI au cours de cette période ne constituent pas des Produits sous Licence"*.

"Les pièces et dépositions dans cette affaire ont toutefois montré qu'à partir du 8 décembre 2000, DSI a recommencé à utiliser la formule utilisée pour ses produits en cours au 1^{er} décembre 1994. L'arbitre en a donc conclu que les bandelettes réactives produites par ou pour le compte de DSI entre le 8 décembre 2000 et la date des audiences constituent des Produits sous Licence..."

Sur la base des constatations qui précèdent, la rapporteure a établi une proposition de non-lieu.

II. - Discussion

36. La société Novalab reproche à la société Ortho-Clinical Diagnostics France, division LifeScan France, d'avoir, lors de l'apparition sur le marché des bandelettes Uni-Check en septembre 1999, fait parvenir aux professionnels de santé un courrier mentionnant : "*...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 R... Étant responsables envers les patients et les professionnels... nous nous devons de vous informer que seule l'utilisation du système One Touch R*" (bandelette et lecteur) "*vous assure le niveau de fiabilité et de qualité LifeScan*". Ce courrier était également contenu dans les pochettes distribuées par LifeScan lors du salon du diabète qui a eu lieu du 12 au 13 novembre 1999.

37. La partie saisissante produit, par ailleurs, une lettre du 13 avril 2000 de la pharmacie de la Liberté à Toulon qui demande la reprise des bandelettes Uni-Check, les résultats obtenus avec celles-ci n'étant pas garantis par LifeScan. En outre, L'Association française des diabétiques lui aurait refusé un stand au salon du diabète, celle-ci ne sachant pas si les bandelettes étaient ou non fabriquées sous licence LifeScan. De même, la société Nutrifax a refusé de publier un bandeau publicitaire suite aux interventions de Johnson & Johnson qui l'a avertie du litige existant au sujet des bandelettes Uni-Check.

38. Selon la société Novalab ces pratiques, émanant d'une entreprise profitant de sa position dominante sur le marché, visent à l'empêcher de pénétrer sur le marché français et faussent la concurrence, au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce.

39. Le Conseil relève, en premier lieu, que, dès le début de l'année 1999, Life Scan exprimait des doutes sérieux sur la conformité des bandelettes Uni-Check fabriquées par DSI et commercialisées en France par la société Novalab avec l'accord de licence de brevet conclu le 1^{er} décembre 1994 entre Lifescan et DSI, alors même que, ainsi que le Conseil l'a relevé dans sa décision n° 00-MC-02, la notice d'utilisation des bandelettes Uni-Check indiquait dans un encart "*sous licence avec l'accord de Life Scan Inc (...). Life Scan Inc. est une société de Johnson et Johnson*".

40. En effet, le président de la filiale LifeScan au sein du groupe Johnson & Johnson a adressé, le 9 février 1999, à M. F...(vice-président de LifeScan Europe) un courrier électronique qui précise : "*Nous avons établi que DSI vend des bandelettes en dehors des États-Unis... qui ne sont pas couvertes par la licence que nous leur avons accordée... Nous pourrions entamer un procès... Pouvez-vous fournir à Harman... une liste des pays où nous subissons le plus de dommages, pour que nous puissions établir nos priorités...*". M. A...(directeur général de la division LifeScan France) a répondu, le 10 février 1999, à M. F... : "*Je suppose qu'il s'agit du groupe qui fabrique des bandelettes imitant notre marque –connaissez-vous le nom de la marque qu'ils utilisent actuellement (Quick-Check ?) ou ce que nous devons surveiller ?*".

41. Par ailleurs, Maître B...., avocat de Johnson & Johnson, a fait parvenir, le 29 juillet 1999, à Maître C...., avocat de DSI, une lettre qui précise que DSI vend, en dehors des États-Unis, des bandelettes non couvertes par la licence accordée par LifeScan Inc. Maître B.... demande à Maître C. quelles mesures entend prendre son client pour arrêter la vente des bandelettes qui ne sont pas sous licence et corriger sa publicité mensongère.

42. Le 30 juillet 1999, M. F... a fait parvenir à M. A...un courrier électronique par lequel il lui fait connaître l'existence de cette lettre. Ce courrier précise, en effet : "*Je vous envoie... la prochaine lettre de J & J à DSI. L'affaire devient sérieuse maintenant. C'est actuellement réservé à l'usage interne de LifeScan. La version expurgée de la lettre.... suivra*".

43. En deuxième lieu, la société Novalab reconnaît que l'accord de licence de brevet conclu le 1^{er} décembre 1994 n'a pas soulevé de problème jusqu'en 1999. En revanche, le 2 juin 1999, LifeScan Inc a fait savoir à la société Fortuyn et Partners, qui distribue en Europe les bandelettes fabriquées par DSI, qu'elle ne pouvait plus vendre ces bandelettes, DSI ne respectant plus l'accord de licence.

44. Enfin, le rapport du TNO en date du 3 février 2000, qui relève des différences significatives entre les bandelettes Quick Check One et Uni-Check, et le procès-verbal établi le 22 octobre 2001 devant l'Association américaine d'arbitrage, qui conclut qu'une grande partie des bandelettes réactives de DSI ne constituent pas des produits sous licence, confirment que le litige en cours au sujet des bandelettes Uni-Check était sérieux.

45. Dans ces conditions, et dans la mesure où la société Ortho Clinical Diagnostics France division LifeScan France n'intervient en rien dans la fabrication des bandelettes Uni-Check, LifeScan a pu légitimement s'interroger sur la fiabilité des résultats obtenus lors de leur utilisation avec les lecteurs de glycémie One Touch R qu'elle commercialisait. Dans le courrier qu'elle a diffusé auprès des professionnels de santé et aux patients diabétiques lors du salon du diabète, LifeScan a rectifié cette information qui faisait croire à tort aux intéressés que les bandelettes Uni-Check étaient fabriquées sous licence LifeScan Inc avec l'accord et sous le contrôle de cette société. Les courriers incriminés se bornent à corriger les indications fournies par Novalab. Ils ne sauraient être qualifiés de dénigrement pouvant constituer un abus de position dominante de LifeScan tombant sous le coup des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

46. Par ailleurs, et à supposer même qu'il soit exact que LifeScan soit intervenue auprès de l'AFSSAPS afin d'obtenir un retrait d'agrément des bandelettes Uni-Check, la partie saisissante n'apporte aucun élément précis permettant de qualifier ces agissements sur le fondement des dispositions du livre IV du code de commerce.

47. Enfin, il n'est démontré ni que d'autres sociétés françaises du groupe Johnson & Johnson, ni que la société LifeScan Inc se soient livrées à des pratiques répréhensibles sur le fondement des dispositions susvisées.

48. En conséquence, il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la preuve n'est pas rapportée que la société Ortho Clinical Diagnostics France division LifeScan France a mis en œuvre une pratique d'abus de position dominante ayant eu pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence, prohibée par les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

49. Il convient, dans ces conditions, de faire application des dispositions de l'article L. 464-6 du code de commerce.

DÉCISION

Article unique : Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure à l'encontre de la société Ortho-Clinical Diagnostics France division LifeScan France.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme de Mallmann, par Mme Hagelsteen, présidente, M. Nasse, vice-président et M. Piot, membre.

La secrétaire de séance,

Christine Charron

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

⁽¹⁾ Tel que dans le texte
