



Décision n° 07-D-20 du 19 juin 2007
relative à une demande de mesures conservatoires
de la société Integral Process à l'encontre de pratiques mises en
œuvre sur les marchés français de l'oxymétrie

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre, enregistrée le 13 décembre 2006 sous les numéros 06/0094 F et 06/0095 M, par laquelle la société Integral Process a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de la société Masimo Europe Limited qu'elle estime anticoncurrentielles et a demandé que des mesures conservatoires soient prononcées sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce ;

Vu les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu la décision de secret des affaires n° 07-DSA-107 du 21 mai 2007 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Masimo Europe Limited et Integral Process et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Masimo Europe Limited et Integral Process entendus lors de la séance du 29 mai 2007 ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LA SAISINE

1. La société Integral Process (ci-après I.P.) a saisi le Conseil de la concurrence, le 13 décembre 2006, d'une plainte relative aux pratiques mises en œuvre par la société Masimo Europe Ltd (ci-après Masimo) sur le marché français de l'oxymétrie (moniteurs et capteurs oxymétriques).
2. I.P. allègue que Masimo détient une position dominante sur le marché des capteurs connectables aux moniteurs de sa marque ou à ceux des marques pour lesquels une licence d'utilisation de sa technologie a été acquise. Elle soutient que Masimo abuse de cette position dominante en faisant usage de son droit de propriété intellectuelle protégé par un brevet, pour interdire la mise au point d'un capteur universel qui serait compatible avec la technologie de Masimo. Elle reproche en outre à Masimo de lui vendre ses capteurs à des prix qu'elle estime discriminatoires.
3. Accessoirement à sa saisine au fond, I.P. demande, sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce, que des mesures conservatoires soient prises, la pratique dénoncée portant selon elle une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur et enfin à elle-même.

B. LE SECTEUR : LE MARCHE DE L'OXYMETRIE DE POULS

1. LES PRODUITS

4. Le secteur d'activité concerné est celui de la fourniture d'oxymètres de pouls aux centres hospitaliers et aux centres de soins sur le territoire français.
5. L'oxymètre est un dispositif médical permettant de mesurer la part d'oxygène dans le sang des patients pour contrôler le taux de saturation en oxygène.

6. Pendant de nombreuses années, cette mesure ne pouvait s'effectuer que par une analyse in vitro des gaz du sang (calcul de la SaO₂). Ultérieurement, des progrès technologiques ont été réalisés et le taux de saturation est aujourd'hui déterminé sans prélèvement sanguin par des dispositifs qualifiés d'oxymètres de pouls. On parle alors d'une mesure de la SpO₂.
7. Les oxymètres de pouls sont constitués d'un moniteur et d'un capteur reliés entre eux par un câble de raccordement. On distingue deux catégories d'appareils pour la mesure de la SpO₂. Les oxymètres monoparamétriques ne mesurent que la SpO₂ ; la technologie de l'oxymétrie peut aussi être intégrée dans des appareils de diagnostic et de surveillance de plusieurs paramètres vitaux (tension artérielle, concentration en dioxyde de carbone, etc..). On parle alors de moniteurs multiparamétriques. Ceux-ci ont besoin d'utiliser des capteurs spécifiques tout comme les oxymètres monoparamétriques.
8. Il est reconnu aujourd'hui que la technique de l'oxymétrie de pouls a apporté des bénéfices majeurs en matière de santé publique : *"l'intérêt principal en est la surveillance de l'oxygénation des patients par le suivi en continu de SpO₂, obligatoire en endoscopie, en anesthésie-réanimation, très utile en pneumologie, en cardiologie, en endocrinologie nutrition, essentielle en explorations fonctionnelles (...) pour la recherche et le traitement des syndromes d'apnée du sommeil. En pratique clinique de routine, elle évite bien souvent de recourir à de fréquentes ponctions artérielles"* (F.Volter, *La saturation en oxygène : laquelle choisir ?*, Annales de biologie clinique, vol. 61, n° 2, mars-avril 2003). Il faut mentionner également son utilisation en médecine néonatale.
9. Les fabricants d'oxymètres de pouls présents sur le marché français sont en petit nombre, les deux plus importants étant Nellcor du groupe Tyco et Masimo dont les pratiques font l'objet de la présente saisine. Ce sont aussi ces deux sociétés qui équipent en technologie de l'oxymétrie les moniteurs multiparamétriques les plus répandus sur le marché français. Les fournisseurs de ces matériels sont des firmes importantes telles que General Electric, Siemens, Philips.
10. Les capteurs sont différenciés selon la durée d'utilisation envisagée (capteurs à usage unique, capteurs à patient unique, capteurs réutilisables) et selon les types de patients concernés (adultes, enfants, prématurés).

2. LE CADRE REGLEMENTAIRE

11. Il n'existe pas de réglementation spécifique concernant les oxymètres de pouls mais ceux-ci entrent dans une catégorie plus générale d'appareils, celle des dispositifs médicaux. Ces derniers sont des produits de santé qui sont définis dans le code de la santé publique à l'article L. 5211-1 : *"on entend par dispositif médical tout instrument, appareil, équipement, matière, produit, à l'exception des produits d'origine humaine, ou autre article utilisé seul ou en association, y compris les accessoires et logiciels intervenant dans son fonctionnement, destiné par le fabricant à être utilisé chez l'homme à des fins médicales (...)"*.
12. A la suite de la loi du 18 janvier 1994, cette définition transpose dans le code de la santé publique les premières directives européennes en la matière (directives 90/385/CEE et 93/42/CEE).

13. Les oxymètres de pouls relèvent de cette dernière directive du Conseil européen (93/42/CEE du 14 juin 1993), qui régit la mise sur le marché des dispositifs médicaux afin que ceux-ci ne compromettent pas la sécurité et la santé des patients, des utilisateurs et des tiers lorsqu'ils sont installés, entretenus et utilisés conformément à leur destination.
14. Les dispositions qui ont trait à la compatibilité entre dispositifs médicaux méritent d'être exposées eu égard aux questions soulevées par la présente saisine.
15. Il résulte de la définition de l'article L. 5211-1 du code de la santé publique - définition conforme à la directive 93/42/CEE précitée - qu'un dispositif médical peut être utilisé seul ou en association avec d'autres dispositifs médicaux, y compris les accessoires et les logiciels intervenant dans son fonctionnement. Cette définition s'applique aux oxymètres de pouls "*complets*", c'est-à-dire associant un moniteur, un capteur et un câble de raccordement, chacun de ces composants constituant lui-même un dispositif médical à part entière.
16. La question de la compatibilité entre dispositifs médicaux est abordée dans l'annexe I de la directive précitée, au point 9.1 : "*Lorsque le dispositif est destiné à être utilisé en combinaison avec d'autres dispositifs ou équipements, l'ensemble de la combinaison, y compris le système de raccordement, doit être sûr et ne pas porter atteinte aux performances prévues des dispositifs. Toute restriction d'utilisation doit figurer sur l'étiquetage ou dans la notice d'instruction*".
17. Le point 13.6.c énonce : "*La notice d'instruction doit comprendre le cas échéant les indications suivantes : (...) si le dispositif doit être installé avec d'autres dispositifs ou équipements médicaux ou raccordés à ceux-ci pour fonctionner conformément à sa destination, des indications suffisantes sur ses caractéristiques pour identifier les dispositifs ou équipements corrects qui doivent être utilisés afin d'obtenir une combinaison sûre*".
18. Des obligations en résultent pour les fabricants. En application du point 13.6.c de l'annexe I de la directive, le fabricant doit décrire dans sa notice d'instruction les caractéristiques de son produit pour identifier les dispositifs qui doivent être utilisés afin d'obtenir une combinaison sûre. Il est souhaitable que le fabricant indique explicitement les références des dispositifs médicaux concernés.
19. En pratique, les établissements hospitaliers se trouvent confrontés à de délicates questions relatives à la compatibilité entre dispositifs médicaux. Aussi, très récemment (le 14 février 2007), l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) a lancé une enquête publique sur ce thème (cette enquête ne concerne pas les dispositifs médicaux implantables).
20. Selon l'AFSSAPS, plusieurs situations se rencontrent :

- **dispositif médical présenté comme "*captif*" par le fabricant**

Le fabricant met sur le marché un dispositif médical en mentionnant dans la notice d'instruction la liste de ses propres dispositifs médicaux compatibles. Par ailleurs, au titre des restrictions d'utilisation, il signale, dans cette même notice, que les dispositifs médicaux d'autres fabricants ne sont pas compatibles et ne doivent donc pas être simultanément utilisés.

- **dispositif médical "ouvert" avec information sur la compatibilité**

Le fabricant met sur le marché un dispositif médical non captif et dans sa notice d'instruction préconise l'utilisation de dispositifs médicaux d'autres fabricants ou décrit leurs caractéristiques (ex : conformité à une norme, spécifications techniques...).

- **dispositif médical sans information sur la compatibilité**

Le fabricant met sur le marché un dispositif médical et, dans sa notice d'instruction, ne donne aucune information sur les dispositifs médicaux compatibles.

21. Il apparaît que la politique suivie par Nellcor et par Masimo pour la mise sur le marché de leurs oxymètres de dernière génération correspond à la première situation décrite. Cette situation est prévue par la législation, le responsable de la mise sur le marché réalisant un assemblage de plusieurs dispositifs médicaux et apposant, le cas échéant, le marquage CE sur le système.
22. Le rapport de la mission d'enquête publiée par l'AFSSAPS détaille les problèmes posés par la compatibilité dans le cas où les dispositifs associés sont mis sur le marché par des fabricants différents : problème de démonstration de la compatibilité, problème de responsabilité de l'utilisateur s'il utilise des dispositifs médicaux sans respecter les indications fournies par les fabricants.
23. Il montre l'importance de la compatibilité des dispositifs médicaux associés. Dans ce domaine qui touche à la santé, la sécurité apparaît comme un critère essentiel pour le choix des appareils.
24. Même si, sur le plan de l'analyse économique, on peut assimiler le cas des capteurs pour oxymètres à celui des pièces détachées pour automobiles ou à celui des cartouches d'encre pour imprimantes, la compatibilité des capteurs avec les moniteurs d'oxymétrie se présente en des termes très différents en raison de la présence de risques pour la santé, ces risques étant de deux types : déclenchement de fausses alarmes ou inversement absence de signalement d'un seuil critique de la SpO2.

C. LES ENTREPRISES CONCERNEES

1. INTEGRAL PROCESS

25. La société I.P. est une SAS au capital de 800 000 euros, spécialisée dans la distribution et la fabrication de pièces techniques en matière plastique, plus particulièrement dans le secteur de la connectique médicale. Son chiffre d'affaires d'environ onze millions d'euros provient, pour sept millions, de son activité de revendeur. Elle est le fournisseur de centres hospitaliers français importants, et en particulier de l'Assistance Publique des Hôpitaux de Paris.

26. I.P. a distribué les produits Masimo en France à partir de 2000. En 2003, cette société est devenue distributeur exclusif des moniteurs oxymétriques de Masimo et distributeur non exclusif pour les capteurs. Le contrat de distribution a été résilié, à l'initiative de Masimo, à compter du 20 mars 2006, mais les parties ont convenu d'une période transitoire pour permettre à I.P. d'exécuter les marchés en cours.

2. LA SOCIETE MASIMO LTD EUROPE

27. Il s'agit d'une société de droit anglais, filiale de la société Masimo Corporation dont le siège se trouve à Irvine (USA). Ses activités sur le territoire français sont exercées à partir de l'établissement de Lyon. Masimo développe et fabrique des appareils d'oxymétrie selon une technologie dite "*Masimo SET*" (Signal Extraction Technology) qui est décrite en ces termes : "*le moniteur émet un signal et indique la mesure grâce au capteur placé à une extrémité (doigt, orteil ou oreille). Le moniteur contient de l'électronique et un progiciel très sophistiqués. Il en est de même du capteur qui comporte deux diodes émettrices, un photo détecteur ainsi qu'un design spécifique. Les longueurs d'ondes de ces émetteurs sont contrôlées de façon extrêmement minutieuse car l'analyse et le traitement du signal effectués par Masimo Set dépendent rigoureusement d'elles. C'est la raison pour laquelle, seuls les capteurs Masimo sont pleinement compatible avec les moniteurs Masimo. Tant les moniteurs que les capteurs sont également protégés contre toute interférence extérieure, notamment lumineuse ou électromagnétique. Il en résulte que si des capteurs ne sont pas strictement conformes à la technologie Masimo, cela peut causer une lecture erronée de la mesure et de dangereuses erreurs de diagnostic et donc de thérapie, ce qui n'est pas tolérable en milieu hospitalier. Avant que Masimo ne mette au point sa technologie, les approximations ou erreurs dans la lecture et l'interprétation des mesures étaient très fréquentes. La technologie Masimo Set a permis de réduire ce risque de manière considérable*" (observations de la société Masimo, pages 2 et 3).
28. Les produits de Masimo, qu'il s'agisse des moniteurs, des capteurs ou des autres accessoires, sont couverts, chacun individuellement et dans leur association indivisible, par des brevets. Masimo vend à d'autres fabricants OEM (Original Equipment Manufacturers) de moniteurs multiparamétriques sa "*technologie du signal*" sous la forme d'une carte informatique. Certains de ces fabricants sont nettement plus importants que Masimo (Philips, Draeger et GE Medical).
29. L'entrée de Masimo sur le marché français est relativement récente, ses ventes en Europe n'ayant commencé qu'il y a une dizaine d'années. Masimo effectue elle-même la distribution de ses produits en France depuis deux ans seulement. Son implantation à Lyon reflète l'importance que Masimo accorde au marché français mais l'établissement de Lyon assure également la coordination des activités marchandes de Masimo en Afrique et au Moyen-Orient.
30. Masimo estime que ses produits sont les meilleurs, qu'ils ont nécessité quinze années de recherche et plus de cent millions de dollars d'investissements. Elle expose que son activité a été déficitaire pendant seize ans sur les dix-huit ans de son existence, et qu'elle n'a réalisé des bénéfices que ces deux dernières années.

D. LES PRATIQUES DENONCEES

31. Les pratiques dont I.P. se déclare victime de la part de Masimo doivent être replacées dans le contexte créé par la rupture des relations commerciales entre ces deux sociétés, rupture intervenue à compter du 20 mars 2006. A cette date, I.P. a perdu son statut de distributeur des produits Masimo. Pour permettre à I.P. de respecter les engagements de service après-vente pris auprès de ses clients, Masimo continue à fournir I.P. pour les marchés précédemment remportés par son distributeur. De ce fait, I.P. estime subir dès maintenant le contrecoup dans son développement et, bien que son chiffre d'affaires en produits Masimo n'ait pas encore été affecté négativement, cette société s'alarme des effets prévisibles, à brève échéance, des pratiques mises en œuvre à son égard par Masimo.
32. La saisissante expose qu'elle a demandé en vain, à plusieurs reprises, à Masimo, dans le cours de l'année 2006, un approvisionnement en capteurs à prix de gros, comparable aux prix dont elle bénéficiait en tant que distributeur. A titre subsidiaire, elle sollicite une licence non exclusive sur les capteurs brevetés pour lui permettre d'avoir accès au marché hospitalier de l'oxymétrie (capteurs et câbles) et de produire sur le marché un produit nouveau, le capteur dit "*universel*".
33. I.P. se déclare donc victime, de la part de Masimo, d'un refus de vente et d'un abus de l'exercice de son droit de propriété industrielle. Ces deux pratiques mises en œuvre par Masimo sur le marché des capteurs pour oxymètres auraient, selon la saisissante, pour résultat d'entraver la concurrence sur ce marché, en ce que Masimo se réserverait la vente de capteurs à des prix élevés et qu'elle s'opposerait à la création d'un produit nouveau : le capteur universel.
34. Enfin, dans ses observations en réponse du 21 mai 2007, I.P. expose que Masimo commet un abus de position dominante quand elle impose que ses moniteurs ou ceux utilisant sa technologie ne fonctionnent qu'avec les capteurs de sa marque.
35. Pour I.P., ces pratiques sont prohibées par les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE.
36. A l'appui de sa demande de mesures conservatoires, la saisissante fait valoir que les pratiques dénoncées portent une atteinte grave et immédiate aux utilisateurs hospitaliers et par voie de conséquence à l'assurance maladie en raison de l'absence de concurrence sur le marché des capteurs utilisant la technologie Masimo, aux fabricants qui ont choisi la technologie Masimo pour leurs moniteurs multiparamétriques et qui sont incapables d'offrir directement les accessoires nécessaires à l'utilisation de leurs propres produits ainsi qu'à l'entreprise plaignante qui invoque une perte de chiffre d'affaires de 500 000 euros en 2006 et une perte de 6 % de sa marge brute.
37. A titre conservatoire, la société saisissante demande au Conseil de la concurrence :
 - "*d'enjoindre les sociétés et établissements du groupe Masimo de cesser immédiatement leurs pratiques tarifaires (ciseau tarifaire) à son égard ;*
 - "*d'enjoindre la société Masimo de proposer sous huitaine à la société Integral Process un tarif acceptable et valable pendant 24 mois sur l'ensemble de ces gammes sous astreinte de 10 000 € par jour de retard ;*
 - "*subsidiairement, d'enjoindre la société Masimo de s'abstenir d'invoquer ses droits de propriété industrielle à l'égard de la saisissante, pendant un délai de 24 mois, sous astreinte de 10 000 € par infraction constatée ;*

- à titre infiniment subsidiaire, de prononcer la licence immédiate d'office du brevet sur le brevet n° EP 0 832 421 B1 à la société Integral Process. Le montant de la redevance ne pourra être supérieur à 5 % du montant des ventes par la société Integral Process de capteurs visés par le brevet".

II. Discussion

38. En application de l'article L. 462-8, alinéas 1 et 2, du code de commerce, le Conseil de la concurrence "*peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable (...) s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence. Il peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants*". Par ailleurs, l'article R. 464-1 du code de commerce énonce que "*la demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 du code de commerce ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond du Conseil de la concurrence*". Une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que si la saisine au fond n'est pas rejetée.

a) Sur les marchés

39. Les utilisateurs finals, à savoir les services d'achat de l'hospitalisation publique et privée en France, achètent des oxymètres de pouls "*complets*" des différentes marques qui apparaissent substituables les uns aux autres. On peut en conclure qu'il existe un marché des oxymètres de pouls "*complets*", qui concerne principalement les choix d'équipement à long ou moyen terme des utilisateurs finals. Ceux-ci choisissent entre des systèmes concurrents sur la base de leurs performances et de leurs prix relatifs. Les choix effectués dans le passé se reflètent dans le parc d'oxymètres de chaque marque présent dans les divers établissements hospitaliers. On parle de "*base installée*" d'oxymètres.
40. Mais les oxymètres de pouls ne s'usent pas de manière homogène. Chaque composant a une durée d'utilisation différente. Certains capteurs ne servent qu'une fois, d'autres sont réutilisables mais pour une période toujours inférieure à la durée et utilisation des moniteurs, laquelle est estimée à 5 ans.
41. Il s'ensuit que, postérieurement à l'acquisition des oxymètres "*complets*", une demande de capteurs va se manifester de façon récurrente de la part des utilisateurs finals. Le marché des capteurs de chaque marque est connexe au marché primaire, celui des oxymètres "*complets*". En effet, compte tenu des caractéristiques de l'offre d'oxymètres de pouls constituée d'ensembles complets portant une marque distinctive, les capteurs et les câbles de raccordement ne sont pas substituables. Ils ne sont compatibles qu'avec les produits primaires de la même marque. Cela tient aux caractéristiques techniques des appareils et à la présence de brevets protégeant les secrets de fabrication de chaque marque.

42. On peut distinguer un marché primaire et un marché secondaire. Le premier confronte l'offre et la demande d'oxymètres de pouls monoparamétriques (en y incluant le segment des "cartes" pour moniteurs multiparamétriques) et intègre de fait les capteurs et les câbles lors de la première acquisition de ces dispositifs médicaux par les établissements hospitaliers. Le second, sur lequel se confrontent l'offre et la demande des capteurs de renouvellement, est caractérisé par une segmentation selon les différentes marques de moniteurs avec lesquels ils doivent être couplés.
43. La concurrence est manifestement présente sur le marché primaire alors que le marché secondaire se trouve, de fait, réservé aux fabricants dont les appareils sont présents dans la "base installée".
44. La société Masimo est le seul fabricant des capteurs d'oxymètres de sa marque et des "cartes" permettant d'incorporer sa technologie dans les moniteurs multiparamétriques d'autres marques. Elle détient donc, en raison de ce monopole, une position dominante sur le marché dérivé des capteurs Masimo (Cour de justice des Communautés européennes, 31 mai 1979, Hugin Kassaregister ; décision n° 93-D-36 du 28 septembre 1993 du Conseil de la concurrence sur la vente de pièces détachées d'appareils photographiques, confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 14 novembre 1995 ; décision n° [05-D-46](#)).
45. La situation de concurrence sur le marché dérivé ne peut être isolée de la situation qui existe sur le marché primaire. Dans le cas de l'oxymétrie, la concurrence qui existe sur le marché primaire des oxymètres de pouls vient contraindre la politique de prix sur le marché dérivé, d'autant que les demandeurs sont ici des professionnels, les hôpitaux, dont on peut penser qu'ils effectuent des comparaisons de coûts complets sur le moyen et long terme incluant les coûts d'achat initiaux d'un oxymètre et le coût des capteurs de remplacement qu'ils devront acquérir durant les cinq ans de la durée de vie du moniteur. Sur ce marché primaire, l'instruction de la demande de mesures conservatoires n'a pu établir que la société Masimo détenait une position dominante, sa part de marché étant inférieure aux 40 % que lui prête la société I.P..
46. Mais sans qu'il soit besoin de définir plus précisément les marchés pertinents et la position de la société Masimo sur ceux-ci, les éléments apportés par la saisissante ne sont pas de nature à caractériser un abus dans les pratiques dénoncées.

b) Sur le refus de la société Masimo de consentir des tarifs de gros à I.P.

47. La dénonciation du contrat liant I.P. et Masimo pour la vente de ses capteurs est la conséquence de la réorganisation de son service de distribution, qu'elle assume désormais elle-même. Les refus de livraison de capteurs à I.P. à des tarifs de gros découlent de cette réorganisation et ne revêtent donc pas un caractère anticoncurrentiel.
48. Le Conseil a rappelé, dans un avis n° [04-A-14](#) du 23 juillet 2004, que la liberté d'organisation de son réseau de distribution par un fournisseur constitue un principe de base, sous réserve que les modes de distribution mis en oeuvre n'aient pas pour objet ou pour effet d'affecter le fonctionnement du marché (voir aussi décision [05-D-46](#)).

49. Par ailleurs, aucun élément ne permet d'établir que Masimo aurait pratiqué des tarifs discriminatoires à l'égard d'I.P., celle-ci ne saurait en effet prétendre bénéficier des tarifs consentis aux industriels OEM (Original Equipment Manufacturers) qui utilisent ces capteurs avec leurs produits finis, des moniteurs multiparamétriques (voir paragraphe 28). En effet, I.P. n'est pas dans la même situation qu'un fabricant, ayant acquis la carte informatique support de la technologie Masimo et l'ayant incorporée dans son produit fini.

c) Sur le refus d'accès à la technologie Masimo

50. La Cour de justice des communautés européennes a jugé dans deux arrêts du 5 octobre 1988 (Volvo, n° 238/87 et CICRA/Renault, n°53/87), que le droit de refuser d'accorder des licences relève de l'objet spécifique du droit d'auteur, et qu'ainsi "*une obligation (de licence) aboutirait à priver le titulaire de la substance de son droit exclusif, et (...) le refus d'accorder une pareille licence ne saurait constituer en lui-même un abus de position dominante*".
51. Il n'en est autrement que si cette licence constitue une infrastructure ou une ressource essentielle.
52. Ainsi que le Conseil de la concurrence l'a rappelé en substance dans son avis n° [02-A-08](#) du 21 mai 2002, demandé par l'Association pour la promotion de la distribution de la presse, une ressource est considérée comme essentielle et il doit y être donné accès dans la situation suivante :
- en premier lieu, la ressource est possédée par une entreprise qui détient sur elle un monopole ou du moins une position dominante ;
 - en second lieu, l'accès à cette ressource est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de la ressource détient le monopole (ou la position dominante), cette condition ayant été rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt du 12 juillet 2005 (NMPP) ;
 - en troisième lieu, la ressource ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables ;
 - en quatrième lieu, l'accès à cette ressource est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ;
 - en dernier lieu, l'accès à la ressource est possible.
53. Dans les arrêts Magill du 6 avril 1995 et IMS du 29 avril 2004 (C-418/01), la Cour de justice des communautés européennes a précisé en quoi des informations servant à confectionner des grilles de programme de télévision ou des structures modulaires de reporting de données dans le secteur pharmaceutiques couvertes par des droits de propriété intellectuelle constituaient des ressources essentielles : "*Il ressort de cette jurisprudence (Magill) que, pour que le refus d'une entreprise titulaire d'un droit d'auteur de donner accès à un produit ou à un service indispensable pour exercer une activité déterminée puisse être qualifié d'abusif, il suffit que trois conditions cumulatives soient remplies, à savoir que ce refus fasse obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il soit dépourvu de justification et de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé*" (point 38).

54. Il n'est pas démontré en l'espèce que l'octroi d'une licence sur le brevet Masimo serait indispensable à l'activité I.P.. En effet, cette société dont l'activité principale consiste dans la distribution et la fabrication de pièces techniques dans le secteur de la connectique médicale (paragraphe 25) ne produit pas de capteurs pour oxymètres mais distribuait ceux de la marque Masimo. A supposer qu'elle décide de se lancer dans la fabrication de capteurs universels, il ne s'agirait pour elle que d'une activité secondaire, non indispensable à son activité principale.
55. Par ailleurs, il n'est pas démontré que le produit nouveau que constituerait le capteur universel que I.P. affirme avoir l'intention de développer fasse l'objet d'une demande effective. En outre, cette société n'expose pas comment elle se propose de résoudre les problèmes de compatibilité entre des dispositifs technologiquement différents afin de vérifier les règles de sécurité exposées aux paragraphes 16 à 24 de la présente décision. Ainsi la volonté de Masimo, de conserver au moins à l'ensemble moniteur, câble et capteur sa caractéristique de "*dispositif captif*" comme décrit au paragraphe 20, ne paraît pas dénuée de toute justification.
56. Enfin, ce refus de licence n'est pas de nature à exclure toute concurrence sur le marché des capteurs, puisqu'il ressort des constatations de fait qu'il s'agit d'un marché concurrentiel.

d) Sur l'exigence de Masimo de réserver aux capteurs Masimo l'équipement des moniteurs Masimo

57. Dans un arrêt Hilti du 12 décembre 1991 (T-30/89), le Tribunal de première instance a rappelé qu'"*en l'absence de normes générales contraignantes, tout producteur indépendant est parfaitement libre, au regard du droit communautaire de la concurrence, de fabriquer des produits consommables destinés à être utilisés dans des appareils fabriqués par d'autres, à moins que, ce faisant, il ne porte atteinte à un droit de brevet ou à un autre droit de propriété industrielle ou intellectuelle*" (paragraphe 68).
58. Le brevet Masimo protège ici l'utilisation conjointe du moniteur, du câble de raccordement et du capteur Masimo. Il n'entre pas dans les attributions du Conseil de statuer sur l'étendue du brevet et sur la brevetabilité même du capteur, contestée par I.P.

e) Conclusion

59. Il résulte de ce qui précède que la société I.P. n'a pas apporté d'éléments suffisamment probants pour étayer sa saisine.
60. La saisine au fond enregistrée sous le numéro 06/0094 F est rejetée.
61. Par voie de conséquence, la demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 06/0095 M est rejetée.

DECISION

Article 1^{er} : La saisine au fond enregistrée sous le numéro 06/0094 F est rejetée.

Article 2 : La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 06/0095 M est rejetée.

Délibéré sur le rapport oral de M. Bourrouilhou, par M. Nasse, vice-président présidant la séance, Mme Mader-Saussaye, MM. Bidaud, Combe, Honorat et Piot, membres.

La secrétaire de séance,
Catherine Duparcq

Le vice-président,
Philippe Nasse

© Conseil de la concurrence