

COUR D'APPEL DE PARIS
ARRÊT DU 03 NOVEMBRE 2015

Pôle 5 - Chambre 1

(n° 184/2015, 11 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **12/23743**

Décision déferée à la Cour : Jugement du 21 Décembre 2012 -Tribunal de Grande Instance de PARIS - 3ème chambre - 2ème section - RG n° 10/05718

APPELANTE

Société ETHYPHARM

Société Anonyme à directoire et conseil de surveillance inscrite au RCS Nanterre n°311 999 833 Agissant poursuites et diligences de son Président du Directoire domicilié en cette qualité audit siège Bât D 194 Bureaux de la Colline
92213 SAINT CLOUD

Représentée par Me Jean-Philippe AUTIER, avocat au barreau de PARIS, toque : L0053

Assistée de Me Raphaëlle D de l'AARPI GIDE LOYRETTE NOUEL, avocat au barreau de Paris, toque : T03

INTIMÉE

Société ALKERMES PHARMA IRELAND LIMITED venant aux droits de la Société ELAN PHARMA INTERNATIONAL LIMITED
Agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège Monksland, Athlone
IRLANDE

Représentée par Me François TEYTAUD, avocat au barreau de PARIS, toque : J125

Assistée de Me Marina C du PUK REED SMITH LLP, avocat au barreau de PARIS, toque :
J097

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 02 Septembre 2015, en audience publique, devant la Cour composée de : Monsieur Benjamin RAJBAUT, Président de chambre

Mme Nathalie AUROY, Conseillère

Madame Isabelle DOUILLET, Conseillère

qui en ont délibéré.

Un rapport a été présenté à l'audience dans les conditions prévues à l'article 785 du code de procédure civile.

Greffier, lors des débats : Madame Karine ABELKALON

ARRÊT :

Contradictoire

- 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 Monsieur Benjamin RAJBAUT, président et par Madame Karine ABELKALON, greffier présent lors du prononcé.

Vu le jugement rendu contradictoirement le 21 décembre 2012 par le tribunal de grande instance de Paris.

Vu l'appel interjeté le 28 décembre 2012 par la SA ETHYPARM.

Vu les dernières conclusions n° 4 de la SA ETHYPARM, transmises le 08 avril 2015.

Vu les dernières conclusions en réponse n° 4 de la société de droit irlandais ALKERMES Pharma Ireland Limited (ci-après société ALKERMES), transmises le 11 mai 2015.

Vu l'ordonnance de clôture en date du 19 mai 2015.

MOTIFS DE L'ARRÊT

Considérant que, pour un exposé complet des faits de la cause et de la procédure, il est expressément renvoyé au jugement déféré et aux écritures des parties ;

Considérant qu'il suffit de rappeler que la société de droit irlandais ELAN PHARMA INTERNATIONAL LTD (ci-après société ELAN), aux droits de laquelle intervient la société ALKERMES, spécialisée dans le domaine des technologies d'administration de médicaments, expose fabriquer et commercialiser des particules d'agent thérapeutique ou de diagnostic ayant une dimension nanométrique, lesquelles, en raison de leurs dimensions minuscules de l'ordre du milliardième de mètre, peuvent être très mobiles et se déplacer facilement ;

Que cette société indique fabriquer ces particules en utilisant une technologie NanoCrystal® et avoir, pour protéger celle-ci, déposé le 01 juin 1993, revendiquant la priorité d'une demande US n° 897 193 déposée le 10 juin 1992, le brevet européen EP 0 644 755 intitulé '*Nanoparticules de médicaments anti-inflammatoires non stéroïdiens modifiées en surface*' et délivré le 19 mars 1997 ;

Que la SA ETHYPHARM est un laboratoire pharmaceutique français créé en 1977 et qui expose fabriquer depuis les années 1980 un médicament, dont le principe actif est le fénofibrate, qui permet de réduire le cholestérol ;

Qu'apprenant que la SA ETHYPHARM fabriquait des particules nanonisées de fénofibrate et avait obtenu plusieurs autorisations de mise sur le marché pour un produit fénofibrate 145 mg, la société ELAN, autorisée par ordonnances présidentielles du 01 mars 2010, a fait procéder les 03, 04 et 05 mars 2010 à deux saisies-contrefaçon dans les locaux de la SA ETHYPHARM à Grand-Quevilly (76) et à Chateauneuf-en-Thymerais (28) avant de faire assigner le 30 mars 2010 cette société devant le tribunal de grande instance de Paris en contrefaçon de la revendication 9 de son brevet européen EP 0 644 755 ;

Que le 13 juillet 2010 la SA ETHYPHARM a fait assigner la société ELAN devant le tribunal de grande instance de Paris en nullité de la revendication 9 du brevet européen EP 0 644 755 ;

Que ces deux instances ont été jointes par ordonnance du juge de la mise en état du 28 octobre 2010 ;

Que la société ALKERMES est intervenue le 11 janvier 2012 aux droits de la société ELAN ;

Considérant que le jugement entrepris a, en substance :

- rejeté la demande tendant au rejet des écritures signifiées le 09 octobre 2012 par la société ALKERMES et des pièces numéros RS20.1, 23.1, 23.2 et 31 à 33,
- rejeté les fins de non-recevoir,
- rejeté les demandes tendant à la nullité de la revendication 9 du brevet européen EP 0 644 755,
- rejeté les demandes tendant à la nullité des opérations de saisie-contrefaçon,
- dit qu'en fabriquant et commercialisant le fénofibrate 145mg, la SA ETHYPHARM s'est rendue coupable de contrefaçon de la revendication 9 du brevet européen EP 0 644 755 dont est titulaire la société ALKERMES,
- interdit à la SA ETHYPHARM la poursuite de tels agissements, ce sous astreinte de 500 € par infraction constatée à compter de la signification de sa décision,
- condamné la SA ETHYPHARM à payer à la société ALKERMES la somme de 300.000 € à titre de provision à valoir sur l'indemnisation du préjudice résultant de la contrefaçon,
- sursis à statuer sur l'évaluation de ce préjudice et ordonné avant dire droit, une mesure d'expertise,

- ordonné le renvoi de l'affaire à une audience ultérieure de mise en état,
- autorisé la publication du dispositif de sa décision dans trois journaux ou revues au choix de la société ALKERMES et aux frais de la SA ETHYPHARM, dans la limite de 3.500 € HT par insertion,
- rejeté le surplus des demandes,
- condamné la SA ETHYPHARM à payer à la société ALKERMES la somme de 15.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi qu'aux dépens,
- ordonné l'exécution provisoire de la mesure d'interdiction et de la mesure d'expertise ;

Considérant que l'arrêt de l'exécution provisoire a été prononcé par ordonnance du 09 avril 2013 ;

I : SUR LA RECEVABILITÉ DE L'ACTION DE LA SOCIÉTÉ ALKERMES :

Considérant que bien que l'infirmité totale du jugement soit demandée par l'appelante, il apparaît que la recevabilité de l'action de la société ALKERMES n'est plus contestée en cause d'appel par la SA ETHYPHARM qui ne reprend pas devant la cour ses fins de non-recevoir tirées de l'absence de titularité de la société ALKERMES sur le brevet litigieux, du retrait litigieux et du transfert des droits à la société ALKERMES ainsi que leur étendue;

Considérant en conséquence que le jugement entrepris sera confirmé par adoption de ses motifs pertinents et exactes tant en fait qu'en droit, en ce qu'il a rejeté ces fins de non-recevoir et dit que la société ALKERMES, venant aux droits de la demanderesse initiale la société ELAN, est recevable à agir en contrefaçon de la revendication 9 du brevet litigieux ;

II : SUR LA PORTÉE, DU BREVET N EP 0 644 7.5.5 :

Le domaine technique de l'invention :

Considérant que l'invention du brevet contesté est intitulée '*Nanoparticules de médicaments anti-inflammatoires non stéroïdiens modifiées en surface* ;

Considérant que le brevet rappelle que les anti-inflammatoires non stéroïdiens (AINS) sont un des groupes de médicaments les plus communément utilisés et thérapeutiquement efficaces mais que les problèmes d'irritation gastrique constituent les effets secondaires adverses les plus fréquemment constatés après l'administration orale

des ATNS, ces effets secondaires, bien reconnus, devant néanmoins être pondérés en regard de l'effet clinique des médicaments ;

Qu'une grande variété de stratégies ont été utilisées dans le traitement de l'atteinte gastrique induite par les ATNS mais ne se sont pas avérées entièrement couronnées de succès ;

Considérant que l'invention repose en partie sur la découverte que des nanoparticules à surface modifiée, comprenant un ATNS, font preuve d'une irritation gastrique réduite et/ou d'un début d'action plus rapide après administration orale et que le but essentiel de l'invention est de proposer des formulations d'ATNS présentant une diminution de l'irritation gastrique et exerçant plus rapidement leur action ;

La solution préconisée par l'invention :

Considérant que pour parvenir à l'invention, le brevet propose des particules constituées essentiellement d'un ATNS cristallin ayant un modificateur de surface adsorbé sur sa surface en une quantité suffisante pour maintenir une dimension moyenne de particule inférieure à environ 400 nm, où ledit ATNS est sélectionné parmi nabumétone, tiaramide, proquazone, buféxamac, flumizole, épirazole, tinoridine, timégadine, dapsone, bénorilate, fosfosal, alclofénac, fenclofénac, étodolac, sulindac, tolmétine, fentiazac, tilomisole, carprofène, fenbufène, oxaprozine, suprofène, acide tiaprofénique, fénoprofène, indoprofène, piroprofène, acide flufénamique, acide méfénamique, acide méclofénamique, acide niflumique, oxyphenbutazone, phénylbutazone, apazone, féprazone, piroxicam, sudoxicam, isoxicam et ténoxycam ;

Que l'invention propose en outre une composition pharmaceutique comprenant les particules ci-dessus décrites et un véhicule pharmaceutiquement acceptable ;

Que les caractéristiques avantageuses de l'invention sont que sont proposées des compositions pharmaceutiques contenant des AINS faisant preuve d'une irritation gastrique réduite après administration orale et exerçant plus rapidement leur action ;

Que dans un autre mode de réalisation de l'invention, il est notamment proposé l'utilisation de particules essentiellement d'une substance médicamenteuse, par exemple un AINS cristallin, portant sur sa surface un modificateur de surface adsorbé en une quantité suffisante pour maintenir une dimension moyenne de particule inférieure à environ 400 nm ou d'une composition pharmaceutique de ces dernières, pour la préparation d'un médicament dans le but d'accélérer le début de l'action après l'administration à un mammifère, pour autant

que la substance médicamenteuse ne soit pas du naproxène ou de l'indométhacine ;

Que si l'invention est décrite essentiellement à propos de sa classe préférée de médicaments, à savoir les AINS, elle est également utile avec d'autres classes de substances médicamenteuses, par exemple antibiotiques, quinolones, antilipémiants et agents de contraste radiographiques ;

Considérant que le brevet se compose de douze revendications dont seule est invoquée la revendication 9 qui se lit comme suit :

'9. Utilisation de particules constituées essentiellement d'une substance médicamenteuse portant un modificateur de surface adsorbé sur sa surface en une quantité suffisante pour maintenir une dimension moyenne de particule inférieure à environ 400 nm ou d'une composition pharmaceutique de ces dernières pour la préparation d'un médicament dans le but d'accélérer le début de l'action après l'administration à un mammifère, pour autant que la substance médicamenteuse n'est pas du naproxène ou de l'indométhacine!

La priorité revendiquée du brevet US 07 897193 :

Considérant que la SA ETHYPHARM soutient que le brevet EP 0 644 755 appartient à une famille de brevets remontant au brevet US 07 647 105 déposé le 25 janvier 1991 sous le titre '*Nanoparticules de médicament modifiées en surface*' enseignant, pour améliorer la biodisponibilité d'un principe actif, d'augmenter sa vitesse de dissolution et donc sa vitesse d'absorption afin que plus de principe actif puisse être absorbé avant la fin du transit et que des nanoparticules comportant un modificateur de surface adsorbé sur leur surface dans une quantité suffisante pour maintenir une taille moyenne de particule effective inférieure à 400 nm permettent cette augmentation de la vitesse de dissolution et qu'il est envisagé qu'elles confèrent un début d'action plus rapide, cet enseignement concernant toute substance médicamenteuse ;

Qu'elle ajoute que la demande de brevet EP 0 499 299 déposée le 20 janvier 1992 sous priorité du brevet US 07 647 105 a le même titre, enseignant également que les nanoparticules d'une taille inférieure à 400 nm décrites procurent une biodisponibilité remarquable et qu'il est envisagé qu'elles permettent une accélération du début de l'action et ce, pour toute substance médicamenteuse ;

Qu'elle rappelle ce dernier brevet a été révoqué dans son intégralité et appartient donc au domaine public ;

Qu'elle soutient que la demande de brevet US 07 897 193 déposée le 10 juin 1992 est une *continuation in part* du brevet US 07 647 105, se concentrant principalement sur les AINS tout en reprenant

l'enseignement général de ce brevet dans une revendication couvrant un procédé pour accélérer le début de l'action suite à l'administration à un mammifère d'une composition pharmaceutique, ce procédé comportant l'administration de ladite composition sous forme de nanoparticules de taille moyenne inférieure à 400 nm, ce procédé n'étant pas limité à une famille spécifique de médicaments ;

Considérant que la société ALKERMES réplique que la brevetabilité doit s'apprécier à la date de dépôt de la priorité revendiquée du brevet américain US 07 897 193, soit au 10 juin 1992, ce brevet visant les quatre mêmes inventeurs et portant sur le même objet, à savoir l'accélération du début de l'action d'un certain nombre de médicaments, à l'exception du naproxène et de l'indométhacine ;

Qu'elle fait valoir la différence d'objet et d'invention entre d'une part les demandes US 07 647 105 et EP 0 499 299 d'une part et les demandes US 07 897 193 et EP 0 644 755 d'autre part et qu'elle est bien cessionnaire du droit de priorité sur la demande de brevet US 07 897 193, les quatre inventeurs déposants, de nationalité américaine, ayant cédé leur droit de priorité à la société Sterling Winthrop, ce droit bénéficiant désormais à la société ALKERMES par le jeu des différentes cessions qui sont toutes intervenues régulièrement ;

Considérant ceci exposé, que l'article 87 de la Convention de Munich du 05 octobre 1973 dispose que *'celui qui a régulièrement déposé, dans ou pour : a) un État partie à la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle ou b) un membre de l'Organisation mondiale du commerce, une demande de brevet d'invention, de modèle d'utilité ou de certificat d'utilité, ou son ayant cause, jouit, pour effectuer le dépôt d'une demande de brevet européen pour la même invention, d'un droit de priorité pendant un délai de douze mois à compter de la date de dépôt de la première demande ;*

Considérant qu'il suffit que la demande réflexe ait le même objet que la demande prioritaire et qu'il existe une identité d'invention, sinon dans la forme, au moins dans le fond ; qu'en l'espèce la revendication 9 du brevet EP 0 644 755 vise à accélérer le début de l'action d'une substance médicamenteuse après son administration ;

Que la revendication 13 du brevet US 07 897 193 vise également à *'accélérer le début d'action d'une composition pharmaceutique par son administration 'sous la forme de particules consistant essentiellement en une substance médicamenteuse sur laquelle est adsorbé un modificateur de surface sur sa surface dans une quantité suffisante pour maintenir une taille moyenne de particule inférieure à environ 400 nm' ;*

Qu'en revanche les brevets US 07 647 105 et EP 0 499 299 enseignent seulement que des compositions pharmaceutiques contenant des particules dispersibles consistant essentiellement en une substance médicamenteuse cristalline comportant un modificateur de surface adsorbé sur sa surface dans une quantité suffisante pour maintenir une taille moyenne de particule effective inférieure à environ 400 nm, '*affichent une biodisponibilité inattendue et sont utiles dans des procédés de traitement de mammifères*' ;

Que c'est donc à juste titre que les premiers juges ont dit que le brevet US 07 897 193, qui a repris les enseignements du brevet US 07 647 105, à savoir les nanoparticules et l'amélioration de la biodisponibilité, y a ajouté la préoccupation cinétique de délai d'action qui a été reprise par le brevet EP 0 644 755, lequel prend ainsi dans le délai de douze mois prévu par l'article 87 précité, le relais non du brevet US 07 647 105 mais bien du brevet US 07 897 193 et peut dès lors bénéficier de la priorité de ce brevet ;

Considérant par ailleurs que la transmission de cette priorité à la société ALKERMES n'est plus sérieusement contestée devant la cour et que c'est également à juste titre que les premiers juges ont retenu que ce droit de priorité, régulièrement cédé le 09 juin 1992, soit la veille du dépôt du brevet US 07 897 193, par les inventeurs à la société Sterling Winthrop, s'est ensuite transmis aux titulaires successifs et en dernier lieu, à la société ELAN puis à la société ALKERMES et qu'en conséquence cette dernière pouvait bénéficier de la priorité, remontant au 10 juin 1992, du brevet US 07 897 193 ;

III : SUR LA VALIDITÉ DE LA REVENDICATION 9 DU BREVET EP 0 644 755 :

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article L 614-12 du code de la propriété intellectuelle, la nullité du brevet européen est prononcée en ce qui concerne la France par décision de justice pour l'un quelconque des motifs visés à l'article 138, §1 de la Convention de Munich ;

Considérant que la SA ETHYPHARM rappelle que la revendication 9 du brevet EP 0 644 755 telle que modifiée par son *disclaimer* du 18 août 1995, est une revendication dite de 'type suisse' permettant de contourner l'interdiction de breveter une méthode de traitement thérapeutique excluant le naproxène et l'indométhacine déjà enseignés dans le brevet EP 0 499 299 ;

Que devant la cour, elle soulève désormais à titre principal la nullité de la revendication 9 comme portant sur une méthode de traitement non brevetable en rappelant que sous l'empire de l'article 52, §4 de la Convention de Munich dans sa rédaction en vigueur lors du dépôt de la demande de brevet, s'il était possible de contourner l'interdiction de

la brevetabilité des méthodes de traitement thérapeutique du corps humain en revendiquant l'utilisation d'un produit connu pour une nouvelle utilisation thérapeutique (dite revendication de 'type suisse'), la portée de ce format était limitée à l'utilisation du produit connu en cause pour cette seule utilisation thérapeutique spécifique ;

Qu'elle soutient qu'en l'espèce la revendication 9 ne vise pas une substance ou une composition particulière mais vise toutes les substances actives existantes sans préciser leur utilisation thérapeutique puisqu'elle couvre l'utilisation de nanoparticules de n'importe quel médicament pour soigner n'importe quelle maladie, n'importe quel patient, par n'importe quelle voie d'administration et à n'importe quel dosage ;

Considérant que la société ALKERMES réplique que l'accélération du début d'action correspond à l'effet technique nouveau puisque l'antériorité constituée par la demande de brevet EP 0 499 299, seul document de l'art antérieur, ne divulgue nullement cet enseignement, ne comprenant qu'un ajout isolé se rapportant au '*départ d'action plus rapide*' des seuls principes naproxène et indométhacine, exclus de la revendication 9 suite au *disclaimer* qui a ainsi rétabli la nouveauté de la revendication 9 vis-à-vis de ce passage de la demande de brevet EP 0 499 299 ;

Que cette société ne répond toutefois pas davantage au grief de nullité invoqué désormais à titre principal par la SA ETHYPHARM pour défaut de brevetabilité comme portant sur une méthode de traitement bien qu'elle ait indiqué au paragraphe 88, page 33 de ses conclusions : '*Pour finir, nous dirons un mot sur le grief de «nullité de la revendication 9 car portant sur une méthode de traitement», bricolé en fin de parcours pour remplacer celui, tout aussi exotique, de «nullité de la seconde application thérapeutique»*;

Qu'en effet après avoir articulé ses moyens relatifs à la validité du *disclaimer* (pages 33 à 37), puis ceux relatifs à la nouveauté de la revendication 9 (pages 37 et 38), ceux relatifs à son activité inventive (page 38) et ceux relatifs à la suffisance de description (pages 39 à 46), la société ALKERMES ne répond pas spécifiquement à ce grief puisqu'à la page 39 de ses conclusions elle passe directement au chapitre III portant sur la matérialité de la contrefaçon ;

Considérant que l'article 52, §1 de la Convention de Munich dans sa rédaction en vigueur au 10 juin 1992, dispose que '*les brevets européens sont délivrés pour les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle*' et que son paragraphe 4 précise que '*ne sont pas considérées comme des inventions susceptibles d'application industrielle au sens du paragraphe 1, les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal. Cette disposition ne s'applique pas aux*

produits, notamment aux substances ou compositions, pour la mise en œuvre d'une de ces méthodes' ;

Que l'acte de révision de la convention du 29 novembre 2000, entré en vigueur le 13 décembre 2007, a remplacé ce paragraphe par l'article 53, lettre c) excluant désormais de la brevetabilité *'les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal, cette disposition ne s'appliquent pas aux produits, notamment aux substances ou compositions, pour la mise en œuvre d'une de ces méthodes'*, cet article étant applicable aux brevets européens déjà délivrés à la date de son entrée en vigueur conformément à l'article 1er.1 de la décision du Conseil d'administration de l'OEB du 29 novembre 2000 relative aux dispositions transitoires de l'acte de révision ;

Considérant que l'article 54, §5 dans sa rédaction en vigueur au 10 juin 1992 précise que *'les dispositions des paragraphes 1 à 4 n'excluent pas la brevetabilité, pour la mise en œuvre d'une des méthodes visées à l'article 52, paragraphe 4, d'une substance ou composition exposée dans l'état de la technique, à condition que son utilisation pour toute méthode visée audit paragraphe ne soit pas contenue dans l'état de la technique ;* que selon l'article 1er.3 de la décision du 29 novembre 2000, ce texte demeure applicable aux brevets déjà délivrés à la date de l'entrée en vigueur de l'acte de révision;

Considérant que sous l'empire de ce texte, un brevet européen peut être délivré pour toute indication médicale ultérieure déterminée d'une substance ou composition connue, pour autant que la revendication soit rédigée sous la forme, dite de 'type suisse', de l'application d'un produit en vue d'obtenir un médicament utilisé pour une nouvelle application thérapeutique ;

Qu'il est donc nécessaire qu'une substance spécifique déterminée trouve une nouvelle utilisation thérapeutique se distinguant de l'état de la technique, étant rappelé qu'une simple revendication de procédé portant sur un traitement thérapeutique n'est pas brevetable ;

Considérant qu'en l'espèce la revendication 9 du brevet litigieux porte sur toute substance médicamenteuse, à la seule exclusion du naproxène et de l'indométhacine déjà enseignés par l'état de la technique, dans le seul but d'accélérer le début de son action après son administration à un mammifère ;

Qu'à sa lecture il apparaît ainsi que cette revendication ne vise aucune substance ou composition connue déterminée en vue d'obtenir un médicament destiné à une utilisation thérapeutique déterminée nouvelle ;

Qu'en effet l'accélération revendiquée du début de l'action du médicament n'est qu'un mode d'action d'un médicament, au demeurant non défini, et ne peut être considérée comme une utilisation thérapeutique de ce médicament ;

Qu'il s'ensuit que la revendication 9 n'enseigne qu'un mode accéléré de traitement thérapeutique s'appliquant à toute substance médicamenteuse (à l'exclusion du naproxène et de l'indométhacine) pour soigner toute maladie et s'appliquant à tout patient, quels que soient le mode d'administration du médicament et son dosage ;

Considérant en conséquence que cette revendication sera annulée en application des dispositions des articles 53, lettre c) et 138, §1 de la Convention de Munich et de l'article L 614-12 du code de la propriété intellectuelle, le jugement entrepris étant infirmé en ce qu'il a débouté la SA ETHYPHARM de ses demandes en nullité de cette revendication ;

Considérant que dans la mesure où la nullité de la revendication 9 est prononcée pour défaut de brevetabilité, il n'y a pas lieu à examiner les demandes subsidiaires en nullité présentées par la SA ETHYPHARM pour insuffisance de description, défaut de nouveauté et absence d'activité inventive ;

IV : SUR L'ACTION EN CONTREFAÇON :

Considérant que du fait de l'annulation de la revendication 9 du brevet européen EP 0 644 755, la société ALKERMES, qui ne dispose plus de titre au soutien de son action en contrefaçon, sera déboutée de l'ensemble de ses demandes au titre de la contrefaçon de la revendication 9 du brevet litigieux, le jugement entrepris étant infirmé en ce qu'il a fait droit à ces demandes, prononçant notamment des mesures d'interdiction sous astreinte, allouant une provision à la SA ETHYPHARM à valoir sur l'indemnisation du préjudice résultant de la contrefaçon, ordonnant une mesure d'expertise afin d'évaluer ce préjudice et autorisant la publication judiciaire de sa décision ;

Considérant que de ce fait il n'y a pas lieu à statuer sur les demandes subsidiaires présentées par la SA ETHYPHARM en réponse à ces demandes en contrefaçon, en particulier sur sa demande en annulation du procès-verbal de saisie-contrefaçon des 03 et 04 mars 2010 qui devient sans objet ;

V : SUR LES AUTRES DEMANDES :

Considérant que dans la mesure où la société ALKERMES est déboutée de l'ensemble de ses demandes en contrefaçon, elle ne peut qu'être également déboutée de ses demandes présentées devant la cour d'extension de la mission d'expertise ordonnée par les premiers

juges, d'augmentation du montant de la provision et de publication judiciaire du présent arrêt à titre de mesure de réparation complémentaire ;

Considérant que la SA ETHYPHARM demande que soit ordonné le remboursement de la somme de 300.000 € (augmentée des intérêts payés) qu'elle a versée en vertu du jugement assorti de l'exécution provisoire ;

Considérant cependant que le présent arrêt, infirmatif sur ce point, constitue le titre ouvrant droit à la restitution des sommes versées en exécution du jugement, et que les sommes devant être restituées portent intérêt au taux légal à compter de la notification, valant mise en demeure, de la décision ouvrant droit à restitution, qu'il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu à statuer sur ce chef de demande ;

Considérant que la SA ETHYPHARM demande en outre la condamnation de la société ALKERMES à lui payer la somme de 500.000 € en réparation des préjudices commerciaux et d'image subis en raison de l'exécution du jugement entrepris ;

Qu'elle expose avoir dû, à la suite de ce jugement, cesser les fabrications et ventes du fénofibrate 145 mg jusqu'à l'arrêt de l'exécution provisoire prononcé le 09 avril 2013, perdant ainsi sa marge sur les ventes manquées pendant cette période, et avoir subi en outre un important préjudice d'image, tous ses clients ayant été informés du jugement et ayant subi l'arrêt de la fabrication ;

Considérant que la société ALKERMES s'oppose à cette demande au motif que les dispositions de l'article 1382 du code civil ou celles de la loi de 1991 sur la remise en état ne trouvent pas à s'appliquer, la SA ETHYPHARM n'ayant jamais cessé d'approvisionner ses clients grâce à ses stocks et à la suspension de l'exécution provisoire ;

Considérant que si la SA ETHYPHARM présente au dispositif de ses conclusions cette demande en dommages et intérêts au visa de l'article 700 du code de procédure civile, il apparaît qu'il s'agit d'une erreur matérielle dans la mesure où cette demande se fonde expressément sur les conséquences à son encontre des effets de l'exécution provisoire du jugement entrepris réglementées par l'article L 111-10 du code des procédures civiles d'exécution ;

Considérant que ce texte dispose que l'exécution en vertu d'un titre exécutoire à titre provisoire est poursuivie aux risques du créancier, lequel doit rétablir le débiteur dans ses droits en nature ou par équivalent si le titre est ultérieurement modifié ;

Considérant que l'exécution provisoire du jugement a porté sur la mesure d'interdiction pour la SA

ETHYPHARM de fabriquer et de commercialiser le fénofibrate 145 mg, que cette mesure s'est poursuivie du 21 décembre 2012 au 09 avril 2013, soit pendant 3 mois et 20 jours ;

Considérant que la SA ETHYPHARM ne justifie pas autrement que par ses seules affirmations de ce qu'elle aurait manqué des ventes de fénofibrate 145 mg pendant cette période et du montant de la perte de marge subie de ce fait, qu'elle ne justifie pas davantage avoir subi un préjudice d'image, aucun élément ne démontrant une quelconque publicité donnée au jugement entrepris ;

Considérant en conséquence que la SA ETHYPHARM sera déboutée de sa demande en dommages et intérêts de ce chef ;

Considérant qu'il est équitable d'allouer à la SA ETHYPHARM la somme de 150.000 € au titre des frais par elle exposés et non compris dans les dépens, le jugement entrepris étant par ailleurs infirmé en ce qu'il a statué sur les frais irrépétibles de première instance ;

Considérant que la société ALKERMES sera pour sa part, déboutée de sa demande en paiement au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Considérant que la société ALKERMES, partie perdante en ses demandes, sera condamnée au paiement des dépens de la procédure de première instance et d'appel, le jugement entrepris étant par ailleurs infirmé en ce qu'il a statué sur la charge des dépens de la procédure de première instance ;

PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant publiquement et contradictoirement ;

Confirme le jugement entrepris en ce qu'il a rejeté les fins de non-recevoir soulevées par la SA ETHYPHARM ;

L'infirmé pour le surplus et, statuant à nouveau des chefs infirmés et y ajoutant :

Vu les articles 53, lettre c) et 138, §1 de la Convention de Munich et l'article L 614-12 du code de la propriété intellectuelle ;

Annule la revendication 9 du brevet européen EP 0 644 755 intitulé '*Nanoparticules de médicaments anti-inflammatoires non stéroïdiens modifiées en surface*' déposé le 01 juin 1993 et délivré le 19 mars 1997, sous priorité d'une demande US n° 897 193 déposée le 10 juin 1992, dont la société ALKERMES est titulaire ;

Ordonne la transmission de la présente décision, à la requête de la partie la plus diligente, à l'INPI et à l'OEB aux fins d'inscription au

Registre national des brevets et au Registre européen des brevets, aux frais de la société ALKERMES ;

Déboute en conséquence la société ALKERMES de l'ensemble de ses demandes en contrefaçon de la revendication 9 du brevet européen EP 0 644 755, y compris celles présentées devant la cour en augmentation du montant de la provision allouée, en extension de la mission d'expertise et en publication judiciaire du présent arrêt ;

Déboute la SA ETHYPHARM de sa demande en dommages et intérêts en réparation des préjudices commerciaux et d'image subis en raison de l'exécution du jugement entrepris ;

Dit n'y avoir lieu à statuer sur la demande de la SA ETHYPHARM de remboursement des sommes versées en vertu de l'exécution provisoire attachée au jugement déféré à la cour ;

Condamne la société ALKERMES à payer à la SA ETHYPHARM la somme de **CENT CINQUANTE MILLE EUROS** (150.000 €) au titre des frais exposés et non compris dans les dépens;

Déboute la société ALKERMES de sa demande en paiement au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Condamne la société ALKERMES aux dépens de la procédure de première instance et d'appel, lesquels seront recouverts conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.