

22 février 2018
Cour d'appel de Douai
RG n° 16/04197

CHAMBRE 2 SECTION 1

Texte de la décision

Entête

République Française

Au nom du Peuple Français

COUR D'APPEL DE DOUAI

CHAMBRE 2 SECTION 1

ARRÊT DU 22/02/2018

N° de MINUTE :18/

N° RG : 16/04197

Jugement (N° 2014011237)

rendu le 12 janvier 2016 par le tribunal de commerce de Lille Métropole

APPELANTES

Société Biocoral Inc agissant poursuites et diligences de son président en exercice domicilié en cette qualité audit siège
ayant son siège social Corporation Service Company, [Adresse 1] - [Localité 1] Etats-unis d'Amérique

Société Bio Holdings agissant poursuites et diligences de son président en exercice domicilié en cette qualité audit siège
ayant son siège social [Adresse 2], [Localité 2] British Virgin Islands

représentées par Me Damien Laugier, avocat au barreau de Lille

assistées de Me Mammar, avocat au barreau de Paris

INTIMÉES

SAS MacoPharma agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège.
ayant son siège social [Adresse 3]

[Localité 3]

représentée par Me François Deleforge, de la SCP François Deleforge-Bernard Franchi, avocat au barreau de Douai

ayant pour conseil Me Philippe Larivière, avocat au barreau de Lille

SA Allianz IARD prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège

ayant son siège social [Adresse 4]

[Localité 4]

représentée par Me Isabelle Carlier, avocat au barreau de Douai

assistée de Me Eric Mandin, avocat au barreau de Paris

Société Hdi Global SE (anciennement dénommée Hdi Gerling) prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège

ayant son siège social Hdi Platz

[Localité 5] (Allemagne)

représentée par Me Sylvie Régnier, avocat au barreau de Douai

assistée de Me Payet-Godel, de la SCP Preel-Hecquet-Payet-Godel, avocat au barreau de Paris, substitué à l'audience par Me Eric Mandin, avocat au barreau de Paris

COMPOSITION DE LA COUR LORS DES DÉBATS ET DU DÉLIBÉRÉ

Marie-Annick Prigent, président de chambre

Elisabeth Vercruysse, conseiller

Marie-Laure Aldigé, conseiller

GREFFIER LORS DES DÉBATS : Carmela Cocilovo

DÉBATS à l'audience publique du 21 septembre 2017 après rapport oral de l'affaire par Marie-Annick Prigent

Les parties ont été avisées à l'issue des débats que l'arrêt serait prononcé par sa mise à disposition au greffe.

ARRÊT CONTRADICTOIRE prononcé publiquement par mise à disposition au greffe le 22 février 2018 après prorogation du délibéré initialement prévu le 30 novembre 2017 (date indiquée à l'issue des débats) et signé par Marie-annick Prigent, président et Stéphanie Hurtrel, greffier, auquel la minute a été remise par le magistrat signataire.

ORDONNANCE DE CLÔTURE DU : 19 septembre 2017

Exposé du litige

FAITS ET PROCÉDURE

La société Inoteb a été créée en 1985 et a pour objet toutes activités liées au génie biologique dans le domaine médical, notamment les biomatériaux, la conception, la fabrication et la vente de tous produits et services possédant un caractère d'innovation.

La société MacoPharma a été créée en 1977. Elle a pour activité la fabrication de médicaments. Son développement repose notamment sur 3 secteurs d'activités : la transfusion, la perfusion et les biothérapies.

La société Inoteb a développé et breveté dans les années 1990 différentes applications relatives à des procédés médicaux intégrant l'utilisation du corail. Depuis 1992, elle détenait un brevet concernant une colle biologique chirurgicale autologue.

A partir de 1994, elle a recherché un fabricant de poches sanguines et s'est rapprochée de la société MacoPharma afin de développer des prototypes d'un kit de 5 pochettes plastiques destinées à la préparation de la colle autologue pour être testés sur une cohorte de patients.

En 1995, la société Inoteb est devenue filiale de la société américaine Biocoral Inc.

En 1999, elle cédait son portefeuille de brevets à une autre société filiale de la société Biocoral, la société de droit des îles vierges Britanniques, Bio Holdings tout en conservant les droits d'exploitation des brevets relatifs à la colle.

Au cours de l'année 2001, la société Inoteb a commandé à la société MacoPharma 120 dispositifs (préparation de la colle + kit d'application). Le 12 avril 2001, la société MacoPharma a effectué la livraison. Le premier patient a été traité le 7 avril 2002.

Suite à des problèmes de coagulation/précipitation au niveau de la colle, rendant le produit inutilisable, la société Inoteb a arrêté les tests le 5 juillet 2002.

Des discussions ont eu lieu entre les parties sur l'origine des difficultés constatées.

La société Inoteb a estimé que les difficultés provenaient de la fabrication des poches par la société MacoPharma et a diligenté plusieurs études (APAVE, ACE, Pole de Plasturgie de l'Est). Elle a ainsi reproché au fabricant des dégagements

d'acide chlorhydrique émanant d'une des poches plastiques contenant le corail et venant le dissoudre, provoquant la précipitation des protéines plaquettaires.

La société MacoPharma a contesté cette thèse, notamment dans un courrier recommandé avec accusé de réception en date du 7 janvier 2004.

Par courrier recommandé avec accusé de réception en date du 11 juin 2004, la société Inoteb a mis en demeure la société MacoPharma de remplacer les produits défectueux.

Le 8 septembre 2004, la société MacoPharma a répondu qu'elle préférerait cesser les relations.

Par acte d'huissier en date du 9 novembre 2004, la société Inoteb a assigné la société MacoPharma devant le tribunal de commerce de Lille-Métropole sur le fondement des articles 1134, 1147, 1184 et 1603 du code civil.

Le 16 août 2005, la société MacoPharma a appelé en garantie ses assureurs responsabilité civile, les sociétés d'assurances AGF devenue ensuite Allianz France en risque jusqu'au 31 décembre 2003 et Gerling Konzern à compter du 1er janvier 2004.

Le 30 juin 2009, la société Inoteb a été dissoute, M. [A] ayant été nommé liquidateur.

Les sociétés Biocoral et Bio Holdings sont intervenues volontairement à la procédure.

La compagnie Hdi Gerling Industrie Versicherung AG, nouvellement dénommée Hdi Global SE vient aux droits de la compagnie Gerling Konzern en vertu d'un traité de fusion en date du 6 juin 2007.

Par jugement contradictoire en date du 12 janvier 2016, le tribunal de commerce de Lille-Métropole a :

- dit irrecevables pour défaut d'intérêt à agir les demandes des sociétés Inoteb et Bio Holdings à l'encontre de la société MacoPharma ;

- dit recevables les demandes de la société Biocoral à l'encontre de la société MacoPharma ;

- jugé la société MacoPharma en droit de mettre un terme aux demandes de la société Biocoral moyennant le remboursement à cette dernière de la somme de 1 euro ;

- débouté les sociétés Inoteb, Biocoral et Bio Holdings de l'ensemble de leurs demandes;
- condamné in solidum les sociétés Inoteb prise en la personne de son liquidateur amiable M. [A], Biocoral et Bio Holdings à verser à la société MacoPharma une indemnité de 10 000 euros au titre d'une procédure abusive et de 20 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;
- débouté les parties de leurs autres demandes ;
- condamné in solidum les sociétés Inoteb prise en la personne de son liquidateur amiable M. [A], Biocoral et Bio Holdings aux dépens, taxés et liquidés à la somme de 127,92 euros.

La société Biocoral Inc et la société Bio Holdings ont interjeté appel de ce jugement le 1er juillet 2016, sauf à l'égard de la société Inoteb, dissoute.

Moyens

Aux termes de leurs conclusions d'appel récapitulatives signifiées par voie électronique le 19 septembre 2017, la société Biocoral Inc et la société Bio Holdings demandent à la cour d'appel de :

- juger les sociétés Bio Holdings et Biocoral Inc recevables et bien fondées en leur appel ;
- infirmer le jugement déferé en toutes ses dispositions sauf en ce qu'il a dit les demandes de la société Biocoral Inc. recevables à l'encontre de la société MacoPharma ;
- débouter les sociétés MacoPharma, Hdi Global Se et Allianz IARD de toutes leurs demandes, fins et conclusions ;

Et, statuant de nouveau,

Vu les articles 1134, 1147, 1184 et 1603 du code civil et à défaut 1382 du code civil, L.124-3 du code des assurances,

Vu l'article 565 du code de procédure civile,

- constater que la société MacoPharma a mal exécuté son engagement de fabriquer des dispositifs pour la préparation de la colle autologue et kits d'application en livrant le 12 avril 2001 des produits non conformes au cahier de charges ;
- constater que la société MacoPharma a rompu brutalement, unilatéralement et avec une légèreté blâmable son engagement de fabriquer les dispositifs pour la préparation de la colle autologue et kits d'application dont la commercialisation avait été autorisée par l'agence Française de sécurité sanitaire des produits de santé ;
- constater que la société MacoPharma a également, unilatéralement, abusivement et avec une légèreté blâmable, rompu les pourparlers avancés relatifs au contrat de licence de brevet et de commercialisation ;
- constater les obligations de la société MacoPharma en sa qualité de fabricant et bénéficiant du marquage CE ;

En conséquence,

- constater les préjudices importants que la société Biocoral Inc., venant aux droits de la société Inoteb a subis du fait de la société MacoPharma ;
- condamner in solidum les sociétés MacoPharma, Hdi Global SE et Allianz IARD à verser à la société Biocoral Inc., venant aux droits de la société Inoteb, et à défaut aux sociétés Bio Holdings et Biocoral Inc comme il est dit ci-après, les sommes suivantes :
 - 166 550 000\$, soit 89 131 578,94 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice déjà subi du fait du manque à gagner commercial à la suite de la non commercialisation de son dispositif breveté de préparation de colle autologue ;
 - 19 376 425 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice déjà subi du fait du manque à gagner commercial à la suite de la non commercialisation du Kit d'application qui devait accompagner son dispositif breveté de préparation de la colle autologue ;
 - 14 586,32 euros (95 680,00 francs) en remboursement de la facture n°119488 du 12 avril 2001 relative à la livraison des 120 dispositifs de préparation litigieux, augmentée des intérêts légaux à compter du 1er octobre 2001, date du paiement de la facture par la société Inoteb ;
 - 16 146,00 euros correspondant au montant des factures F 030091 et F 030092 établies par la société Inoteb, augmentée des intérêts légaux à compter du 24 février 2003 ;

Vu les articles 328 à 330 du code de procédure civile,

Vu les articles 1134, 1147 du code civil et à défaut 1382 du code civil,

Vu l'article L.124-3 du code des assurances,

- déclarer recevables et bien fondées la société Bio Holdings International, Ltd et La société Biocoral Inc. en leurs demandes ;
- constater que la société Bio Holdings et la société Biocoral Inc. ont en toute hypothèse chacune subi un préjudice personnel et direct du fait des fautes et manquements commis par la société MacoPharma tant à l'occasion de la rupture brutale et avec une légèreté blâmable du contrat de fabrication exclusive qu'à l'occasion de la rupture brutale, abusive et avec une légèreté blâmable de pourparlers avancés ;

En conséquence,

- condamner également la société MacoPharma in solidum avec les sociétés Hdi Global SE et Allianz IARD, à payer les sommes suivantes :
 - 1 615 172,83 euros à la société Bio Holdings, en réparation du préjudice personnel et direct subi par cette dernière ;
 - 106 923 563,43 euros à la société Biocoral Inc., en réparation du préjudice personnel et direct subi par cette dernière ;
- le tout à défaut de condamnations au profit de la société Biocoral Inc., venant aux droits de la société Inoteb ;
- juger que ces condamnations emporteront intérêts au taux légal ;
- juger qu'il y a lieu à capitalisation des intérêts ;
- condamner in solidum les sociétés MacoPharma, Hdi Global SE et Allianz IARD à verser à la société Biocoral Inc., venant aux droits de la société Inoteb la somme de 50 000 euros et aux sociétés Bio Holdings International Ltd et Biocoral Inc.

celle de 35 000 euros chacune, en application de l'article 700 du code de procédure civile, outre les entiers dépens de première instance et d'appel.

La société Biocoral Inc et la société Bio Holdings soutiennent :

- sur la recevabilité et le bien fondé de la société Biocoral Inc. venant aux droits de la société Inoteb, à agir à l'encontre de la société MacoPharma,

- que, après avoir rappelé la décision 93/465/CEE du conseil ainsi que l'article 1614 du code civil, la société Inoteb a relevé de nombreuses anomalies des dispositifs de préparation de colle analogue et des kits d'application fabriqués par la société MacoPharma ; que la société MacoPharma n'a pas émis de protestation lorsque la société Inoteb lui a retourné les dispositifs litigieux, accompagnés des 120 kits d'application ;

- que la société MacoPharma s'était engagée à fabriquer et fournir les dispositifs brevet de la colle autologue mis au point par la société Inoteb ; que suite à l'anomalie de fabrication révélée dans les dispositifs qu'elle a fabriqués, la société MacoPharma a unilatéralement, abusivement et brutalement rompu avec une légèreté blâmable son engagement malgré la volonté de la société Inoteb de poursuivre son partenariat avec elle ; que la société MacoPharma a mis la société Inoteb dans une situation périlleuse puisque l'autorisation (en date du 14 septembre 2000) de commercialiser son produit a été donnée par l'ANSM, l'Agence Nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (précédemment l'AFSSAPS) en fonction du fait que ledit produit allait être fabriqué par la société MacoPharma ;

- que si la cour estime qu'il n'existait pas de contrat entre la société Inoteb et la société MacoPharma, cette dernière aurait au minimum engagé sa responsabilité de droit commun quasi-délictuelle fondée sur l'article 1382 du code civil ; que la société MacoPharma est responsable de la rupture brutale et abusive et avec une légèreté blâmable des pourparlers avancés entre les parties puisqu'elles envisageaient une relation de partenariat de longue durée, alors qu'un contrat de licence de brevet et de commercialisation était sur le point d'être conclu ; que cette volonté de rupture sans préavis intervient le 2 août 2002 au moment précis où la société Inoteb avait retourné le 1er août 2002 à la société MacoPharma un rapport d'analyse de l'APAVE ainsi que des échantillons du lot de dispositifs permettant de constater que ceux-ci connaissaient un vieillissement prématuré ;

- que contrairement à ce que prétend la société MacoPharma, l'autorisation donnée par le groupe de travail de l'Evaluation des Produits Sanguins Labiles de l'Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé (AFSSAPS) de commercialiser le produit mis au point par la société Inoteb n'était assortie d'aucune recommandation, ni remarque supplémentaire, que le produit développé et mis en 'uvre par la société Inoteb a passé favorablement tous les tests imposés par les autorités de tutelle qui sont convaincues par « l'intérêt thérapeutique de ce produit dont la qualité, la sécurité et l'efficacité ont été dûment évaluées et jugées satisfaisantes ' (lettre du 14 septembre 2000) ; que la société MacoPharma n'a pris aucune mesure en ce qui concerne l'anomalie constatée sur les dispositifs qu'elle a fabriqués et livrés à la société Inoteb ; que contrairement aux affirmations de la société MacoPharma, elle n'était pas un simple exécutant, fournisseur ou fabricant du produit puisque l'autorisation de distribuer le produit mis au point par la société Inoteb dépendait, non seulement de l'efficacité de l'invention de la société MacoPharma ainsi que de sa bonne fabrication de sorte qu'en prenant la qualité légale de fabricant aux termes de la procédure de marquage CE, la société MacoPharma bénéficiait d'une exclusivité ; que dans son courrier du 5 octobre 2001, la société MacoPharma a envoyé à la société Inoteb un projet de contrat de collaboration à la suite des discussions qui ont eu lieu le 28 septembre 2001 sur la licence mondiale, la reprise par la société MacoPharma des réseaux de vente, la reprise par la société MacoPharma des démarches administratives, les engagements de la société MacoPharma sur un business plan, la rémunération par redevances sur ventes ; qu'en ces circonstances, les relations contractuelles entre les parties ne se limitaient pas à la livraison de 120 dispositifs de préparation de colle autologue et les kits d'application ; que la tentative de la société MacoPharma de déplacer le débat des défauts constatés sur les dispositifs de préparation de colle autologue et les kits d'application, vers la qualité du corail utilisé est vaine puisque la société MacoPharma n'a jamais auparavant mis en cause la qualité du corail fourni par la société Inoteb ; que la société MacoPharma est de mauvaise foi étant donné qu'elle savait que la société Inoteb avait obtenu une autorisation définitive pour commercialiser son produit comme

l'atteste le courrier en date du 14 septembre 2000 de l'Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé ; que la société MacoPharma ne saurait soutenir que l'action de la société Inoteb s'inscrirait exclusivement dans le cadre d'un vice caché prévu à l'article 1641 du code civil et du bref délai d'agir en justice à compter de la découverte du vice, conformément à l'article 1648 du code civil, dès lors que la société MacoPharma n'était pas vendeur mais fabricant des poches litigieuses qui se sont avérées être non conformes au cahier de charges établi par la société Inoteb ; que la garantie du vendeur n'a donc pas vocation à s'appliquer l'action de la société Inoteb ne s'inscrit dès lors pas dans le cadre du bref délai prévu à l'article 1648 du code civil ; que les analyses effectuées par les laboratoires APAVE et ACE ne sauraient être discutés ;

- que la société Inoteb est bien fondée à solliciter la condamnation de la société MacoPharma à lui rembourser la somme de 14 586,32 euros correspondant au paiement de la facture n°119488 du 12 avril 2001 (Pièce n°19) relative à la livraison des 120 dispositifs de préparation litigieux ; qu'elle est bien fondée à solliciter la condamnation de la société MacoPharma à payer la somme de 16 146,00 euros correspondant au montant des factures F 030091 et F 030092 établies par la société Inoteb ; que la société Inoteb a subi un manque à gagner certain en raison du comportement fautif de la société MacoPharma, lequel comportement est confirmé à partir des objectifs de vente minimum annoncés par la société MacoPharma elle-même sur son projet de contrat de collaboration transmis le 5 octobre 2001 et confirmé à plusieurs reprises par celle-ci notamment lors de différents entretiens et des documents échangés avec la société Inoteb ;

- sur la recevabilité et le bien fondé de l'intervention volontaire des sociétés Bio Holdings International Limited et Biocoral Inc. et leur intérêt à agir,

- qu'en application d'une jurisprudence selon laquelle une société filiale non partie à un contrat peut demander réparation du préjudice subi du fait du manquement commis par le client envers sa société mère, le jugement déféré ne pouvait retenir que la société Bio Holding n'avait pas d'intérêt à agir à l'encontre de la société MacoPharma ; qu'en effet, la société Bio Holdings a intérêt à agir puisqu'elle est propriétaire des brevets et titulaire des droits d'exploitation correspondants ainsi que victime des agissements déloyaux de la société MacoPharma ;

- que la société Biocoral Inc. a un intérêt personnel à agir, distinct de celui qu'elle détient de la société Inoteb à laquelle elle s'est substituée du fait de la cession de la société Inoteb du 30 janvier 2009, puisqu'elle est également victime des fautes commises par la société MacoPharma dont la conséquence est l'absence des dividendes qu'elle aurait dû percevoir par suite des redevances qui auraient dû être versées par la société MacoPharma aux sociétés Inoteb et Bio Holdings, si les conventions négociées et arrêtées avaient été régulièrement signées et mises en 'uvre ; que contrairement à ce qui a été retenu dans le jugement déféré, il ne saurait être fait droit à la demande formée à titre subsidiaire par la société MacoPharma sur le fondement de l'article 1699 du code civil, de se faire « tenir quitte » par la société Biocoral de la créance que cette dernière détient à son encontre moyennant le paiement de la somme de 1 euro ;

- sur l'irrecevabilité et le mal fondé des demandes reconventionnelles formées par les sociétés Hdi Global SE et MacoPharma,

- que la société Hdi Global Se sera déboutée purement et simplement de ses demandes, dans la mesure où elle a été appelée en première instance en intervention forcée et garantie par son assuré, la société MacoPharma ; que contrairement à ce qui soutenu, la société MacoPharma a maintenu, dans le cadre de la présente procédure d'appel, ses demandes en garantie tant à l'encontre de la société Hdi Global SE que de la société Allianz IARD ; qu'elles sollicitent désormais la condamnation in solidum des sociétés MacoPharma, Global Hdi SE et Allianz IARD, en vertu de l'action directe qu'elles tiennent de l'article L. 124-3 du code des assurances qui ne saurait constituer une demande nouvelle au sens de l'article 565 du code de procédure civile ;

- qu'il ne saurait être fait droit aux demandes reconventionnelles de la société MacoPharma quand bien même il ne

serait pas fait droit aux demandes de la société Biocoral et Bio Holdings dont l'action est dénuée de tout abus de droit.

Aux termes de ses conclusions d'appel récapitulatives signifiées par voie électronique le 28 novembre 2016, la société MacoPharma demande à la cour d'appel, au visa des articles 1382, 1604, 1641 et suivants, 1690 et 1699 du code civil, de :

A titre principal,

- déclarer les sociétés Bio Holdings et Biocoral irrecevables en leurs demandes, pour défaut d'intérêt à agir ;
- juger qu'elle est fondée à mettre un terme aux demandes de la société Biocoral, moyennant le remboursement à cette dernière de la somme de 1 euros ;

En conséquence,

- confirmer en toutes ses dispositions le jugement déféré et débouter les sociétés Biocoral et Bio Holdings de l'ensemble de leurs demandes, fins et conclusions ;

A titre infiniment subsidiaire,

- condamner les compagnies d'assurances Allianz ou Gerling Konzernn à la garantir de toute condamnation prononcée à son encontre au titre du présent litige ;

En tout état de cause,

- condamner in solidum les sociétés Biocoral et Bio Holdings à lui payer la somme de 20 000 euros à titre de dommages-intérêts pour procédure abusive ;
- les condamner in solidum à lui verser la somme de 10 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
- les condamner in solidum aux entiers frais et dépens.

La société MacoPharma réplique :

- sur l'absence d'intérêt à agir de Biocoral Inc. et Bio Holdings,
- qu'elle est fondée à conclure à une fin de non-recevoir des demandes dirigées à son encontre dans la présente instance en ce que la société Bio Holdings n'a aucun lien de droit avec la concluante, et ne peut lui imputer un préjudice tiré du défaut d'exécution d'un contrat qu'elle aurait elle-même régularisé avec la société Inoteb et en ce que la société Biocoral n'a pas non plus de lien de droit avec elle, le fait qu'elle se présente comme étant la société-mère d'Inoteb est insuffisant à lui conférer un droit d'action à l'encontre de la concluante ;
- sur le rachat de la créance litigieuse de la société Biocoral,
- qu'est fondée à obtenir, moyennant paiement d'un euro à la société Biocoral, que la créance que cette dernière prétend détenir par voie de cession sur elle lui soit attribuée, mettant ainsi fin au présent procès par application de l'article 1699 du code civil ;
- sur le débouté des demandes formulées à son encontre,

- que les appelantes sont irrecevables en leur demande dès lors que le délai prévu par l'article 1648 du code civil est expiré ;
- que dans l'hypothèse où la cour estimerait que l'action des sociétés Biocoral, Bio Holding et Inoteb reste recevable, elle devra en tous les cas la déclarer non fondée, dès lors qu'aucune non-conformité ne peut lui être reprochée ; que les appelants ne sauraient prétendre qu'elle aurait livré à la société Inoteb des poches non conformes aux prévisions des parties ; que les éléments produits par les appelants à l'appui de leurs demandes, consistant en deux rapports d'analyses que la société Inoteb a fait réaliser par le Laboratoire Pharmaceutique ACE et par le Pôle de Plasturgie de L'Est, ne permettent pas de démontrer qu'elle a manqué à son obligation de délivrance ;
- sur la prétendue rupture unilatérale de son engagement de fabriquer les poches pour la préparation de la colle autologue et les kits d'application,
- que le seul engagement contractuel qu'elle pris et exécuté dans le cadre d'une relation classique de fournisseur à client consistait à livrer à la société Inoteb 120 dispositifs de préparation de colle autologue en avril 2001, conformément à la commande qui lui a été faite ;
- qu'elle n'a pas cessé unilatéralement et brutalement toute relation avec la demanderesse mais qu'elle a, au contraire, malgré l'échec des essais cliniques menés en avril 2002, confirmé qu'elle restait disposée à fabriquer et fournir ses produits à la société Inoteb ; que l'initiative de rompre toute relation émane exclusivement de la société Inoteb ;
- qu'elle assumait le rôle de fabricant au sens de la directive n°93/42 de sorte qu'il était normal que le dossier de marquage soit déposé en son nom ;
- sur la prétendue rupture unilatérale des pourparlers avancés relatifs au contrat de licence de brevet et de commercialisation,
- qu'elle a effectivement informé la société Inoteb, par un courrier en date du 2 août 2002, de ce qu'elle n'entendait pas poursuivre les discussions amorcées entre les deux sociétés visant à lui conférer une licence d'exploitation de la colle autologue ; que toutefois, aucun contrat n'était en préparation de sorte que sa responsabilité ne saurait être engagée pour rupture de pourparlers avancés ;
- sur le préjudice allégué par les appelantes,
- qu'elle a respecté ses obligations, en livrant des produits conformes à ce qui avait été prévu et exempts de tout vice ;
- qu'il n'est pas démontré que les dispositifs comportaient un quelconque vice, et les appelantes sont dès lors particulièrement mal fondées à demander le remboursement de cette facture ;
- qu'elle n'a pas à régler une quelconque somme au titre du corail, qu'elle a intégré dans son dispositif à la demande de la société Inoteb, sans facturation de la part de cette dernière, ni donc de re-facturation de sa part lors de la livraison des poches ;
- que les sociétés Inoteb, Biocoral et Bio Holdings ne sauraient se prévaloir d'un quelconque préjudice lié à l'absence de commercialisation des brevets, qui ont été développés via une autre société du groupe et un autre fabricant de poches à sang d'envergure internationale ; que les sociétés Biocoral et Bio Holdings ne sauraient réclamer réparation des hypothétiques gains que la société Inoteb aurait pu réaliser si les deux sociétés avaient finalement poursuivi leurs négociations et conclu un contrat de licence pour la commercialisation de la colle autologue ;
- sur la garantie due par les assureurs,
- qu'elle demande à la cour que toute condamnation qui serait prononcée à son encontre soit prise en charge par la compagnie Allianz, pour le cas où il serait jugé que le manquement qu'elle a commis est survenu antérieurement au 1er

janvier 2004 ou par la société Gerling Konzern, dans l'hypothèse contraire ;

- que, s'agissant des causes d'exclusion invoquées par les assureurs, la cour ne pourra que rejeter les moyens soulevés par l'un et l'autre, dès lors qu'il est constant que l'ensemble des dommages dont il est demandé réparation entre dans le champ d'application des polices d'assurance responsabilité civile successivement souscrites par elle ;

- que la demande d'indemnisation des appelantes repose sur une double cause, non conformité et rupture abusive, sans que la réclamation indemnitaire globale ne distingue entre les préjudices que lui ferait respectivement subir chacune de ces deux causes ; que dans ces conditions, si par extraordinaire la cour devait entrer en voie de condamnation à son encontre, il lui appartiendrait de considérer que le sinistre survenu au sens de l'article L. 124-1-1 du code des assurances, savoir les dommages prétendument subis par la société Inoteb, sont notamment consécutifs à la non-conformité des produits qu'elle a livrés et que cette non-conformité est l'une des causes génératrices de ce dommage au sens de l'article précité ; que la cour devra dans cette hypothèse rejeter le moyen développé par les assureurs tiré du fait que leurs polices d'assurance respectives ne garantiraient pas les conséquences de la rupture de pourparlers contractuels dont elle serait à l'origine ;

- sur ses demandes reconventionnelles,

- que la procédure revêt un caractère abusif manifeste laquelle donnera lieu à condamnation des appelantes au paiement de la somme de 20 000 euros.

Aux termes de ses conclusions d'appel récapitulatives signifiées par voie électronique le 19 septembre 2017, la société de droit allemand HDI Global SE demande à la cour d'appel de :

- lui donner acte de ce qu'elle vient aux droits de la compagnie Gerling Konzern ;

A titre liminaire,

Vu les articles 564 et 908 du code de procédure civile,

Vu la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription,

- juger que la demande de condamnation formée par les appelantes à son encontre constitue une demande nouvelle mais également tardive ;

- juger que la demande de condamnation formée par les appelantes à son encontre est prescrite ;

Par conséquent,

- juger les appelantes irrecevables en toutes leurs demandes formées à son encontre ;

Vu l'article 559 du code de procédure civile,

- juger que les appelantes l'ont artificiellement maintenu dans la cause alors qu'elles ne forment aucune demande à son encontre ;

Par conséquent,

- condamner les sociétés Biocoral Inc et Bio Holdings in solidum à lui verser la somme de 3 000 euros, chacune, à titre d'amende civile, outre une somme de 5 000 euros, chacune, au titre des dommages et intérêts ;

A titre principal,

- confirmer le jugement du 12 janvier 2016 en toutes ses dispositions ;

En ce qui concerne l'appel en garantie formé par la société MacoPharma à son encontre,

Vu l'article 1134 du code civil,

- dire que sa garantie n'est pas acquise à la société MacoPharma pour le sinistre, objet de la présente procédure ;

- débouter en conséquence la société MacoPharma de l'ensemble de ses demandes en tant que dirigées à son encontre ;

A titre subsidiaire,

Vu l'article L. 112-6 du code des assurances,

Vu l'article 1134 du code civil,

- constater et faire application des exclusions prévues aux dispositions de l'article 3.14 et de la définition des activités garanties aux termes de l'article 1.2. de la police HDI ;

- débouter en conséquence la société MacoPharma de ses demandes relatives au remboursement des 120 kits fabriqués et au paiement de la facture concernant la fourniture de corail ;

- juger que la réclamation financière liée à la rupture des relations précontractuelles s'analyse en un dommage non aléatoire, l'acte volontaire de la société MacoPharma rendant inéluctable la réclamation présentée par la société Inoteb ;

- juger en conséquence que sa garantie ne pourrait être mobilisée à ce titre ;

- juger que pour les mêmes raisons sa garantie ne pourrait être mobilisée pour garantir le préjudice lié au remplacement des kits ;

- juger qu'elle ne pourrait être tenue que dans les limites de garantie opposables (plafonds de garantie, franchises) prévues aux dispositions de l'article 4 de sa police, à savoir un plafond fixé à 5 000 000 euros et une franchise de 5 000 euros portée à 15 000 euros en ce qui concerne les frais de retrait et les dommages immatériels consécutifs ;

Si par extraordinaire la Cour faisait droit aux demandes des sociétés Biocoral Inc et Bio Holdings, il ne saurait leur être alloué une somme supérieure à la somme de 108 538 736,26 euros sommes telles que portées au dispositif de leurs écritures ;

A titre infiniment subsidiaire,

- juger qu'en raison de la cession de créance intervenue entre les sociétés Inoteb et Biocoral Inc., il y a lieu de faire application des dispositions de l'article 1699 du code civil ;

- juger qu'aux termes de l'acte de cession de créance du 30 janvier 2009, l'action de la société Bio Holdings est infondée ;

- juger que la rupture unilatérale de pourparlers constitue un droit pour les parties, et qu'à ce titre, aucune perte de chance de réaliser les gains attendus de la conclusion d'un hypothétique contrat ne saurait être indemnisée ;

- juger que les appelantes ne démontrent pas l'existence d'un accord sur l'étendue des obligations contractuelles qui

auraient été conclues avec la société MacoPharma ;

Par conséquent,

- débouter les sociétés Biocoral Inc. Et Bio Holdings de leurs demandes, fins et conclusions plus amples ou contraires aux présentes ;

En tout état de cause,

- condamner in solidum les sociétés Biocoral Inc. Et Bio Holdings, ou à défaut toute autre partie succombante, à lui verser, chacune, une somme de 5 000 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

- condamner les sociétés Biocoral Inc. Et Bio Holdings, ou à défaut toute autre partie succombant, aux entiers dépens de première instance et d'appel dont distraction au profit de Me Régnier, avocat aux offres de droit.

La société HDI Global SE fait valoir :

- sur l'absence de demandes formées à son encontre,

- que les sociétés Bio Holdings et Biocoral Inc. forment, pour la première fois en cause d'appel, et uniquement aux termes de leurs conclusions n°2 régularisées le 26 janvier 2017, soit plus de trois mois après leur déclaration d'appel du 1^{er} juillet 2016, une demande de condamnation in solidum à son encontre de sorte que pareille demande est tardive et doit donc être déclarée irrecevable ;

- que la demandes des sociétés Bio Holdings et Biocoral Inc. Est prescrite puisqu'elles n'ont jamais formulées de demandes à son encontre si bien que le délai de prescription n'a jamais été interrompu ;

- que l'appel régularisé par les sociétés Bio Holdings et Biocoral Inc. est abusif puisqu'elles ne formulaient aucune demande contre elle ;

- sur la confirmation du jugement et sa mise hors de cause,

- qu'elle n'est pas tenue de garantir la société MacoPharma du sinistre en ce que la date de réclamation est intervenue en dehors de la période de garantie ;

- que sa garantie n'est pas due puisque la société MacoPharma avait connaissance du fait dommageable au moment de la souscription du contrat d'assurance;

- sur les exclusions et limites de sa garantie,

- que la demande de remboursement des 120 kits fabriqués et livrés par la société MacoPharma doit être écartée dans la mesure où il s'agit d'une demande de remboursement d'un bien livré lequel est à l'origine du sinistre ; que la demande de paiement de la facture par la société Inoteb auprès de la société MacoPharma concernant la fourniture de corail n'entre pas dans les activités garanties aux termes des dispositions de l'article 1.2. de la police HDI ; que si par impossible la cour considérait que la police de la compagnie HDI devait être mobilisée, elle ne pourrait qu'écarter la demande de dommages et intérêts en réparation du préjudice lié à la rupture des relations précontractuelles en ce qu'il est manifeste que la rupture des relations contractuelles, cause génératrice du dommage résulte d'une décision d'entreprise dont les conséquences dommageables étaient inévitables et prévisibles pour la société MacoPharma ce qui constitue un acte volontaire qui a fait perdre tout caractère aléatoire et incertain à l'événement dommageable ;

- qu'en application de l'article L. 112-6 du code des assurances, elle ne saurait être tenue au-delà des limites de ses

engagements contractuels ; qu'en matière de responsabilité civile après livraison d'un dommage immatériel (non consécutif ou consécutif) à un dommage matériel non garanti, sa garantie est limitée à 5 000 000 d'euros ; que la franchise est d'un montant de 5 000 euros portée à 15 000 euros pour les frais de retrait et les dommages immatériels non consécutifs ;

- sur les réclamations de la société Inoteb et des sociétés Biocoral Inc et Bio Holdings,

- que l'action de la société Inoteb et des sociétés Biocoral Inc et Bio Holdings est infondée puisque le remboursement par la société MacoPharma à la société Biocoral Inc. d'une somme d'un euro la libère de toute obligation non seulement envers cette dernière mais également envers la société Bio Holdings ;

- que la jurisprudence citée par les appelantes est inopérante dès lors qu'elle n'a jamais contesté que la perte de chance puisse être indemnisée dans certaines situations ; qu'elle fait seulement valoir que ce chef de préjudice ne peut donner lieu à indemnisation dans le cas particulier de la rupture de pourparlers précontractuels ; que les appelantes ne sont en mesure de citer aucun arrêt ayant remis en cause le principe énoncé les 26 novembre 2003 et 28 juin 2006 par la Cour de Cassation, en vertu duquel les préjudices découlant de la rupture fautive, par l'une des parties, de pourparlers précontractuels, n'incluent pas la perte de chance de réaliser les gains attendus de la conclusion du contrat ; que les sociétés Biocoral Inc. Et Bio Holdings seront déboutées de leurs demandes au titre de la perte de chance qu'elles prétendent avoir subie en raison de la rupture des pourparlers précontractuels avec la société Inoteb.

Aux termes de ses conclusions d'appel récapitulatives signifiées par voie électronique le 18 septembre 2017, la SA Allianz IARD demande à la cour d'appel de :

- prendre acte de son changement de siège social, nouvelle dénomination des AGF

- juger que ni Biocoral Inc, ni Bio Holdings n'ont formalisé de demandes à son encontre devant le tribunal de commerce de Lille-Métropole ;

- juger par suite que ces demandes seraient irrecevables comme étant nouvelles en cause d'appel en application de l'article 555 du code de procédure civile;

- confirmer le jugement en ce qu'il a :

- dit irrecevables pour défaut d'intérêt à agir les demandes des sociétés Inoteb et Bio Holdings à l'encontre de la société MacoPharma ;

- débouté les sociétés Inoteb, Biocoral et Bio Holdings de l'ensemble de leurs demandes;

- infirmer le jugement en ce qu'il a dit recevables les demandes de la société Biocoral à l'encontre de la société MacoPharma ;

Et statuant à nouveau,

- juger que la société Biocoral ne rapporte pas la preuve de son existence légale;

- juger par suite irrecevables ses prétentions pour défaut de capacité et d'intérêt à agir

- lui donner acte de ce qu'elle reprend à son compte les moyens d'irrecevabilité opposés par la société MacoPharma ;

Vu l'article 1648 du code civil,

- juger que les demandes formalisées ne respectent pas le délai de l'article 1648 du code civil, et sont en conséquence irrecevables ;

- juger en conséquence sans objet sa mise en cause en sa qualité d'assureur de responsabilité civile de la société MacoPharma ;

Le cas échéant,

Vu les articles 1315 alinéa 1^{er} du code civil devenu l'article 1353 du code civil et 6 du code de procédure civile,

Vu la police d'assurance souscrite par la société MacoPharma sous le n° B 49X8604 et ses avenants modificatifs,

Vu l'article L. 113-1 du code des assurances et l'article 1964 du code civil,

- juger qu'en application de l'article 3.15 des conditions particulières de la police d'assurance, les dommages affectant la propre prestation de l'assuré ne sont pas garantis ;

- juger en conséquence que dans l'hypothèse même où les sociétés Biocoral Inc et Bio Holdings rapporteraient la preuve d'un vice affectant les 120 kits qui ont été fabriqués par la société MacoPharma, sa garantie ne pourrait être mobilisée ;

- juger que la demande de paiement des factures présentées par la société Inoteb à l'encontre de la société MacoPharma concernant le corail est hors du champ de l'assurance de responsabilité civile, puisqu'il s'agit d'une réclamation purement financière tenant à l'exécution d'une obligation purement contractuelle ;

- juger que la réclamation financière liée à la rupture des relations précontractuelles s'analyse en un dommage non aléatoire, le comportement de la société MacoPharma rendant inéluctable la réclamation présentée par la société Inoteb ;

- prononcer en conséquence sa mise hors de cause pure et simple ;

- rejeter en conséquence les demandes de garantie présentées par la société MacoPharma à son encontre ;

Au besoin,

- confirmer le jugement en ce qu'il a jugé la société MacoPharma en droit de mettre un terme aux demandes de la société Biocoral moyennant le remboursement à cette dernière de la somme de 1 euro ;

Vu l'article L. 112-6 du code des assurances,

- juger qu'elle ne pourrait être tenue au-delà des limites de la police d'assurance qui comporte des plafonds de garantie et des franchises opposables à l'assuré et aux tiers ;

Vu l'avenant n°5 au contrat n°B49X8604 à effet du 1^{er} janvier 2003 et plus spécialement son annexe intitulée "Tableau récapitulatif des montants des garanties et des franchises",

- juger que le plafond de garantie pour les dommages matériels et immatériels consécutifs s'établit à 763 000 euros par sinistre et par année d'assurance sous réserve de l'application d'une franchise de 7 500 euros par sinistre ;

- juger que s'agissant des dommages immatériels non consécutifs à un dommage corporel ou matériel garanti, la limite de son engagement s'établit à 763 000 euros par sinistre avec application d'une franchise de 7 500 euros par sinistre ;

- juger que doivent être également déduits des plafonds de garantie les frais de procès, à savoir les frais de procédure, les frais et honoraires d'avocats et/ou d'experts et autres frais de règlement ;

En tout état de cause,

- condamner in solidum, ou l'une à défaut de l'autre, les sociétés Biocoral Inc, Bio Holdings et MacoPharma à lui verser une indemnité de 25 000 euros par application de l'article 700 du code de procédure civile ;
- condamner la société MacoPharma aux entiers dépens et dire qu'ils pourront être directement recouverts par Me Carlier, avocat constitué, dans les termes de l'article 699 du code de procédure civile.

La SA Allianz IARD prétend :

- sur l'irrecevabilité des demandes présentées par la société Biocoral Inc,
- que la société Inoteb a cessé toute activité pour être mise en liquidation amiable à compter du 30 juin 2009 ; qu'elle a, par acte sous seing privé, cédé pour 1 euro à la société Biocoral la créance dont elle entendait obtenir le paiement à l'égard de la société MacoPharma et/ou ses assureurs ; que l'action engagée par la société Inoteb tend à obtenir la réparation d'un prétendu préjudice lié à l'impossibilité de faire fructifier l'un des brevets concernant la colle autologue ; que si la société Inoteb prétend avoir conservé l'ensemble des droits d'exploitation des brevets de la colle, tout en laissant les charges liées à l'entretien des brevets à partir de janvier 2000 à la société Bio Holdings, elle ne rapporte pas la preuve que le droit d'exploitation conservé par la société Inoteb est justifiée ; qu'en conséquence, les demandes principales seront jugées irrecevables ce qui rend sans objet la mise en cause par la société MacoPharma de ses deux assureurs respectifs ;
- que la société Bio Holdings ne justifiait pas d'une activité effective au siège social, et donc son existence de sorte que cette dernière n'avait pas la capacité à agir devant une juridiction française ;
- que l'irrecevabilité retenue à l'encontre de la société Bio Holdings était transposable à la société Biocoral Inc, puisque sa situation est identique ;
- qu'en application de l'article 1648 du code civil les demandes des appelantes sont irrecevables ;
- sur l'absence de responsabilité de la société MacoPharma,
- que les sociétés Inoteb, Bio Holdings International Limited et Biocoral Inc ne versent aux débats aucun rapport établi au contradictoire de la société MacoPharma qui permettrait d'étayer leurs propos si bien que leur demande est mal fondée ; que dans l'hypothèse où les analyses qui ont été établies unilatéralement par la société Inoteb auraient pu être utilisées, la solution aurait été identique dès lors que lesdits rapports sont inexploitablement en l'état en ce qu'ils ne permettent pas de confirmer scientifiquement l'origine de la coagulation prématurée qu'elle soutient ;
- que le second grief évoqué relatif à une prétendue discordance de caractéristiques sur le matériau de la poche à corail est, en l'absence de pièces versées aux débats, non fondée ;
- que la société Inoteb et, en cause d'appel, les sociétés Biocoral Inc et Bio Holdings ne peuvent reprocher à la société MacoPharma la rupture unilatérale des pourparlers, ni la condamner au paiement de dommages et intérêts résultant d'une prétendue rupture des relations précontractuelles ;
- que la colle autologue n'aurait pu, comme cela a été annoncé par l'AFSSAPS dans sa lettre précitée du 14 septembre 2000, être mise sur le marché dans le cadre juridique existant à l'époque ; que les conditions juridiques mises en l'uvre au travers des trois textes rappelés (cf. Conclusions) montrent le caractère drastique de l'encadrement juridique de ce type de produit ;

- que le préjudice allégué par la société Inoteb du fait du retard généré par la nécessité d'obtenir un nouveau marquage CE pour le dispositif suite à l'abandon par la société MacoPharma, était exagéré ;
- qu'à la lecture des contrats produits, il apparaît qu'il ne peut être affirmé que la société MacoPharma s'était engagée à payer une redevance de 50 % du CA qui serait réalisée sur les ventes futures, selon l'annexe 2 portant sur les objectifs de vente, puisque, dans la version corrigée par la société MacoPharma et renvoyée à la société MacoPharma, l'annexe 2 et la référence à l'annexe 2 dans le contrat ont disparu ; que la société MacoPharma n'était que simple fabricant de poches à sang d'un procédé plus complexe, dont la société Inoteb était seule et unique développeur ;
- qu'après la phase ponctuelle de fabrication des prototypes, la phase de négociations et de pourparlers pour la phase industrielle n'était pas avancée ;
- que l'analyse du quantum des demandes présentée à titre subsidiaire ne saurait valoir reconnaissance de la responsabilité de la société MacoPharma ; que la Cour de Cassation n'admet pas la possibilité pour une partie d'obtenir réparation de la perte de chance de tirer profit de la signature d'un éventuel contrat en cas de rupture des pourparlers de sorte qu'en ces circonstances, la demande est juridiquement mal fondée ;
- que les développements effectués par les appelantes quant à l'approche financière de l'opération sont dénués de fondement dès lors que le succès de mise sur le marché du produit présentait un aléa important impliquant d'obtenir dans chacun des pays concernés les autorisations adéquates, les autorisations n'étant pas identiques ; que la société Inoteb est restée totalement impassible depuis 2002, aucune mesure palliative n'a été recherchée alors que la société MacoPharma n'était pas le seul fabricant de ce type de dispositif ; que les éléments servant de base au calcul de la réclamation issue du projet de contrat n'ont aucune fiabilité ; que la méthode de calcul ne peut en toute hypothèse refléter un éventuel préjudice financier, le calcul de la société Inoteb incorpore une erreur sur le montant du marché de 50 millions de dollars, la réclamation est exprimée en perte de chiffre d'affaires et non en perte de marge et que le taux de change entre les US dollars et l'euro est présenté comme unique sur une période de 15 ans ;
- sur sa mise hors de cause,
- que le remboursement d'une prestation, celle de la fourniture des 120 kits de février 2001, ainsi que le paiement des factures de la société Inoteb concernant le corail, ne relèvent pas du champ d'application de la garantie Responsabilité civile puisque le dommage, n'est pas causé à un tiers, mais subi par l'assuré ;
- que le vice caché ou la non-conformité allégués à l'encontre des 120 kits relève de la clause d'exclusion de l'article 3.15 des conditions particulières de la police d'assurance ;
- que la réclamation financière présentée initialement par la société Inoteb et reprise par les sociétés Biocoral Inc. et Bio Holdings au titre de la rupture des relations précontractuelles ne pourrait être analysée qu'au regard du volet dit "Responsabilité civile Exploitation" ;
- que la rupture des relations précontractuelles par la société MacoPharma est étrangère à la livraison d'un bien et survient en l'absence de dommages matériels causés à un tiers;
- sur les limites de garantie,
- qu'en application de l'article L. 112-6 du code des assurances, elle ne saurait être tenue au-delà des limites de ses engagements contractuels ;
- que pour les dommages matériels et immatériels consécutifs, à savoir l'hypothèse d'un dommage immatériel consécutif à un dommage corporel ou matériel garanti par la police d'assurance, le plafond de garantie de l'assureur par sinistre et par année d'assurance s'établit à 763 000 euros avec déduction du montant de la franchise contractuelle, soit 7 500 euros ;

- qu'au titre des dommages immatériels non consécutifs à un dommage corporel ou matériel garanti, ce qui correspond au tempérament apporté à l'exclusion du premier alinéa de l'article 3.14 des conditions particulières, son engagement s'établirait à 763 000 euros par sinistre en tant que plafond de garantie avec application d'une franchise de 7 500 euros.

A l'audience, a été soulevée d'office la fin de non recevoir tirée de l'irrecevabilité de demandes fondées sur l'article L.442-6, 1, 5°, du code de commerce devant la cour d'appel de Douai au bénéfice de la cour d'appel de Paris ; les parties ont fait parvenir des observations sur ce point.

La cour renvoie, pour un plus ample exposé des faits et prétentions des parties, à la décision déferée et aux écritures susvisées, par application des dispositions de l'article 455 du code de procédure civile.

Motivation

MOTIFS DE LA DECISION

À titre liminaire, il y a lieu de préciser qu'il sera fait application des dispositions du code civil dans leur version antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve de l'obligation.

Sur l'intérêt à agir des sociétés Biocoral Inc. et Bio Holdings

En application des dispositions des articles 122 et 123 du code de procédure civile, constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée. Les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages et intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt.

Conformément à l'article 31 du code de procédure civile, l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé.

L'article 32 du code de procédure civile énonce qu'est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir.

La société Bio Holdings est une société holding de droit américain créée pour exploiter les brevets et négocier les contrats de licence d'exploitation de la société Biocoral Inc. qui est la société mère des sociétés Inoteb et Bio Holdings.

Par contrats en date des 15 décembre 1999 et 7 janvier 2000, 20 janvier 2000 et 11 septembre 2001, la société Inoteb a cédé à la Société Bio Holdings différents brevets de son portefeuille européens et internationaux notamment les brevets relatifs aux dispositifs de préparation de "colle autologue" dont la fabrication a été confiée à la société Macopharma.

Aux termes de ces mêmes conventions, la société Inoteb a concédé à la société Bio Holdings la licence mondiale et exclusive de la production et de la distribution de tous les produits qu'elle fabrique, ainsi que la licence mondiale exclusive et unique de la production et de la distribution de tous les produits des brevets cédés.

La société Bio Holdings verse aux débats quatre attestations de la SAS Consulaudit, société d'expertise comptable et de commissariat aux comptes, établissant qu'elle a engagé des dépenses de protection des brevets protégeant la colle autologue pour un montant de 440 518,89 euros, de l'année 2000 à l'année 2010.

Les liens juridiques, les intérêts scientifiques et financiers, issus de ces conventions et unissant la société Inoteb et la société Bio Holdings caractérisent l'intérêt légitime de celle-ci à agir dans la présente procédure.

Aux termes d'un acte en date du 30 janvier 2009, la société Inoteb et la société Biocoral, Inc. seul actionnaire de celle-ci ont signé une convention portant cession de créance dans les termes suivants :

Article 1 - Cession de créance litigieuse 'Inoteb cède par la présente à la société Biocoral, Inc. qui accepte, tous les droits qu'elle possède sur la créance qu'elle détient contre la société MacoPharma et/ou ses assureurs telle qu'elle ressort du litige concernant la cession de licence de brevets et de fabrication, distribution et vente ; du dispositif de préparation et procédé de la colle autologue brevetés à la société Macopharma enregistré sous le numéro RG n° 2004/3051 auprès du Tribunal de Commerce de Roubaix-Tourcoing et réinscrite par celui-ci à l'audience du 21 janvier 2009 à la demande de la société.

En conséquence, la cessionnaire se trouve dès à présent seule subrogée à Inoteb dans tous les droits et actions inhérents à cette créance litigieuse ; elle aura notamment la faculté de reprendre et engager, à titre rétroactif ou dans l'avenir, à son profit, mais à ses risques et périls, au lieu et place de la Cédante, toutes instances tant en demande qu'en défense relatives aux droits cédés.'

Aux termes de ces dispositions très précises exposées dans l'acte de cession de créances, la société Biocoral, Inc. qui est subrogée dans les droits et actions de Inoteb, relatifs au présent litige, justifie de son intérêt à agir dans la présente procédure.

Cette dernière disposition du contrat ne met pas fin au droit d'agir de la société Bio Holdings qui se prévaut de droits propres acquis des cessions de contrats et de la licence que lui a concédé Inoteb. La société Bio Holdings est donc fondée à intervenir aux côtés de la société Biocoral, Inc dans la présente procédure. La cession de ses droits par Inobeb à la société Biocoral, Inc est en revanche susceptible d'avoir une incidence lors de l'indemnisation des préjudices allégués.

Sur les conséquences du rachat de la créance par la société Biocoral

L'article 1699 du code civil dispose que « celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite. »

MacoPharma propose, à titre principal et non subsidiaire, de se faire « tenir quitte » par Biocoral de la créance que cette dernière aurait à son encontre, moyennant le paiement de la somme de 1 euro, correspondant au prix déboursé par elle pour acquérir cette créance auprès d'Inoteb.

Il résulte de la cession de créance en date du 30 janvier 2009 à l'article 2 intitulé 'prix de cession':

'La présente cession de créance et de transfert de droits et d'obligations est consentie par la Cédante à la Cessionnaire, moyennant un prix complémentaire forfaitaire et définitif de 1 euro (un euro).

Le prix de cession complémentaire est fixé en considération:

1- Du fait que la Cessionnaire est l'actionnaire unique de la cédante et qu'elle a vocation dans le cadre de la transmission universelle du patrimoine à récupérer l'intégralité des actifs de la société cédante.

2- Des capitaux apportés en numéraire par la Cessionnaire à sa filiale Cédante la société Inoteb entre 1996 et 2007 pour un montant cumulé arrêté en janvier 2008 à la somme de 2 115 937,00 euros (deux million cent quinze mille neuf cents trente sept euros).

3- Du financement par la Cessionnaire des capitaux qui ont été apportés par les autres filiales de la cessionnaire, la société 3H « Human Health Hightech» ainsi que la société Bio Holdings International, Ltd. (Sociétés s'urs de la société Inoteb) sous forme de cession de brevets et de licences de brevets pour un montant cumulé arrêté au 31 Décembre 2003 à la somme de 2 066 245,00 euros (deux million soixante six mille deux cent quarante cinq euros).

4- De la prise en charge des dépenses de maintenance, d'entretien et de paiement des taxes annuelles engagées depuis 2000 et ceci jusqu'à la date de validité desdits brevets concernant la colle autologue dont la société Inoteb dispose des droits d'exploitation. Ces dépenses pour la période entre 2000 et 2008 inclus s'élèvent à environ 360 192,00 euros (trois cent soixante mille cent quatre vingt douze euros).

5- De la mise à disposition de la société Inoteb, à sa demande une somme complémentaire à la hauteur du 10 000,00 euros (dix mille euros).'

A l'article 4 intitulé 'engagement financier complémentaire de la cessionnaire', la société Biocoral, Inc. indique avoir investi la somme de 4 552'374 euros en contrepartie des droits de créance litigieux cédés par la cédante et s'engage à reprendre l'ensemble des frais et dépenses liés à la procédure mise en 'uvre pour le recouvrement judiciaire ou amiable des droits de créance litigieux et à verser une somme complémentaire de 10'000 euros à la société Inoteb.

Ces dispositions relatives au financement de la cession de créance démontrent que compte tenu des capitaux mentionnés déjà investis dans la société Inoteb par la société Biocoral, Inc., la somme de un euro, constitue non le prix de la cession de créances et de transfert de droits et d'obligations mais un prix complémentaire forfaitaire tel qu'indiqué à l'acte.

L'article 1699 du code civil énonce que celui contre lequel on a cédé un droit litigieux doit rembourser le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts. En l'espèce, la somme de un euro ne correspondant pas au prix réel de la cession, la proposition présentée par la société Macopharma ne remplissant pas les conditions prévues à l'article 1699 du code civil doit être rejetée.

Sur le défaut de conformité des dispositifs de préparation de colle autologue et des kits d'application fabriqués par la société Macopharma :

Les sociétés Biocoral Inc et Bio Holdings fondent leur action sur les dispositions des articles 1603 et suivants du code civil aux termes desquelles la chose délivrée doit être conforme à l'objet de la commande et donc aux dispositions contractuelles convenues.

La société Macopharma réplique que le défaut de conformité de la chose vendue à sa destination normale constitue le vice prévu par les articles 1641 et suivants du code civil et que la difficulté à laquelle Inoteb prétend avoir été confrontée s'apparente à un défaut de la chose à sa destination normale.

Si l'action en garantie des vices cachés et l'action en non conformité pour manquement à l'obligation de délivrance sont exclusives l'une de l'autre, l'acheteur ne pouvant cumuler les deux mais devant exercer l'action correspondant au défaut allégué, en l'espèce, les appelantes précisent qu'elles exercent l'action fondée sur le défaut de conformité.

Il n'y a donc pas lieu d'examiner si les appelantes ont poursuivi leur action dans un bref délai puisque les dispositions des articles 1603 et suivants n'y font pas référence.

La commande portait sur la fabrication et la livraison par la société MacoPharma, le 12 avril 2001 de 120 « Poches sextuples CPD/SAGM 450 ml pour la préparation de colle biologique, lot 29 2301B27 périmées en 03/03 ». Les dispositifs de préparation de colle autologue et les kits d'application commandés par la société Inoteb étaient destinés à des essais sur des patients.

Au vu de l'offre de prix en date du 11 avril 2001 et de la facture délivrée le 12 avril 2001, la commande et la livraison ont porté sur la conception et la création de dispositifs de préparation de la colle biologique autologue :

- étude de faisabilité
- contrôle et validation du produit
- confection d'échantillons
- fabrication de 120 échantillons stériles et apyrogènes

La société Biocoral Inc et la société Bio Holdings allèguent :

- que dès les premières utilisations desdits dispositifs destinés à la préparation de la colle autologue pour les patients au mois d'avril 2002, des anomalies ont été constatées, à savoir une coagulation anormale rendant la colle préparée inapplicable aux patients entraînant l'arrêt de la cohorte sur patients,
- la date de péremption du 03/2003 figurant sur lesdits dispositifs, ne correspondait pas réellement à la durée de vie du produit, un vieillissement anormal des poches ayant été constaté dès le 12^{ème} mois après leur fabrication soit en avril 2002,

Les sociétés appelantes versent aux débats à l'appui de leurs allégations les pièces suivantes :

Un rapport APAVE en date du 25 juillet 2002 qui a pour objet d'effectuer des mesures dans le local hébergeant les produits finis de la société Inoteb et dont il résulte que le 9 juillet 2002, il a été constaté que 'l'ensemble des valeurs se situent dans des niveaux habituellement rencontrés dans ce type de locaux par contre, les remarques suivantes sont à faire :

Il y a une différence non négligeable entre la teneur en CO₂ mesurée dans l'armoire et celle de l'extérieur du local (susceptible d'entraîner les défauts constatés sur vos produits finis ").

Le local ne possède pas d'entrée d'air neuf et présente une légère odeur"

D'où les préconisations suivantes:

Remplacer l'armoire fermée par une étagère simple à l'air libre

Créer une prise d'air neuf (au niveau de la porte par exemple) et installer une VMC pour favoriser le renouvellement de l'air du local.'

Le rapport en date du 25 mars 2003 (pièce 38) établi par le laboratoire ACE conclut :

'Les mesures de pH, teneur en eau, de calcium libre et de conductivité n'ont pas permis de mettre en évidence un facteur responsable d'une dégradation du corail.....

On a donc bien montré l'existence d'un phénomène parasite, lié à la décomposition du PVC qui génère des vapeurs d'HCl captées par le corail CaCO_3 qui par conséquent libère du Ca^{2+} en excès ; ce Ca^{2+} en excès amorce des réactions de coagulation non contrôlables dans un produit qui précisément nécessite un ajout de Ca^{2+} pour devenir une colle biologique.'

Un rapport en date du 8 juillet 2003 (pièce 39) établi par le laboratoire ACE et portant sur l'analyse des 2 constituants d'une pochette (non-tissé et film de soudage) conclut :

'Non tissé: le spectre en annexe 4 confirme que le non-tissé issu de la pochette de corail du kit de préparation de colle réf. MXG 6250 LA lot 292301 B 27 est bien en PET.

Film de « soudage » : l'exploitation du spectre en annexe 5 montre que le film pourrait être du PVC plastifié (polychlorure de vinyle). Cependant, la présence de phtalates (plastifiants du PVC) masque certains pics et ne permet pas d'être affirmatif à 100% sur la nature du polymère de base.

Pour confirmer ceci, il faudrait procéder à une extraction des plastifiants et à une nouvelle analyse infrarouge.'

Il est également versé (pièce 57, 58,59) des certificats d'analyse, sur commande d'Inoteb, relatifs aux produits intitulés : 'Tubulure poche sextuple de colle biologique' (pièce 57), 'poche sextuple de colle biologique' (pièce 58), et feuille pour poche (pièce 59) en date du 22 décembre 2006 portant la mention : conclusion conforme.

Il résulte de l'analyse réalisée par le laboratoire Eurofins en date du 28 février 2007 que ' l'examen des spectres infrarouge prouve la nature en PVC de la poche, de la feuille et la tubulure de la poche sextuple de colle biologique.'

Les appelantes reprochent un défaut de conformité résultant de la composition des poches par rapport au cahier des charges. Cependant, si un cahier des charges a été établi par Inoteb, les courriers échangés entre les parties démontrent que Inoteb a été associé à l'élaboration des poches et qu'elle en connaissait parfaitement la composition comme en atteste le courrier qu'elle adresse à Macopharma le 23 février 1999 accompagné d'un document intitulé 'réipient' sur lequel il est mentionné que "Le matériau constitutif de la poche est un PVC-poly (chlorure de vinyle)-plastifié.11 est conforme à la monographie de la Pharmacopée européenne (3.1.1.-111e, 97) "Matériaux à base de PVC plastifié pour récipients destinés à contenir le sang humain et les produits du sang et les solutions aqueuses pour perfusion intraveineuse".

Seul le rapport en date du 25 mars 2003 (pièce 38) établi par les laboratoires ACE révèle une anomalie résultant d'un phénomène parasite, lié à la décomposition du PVC de la poche. Les autres rapports ne laissent apparaître aucune déféctuosité du produit. Cette constatation ne démontre pas pour autant que les poches livrées n'ont pas été fabriquées conformément au cahier des charges ce qui nécessitait une analyse de celui-ci par un expert scientifique compte tenu

des formules techniques qu'il contient ainsi qu'une comparaison avec les poches livrées.

Il ne peut être déduit de ces rapports contrairement à ce qu'allèguent les appelantes que :

- la date de péremption du 03/2003 figurant sur lesdites poches, ne correspondait pas réellement à la durée de vie du produit, un vieillissement anormal des poches ayant été constaté dès le 12ème mois après leur fabrication soit en avril 2002.

- la toile utilisée pour envelopper le corail n'est pas conforme au cahier des charges. »

Ces rapports, outre qu'ils sont destinés à être exploités par des scientifiques, ne sont pas établis contradictoirement et l'ont été à la seule demande d'Inoteb.

La société Macopharma communique le message électronique suivant que lui a adressé le dirigeant de la société Inoteb le 26 juin 2002 :

« Je vais quand même vous donner quelques bonnes nouvelles, nous avons fait une investigation concernant le problème sur la colle et sa coagulation, l'hypothèse était que la colle ne devait pas être transporté en carboglace « ceci est fréquent à l'EFS, car carboglace étant de CO2 peut traverser la poche de colle même congelé, ce qui fait relâché de calcium et fait une coagulation.

En fait, en ce qui concerne les cas qui se sont pas réussit, la colle avait été transporté par CTSA jusqu'au l'EFS de Nord conformément au protocole, mais de l'EFS Nord jusqu'au l'EFS [Localité 6] en carboglace et puis de l'EFS [Localité 6] jusqu'à l'institut Calot encore en carboglace.

Aujourd'hui il me semble que ceci est confirmé par un patient à [W] [C] a été opéré et la colle avait été utilisé avec beaucoup de succès. »

Ce message traduit les difficultés rencontrées par les sociétés partenaires pour le transport du produit, élément dont il n'est pas démontré qu'il aurait été étudié lors de l'analyse des poches après échec des essais.

Allianz IARD verse aux débats une note technique du laboratoire Equad établi le 4 mars 2009 et dénonçant l'absence de précisions des analyses réalisées par le laboratoire Eurofins dont le rapport a été communiqué par les appelantes ne permettant pas d'en tirer des conclusions sur le plan scientifique. Il résulte de cette note technique que :

'Ce rapport n'apporte aucun élément technique probant au soutien des demandes de Inoteb.

Il ne démontre pas la production de chlore libre émanant de la poche Macopharma. En effet, le laboratoire s'autorise une conclusion sans même disposer des données de base, données de base sans lesquelles, le raisonnement ne peut être légitimement tenu.

Les valeurs de calcium mesurées démontrent que le Siocorail dispose d'une teneur en calcium très excédentaire à celle nécessaire pour générer la précipitation du concentré de protéines coagulables et retire tout ses sens au rapport EUROFINS.'

Si des constatations sont effectuées aux termes de ces rapports, il n'en est tiré aucune conclusion déterminante quant à la non conformité des produits en cause par rapport à ceux commandés. De plus, les intimées produisent une note technique dénonçant le manque de précision des études effectuées de manière non contradictoire par les appelantes alors qu'il s'agit de produits hautement techniques.

La société Biocoral Inc et la société Bio Holdings ne rapportent donc pas la preuve de la non conformité des produits livrés.

Sur la rupture de l'engagement de la société Macopharma à fabriquer les poches pour la préparation de la colle autologue et des kits de fabrication

Sur la mention de l'article L. 442-6,1,5° du code de commerce dans les conclusions des appelantes

L'article 954 alinéa 1 et 2 énonce que les conclusions d'appel doivent formuler expressément les prétentions des parties et les moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de ses prétentions est fondée avec indication pour chaque prétention des pièces invoquées. Un bordereau récapitulatif des pièces est annexé.

Les prétentions sont récapitulées sous forme de dispositif. La cour ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif.

L'article 445 du code procédure civile énonce que 'après la clôture des débats, les parties ne peuvent déposer aucune note à l'appui de leurs observations, si ce n'est en vue de répondre aux arguments développés par le ministère public, ou à la demande du président dans les cas prévus aux articles 442 et 444.

La société Biocoral Inc et la société Bio Holdings fondent leurs demandes sur les articles 1134, 1147, 1149 du code civil. Y sont ajoutées les dispositions de l'article L. 442-6,1,5° du code de commerce page 23 de leurs conclusions;

Il est mentionné sur la feuille d'audience : "autorise une note en délibéré sur l'insertion page 23 des conclusions de l'appelant: la mention de l'article L 442-6, 1, 5ème du code de commerce".

Aux termes de leur note en délibéré, les sociétés Biocoral Inc. et Bio Holding estiment qu'en 'cessant brutalement, sans

aucun préavis, la livraison des dispositifs de préparation de colle autologue et des kits d'application et en refusant de poursuivre cette livraison, la société Macopharma s'est rendue responsable d'une faute, alors qu'il existait des relations commerciales stables, pérennes et anciennes et justifiant qu'il soit fait application des dispositions de l'article L 442-6, I, 5° du code de commerce, en raison de la rupture brutale intervenue et qu'ils ont donc formé une demande à ce titre.

La société Macopharma sollicite que la note en délibéré des sociétés Bio Holding et Biocoral Inc. soit écartée des débats conformément aux dispositions de l'article 445 du code de procédure civile ; elle ajoute que si la cour estime qu'il existe une demande à ce titre, elle devra déclarer la demande irrecevable en tant qu'elle se fonde sur l'article L.442-6-1 5° du code de commerce conformément à la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, seule la cour d'appel de Paris ayant le pouvoir de statuer en appel sur le contentieux fondé sur ces dispositions.

Les sociétés Gerling France et Allianz, dans leur note en délibéré, ont demandé que la réponse des appelantes soit écartée des débats en ce qu'elle ne respectait pas les dispositions de l'article 445 du code de procédure civile.

Les sociétés Bio Holding et Biocoral Inc. mentionnant aux termes de leur note en délibéré qu'elles ont formé une demande d'indemnisation sur ce fondement, il y a lieu de statuer sur ce point.

Si l'article L.442-6 du code de commerce et l'article D.442-3 du code de commerce donnent le pouvoir juridictionnel exclusif à la cour d'appel de Paris pour statuer en appel sur les litiges relevant de l'article L.442-6 du code de commerce qui concernent notamment la rupture brutale des relations commerciales établies, et que toute demande fondée sur l'article L.442-6 du code de commerce directement ou indirectement est irrecevable devant tout autre cour, ces dispositions issues de l'article 2 du décret du 11 novembre 2009 sont applicables aux procédures introduites par assignations postérieures au 1er décembre 2009, date d'entrée en vigueur du décret. Or, il résulte du jugement du tribunal de commerce de Lille en date du 12 janvier 2016 que l'action a été introduite par acte d'huissier en date du 9 novembre 2004, soit antérieurement à la date d'entrée en vigueur du décret du 11 novembre 2009, par la société Inoteb à l'encontre de la société Macopharma puis reprise après radiation par les sociétés Bio Holding et Biocoral Inc qui sont intervenues volontairement à la procédure. En conséquence, la cour d'appel de Douai a le pouvoir de statuer sur cette demande.

En application de l'article L. 442-6, 1, 5°, du code de commerce « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels .

Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure (...)'

La société Biocoral Inc et la société Bio Holdings mentionnent dans leurs conclusions ce fondement juridique dans le prolongement des articles 1134 , 1147 et 1149 du code civil sans reprendre l'intégralité des éléments susceptibles d'engager la responsabilité de la société Macopharma sur le fondement de l'article L.442-6, 1, 5°, du code de commerce.

Si elles allèguent de relations durables entre Inoteb et Macopharma et d'une rupture brutale de ces relations, elles n'en tirent aucune conséquence quant à la durée d'un préavis à respecter et de l'incidence qui en résulterait alors que les dispositions visées tendent à réparer le préjudice résultant de la rupture brutale, d'une relation commerciale établie, en l'absence ou l'insuffisance de préavis écrit. Les demandes des appelantes ne font d'ailleurs l'objet d'aucune discussion entre les parties au regard de ce fondement juridique qui n'est pas développé de manière spécifique par les appelantes dans leurs conclusions contrairement à ce qu'exigent les dispositions légales.

En conséquence, les demandes des parties seront examinées sur le fondement des dispositions légales visées au dispositif de leurs conclusions et reprises dans leur discussion.

Sur les demandes des sociétés Biocoral Inc et Bio holdings

Sur la rupture de MacoPharma de l'engagement de fabriquer les dispositifs et kits d'application

En application de l'article 1134 du code civil, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

L'article 1147 du Code Civil dispose que « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages-intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

L'article 1149 du code Civil dispose que ' les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a fait et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après ».

Par courrier du 8 mars 1996, Inoteb adresse à Macopharma le cahier des charges pour l'étude de la réalisation des prototypes du dispositif de préparation de la colle .

Entre 1996 et 2000, la société Inoteb a fait appel à diverses reprises à la société Macopharma pour la fabrication de prototypes du dispositif de préparation de la colle autologue, notamment pour différentes manipulations techniques et tests, puis pour l'utilisation de la colle lors de la réalisation des différentes études par la société Inoteb rendues nécessaires pour la validation clinique du produit.

La société Macopharma, à qui la fabrication du dispositif de préparation de la colle avait été confiée, devait, en sa qualité

de fabricant, déposer le dossier de marquage CE.

Une fois le dossier complété et déposé par la société Macopharma, le marquage CE a été obtenu en Juin 2000 pour le dispositif de préparation de la colle autologue breveté par la société Inoteb.

Macopharma a livré à Inoteb 120 dispositifs de préparation de colle autologue et kits d'application en avril 2001, conformément à la commande passée. Les appelantes ne sont pas en mesure de justifier d'un autre engagement que celui-ci.

Au cours de l'année 2001, les sociétés ont échangé plusieurs courriers sur leur collaboration.

Le 26 octobre 2001 puis le 8 novembre 2001, alors que les produits commandés avaient été livrés, la société Macopharma adressait à la société Inoteb un projet de contrat de collaboration qui reprenait l'essentiel de leurs projets soit :

- une licence mondiale
- reprise par Macopharma des réseaux de vente ,
- reprise par Macopharma des démarches administratives
- engagement de Macopharma sur un business plan,
- rémunération par royalties sur les ventes

Lorsque les essais demandés par l'AFSSAPS, ont débuté au mois d'avril 2002, aucun contrat n'avait été signé entre les deux parties.

Bien que les produits aient été livrés au mois d'avril 2001, le traitement des patients n'a pu commencer qu'au début du mois d'avril 2002 en raison de la nécessité de passer des protocoles. Pendant cette période de coordination, les produits livrés par la société Macopharma au mois d'avril 2001 ont été stockés, une partie dans les locaux de la société Inoteb, l'autre au sein de l'établissement français du sang.

Le 18 juin 2002, la société Macopharma, a adressé à la société Inoteb, à la demande de celle-ci, le certificat de conformité relatif aux poches sextuples, 450 ml pour la préparation de la colle biologique autologue (lot 292301 B27). A la 3 ème et 4 ème préparation de la colle, la société Inoteb a constaté un problème technique sur le produit final : le produit n'était pas homogène, coagulait et ne pouvait dès lors pas être appliqué sur les patients.

Les problèmes de coagulation de la colle se répétant, la société Inoteb a été contrainte d'arrêter les essais sur les patients le 5 juillet 2002, et de procéder à des investigations pour trouver la cause de cette coagulation anormale.

Le 2 août 2002, Macopharma a adressé le courrier suivant à Monsieur [Q], de la société Inoteb-Biocoral :

'Vous nous avez proposé un accord de licence concernant la colle biologique autologue base de corail.

Pour le moment, nous constatons que, le concept même, est remis en question par des experts L'Afssaps, de son côté, dans son courrier du 9 décembre 1999, nous demande de remplacer le corail par un carbonate de CA de synthèse.

Ce projet d'une colle biologique autologue, s'il présente toujours une avancée certaine pour le patient par une diminution des risques afférents, demande une refonte complète des acquis scientifiques pour finaliser un produit commercialisable, c'est à dire fiable pour l'utilisateur et sécurisé pour le malade.

Ce qui demandera peut-être entre trois et cinq ans de développements nouveaux.

Vous comprendrez aisément, que dans ces conditions, il n'est pas dans l'intérêt immédiat de Macopharma de prendre une licence sur un produit non encore abouti, c'est à dire enregistré définitivement par les autorités de tutelle.

Bien entendu, nous sommes disposés à rester votre sous-traitant sur la base d'un nouveau cahier des charges que vous nous proposeriez.'

Par courrier du 8 août 2002, Monsieur [Q] répondait que les difficultés rencontrées sur le produit final nécessitait une mise au point, refusait que soit remis en cause le concept de la colle autologue et confirmait sa volonté de continuer la collaboration avec Macopharma.

Par courrier du 24 février 2003, Inoteb informait Macopharma, que les analyses effectuées semblaient confirmer que la date de péremption du 03/2003 figurant sur les poches livrées ne correspondaient pas réellement à la durée du produit telle que mentionnée sur les étiquettes et qu'un vieillissement anormal des poches avait été constaté, qu'elle retournait 34 kits de préparation de la colle biologique sur les 120 unités livrées, sollicitait un avoir sur la livraison des 120 kits livrés dont seuls trois exemplaires avaient pu être utilisés normalement et qu'elle diligentait une enquête approfondie pour connaître la cause des anomalies constatées sur les poches. Elle sollicitait également qu'Inoteb lui adresse les analyses effectuées par elle-même suite au courrier envoyé le 1er août 2002 afin qu'elle les confronte à ses propres analyses.

Il y a lieu de constater que Macopharma a cessé sa collaboration à la suite de l'échec des essais sur les patients par la société Inhoteb et de la mise en cause de la qualité des poches qu'elle fabriquait.

Le succès de ces essais thérapeutiques était indispensable à la mise sur le marché du produit fini. Cependant à la suite de l'échec de ces essais, la société Inhoteb n'a pas été en mesure de déterminer la cause de celui-ci et aucune expertise scientifique n'a été réalisée sur les produits par l'une ou l'autre des parties.

Le projet des parties à terme était de commercialiser le produit et l'étape finale à la charge de Inoteb était l'essai sur une cohorte de patients, ce qui induit que la fiabilité du produit n'était pas encore acquise ce qu'a démontré l'échec des essais.

Le contrat de licence et de brevet et de commercialisation proposé par Macopharma à la société Inoteb n'ont pas été signé par celle-ci.

Contrairement à ce qu'allèguent les appelantes, le protocole pour parvenir à une thérapie applicable n'était pas terminé et pouvait être remis en cause si les essais sur les patients ne donnaient pas de résultat, ce qu'il s'est passé.

La société Macopharma, aux termes de son courrier du 2 août 2002, précise que le projet 'demande une refonte complète des acquis scientifiques pour finaliser un produit commercialisable, c'est à dire fiable pour l'utilisateur et sécurisé pour le malade.'

Il doit être retenu que la société Macopharma avait un motif légitime de cesser la collaboration, étant précisé que la cause de l'échec des essais n'était pas déterminée et ne peut donc être imputée à l'une ou l'autre des parties.

Si la société Macopharma n'a pas donné de suite à la signature d'un accord de licence concernant la colle biologique autologue, elle a proposé à la société Inhoteb de demeurer son sous-traitant sur la base d'un nouveau cahier des charges qu'elle lui proposerait.

Si les parties avaient évoqué la signature d'un projet de licence, celui-ci était subordonné à la commercialisation du procédé qui s'il avait reçu une autorisation de fabrication devait être soumis à des tests sur des patients avant celle-ci. Biocoral et Bio Holdings, venant aux droits de Inoteb reprochent à Macopharma de ne pas avoir recherché la cause de l'anomalie constatée sur les poches. Cependant, Macopharma, aux termes de son courrier du 2 août 2002, a pris acte que 'le concept même, est remis en question par des experts' et que de nouvelles recherches devaient être menées pour obtenir un produit commercialisable.

Inoteb a adressé à Macopharma un courrier recommandé le 24 février 2003 et trois télécopies en date des 28 avril 2003, 5 mai 2003 et le 27 mai 2003 et un courrier recommandé le 1er juillet 2003 lui réclamant un cahier des charges des sachets de corail du kit de préparation de la colle autologue et ce pour préparer la prochaine commande dans le but de finaliser la série clinique en cours.

Par courrier recommandé du 1^{er} juillet 2003, Inoteb sollicitait l'organisation d'une réunion pour que Macopharma s'explique quant à l'anomalie des poches fournies. Le 23 décembre 2003, Inotheb demandait le remplacement des produits défectueux livrés ; le 7 janvier 2004, Macopharma contestait la qualité du corail fourni et opposait le fait que le corail pouvait se dégrader alors que le polyester des poches était un produit inerte. Le 16 janvier 2004, Inotheb mettait en garde Macopharma quant au développement d'un produit similaire avec un concurrent et le respect des accords de confidentialité passé le 2 février 2004.

Par lettre recommandée du 11 juin 2004 avec avis de réception, le conseil de Inoteb mettait en demeure Macopharma de remplacer les produits défectueux.

Tout en tentant de reprendre le cours de la collaboration, Inoteb a mis en cause la qualité des produits livrés par Macopharma sans qu'en définitive, la preuve ne soit rapportée de l'origine de la défectuosité constatée ce qui n'a pu que participer à la détérioration des relations.

Il sera fait observer que si Inoteb et MarcoPharma ont entretenu des relations de 1996 à 2002, pour commercialiser la colle autologue, malgré les enjeux scientifiques et financiers de leur partenariat, aucune des parties, malgré les contrats proposés, n'a souhaité formaliser par écrit des engagements pour la commercialisation du produit.

Enfin, les appelantes ne rapportent pas la preuve qu'elles ont pu mettre au point leur projet avec une autre société ce qui laisse subsister un doute sur la réussite possible du traitement tel qu'il a été conçu.

Les circonstances dans lesquelles et les motifs pour lesquels est intervenue la fin des relations entre les parties sans qu'aucune responsabilité ne soit établie quant à l'échec des essais cliniques font obstacle à ce qu'une faute contractuelle soit retenue à l'égard de MarcoPharma.

Sur la rupture des pourparlers

Aux termes des dispositions de l'article 1382 du code civil, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

En vertu du principe de la liberté contractuelle, les négociateurs doivent conserver la liberté de ne pas contracter et donc de rompre les pourparlers.

Ainsi, en soi, la rupture ne saurait être considérée comme fautive, sous réserve du respect du devoir de loyauté entre les parties.

L'abus de la liberté de rompre les pourparlers engage la responsabilité de celui qui a pris l'initiative de la rupture dès lors qu'il a commis une faute causant à son partenaire un préjudice. L'existence de la faute s'apprécie au regard des relations entretenues et circonstances de la rupture.

Les relations entre les parties ont été exposées ainsi que les circonstances de la rupture liée à l'échec des essais thérapeutiques.

La rupture n'est pas intervenue sans motif puisqu'elle fait suite au retour par la société Inoteb des kits livrés et à l'impossibilité de mettre en oeuvre les essais. Macopharma n'a pas souhaité poursuivre les relations à ce stade ; si la mise au point de la thérapie était très avancée lors de la rupture des relations, la commercialisation espérée du produit n'était pas pour autant acquise compte tenu de la nature et la fragilité de celui-ci.

Si Inoteb souhaitait poursuivre les relations avec MacoPharma pour parvenir à la commercialisation de la colle autologue, elle a dans le même temps, mis en cause la qualité des poches fournies lui imputant l'entière responsabilité de l'échec des essais thérapeutiques, sans en rapporter la preuve.

IL y a lieu de constater qu'elle a contribué par son attitude à la rupture des relations avec Macopharma qui en tout état de cause a expliqué les motifs de son retrait en raison de la remise en cause du concept par des experts et de la nécessité de nouvelles recherches pour obtenir un produit commercialisable ce qui nécessitait un financement.

Biocoral Inc et Bio Holdings ne rapportent pas la preuve d'une faute de MacoPharma dans le cadre de la rupture de pourparlers en vue de la commercialisation de la colle biologique autologue.

En l'absence de faute démontrée, Biocoral Inc et Bio Holdings seront en conséquence déboutées de leurs demandes d'indemnisation des préjudices allégués et de leur demande de remboursement de la facture en date du 12 avril 2001 relative à la livraison des poches pour la préparation de la colle et des kits d'application (y compris les travaux techniques) dont le caractère non conforme n'a pas été démontré.

Sur la demande en paiement des factures de livraison du corail

Inoteb a émis deux factures en date du 25 février 2003 correspondant au coût du corail livré à MacoPharma les 7 novembre 1996 et 22 décembre 2000 pour la fabrication des poches.

Inoteb qui a fourni le corail devant être intégré aux poches dont elle assumait également le financement ne démontre pas que cette prestation devait être assumée par MacoPharma à laquelle elle n'a jamais adressé les factures

correspondantes avant la survenue du litige relative aux poches. N'établissant pas d'engagement de MacoPharma à lui régler ce corail, elle sera déboutée de sa demande de ce chef.

Sur l'appel en garantie de la SA Allianz IARD et de la société Hdi Global SE

Biocoral Inc et Holding SE étant déboutés de leurs prétentions, les demandes directes ou en garantie à l'égard la SA Allianz IARD et de la société Hdi Global SE deviennent sans objet.

Sur les demandes de dommages et intérêts pour procédure abusive

Il résulte des articles 1382 du code civil et 32-1 du code de procédure civile, qu'une partie ne peut engager sa responsabilité pour avoir exercé une action en justice ou s'être défendue que si l'exercice de son droit a dégénéré en abus. L'appréciation inexacte qu'une partie fait de ses droits n'étant pas, en soi, constitutive d'une faute, l'abus ne peut se déduire du seul rejet des prétentions par le tribunal.

Sur la demande de la société Hdi Global SE

Hdi Global SE, étant à la procédure en tant qu'assureur de Macopharma, ne démontre aucun maintien artificiel de sa présence à l'instance d'appel puisque des demandes ont été formées à son encontre, sera déboutée de sa demande de dommages et intérêts au titre d'une procédure abusive. Il n'y a pas lieu de prononcer une amende civile.

Sur la demande de Macopharma

En l'espèce, l'appréciation inexacte de la situation par les appelantes n'a pas dégénéré en abus, Macopharma invoquant le caractère tardif et dénué de fondement des demandes adverses ce qui est insuffisant pour caractériser une procédure abusive ; il y a lieu de débouter Macopharma de sa demande de dommages et intérêts formulée à ce titre, et d'infirmer en cela les premiers juges.

Sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et les dépens

Il y a lieu de condamner la société Biocoral Inc et la société Bio Holdings à verser à la société Macopharma la somme de 10 000 euros, à la société Allianz et à la société Hdi Global, la somme de 5 000 euros chacune, en application de l'article 700 du code de procédure civile.

Dispositif

PAR CES MOTIFS

Constate l'absence de demande de la société Biocoral Inc et la société Bio Holdings sur le fondement de l'article L.442-6, 5,1° du code de commerce,

Infirme le jugement sauf en ce qu'il a déclaré recevables les demandes de la société Biocoral Inc, sur les frais irrépétibles et sur les dépens,

Statuant à nouveau,

Dit que la société Bio Holdings a un intérêt à agir et déclare ses demandes recevables,

Déboute la société Macopharma de sa demande fondée sur l'article 1699 du code civil,

Déboute la société Biocoral Inc et la société Bio Holdings de leurs demandes de dommages et intérêts fondées sur le défaut de conformité, sur la rupture de l'engagement contractuel et sur la rupture de pourparlers,

Déboute la société Biocoral Inc et la société Bio Holdings de leur demande en paiement des factures,

Déclare sans objet les demandes à l'encontre de la société Hdi Global et de la SA Allianz,

Déboute la société Macopharma et la société Hdi Global de leur demande de dommages et intérêts pour procédure abusive, en première instance et en appel pour la société Macopharma,

Dit n'y avoir lieu au prononcé d'une amende civile,

Condamne la société Biocoral Inc et la société Bio Holdings à payer à la société Macopharma la somme de 10 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne la société Biocoral Inc et la société Bio Holdings à payer à la société Hdi Global la somme de 5 000 eurs et à la SA Allianz, la somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

Rejette toute autre demande,

Condamne la société Biocoral Inc et la société Bio Holdings aux dépens d'appel qui pourront être recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Le GreffierLe Président

S. HurtrelM.A.Prigent

Décision de la Cour de cassation

Cour de cassation Chambre commerciale financière et économique 7 juillet 2020

VOIR LA DÉCISION 

Les dates clés

- Cour de cassation Chambre commerciale financière et économique 07-07-2020
- Cour d'appel de Douai 21 22-02-2018