

Grosses délivrées
aux parties le :

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 5 - Chambre 2

ARRET DU 31 JANVIER 2014

(n° 023, 19 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : 12/05485.

Décision déferée à la Cour : Jugement du 27 Janvier 2012 - Tribunal de Grande Instance de PARIS 3^{ème} Chambre 3^{ème} Section - RG n° 09/17355.

APPELANTE :

SAS LABORATOIRES NEGMA

prise en la personne de ses représentants légaux,
ayant son siège social 10 rue Paul Dautier 78140 VELIZY VILLACOUBLAY,

représentée par la SELARL RECAMIER Avocats Associés en la personne de Maître Benoît HENRY , avocat au barreau de PARIS, toque : K0148,
assistée de Maître Louis DE GAULLE de la SELAS de GAULLE FLEURANCE & Associés, avocat au barreau de PARIS, toque : K0035.

INTIMÉE :

SAS BIOGARAN

prise en la personne de son représentant légal,
ayant son siège social 15 boulevard Charles de Gaulle 92700 COLOMBES,

représentée par Maître Dominique OLIVIER, avocat au barreau de PARIS, toque : L0069,
assistée de Maître Arnaud CASALONGA et de Maître Marianne GABRIEL du Cabinet CASALONGA, avocat au barreau de PARIS, toque : K0177.

INTIMÉE PROVOQUÉE :

Société LABORATOIRE MEDIDOM

prise en la personne de son Président,
ayant son siège social 44 Enetriederstrasse 6060 SARNEN (SUISSE),

représentée par Maître François TEYTAUD, avocat au barreau de PARIS, toque : J125,
assistée de Maître Silvestre TANDEAU de MARSAC du Cabinet FISCHER TANDEAU
de MARSAC SUR & Associés, avocat au barreau de PARIS, toque P 147.

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 5 décembre 2013, en audience publique, devant la
Cour composée de :

Madame Marie-Christine AIMAR, présidente,
Madame Sylvie NEROT, conseillère,
Madame Véronique RENARD, conseillère,

qui en ont délibéré.

Greffier lors des débats : Monsieur Truc Lam NGUYEN.

ARRET :

Contradictoire,

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

- signé par Madame Marie-Christine AIMAR, présidente, et par Monsieur Truc Lam
NGUYEN, greffier présent lors du prononcé.

Vu les articles 455 et 954 du code de procédure civile,

Vu l'ordonnance du juge de la mise en état du tribunal de grande instance de Paris du
21 octobre 2011,

Vu le jugement du 27 janvier 2012 rendu par le tribunal de grande instance de Paris
(3^{ème} chambre 3^{ème} section),

Vu les appels interjetés les 23 et 27 mars 2012 par la SAS Laboratoires Negma à l'encontre
de ces deux décisions

Vu l'ordonnance de jonction des deux procédures d'appel en date du 24 mai 2012,

Vu l'arrêt de la cour de ce siège pôle 5-2 du 6 juillet 2012,

Vu l'ordonnance du conseiller de la mise en état en date du 14 mars 2013,

Vu l'arrêt de la cour de ce siège rendu le 20 septembre 2013 sur déféré,

Vu les dernières conclusions de la SAS Laboratoires Negma appelante en date du 18 novembre 2013,

Vu les dernières conclusions de la SAS Biogaran, intimée et incidemment appelante et demanderesse à l'appel provoqué en date du 20 novembre 2013,

Vu les dernières conclusions de la société laboratoire Medidom, intimée provoquée, en date du 18 novembre 2013,

Vu l'ordonnance de clôture en date du 21 novembre 2013,

SUR CE, LA COUR,

Il est expressément renvoyé pour un plus ample exposé des faits de la cause et de la procédure à la décision entreprise et aux écritures des parties,

Il sera simplement rappelé que :

La société Madaus AG a déposé le 24 juin 1992 le brevet européen EP 0520414 sous priorité allemande n° 412 09 89. Ce brevet a été délivré le 13 mars 1996 et sa traduction française a été publiée au bulletin officiel de la propriété industrielle le 14 juin 1996. Il a pour objet un procédé de préparation de diacétylrhéine ayant une pureté utilisable en pharmacie et une teneur résiduelle totale en dérivés d'aloémodine indésirables inférieure à 20 ppm (parties par millions) ainsi que la diacétylrhéine pouvant être obtenue par ce procédé et une composition pharmaceutique contenant ce composé.

Ce brevet a fait l'objet d'une concession de licence exclusive à la société Laboratoire Medidom, inscrite au registre national des brevets le 16 juillet 2001, avant de lui être cédé par acte inscrit au Registre National des brevets le 19 décembre 2006.

La Société Laboratoire Medidom a concédé une licence, dont la nature est contestée, pour la France à la société Laboratoires Negma selon acte inscrit au Registre National des Brevet le 2 février 2007, qui a commercialisé un produit pharmaceutique dénommé ART 50, médicament anti-arthrosique pour les traitements de longue durée.

Le 21 janvier 2006 la société Biogaran a déposé trois demandes d'autorisations de mise sur le marché pour des produits Diacérine et les 4 et 9 septembre 2008 elle a obtenu trois autorisations de mise sur le marché pour les produits Diacérine Biogaran 50 mg gélules, Diacérine SET 50 mg gélules et Diacérine 50 mg Gélules et les a commercialisés, à compter du 6 juillet 2010, ceux-ci étant inscrits sur la liste des médicaments remboursables.

Le 4 septembre 2008 la société Laboratoires Negma a elle-même demandé et obtenu une Autorisation de Mise sur le Marché Générique de son produit sous la dénomination diacétylrhéine Negma 50 mg.

Le 7 octobre 2008 la société Laboratoires Negma adressait à la société Biogaran une lettre faisant valoir que les produits Diacérine SET 50 mg gélules et Diacérine REF 50mg gélules sont des génériques du produit ART 50 qu'elle exploite sur le marché français, produit couvert par le brevet EP 0 520 414 dont elle est licenciée exclusive et l'informait qu'elle empêcherait la commercialisation de ces produits par toute action appropriée et a procédé à diverses démarches administratives en suspension et annulation des AMM et de leur inscription sur la liste des médicaments remboursables.

Le 12 décembre 2008 la société Biogaran a fait assigner les sociétés Laboratoires Medidom et Laboratoires Negma devant le tribunal de grande instance de Paris en nullité de la revendication 14 de la partie française du brevet européen EP 0 520 414 pour défaut de nouveauté et subsidiairement, pour défaut d'activité inventive.

Le 5 février 2009 la société Laboratoires Negma a fait assigner la société Biogaran devant le juge des référés du tribunal de grande instance de Strasbourg à l'effet d'obtenir sous astreinte, sur le fondement de la revendication 14 du brevet EP 520 414, l'arrêt de la distribution, de la fabrication et de la commercialisation des produits pharmaceutiques génériques.

Par ordonnance du 10 mars 2009 le juge des référés a interdit à la société Biogaran, sous astreinte de 30.000 euros par infraction constatée et par jour, la commercialisation et la distribution des produits pharmaceutiques génériques ART 50 et a ordonné le rappel dans les 48 heures de tous les produits pharmaceutiques génériques ART 50.

La société Biogaran a interjeté appel de cette ordonnance devant la cour d'appel de Colmar.

Le 13 mars 2009 par conclusions additionnelles devant le tribunal de grande instance de Paris, la société Biogaran a sollicité notamment la condamnation de la société Laboratoires Negma à lui verser la somme de 2.000.000 euros à titre provisionnel en réparation du préjudice subi du fait de l'interdiction de commercialisation des spécialités génériques prononcées par ordonnance de référé du 10 mars 2009.

Le 27 mars 2009 la société Laboratoires Negma a fait assigner au fond devant le tribunal de grande instance de Strasbourg, la société Biogaran, en contrefaçon.

Le 16 avril 2009 la société Laboratoires Negma a fait assigner la société Biogaran devant le tribunal de grande instance de Strasbourg en liquidation d'astreinte qui l'a déboutée de sa demande selon ordonnance du 2 juin 2009.

Le 10 juillet 2009 le juge de la mise en état du tribunal de grande instance de Paris a rejeté l'exception d'incompétence pour connaître de la demande en réparation en raison de l'interdiction de la commercialisation des génériques soulevée par la société Laboratoires Negma, au profit du juge de l'exécution.

Le 17 novembre 2009 le juge de la mise en état du tribunal de grande instance de Paris a ordonné à la demande de la société Biogaran, la disjonction des procédures n° RG 08/17625 et RG n° 09/17355 relatives d'une part à la validité du brevet et d'autre part sur les autres demandes.

Le 10 décembre 2009 le juge de la mise en état du tribunal de grande instance de Strasbourg a renvoyé la procédure relative à la contrefaçon des médicaments génériques devant le tribunal de grande instance de Paris.

Le 31 mars 2010 le tribunal de grande instance de Paris a prononcé, avec exécution provisoire, la nullité de la revendication 14 de la partie française du brevet européen EP 0520 414 pour défaut de nouveauté.

Le 30 juin 2010 la Cour d'appel de Paris a confirmé le jugement du 31 mars 2010 prononçant la nullité de cette revendication.

Le 22 juin 2010 la Cour d'appel de Colmar a infirmé les mesures d'interdiction et de retrait ordonnées par le juge des référés du tribunal de grande instance de Strasbourg.

Le 10 septembre 2010 la Cour d'appel de Paris a confirmé la compétence du tribunal de grande instance de Paris pour statuer sur les demandes en réparation de la société Biogaran.

Le 11 février 2011 les sociétés Laboratoires Negma et Laboratoire Medidom ont été déboutées par ordonnance du juge de la mise en état de leur exception d'incompétence au profit du juge de l'exécution.

Le 15 juillet 2011 la société Laboratoires Negma a soulevé devant le tribunal de grande instance de Paris une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'application de l'article 31 alinéa 2 de la loi n° 91-658 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution à l'hypothèse d'une interdiction provisoire en raison du constat par le juge qu'il existe une contrefaçon vraisemblable d'un titre de propriété intellectuelle qui violerait le droit de propriété garanti par la constitution.

Par ordonnance du 21 octobre 2011 dont appel, le juge de la mise en état du tribunal de grande instance de Paris a rejeté la nouvelle demande de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de Cassation et relative à la constitutionnalité de l'article 31 alinéa 2 de la loi du 9 juillet 1991 s'agissant du droit de propriété intellectuelle et a renvoyé la cause et les parties devant le tribunal statuant au fond.

Par jugement du 27 janvier 2012 dont appel, le tribunal de grande instance de Paris a :

- dit la société Biogaran recevable en ses demandes,
- dit que l'article 31 de la loi du 9 juillet 1991 est applicable dans l'hypothèse des mesures provisoires d'interdiction en matière de propriété intellectuelle,
- dit qu'il n'y a pas lieu d'appliquer directement les dispositions des articles 9 § 7 de la directive du 29 avril 2004 et l'article 50 § 7 de l'accord sur les ADPIC,
- dit qu'en l'absence de doute sur l'interprétation à donner aux dispositions précitées de La directive de 2004, il n'y a pas lieu de saisir la Cour de justice de l'union européenne de la question préjudicielle suivante :
"les articles 3 et 9 de la directive du 29 avril 2004, issus de l'accord sur les ADPIC du 15 avril 1994 prévoyant des mesures provisoires qui présentent un caractère proportionné et dissuasif, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale qui a pour effet d'introduire une responsabilité sans faute des titulaires de droit de propriété intellectuelle qui ont recours aux mesures provisoires pour faire respecter leur titre ?",
- dit que la société Laboratoires Negma a exécuté à ses risques et périls l'ordonnance rendue le 10 mars 2009 par le président du tribunal de grande instance de Strasbourg et qu'elle est dès lors tenue de réparer les conséquences dommageables,

- condamné en conséquence, la société Laboratoires Negma à verser à la société Biogaran la somme de 2.997.575 euros en réparation du préjudice subi du fait du rappel et de l'interdiction provisoire de commercialiser les produits pharmaceutiques génériques de l'ART 50 suivants :

- * Diacérine Biogaran 50mg gélules CIS 6 793 610 6,
- * Diacérine Ref. 50 mg 6 gélules CIS 6 480 333 9,
- * Diacérine Set 50 mg 6 gélules CIS 6 211 751 2,

- débouté la société Biogaran de l'ensemble de ses demandes à l'encontre de la société Laboratoire Medidom,

- débouté la société Biogaran de ses demandes fondées sur l'article 1382 du code civil à l'encontre de la société laboratoires Negma,

- condamné la société Laboratoires Negma à verser à la société Biogaran la somme de 200.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

- condamné la société Biogaran à verser à la société Laboratoire Medidom la somme de 40.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

- ordonné l'exécution provisoire partielle de la décision sur les frais irrépétibles et sur la condamnation de la société laboratoires Negma à verser à la société Biogaran les dommages et intérêts à hauteur de la somme. de 1.500.000 euros.

Le 6 juillet 2012 la Cour de ce siège pôle 5-2 a dit que la question prioritaire de constitutionnalité est dépourvue de sérieux et dit n'y avoir lieu à transmission à la Cour de Cassation.

Le 14 mars 2013 le conseiller de la mise en état a débouté la société Laboratoire Medidom de sa demande tendant à voir déclarer irrecevable l'appel provoqué et incident formé à son encontre par la société Biogaran et par arrêt du 20 septembre 2013, la cour a déclaré irrecevable la requête présentée par la société Laboratoire Medidom tendant à voir réformer cette ordonnance.

La société Laboratoires Negma, appelante, demande dans ses dernières écritures du 18 novembre 2013 de :

- confirmer le jugement en ce qu'il a débouté la société Biogaran de ses demandes au titre de la responsabilité pour faute de la société laboratoires Negma,

- infirmer le jugement pour le surplus,

- accueillir la fin de non-recevoir tirée du défaut de pouvoir juridictionnel de la 3^{ème} chambre du tribunal de grande instance pour statuer au visa de l'article L 111-10 du code des procédures civiles d'exécution,

- dire que les premiers juges ont commis un excès de pouvoir justifiant l'annulation du jugement,

- dire qu'en statuant dans la même formation que celle qui a prononcé l'annulation d'un droit de brevet les premiers juges ont violé le droit au procès équitable prévu par l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,

subsidiairement,

- dire et juger que l'article L 111-10 du code des procédures civiles d'exécution est inapplicable dans l'hypothèse des mesures provisoires d'interdiction en matière de propriété intellectuelle,

- en cas de doute sur l'interprétation à donner aux dispositions de l'article L 615-3 du code de la propriété intellectuelle saisir la cour de justice de l'union européenne de la question préjudicielle suivante :

"les articles 3 et 9 de la directive du 29 avril 2004 issus de l'accord ADPIC du 15 avril 1994, prévoyant des mesures provisoires qui présentent un caractère proportionné et dissuasif, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale de droit commun qui a pour effet d'exposer le titulaire d'un brevet qui obtient une mesure d'interdiction provisoire pour faire respecter son brevet à un régime de responsabilité sans faute lorsque ce dernier se voit ultérieurement annulé par une décision au fond ?,

Dans l'hypothèse où il serait répondu à la question par la négative, l'article 9.7 de la directive du 29 avril 2004 qui habilite les autorités judiciaires à accorder un dédommagement approprié en réparation de tout dommage causé par la mesure conservatoire dans le cas où il est constaté ultérieurement qu'il n'y a pas eu atteinte ou menace d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, vise-t'il la seule hypothèse de l'absence de contrefaçon ou s'étend il aussi au cas d'annulation ultérieure du droit de propriété intellectuelle litigieux ?

Dans l'hypothèse où le dédommagement approprié de la partie ayant eu à subir une mesure d'interdiction provisoire couvre l'hypothèse de l'annulation rétroactive du droit de propriété invoqué, l'article 9.7 de la directive du 29 avril 2004 s'oppose-il à une réglementation nationale imposant au titre de ce dédommagement approprié, une restitution par équivalent à la victime entendue comme couvrant à la fois des dommages intrinsèques à la mesure d'interdiction mais aussi les dommages extrinsèques telle que les pertes d'exploitation ou la privation de jouissance subie pendant toute la période d'interdiction."

en tout état de cause,

- débouter la société Biogaran de l'ensemble de ses demandes,
- condamner la société Biogaran à lui payer la somme de 250.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile,
- à titre infiniment subsidiaire,
- dire et juger que l'interdiction provisoire a duré du 13 mars 2009 au 31 mars 2009,
- dire et juger que l'évaluation du préjudice de Biogaran ne saurait excéder la somme de 598.000 euros,
- si le caractère de licenciée exclusif lui est dénié, dire et juger Medidom unique responsable du préjudice subi par Biogaran en raison de l'interdiction provisoire du 10 mars 2009.

La société Biogaran, intimée, appelante incidente et demanderesse à l'appel provoqué demande dans ses dernières conclusions du 20 novembre 2013 de :

- débouter la société Medidom de sa demande de sursis à statuer,
- réformer le jugement en ce qu'il l'a déboutée de ses demandes formées à l'encontre de la société Laboratoires Negma,
- statuant à nouveau,
- dire et juger que les sociétés Laboratoires Negma et Medidom ont, par leurs manoeuvres, commis des fautes distinctes ayant participé au préjudice subi par la société Biogaran et engagé leur responsabilité,
- condamner in solidum ces deux sociétés à lui verser la somme complémentaire de 7.884.646 euros à titre principal ou à tout le moins de 5.072.220 euros à titre subsidiaire, en réparation des gains manqués en raison de l'interdiction provisoire de commercialiser ses produits,
- condamner la société Laboratoires Negma à lui verser la somme complémentaire de 500.000 euros en réparation de son préjudice d'image,
- condamner in solidum ces deux sociétés à lui verser la somme complémentaire de 150.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.
- confirmer le jugement sur le surplus.

La société Laboratoire Medidom, intimée provoquée, demande dans ses dernières écritures du 18 novembre 2013 de :

- surseoir à statuer dans l'attente d'une décision définitive dans le cadre de la procédure pendante devant la Cour de Cassation à l'encontre de l'arrêt du 20 septembre 2013,
- subsidiairement, déclaré l'appel provoqué à son encontre par la société Biogaran, irrecevable,
- débouter la société Biogaran de ses demandes à son encontre,
- à titre très subsidiaire, confirmer la décision en ce qu'elle a débouté la société Biogaran de l'ensemble de ses demandes à son encontre,
- condamner la société Biogaran à lui payer la somme de 150.000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

Sur la demande de sursis à statuer :

La société Laboratoire Medidom sollicite dans ses dernières écritures du 18 novembre 2013 après avoir déjà conclu au fond le 24 décembre 2012 qu'il soit sursis à statuer dans l'attente de l'issue de la procédure devant la cour de cassation qu'elle vient d'initier le 23 octobre 2013.

Cependant ce pourvoi n'est pas suspensif d'exécution de la décision critiquée et la société Laboratoire Medidom a bénéficié de larges délais pour conclure au fond pour contester le bien fondé des demandes formées à son encontre, de sorte qu'il n'y a pas lieu de faire droit à cette demande de sursis à statuer qui retarderait à l'excès le règlement de cette affaire soumise à de nombreux incidents de procédure soulevés tardivement et de manière purement dilatoire.

Sur la recevabilité de l'appel provoqué formé par la société Biogaran à l'encontre de la société Medidom :

La société Medidom soutient que cet appel est irrecevable car il ne trouve pas sa source dans l'appel principal en regard de son caractère limité et au motif que les demandes formées à son encontre sont différentes de celles formées à l'encontre de l'appelant principal.

La société Biogaran maintient que cet appel est recevable comme l'a jugé à juste titre le conseiller de la mise en état.

Selon l'article 547 du code de procédure civile, tous ceux qui ont été parties en première instance peuvent être intimés.

L'article 550 du même code dispose que l'appel incident ou l'appel provoqué peut être formé en tout état de cause, alors même que celui qui l'interjetterait serait forclos pour agir à titre principal.

La société Biogaran, intimée à titre principal est recevable à former un appel provoqué à l'encontre de la société Laboratoire Medidom, non présente en appel mais partie à l'instance principale en première instance à l'encontre de laquelle elle avait formé des demandes de condamnation.

Par ailleurs, la déclaration d'appel principal formée par la société Laboratoires Negma le 27 mars 2012 indique qu'il s'agit d'un appel total tendant à l'annulation ou la réformation du jugement rendu le 27 janvier 2012 par le TGI de Paris 3^{ème} chambre, 3^{ème} section et dans ses dernières conclusions d'appel, cette société demande notamment de confirmer le jugement en ce qu'il a débouté la société Biogaran de ses demandes de la responsabilité pour faute de la société Laboratoires Negma et d'infirmer le jugement pour le surplus, de sorte qu'il s'agit d'un appel général sur les dispositions qui lui font griefs même indirectement comme la question de la responsabilité de la société Medidom.

La société Biogaran est menacée par l'instance principale d'appel puisqu'elle estime que les manœuvres conjointes des deux sociétés lui ont occasionné un même préjudice dont elle demande réparation depuis le début de la procédure, in solidum à leur encontre, de sorte qu'elle a un intérêt nouveau à user d'une voie de recours à l'encontre de la société Laboratoire Medidom.

Cet intérêt est d'autant plus manifeste que depuis le jugement déferé elle aurait eu, selon elle, confirmation d'un élément qu'elle invoquait, relatif au fait que la société Laboratoires Negma n'était pas licenciée exclusive du brevet dont s'agit.

Cet appel provoqué est donc recevable et il convient de rejeter l'exception d'irrecevabilité formée par la société Laboratoire Medidom.

Sur la responsabilité des sociétés Laboratoires Negma et Laboratoire Medidom et la validité du jugement :

*** Sur la responsabilité sans faute de la société Negma :**

La société Biogaran soutient que la société Laboratoires Negma a engagé sa responsabilité sans faute à son égard du fait de l'exécution de l'ordonnance de référé autorisant les mesures d'interdiction et de retrait.

Aux termes de l'article L111-10 du code de procédure civile d'exécution, "l'exécution forcée peut-être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire à titre provisoire. L'exécution est poursuivie aux risques du créancier qui, si le titre est ultérieurement modifié, devra restituer le débiteur dans ses droits en nature ou par équivalent".

En l'espèce, la société Biogaran a exécuté les mesures d'interdiction provisoire et de rappel autorisées par ordonnance provisoire du 10 mars 2009 sur la base de la revendication 14 du brevet EP 520 414 qui faisait l'objet d'une action en nullité depuis le 12 décembre 2012 engagée par son adversaire et d'une autre action en nullité engagée préalablement en 2007 par une société tierce..

Le fait générateur de l'obligation de réparer les conséquences de cette exécution faite aux risques et périls de la société Laboratoires Negma est constitué par l'exécution de l'ordonnance provisoire résultant de sa signification, de la lettre de relance adressée le 20 mars 2009 à la société Biogaran et de son assignation en liquidation d'astreinte.

La société Laboratoires Negma soulève vainement l'incompétence du tribunal de grande instance de Paris pour connaître de cette action fondée sur l'article L 111-10 du code de procédure civile d'exécution au profit du juge de l'exécution, en regard des dispositions de

l'article L 213-6 du code de l'organisation judiciaire qui prévoit "*le juge de l'exécution connaît de manière exclusive, des difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion des exécutions forcées, même si elles portent sur le fond du droit à moins qu'elles n'échappent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire*", puisque cette exception d'incompétence, certes fondée sur le principe général de la responsabilité civile, concernant la compétence du juge de l'exécution pour connaître de l'action en responsabilité suite à l'exécution de l'ordonnance de référé dont s'agit, a été rejetée par ordonnance du juge de la mise en état du 10 juillet 2009 confirmée par arrêt de la cour de ce siège du 10 septembre 2010 et par ordonnance du juge de la mise en état du tribunal de grande instance de Paris du 11 février 2011 dont il n'a pas été fait appel.

Il y a lieu de relever au surplus qu'il ne s'agit pas en l'espèce de mesures d'exécution forcées ou de mesures conservatoires au sens de l'article L 213-6 du Code de l'Organisation Judiciaire puisque l'intimée s'est exécutée spontanément dans le cadre d'un contentieux qui relève de la compétence exclusive, selon l'article L 615-17 du code de la propriété intellectuelle des tribunaux de grande instance.

En effet, la compétence exclusive du juge de l'exécution prévue à l'article R 121-4 du code de procédure civile, n'est relative qu'à son domaine d'intervention limitée aux difficultés d'exécution des décisions ou aux mesures provisoires qu'il a ordonnées et des conséquences dommageables susceptibles d'en découler.

Il s'ensuit que la demande de nullité du jugement formée par la société Laboratoires Negma pour excès de pouvoir, n'est pas fondée, le tribunal ayant tranché le litige dans le cadre de sa compétence matérielle.

La société Negma invoque alors pour contester la validité du jugement, qu'il ne serait pas équitable que les mêmes juges aient statué dans la procédure en annulation du brevet, puis, sur l'indemnisation.

Cependant rien n'interdit au même juge de statuer successivement au fond et sur des questions connexes les unes aux autres, ce qui, au contraire, est prévu par le code de procédure civile lui-même dans le cadre des demandes incidentes, additionnelles, reconventionnelles..., sauf à obliger systématiquement la scission du procès entre, d'une part, les procédures en contrefaçon impliquant l'examen de l'appréciation de la validité du titre opposé, et d'autre part, une procédure en indemnisation des conséquences en résultant.

La disjonction des procédures intervenue en première instance entre l'action relative à la validité du brevet et les demandes additionnelles en responsabilité de la société Biogaran et les demandes reconventionnelles des sociétés défenderesses n'a pas modifié la nature de ce litige qui aurait pu être jugé globalement par ces mêmes juges.

Cette contestation sur la validité du jugement, pas plus fondée que la précédente, doit être rejetée.

Subsidiairement, la société Laboratoires Negma poursuit dans sa contestation en indiquant que les dispositions de l'article L 111-10 du code de procédure civile d'exécution ne peuvent s'appliquer dans le cadre de mesures provisoires ordonnées sur le fondement de l'article L 615-3 du code de la propriété intellectuelle car ce premier article n'est applicable que pour les exécutions forcées, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, alors qu'il n'a été exercé que l'action spéciale en référé interdiction prévue à ce dernier article.

Mais il est constant que l'article L 111-10 précité, dès lors qu'est justifiée comme en l'espèce, rappelé ci-dessus (signification de l'ordonnance, lettre de relance, assignation en liquidation d'astreinte) que le créancier de l'obligation a manifesté sans ambiguïté son intention de poursuivre l'exécution provisoire de la décision, est applicable.

La société Laboratoires Negma ajoute que la procédure de référé interdiction prévue à l'article L 615-3 du code de la propriété intellectuelle qui relève d'une procédure spécifique, conduit à appliquer une procédure d'indemnisation spécifique fondée sur la démonstration d'une faute.

Mais cet article qui prévoit dans ces derniers alinéas la possibilité de subordonner l'exécution des mesures ordonnées à la constitution de garanties pour assurer l'indemnisation éventuelle de l'adversaire si l'action en contrefaçon est jugée ultérieurement non fondée et concernant les mesures annulées la prévision de l'éventualité de versement de dommages et intérêts si l'action au fond n'est pas introduite dans les délais requis, ne prévoit pas, contrairement à ce que soutient la société appelante concernant la mise en œuvre du référé interdiction provisoire, d'indemnisation spécifique limitée, et doit en conséquence s'appliquer le principe général du droit à réparation intégrale du préjudice subi sur justification de sa réalité.

Cet article qui évoque l'éventuel préjudice concerne aussi bien celui résultant d'une responsabilité pour faute que celle réalisée sans faute, aucune restriction n'étant apportée par ces dispositions.

La société Laboratoires Negma fait également valoir que l'annulation du brevet ne permet pas de remettre en cause les décisions antérieures. Mais la décision dont s'agit était purement provisoire et a été infirmée, de sorte que lorsqu'il a été définitivement jugé, comme en l'espèce, qu'aucun acte de contrefaçon ne pouvait être reproché à la société Biogaran, celle-ci peut, sans introduire une discrimination entre concitoyens devant la loi, exercer une action en responsabilité à l'égard de l'auteur de cette exécution inappropriée, cette action rétablissant au contraire la liberté d'exercice de ses droits par celle qui a subi les effets de cette exécution remise en cause.

Cette action en restitution en nature ou par équivalent des droits du débiteur lésé par l'exécution de l'obligation ultérieurement annulée n'est que la contrepartie de la prérogative exceptionnelle accordée par la loi au demandeur de solliciter et que soient ordonnées des mesures provisoires d'entrave à la liberté du commerce, et ce, à ses risques et périls.

Il en résulte que la société Biogaran est recevable et fondée à solliciter l'application de l'article L 111-10 du code des procédures civiles d'exécution.

La société Laboratoires Negma demande de soumettre trois questions préjudicielles à la Cour de justice européenne :

1^{ère} question : demander à la CJUE de déterminer si les dispositions de la Directive du 29 avril 2004 issu de l'accord ADPIC devraient être interprétées comme s'opposant à ce qu'une réglementation nationale admette une responsabilité sans faute, alors qu'elle tend à prévoir un niveau élevé de protection des droits de propriété intellectuelle et un dédommagement approprié et adéquat si les mesures d'interdiction ont été prises abusivement ;

Car elle soutient que l'expression indemnisation éventuelle mentionnée dans l'article L 615-3 du code de la propriété intellectuelle suppose la démonstration préalable d'une faute.

Mais il a été indiqué ci-dessus que cet article n'excluait pas l'application d'une responsabilité sans faute et les dispositions de la directive précitée qui prévoient que les autorités judiciaires sont habilitées à accorder un dédommagement approprié en réparation de tout dommage causé par les mesures, sont sans équivoque et ne nécessitent aucune interprétation.

2^{ème} question : demander à la CJUE si l'article 9.7 de la directive du 29 avril 2004 vise la seule hypothèse de l'absence de contrefaçon ou s'il s'étend au cas d'annulation du titre.

Elle expose à cet effet que l'annulation du brevet n'est pas comprise dans les faits déclencheurs de l'indemnisation prévue à l'article 9.7 de cette directive et par l'article L 615-3 du Code de la propriété intellectuelle.

Mais ces deux dispositions qui sont claires ne nécessitent aucune interprétation, une indemnisation appropriée est prévue dans ce cas.

En effet, l'article L 615-3 du Code de la propriété intellectuelle vise le cas où, comme présentement l'action en contrefaçon est infondée ou les mesures annulées alors que l'article 9.7 de la directive du 29 avril 2004 vise les mêmes circonstances : *"les cas où il est constaté ultérieurement qu'il n'y a pas eu d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle"* soit parce que le titre a été annulé soit parce qu'il n'y a pas de contrefaçon.

3^{ème} question : demander à la CJUE si l'indemnisation éventuelle du prétendu contrefacteur interdit à tort, prévue par l'article 9.7 de la directive précitée, doit se limiter aux frais exposés pour l'exécution de la mesure ou comprendre le gain manqué dans la commercialisation avortée pendant la période d'interdiction.

Mais comme le souligne la société Biogaran ces dispositions ne nécessitent pas d'interprétation car elles ne font aucune distinction : *"Dans les cas où les mesures provisoires sont abrogées ou cesseront d'être applicables en raison de toute action ou omission du requérant, ou dans les cas où il est constaté ultérieurement qu'il n'y a pas eu atteinte ou menace d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, les autorités judiciaires sont habilitées à ordonner au requérant, à la demande du défendeur, d'accorder à ce dernier un dédommagement approprié en réparation de tout dommage causé par ces mesures"*.

Il n'y a donc pas lieu de faire droit à ces demandes, non fondées.

La société Laboratoires Negma demande à la Cour de dire, par interprétation, que l'article L 111-10 précité ne peut ouvrir qu'une action en responsabilité pour faute sauf à méconnaître la présomption de validité des brevets délivrés et l'article 6 § 1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme.

Cependant, il n'y pas lieu à interprétation d'un texte clair et d'y ajouter des éléments contraires à la loi.

La présomption de validité d'un brevet peut être, comme toute présomption, contestée lorsqu'il est opposé pour entraver la liberté d'entreprendre d'un concurrent garantie par l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, sauf à accorder une protection disproportionnée à ce titre.

La société Laboratoires Negma qui a usé de multiples façons des facultés de saisir les juridictions pour faire valoir ses droits et bénéficier du double degré de juridiction lorsqu'elle s'est estimée insatisfaite des décisions, est particulièrement mal venue à soutenir

qu'il a été contrevenu aux dispositions de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

C'est à tort que la société des laboratoires Negma soutient que l'application de l'article L 111-10 du code des procédures civiles d'exécution est subordonnée à l'application d'une faute et c'est à bon droit que le tribunal a appliqué cet article suite à l'exécution des mesures d'interdiction sollicitées et obtenues par elle dans le cadre de la procédure du référé interdiction en matière de brevet et a dit que la société Biogaran est recevable et fondée à solliciter réparation des effets négatifs en résultant.

*** Sur la responsabilité pour faute des sociétés Laboratoires Negma et Medidom :**

La société Biogaran incrimine sur le fondement de l'article 1382 du code civil la responsabilité des sociétés Laboratoires Negma et Medidom qui par leurs manœuvres dilatoires et leur intention de nuire sont, selon elle, constitutives d'un abus d'agir en justice.

Elle fait valoir à ce titre que ces sociétés ont procédé à diverses manœuvres de blocage pour se réserver un monopole sur la diacétylrhéhéine bien qu'elle soit tombée dans le domaine public, en :

- intervenant de façon inhabituelle dans la procédure d'instruction du générique par ses lettres des 11 mars 2008, 28 mai 2008 et 13 août 2008, en demandant des analyses des principes actifs, retardant l'obtention de mise sur le marché, faisant pression auprès de l'AFSSAPS pour voir réduire la teneur en aloémodine ce qui a entraîné l'augmentation du coût de fabrication du principe actif, alors qu'elle avait elle-même mis sur le marché des produits avec des taux supérieurs,
- en forçant ainsi ses concurrents à ces modifications elle voulait faire tomber leur produit dans le champ de la revendication 14,
- en retardant ainsi de deux ans et demi la délivrance des AMM,
- déposant (société laboratoires Negma) des requêtes en référé suspension et en annulation des autorisations de mise sur le marché devant le conseil d'Etat qui furent rejetées, et en persistant à intervenir postérieurement à la délivrance des AMM auprès de l'AFSSAPS, et en déposant un référé-constat le 21 octobre 2008 dont la procédure est toujours en cours,
- en saisissant le 15 janvier 2009 le Président du CEPS d'un recours tendant à voir rapporter sa décision sur la fixation du prix de la Diacérine Biogaran, ce qui a été refusé, et en contestant par voie judiciaire cette décision,

Elle poursuit qu'avec la complicité de la société Laboratoire Medidom, elle a argué de sa qualité de licenciée exclusive pour obtenir des mesures d'interdiction provisoire alors qu'elle n'est pas la société désignée par la licence RCS n° 410.102.008, mais la société inscrite sous le N° RCS 306 094 053 est différente qui elle-même n'est pas exclusive puisque la société Pharma 2000 bénéficie également d'une licence qu'elle exploite depuis 2007 qui n'est pas, contrairement à ce que soutiennent les sociétés laboratoires Negma et Medidom, une sous-licenciée,

Elle ajoute que par une lettre de pure complaisance de la société Medidom lui reconnaissant la qualité de licenciée exclusive, la société Laboratoires Negma a pu assigner à bref délai la société Biogaran en référé à Strasbourg alors que le tribunal de grande instance de Paris avait été saisi antérieurement, que le siège de la société Laboratoires Negma est à Vélizy et celui de la société Biogaran à Colombes et alors que le lancement du produit a été national.

Les deux sociétés ont par la suite multiplié les incidents de procédure pour en retarder le règlement de sorte qu'outre les recours administratifs, 20 décisions judiciaires sont intervenues.

Elle expose également que dès le 30 janvier 2009 la société Laboratoires Negma a adressé à l'ensemble des grossistes et répartiteurs pharmaceutiques une lettre leur faisant croire que ses droits auraient été reconnus en justice, constituant une véritable pression à leur égard, puis a adressé le 2 février 2009 une deuxième lettre aux grossistes et pharmaciens reprenant les termes de la précédente, puis leur a adressé le 13 mars 2009 une lettre les informant de la teneur de l'ordonnance portant les mesures d'interdiction sans indiquer que cette décision était provisoire.

Elle en déduit que l'ensemble de ces manœuvres déloyales ont concouru directement au préjudice qu'elle a subi.

La société Laboratoires Negma fait valoir qu'elle n'a commis aucune faute en défendant le brevet dont elle était licenciée exclusive et pour lequel elle payait des redevances, ce que confirme la société Medidom et qu'elle a pris des mesures nécessaires et mesurées car le lancement en 2010 des génériques a eu des conséquences économiques et sociales désastreuses pour sa société.

Elle indique qu'elle n'est pas responsable des délais d'instructions des demandes d'Autorisations de Mises sur le Marché auprès de l'AFSSAPS qui est une institution indépendante, auxquels la société Biogaran a été confrontée en raison de son incapacité de produire ab in initio une Diacérine identique à celle du princeps.

Le dialogue qu'elle a engagé avec l'AFSSAPS était légitime puisque titulaire de l'AMM du princeps et du choix de procédure opéré par la société Biogaran.

Cependant il ressort de l'ensemble des éléments cités et justifiés par la société Biogaran et rappelés ci-dessus que la société Laboratoires Negma par ses multiples interventions, reconnues et revendiquées auprès des autorités administratives qui s'en sont émues dans un mémoire déposé au conseil d'Etat, sous le couvert de vouloir assurer la sécurité sanitaire, puis une fois les autorisations accordées par leur contestation judiciaires systématiques, puis par la multiplication et l'accumulation des incidents de procédure, son assignation en contrefaçon devant le tribunal de grande instance de Strasbourg sans réel fondement devant cette juridiction, contestations judiciaires dont elle a été déboutée, l'envoi de courriers aux revendeurs et pharmaciens portant indirectement dénigrement de la société Biogaran, a, par cette stratégie dilatoire et ces manœuvres, outrepassé la défense légitime de ses intérêts à l'effet de bloquer de façon déloyale, en toute connaissance, l'élaboration et la commercialisation paisibles des produits de son concurrent, et ce, alors que son titre était déjà attaqué et qu'elle ne pouvait ignorer que la diacérine étant déjà dans le domaine public, le seul changement de degré de pureté était un facteur de fragilité.

Ces manœuvres fautives d'instrumentalisation des voies judiciaires ont dégénéré en abus d'agir en justice et ont occasionné à la société Biogaran un préjudice direct tant patrimonial que moral vis à vis de ses partenaires.

La société Laboratoires Negma soutient que la société Biogaran a participé par des agissements fautifs à la réalisation de son préjudice.

Elle lui reproche d'avoir lancé ses médicaments à ses risques et périls et de ne s'être intéressée au brevet que 4 ans avant son échéance et non dès sa délivrance le 13 mars 1996.

Mais la société Biogaran créée le 9 mai 1996, postérieurement à la délivrance du brevet, a introduit son action en nullité de celui-ci dès avant que la société Laboratoires Negma ait engagé son action en référé interdiction et n'a commercialisé ses produits que lorsqu'elle

a été convaincue, de par ses propres développements, de la nullité de la revendication 14 du brevet dont la validité était contestée depuis 2007.

Il n'est pas justifié contrairement à ce qui est soutenu par la société laboratoires Negma que la société Biogaran ait fait appel à une procédure administrative d'obtention des AMM pour les médicaments génériques, inappropriée, ce qui est d'ailleurs contredit par les termes des mémoires établis par l'AFSSAPS dans les procédures en contestations administratives.

Il n'est par ailleurs pas démontré que la société Biogaran ait fait des déclarations contradictoires au cours des procédures qui en toutes hypothèses n'auraient eu aucune conséquence sur son préjudice.

La société Laboratoires Negma est particulièrement mal venue à reprocher à la société Biogaran de ne pas avoir sollicité devant la cour d'appel de Colmar qu'elle statue à jour fixe alors qu'il est justifié qu'elle a sollicité un traitement accéléré de la procédure et que par ailleurs la société Laboratoires Negma a multiplié les incidents pour retarder à l'excès le traitement de cette affaire.

Les sociétés Laboratoires Negma et Medidom n'établissent aucune faute imputable à la société Biogaran qui ait pu contribuer à la réalisation de son dommage.

En revanche, la société Laboratoires Negma étant seule à l'initiative de ces agissements, sa présentation en qualité de licenciée exclusive, qualité que lui reconnaît expressément la société Medidom depuis l'origine et la position au sein du groupe Whockardt France des différentes sociétés du groupe qui rend compatible le paiement de redevances par la société Pharma 2000 qui apparaît au travers des actes comme sa sous-licenciée, directement à la société Laboratoires Negma, sans disqualifier ce caractère exclusif, d'ailleurs expressément mentionné dans son contrat régulièrement publié au Registre National des Brevet, font qu'aucune faute n'est établie à l'encontre de la société Medidom.

Réformant partiellement le jugement à ce titre, il convient de déclarer fondée l'action en responsabilité pour faute engagée par la société Biogaran à l'égard de la société Laboratoires Negma et de confirmer le jugement en ce qu'il l'a déboutée de son action en responsabilité pour faute formée à l'égard de la société Medidom.

Sur les mesures réparatrices :

La société Biogaran demande le versement de la somme de 8.282.213 euros HT pour la période du 18 mars 2009 au 30 juin 2010 date de la réformation de l'ordonnance portant interdiction des mesures.

Celle-ci est fondée à solliciter la réparation intégrale de son préjudice par équivalent directement lié aux manquements de la société Laboratoires Negma pour la période correspondant aux mesures d'interdiction auxquelles elle demeurait soumise sous astreinte, nonobstant, contrairement ce que soutiennent les sociétés adverses, l'annulation en mars 2010 de la revendication du brevet, soit, jusqu'au 30 juin 2010. Les observations du cabinet Mazars en date du 26 juillet 2013 n'étant pas de nature à s'opposer à une appréciation juridique.

Elle se base sur le rapport de l'expert indépendant le Cabinet Deloitte qui a examiné les données comptables pour la plupart attestées par commissaire aux comptes et extra comptables tels que contrats, données de ventes et prévisionnels...auquel est annexée une étude réalisée par la société Smart Pharma Consulting, spécialisée en études des marchés pharmaceutiques, en date des 19 mai 2010 et 17 mars 2011.

Les sociétés Laboratoires Negma et Laboratoire Medidom critiquent l'étude faite par la société Smart Pharma au motif que son gérant aurait travaillé pour la société Servier International et manquerait d'objectivité.

Cependant cette étude est fondée sur des éléments objectifs et aucune impartialité affirmée n'est démontrée alors que la société Laboratoires Negma projetant ses propres errements, communique un rapport opposé établi par la société JNB Développement rédigé par madame Caroline Delaitre Bonnin, ancien responsable des affaires réglementaires de la société Laboratoires Negma.

Dans son premier rapport le Cabinet Deloitte établi le 19 mai 2010 avait émis des hypothèses à partir d'un échantillon établi par 4 critères de choix expliqués dans son étude puis a procédé à une actualisation de l'évaluation du préjudice, en limitant le panel de comparables aux produits Biogaran, en procédant à des entretiens avec des dirigeants et directeurs de sociétés concurrentes à Biogaran afin d'établir l'étendue de la période d'exclusivité dont cette société aurait bénéficier si l'interdiction provisoire n'avait pas été ordonnée, en prenant en compte les données de vente réelle des différents laboratoires du marché.

Il a évalué le préjudice en tenant compte de la perte de marge sur coûts variables relative aux ventes manquées et sur les coûts supplémentaires supportés par la société.

Il a vérifié la cohérence entre les hypothèses émises par rapport aux données du marché en expliquant et illustrant par des graphiques son travail.

Cet expert a donc accompli un travail complet et sérieux permettant de servir de base à l'appréciation du préjudice subi par la société Biogaran.

Il en ressort que la société Biogaran a supporté :

- des frais de rappel des produits (108.413 produits) entre le 23 janvier et le 12 mars 2009, leur retour, leur stockage, leur retraitement, coût non refacturés des préparations et expéditions : 397.576 euros,

- des gains manqués : perte de marge sur coût variable, sur l'arrêt de l'exploitation de ce médicament, correspondant au chiffre d'affaires diminué des charges de production et de commercialisation sans qu'il y ait lieu de retenir les coûts de marketing et de publicité qui sont des coûts fixes supportés indépendamment du volume de production, et après déduction des commissions sur vente et les impôts et taxes à caractère variable : 7.775.504 euros sur la perte totale, 109.142 euros perte partielle sur le retard pris dans la commercialisation car celle-ci est certaine et directement liée à la perte d'exclusivité,

Ces derniers sont évalués en tenant compte du fait que la société Biogaran se serait trouvée en situation d'exclusivité du mois de mars 2009 au mois de juin 2010, en l'absence d'intention établie des concurrents de commercialiser cette spécialité générique qui ne l'ont fait qu'après l'annulation définitive du brevet, comme cela a été relevé réellement sur des produits proches chez des concurrents, alors qu'elle avait exploité en exclusivité avant les mesures d'interdiction entre le 23 janvier 2009 et le 10 mars 2009.

L'achat en décembre 2008 par la société Mylan de principe actif n'établit pas son intention de commercialiser de façon imminente ces produits, ce qu'elle n'a pas fait, ne demandant l'inscription du médicament sur la liste de ceux pouvant être remboursés qu'en juin 2010, puisque la société Biogaran a elle-même acquis plusieurs mois auparavant en mai 2008 le principe actif avant de commercialiser son produit.

D'ailleurs deux dirigeants de sociétés directement concurrentes à la société Biogaran attestent qu' ils n'étaient pas en mesure à cette époque de commercialiser le générique dont s'agit.

Il n'est pas établi que l'absence de commercialisation des génériques par les sociétés concurrentes, soit directement liées à l'ordonnance d'interdiction et qu'à défaut de celle-ci ils auraient commercialiser ce médicament générique, alors qu'il convient de le rappeler la société Biogaran était la seule à le commercialiser lors de la prise des mesures d'interdiction et que les seules sociétés Mylan et Teva qui ont entrepris cette commercialisation après la confirmation de la nullité du brevet n'ont pas commercialisé ce médicament antérieurement, soit pour des raisons propres (Mylan) ou parce qu'elle n'était pas en mesure de le faire en l'absence d'AMM (Teva).

Par ailleurs en mars 2009 la société Laboratoires Negma défendait son brevet et ne pouvait sans se contredire commercialiser des génériques.

Le Cabinet Deloitte a estimé en calculant le taux de pénétration du générique Biogaran en partant de celui réel réalisé au mois de février 2009 soit 16,1% puis sur la période de mars 2009 à juin 2010 en procédant par analogie avec des produits comparables pertinents par leur facilité de substitution, à une perte de 1.738.441 boîtes soit un taux de pénétration de 16,1% qui correspond à celui réellement réalisé en février 2009 de 16,4%.

Le cabinet a fixé le prix de vente net des médicaments à la somme de 7,967 euros en tenant compte d'un taux de remise de 17% chiffré en fonction des documents comptables et établit le chiffre d'affaires perdu à la somme de 13.766.491 euros.

Le prix de revient d'une boîte telle qu' attesté par le commissaire aux comptes et les factures produites s'élève à la somme de 3,0141 euros soit au total à la somme de 5.239.835 euros.

Le taux de marge sur coûts variables a donc été fixé par cet expert à 56,5%, ce qui correspondrait à celui réalisé par la société en 2010 et 2011.

Tous ces éléments sont fondés notamment sur les factures de fabrication et de distribution réelles et pièces comptables remis par la société Biogaran, attestées par le commissaire aux compte.

Du fait des mesures d'interdiction la société Biogaran a perdu comme mentionné ci-dessus un avantage concurrentiel.

En prenant en compte le marché de la Diacérine durant la période de juillet 2010 à décembre 2011, l'estimation de la pénétration des génériques, l'estimation de la part de marché de la société Biogaran si elle avait bénéficié de son exclusivité jusqu'en juin 2010 la société Smart Pharma a indiqué que cette société aurait commercialisé 93.875 boîtes de plus représentant en conséquence une perte de chiffre d'affaires de 193.514 euros, soit une perte de marge sur coûts variables de 109.142 euros.

Il ressort de l'ensemble de ces éléments, que la société Biogaran a subi, selon ce rapport, un préjudice résultant des agissements de la société laboratoires Negma de 7.884.646 euros.

Cependant, comme le soulignent avec pertinence les sociétés laboratoires Negma et Laboratoire Medidom, le commissaire aux comptes qui a certifié certaines données chiffrées, ne l'a fait que sur celles communiquées par Biogaran en vérifiant leur concordance tout en précisant n'avoir réalisé aucun audit ni aucun sondage sur les

conséquences du retrait. De plus la société Biogaran n'a jamais communiqué les comptes analytiques qui lui ont été vainement demandés depuis le 14 octobre 2010 permettant de vérifier partie des données du rapport Deloitte.

Elles justifient par ailleurs par de nombreux documents probants sans être contredite sérieusement sur ce point que les marges arrières des pharmaciens sont en pratique beaucoup plus élevées (20% à 35%) que le plafond légal de 17% . Elles relèvent avec justesse concernant les coûts variables que le coût des transports n'ont pas été, ce qui est reconnu, pris en compte, et qu'il convient de tenir compte de la structure du groupe de sociétés, la société Biogaran n'ayant aucun salarié, travaillant en sous-traitance et n'ayant pas de coût de production.

Il y a donc lieu en regard de l'ensemble des ces éléments de fixer, après correction des données du rapport Deloitte, à la somme de 3.500.000 euros le préjudice subi par la société Biogaran en raison des manœuvres fautives de la société laboratoires Negma.

Il convient en conséquence, réformant partiellement le jugement de la condamner au paiement de cette somme.

Les mesures de rappel et l'interdiction de commercialiser les produits accompagnés de communication incomplète et partielle de la part de la société Laboratoires Negma au détriment de la société Biogaran ont porté atteinte à l'image de celle-ci et l'ont discréditée notamment auprès des professionnels du secteur considéré.

Il convient en conséquence de la condamner à lui payer la somme complémentaire de 150.000 euros en réparation du préjudice subi à ce titre.

L'équité commande d'allouer à la société Biogaran et à la charge de la société Laboratoires Negma, en sus de ceux déjà alloués en première instance la somme de 30.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et de rejeter la demande formée de ce chef par la société laboratoires Negma.

Les dépens resteront à la charge exclusives de la société Laboratoires Negma qui succombe et qui seront recouverts par les avocats de la cause dans les conditions de l'article 699 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS,

Rejette la demande de sursis à statuer formée par la société Laboratoire Medidom,

Déclare recevable l'appel provoqué formé par la société Biogaran à l'encontre de la société Medidom,

Rejette les demandes de saisine de la Cour de justice européenne formée par la société Laboratoires Negma,

Rejette l'ensemble des demandes de la société Laboratoires Negma,

Réforme partiellement le jugement en ce qu'il a débouté la société Biogaran de son action en responsabilité pour faute à l'égard de la société Laboratoires Negma, et sur le montant des réparations accordées à la société Biogaran,

En conséquence,

Dit que la société Laboratoires Negma a, par des actes distincts, engagé sa responsabilité sans faute sur le fondement de l'article L 111-10 du code des procédures civiles d'exécution et sur le fondement de l'article 1382 du code civil,

Condamne la société Laboratoires Negma à payer à la société Biogaran la somme de 3.500.000 euros en réparation de son préjudice financier et celle de 150.000 euros en réparation de son préjudice d'image,

Condamne la société Laboratoires Negma à payer à la société Biogaran la somme complémentaire de 30.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

Confirme le jugement déferé pour le surplus,

Condamne la société Laboratoires Negma aux entiers dépens qui seront recouverts par les avocats de la cause dans les conditions de l'article 699 du code de procédure civile.

Le greffier,

Le Président,