

9 octobre 2012

Cour de cassation

Pourvoi n° 11-20.725

Chambre commerciale financière et économique

ECLI:FR:CCASS:2012:CO00995

Texte de la décision

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Beaufour Ipsen Pharma (la société Ipsen) commercialise un médicament dénommé "Tanakan", produit à partir d'extrait de feuilles de ginkgo biloba ; qu'en juin 2007, la société Merck génériques, devenue la société Mylan, spécialisée dans la fabrication et la commercialisation de médicaments génériques, a mis sur le marché un médicament appelé "Vitalogink" élaboré, lui aussi, à partir de ginkgo biloba et susceptible d'être prescrit dans les mêmes conditions que le "Tanakan" ; que la société Ipsen ayant observé qu'au moment de la mise sur le marché du "Vitalogink", les ventes de "Tanakan" étaient significativement inférieures aux prescriptions de celui-ci, a fait procéder à des investigations auprès des officines de pharmacie, lesquelles lui ont permis de constater que les prescriptions de ce médicament avaient donné lieu à des ventes de "Vitalogink" par substitution ; que soutenant que ces substitutions résultaient d'actes de concurrence déloyale et de parasitisme commis par la société Merck génériques, la société Ipsen l'a fait assigner en réparation ;

Sur le premier moyen, pris en ses première, deuxième et cinquième branches :

Attendu que la société Mylan venant aux droits de la société Merck génériques fait grief à l'arrêt de dire que celle-ci a commis des actes de concurrence déloyale et de parasitisme et de la condamner en conséquence à réparer le préjudice en résultant pour la société Ipsen alors, selon le moyen :

1°/ que pour être qualifiée de trompeuse, une publicité ou une pratique commerciale doit, non seulement être de nature à induire en erreur la ou les personnes auxquelles elle s'adresse, mais aussi avoir une incidence sur le comportement économique de celles-ci, ce qui implique que la décision d'achat des produits promus par cette publicité, émanant d'un nombre significatif des personnes visées, a été prise, au vu de celle-ci, dans l'ignorance de certains éléments ou dans la croyance erronée en d'autres éléments qui, s'ils avaient été connus ou avérés, auraient fait renoncer ce nombre significatif de personnes à sa décision d'achat ; qu'en l'espèce, s'il résulte des constatations de l'arrêt que des prescriptions médicales de "Tanakan" ont donné lieu à des substitutions illicites par les pharmaciens d'officines du "Vitalogink" à ce médicament, à aucun moment la cour d'appel n'a fait ressortir que ces substitutions ont été opérées par les pharmaciens, professionnels avertis, en raison des publicités et pratiques commerciales imputées à faute à la société Merck génériques devenue Mylan et dans la croyance erronée que le "Vitalogink" était inscrit au répertoire des

génériques, ce en quoi l'arrêt est privé de base légale au regard des articles L. 21-1 du code de la consommation, L. 5122-2 du code de la santé publique, ensemble de l'article 1382 du code civil, violés ;

2°/ qu'en ne recherchant pas, comme elle y était pourtant invitée, si la non-inscription au répertoire des médicaments génériques du "Vitalogink", son prix certes inférieur à celui du "Tanakan", mais de beaucoup supérieur à celui qui aurait été le sien s'il s'était agi d'un médicament générique, ou encore son conditionnement, exempt de la mention «ce médicament remplace (...)», d'usage lorsqu'il s'agit d'un médicament générique, n'était pas de nature à rendre impossible toute confusion, dans l'esprit des professionnels acheteurs que sont nécessairement les pharmaciens d'officines, entre le "Vitalogink" et un médicament générique, la cour d'appel prive de nouveau sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du code civil violés et des principes qui gouvernent la concurrence déloyale ;

3°/ que s'agissant de la commercialisation d'une nouvelle spécialité pharmaceutique, équivalente et ou interchangeable avec une spécialité déjà ancrée sur le marché totalement dominé par Ipsen, ne constituent pas des actes de parasitisme prohibés les pratiques commerciales ayant pour objet, non d'exploiter la notoriété d'une marque, mais de fournir aux pharmaciens et professionnels de santé concernés l'information pertinente indispensable pour un médicament également en vente libre, à l'instauration d'une concurrence effective sur le marché en cause laquelle ne pouvait être que bénéfique pour les patients, la sécurité sociale, ensemble les autorités de santé publique eu égard à un écart de prix substantiel voulu par lesdites autorités ; que sous cet angle également, la cour d'appel ne pouvait se dispenser de rechercher si le "Vitalogink" ne constituait pas un équivalent thérapeutique du "Tanakan" et d'apprécier la licéité des prétendus actes de parasitisme et de concurrence déloyale imputées à la société Merck génériques, devenue Mylan, au regard de cette totale équivalence, en tenant compte d'objectifs spécifiques d'intérêt général qui gouvernent la matière, objectifs spécifiques radicalement différents d'un produit générique, d'où il suit que l'arrêt n'est pas légalement justifié au regard de l'article 1382 du code civil, violé, la référence à un contrat de coopération parfaitement licite, étant inopérante ;

Mais attendu qu'après avoir énoncé qu'il résulte de l'article L. 5125-23 du code de la santé publique qu'un pharmacien ne peut délivrer un médicament ou produit autre que celui qui a été prescrit ou ayant une dénomination commune différente de la dénomination commune prescrite qu'avec l'accord exprès et préalable du prescripteur, sauf en cas d'urgence et dans l'intérêt du patient, et à l'exception de la possibilité de substitution des médicaments génériques aux médicaments princeps initialement prescrits, l'arrêt relève que la société Merck génériques ne justifie d'aucun investissement auprès des médecins, ni auprès des particuliers, pour faire connaître le "Vitalogink" avant son lancement sur le marché et constate que les ventes de celui-ci ne sont résultées que de substitutions dans le cas de prescriptions de "Tanakan", alors que ces deux produits étaient des médicaments de marque ou de référence dits princeps et ne pouvaient être substitués ; que l'arrêt relève encore qu'au moment du lancement de son produit, la société Merck génériques n'en a effectué la promotion qu'auprès des pharmaciens, par des publicités comparatives limitées au prix, ce qui, selon les recommandations de l'agence française de sécurité sanitaire des produits de santé, doit être réservé aux médicaments génériques, et mettant en avant une économie de 19 % dans le coût du traitement journalier, ce qui ne pouvait que renvoyer au "Tanakan", seul médicament équivalent sur le marché dont le prix était supérieur dans cette proportion ; que l'arrêt ajoute que cette publicité était accompagnée d'une proposition faite aux pharmaciens de signer avec la société Merck génériques un contrat de coopération commerciale pour la promotion des médicaments génériques, présenté comme applicable au "Vitalogink" ; qu'il relève enfin que ce médicament était commercialisé dans un conditionnement similaire à celui des génériques ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations, dont il résulte que la société Merck génériques a, par la mise en oeuvre de plusieurs procédés, suscité dans l'esprit des pharmaciens la croyance erronée que le "Vitalogink" était un médicament générique du "Tanakan", ce qui les a conduits à substituer le premier au second lorsque celui-ci était prescrit par les médecins alors même qu'une telle substitution leur était interdite, la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir le caractère déloyal des pratiques commerciales de la société Merck génériques, a, sans avoir à procéder aux recherches visées aux deuxième et troisième branches du moyen, que ses constatations rendaient inopérantes, légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société Mylan venant aux droits de la société Merck génériques fait grief à l'arrêt de dire que les comportements fautifs de celle-ci ont occasionné à la société Ipsen un préjudice de 17 071 374 euros et de la condamner à verser à celle-ci cette même somme à titre de dommages-intérêts alors, selon le moyen :

1°/ qu'il appartient à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur le lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité et le préjudice réparé ; qu'en l'espèce, les motifs de l'arrêt enseignent que le préjudice tel qu'indemnisé couvre toute la période comprise entre juin 2007 et le 31 mai 2009, cependant que les actes de parasitisme et de concurrence déloyale imputés à la société Ipsen n'ont été constatés qu'au cours de l'année 2007, correspondant aux tous premiers mois de commercialisation du «Vitalogink» ; qu'il appert également de l'arrêt que le préjudice a été fixé à hauteur de l'intégralité de la perte de marges subie par la société Ipsen au titre de la totalité des substitutions illicites constatées sur la période de juin 2007 au 31 mai 2009, représentant environ 75 % du volume des ventes du «Vitalogink» ; que de tels motifs sont radicalement insuffisants pour caractériser que la totalité des substitutions constatées sur la période considérée sont rattachées par un lien de causalité direct et certains aux agissements imputés à la société Merck génériques, devenue Mylan, d'où il suit que l'arrêt n'est pas légalement justifié au regard de l'article 1382 du code civil, ensemble du principe de la réparation intégrale ;

2°/ qu'il est constant que les deux médicaments en cause sont équivalents, qu'ils sont en vente libre dans les pharmacies, que c'est par arrêtés des 15 mai et 19 juin 2007 que le prix du "Vitalogink" a été fixé à un montant inférieur de 19 à celui du "Tanakan" ; que ces données convergentes constatées par la cour d'appel et invoquées par la société Mylan avaient nécessairement une incidence sur un rééquilibrage nécessaire d'un marché qui jusqu'en 2007 était totalement dominé par Ipsen ; qu'en affirmant que le marché des médicaments à base d'extraits de ginkgo biloba est extrêmement porteur en France et représente un chiffre annuel d'environ 100 millions d'euros, marché sur lequel la société Ipsen occupe plus de 80 % des parts de marché et ce grâce au "Tanakan" pour fixer à 17 071 374 euros le montant du préjudice en se fondant sur l'attestation d'Ipsen faisant état de la marge qu'aurait réalisée Ipsen si cette société avait vendu les volumes de "Tanakan" prescrits pendant la période litigieuse, la cour d'appel ne justifie pas légalement son arrêt au regard de l'article 1382 du code civil, ensemble au regard du principe de la réparation intégrale ;

3°/ que les deux produits en cause étant équivalents, libres à la vente et pouvant l'un et l'autre être prescrit par des médecins notamment sur la durée retenue par la cour d'appel à savoir juin 2007 au 31 mai 2009, celle-ci en réparant comme elle l'a fait le préjudice allégué fait comme si Mylan s'était rendue coupable de faits de contrefaçons ; que tel n'était pas le cas en sorte que le préjudice réparable ne pouvait être caractérisé que par une perte de marché directement liée au comportement de Mylan vis-à-vis des pharmaciens d'officines ; que cette perte sur un marché devenu concurrentiel en l'état de deux produits équivalents ne pouvait être égale à l'intégralité de la perte de marge réalisée si Ipsen avait vendu l'intégralité des volumes "Tanakan" prescrits, d'où la violation du texte et du principe cité au précédent élément de moyen ;

4°/ que la cour d'appel ne pouvait, sauf à se contredire retenir d'abord, pour évaluer comme elle l'a fait le préjudice subi par la société Ipsen, «que le marché des médicaments à base de ginkgo biloba est extrêmement porteur en France et représente un chiffre d'affaires annuel d'environ 100 millions d'euros, marché sur lequel la société Ipsen occupe plus de 80 % de parts du marché français» et démentir quelques paragraphes plus loin ces mêmes chiffres, au moment d'apprécier le bien-fondé des demandes reconventionnelles de la société Mylan, en retenant «que la société Mylan qui mentionne que la société Ipsen détiendrait 80 % des parts du marché de ginkgo biloba ne justifie ce chiffre par aucun élément pertinent et par ailleurs ne précise pas cette donnée en termes de chiffre d'affaires », qu'ainsi l'arrêt méconnaît les exigences de l'article 455 du code de procédure civile, ensemble celles de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, violés ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt relève que la société Ipsen a fourni, pour la période de juin 2007 au 31 mai 2009, des données chiffrées émanant d'une société d'études qui démontrent qu'environ 75 % du volume des ventes de "Vitalogink" ont été commercialisés en violation des règles du code de la santé publique interdisant la substitution, ainsi qu'une attestation de son commissaire aux comptes précisant quelle marge elle aurait réalisée si elle avait vendu les volumes de "Tanakan" prescrits ; qu'en l'état de ces constatations, dont il ressort que le préjudice indemnisé concernait les ventes de "Vitalogink", intervenues pendant la période écoulée entre juin 2007 et le 31 mai 2009, qui résultaient des pratiques déloyales mises en œuvre par la société Merck génériques, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à la recherche inopérante visée par la deuxième branche et qui n'a pas statué comme si le dommage résultait d'une contrefaçon, a légalement justifié sa décision ;

Et attendu, en second lieu, que le motif critiqué par la quatrième branche comme étant le second terme de la contradiction de motifs alléguée étant surabondant, le grief est inopérant ;

D'où il suit que le moyen, qui ne peut être accueilli en ses deuxième et quatrième branches, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le quatrième moyen :

Attendu que la société Mylan venant aux droits de la société Merck génériques fait grief à l'arrêt de rejeter les demandes reconventionnelles de celle-ci tendant à la condamnation de la société Ipsen à lui payer une certaine somme à titre de dommages-intérêts ainsi qu'à adresser aux pharmaciens concernés une lettre rectificative alors, selon le moyen :

1°/ que les motifs de l'arrêt attaqué enseignent que, pour rejeter le grief de dénigrement, la cour d'appel se fonde sur l'illicéité des actes imputés à la société Merck génériques, devenue Mylan, et en déduit que la société Ipsen avait pu légitimement vouloir s'en prémunir en agissant comme elle l'avait fait auprès des pharmaciens en cause ; qu'il s'ensuit que le rejet des demandes reconventionnelles de la société Mylan est lié par un lien de dépendance nécessaire au chef ayant reconnu coupable la société Merck génériques, devenue Mylan, d'actes de concurrence déloyale et de parasitisme ; que dès lors, la cassation à intervenir sur la base du premier moyen de cassation ne pourra qu'entraîner l'annulation, par voie de conséquence, du chef du dispositif ayant rejeté les demandes reconventionnelles de l'intimée, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2°/ que la cour d'appel ne pouvait, sauf à se contredire, écarter le grief d'abus de position dominante au motif notamment que "la société Mylan qui mentionne que la société Ipsen détiendrait 80 % des parts du marché de ginkgo biloba ne justifie ce chiffre par aucun élément pertinent et par ailleurs ne précise pas cette donnée en termes de chiffre d'affaires", après avoir elle-même relevé quelques paragraphes plus hauts, pour justifier la condamnation prononcée à l'encontre de la société Merck génériques, devenue Mylan, "que le marché des médicaments à base d'extrait de ginkgo biloba est extrêmement porteur en France et représente un chiffre d'affaires annuel d'environ 100 millions d'euros, marché sur lequel la société Ipsen Beaufour occupe plus de 80 % de parts du marché français", d'où la méconnaissance de ce que postulent l'article 455 du code de procédure civile, ensemble de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, violés ;

Mais attendu, d'une part, que le rejet du premier moyen rend le premier grief sans objet ;

Et attendu, d'autre part, que, par un motif non critiqué, l'arrêt retient que la société Mylan n'établit pas que la société Ipsen se serait livrée à des pratiques abusives et qu'elle aurait cherché à fausser le jeu de la concurrence sur le marché

des produits dérivés du ginkgo biloba ; que, par ce seul motif, abstraction faite de celui, surabondant, relatif à l'absence de preuve de la position dominante de la société Ipsen, critiqué par la seconde branche, la décision se trouve justifiée ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses branches ;

Et sur le premier moyen, pris en ses troisième et quatrième branches :

Attendu que ce moyen ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais sur le troisième moyen :

Vu l'article 1382 du code civil ;

Attendu que le préjudice doit être réparé dans son intégralité, sans perte ni profit pour aucune des parties ; que les juges qui ordonnent la publication d'une décision de condamnation civile sont tenus d'en préciser le coût maximum ;

Attendu que l'arrêt ordonne la publication de son dispositif dans trois revues spécialisées, le Quotidien du médecin, le Quotidien du pharmacien et Pharmaceutiques, ainsi que dans le quotidien national Les Echos dans le mois du prononcé de l'arrêt, sans déterminer le coût maximum de ces publications ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais en ses seules dispositions relatives à la publication de la décision, l'arrêt rendu le 28 avril 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Laisse à chacune des parties les dépens afférents à son pourvoi ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du neuf octobre deux mille douze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par Me Blondel, avocat aux Conseils, pour la société Mylan

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir dit que la société Mylan venant aux droits de Merck Génériques avait commis des actes de concurrence déloyale et de parasitisme et de l'avoir, en conséquence, condamnée à réparer le préjudice supposé en résulter pour la société Ipsen Pharma à hauteur de la somme de 17.071.374 euros, outre à la publication de la décision par voie de presse ;

AUX MOTIFS QUE les parties ne contestent plus que le « Vitalogink® » n'est pas le générique du « Tanakan® » mais que c'est un médicament princeps qui a bénéficié d'une autorisation de mise sur le marché comme le « Tanakan® » ; que si la société Mylan le présente comme « équivalent » du « Tanakan® », il convient de relever que le Code de la santé publique distingue deux catégories de médicaments, d'une part les spécialités aussi dénommées princeps, d'autre part les génériques ; que, dans cette distinction, découlent des régimes différents notamment en termes de substitution et de fixation de prix ; que le « Tanakan® » et le « Vitalogink® » étant des médicaments de marque ou de référence dits « princeps », le pharmacien a l'obligation de les délivrer au malade lorsqu'ils sont prescrits par le médecin, sauf dans des conditions strictement définies par les textes au nombre desquelles figure le droit de substituer à la spécialité prescrite un « médicament générique » du même groupe de produits ; que la substitution d'un médicament par un autre est expressément prévue par l'article L.5125-23 du Code de la santé publique qui dispose que le « pharmacien ne peut délivrer un médicament ou produit autre que celui qui a été prescrit ou ayant une dénomination commune différente de la dénomination commune prescrite qu'avec l'accord exprès préalable du prescripteur, sauf en cas d'urgence et dans l'intérêt du patient » ; qu'à ce droit de substitution liée à une situation d'urgence a été ajouté le mécanisme de la substitution générique qui a pour objet de remplacer la délivrance du produit princeps initialement prescrit par un générique, qu'à cet effet il existe un répertoire des génériques, régulièrement mis à jour ; que durant les trois premiers mois de la commercialisation du « Vitalogink® », il a été enregistré 240.000 prescriptions de « Tanakan® » auquel a été substitué le « Vitalogink® » alors que ce dernier n'avait donné lieu qu'à 4 prescriptions médicales ; que ces chiffres démontrent que le « Vitalogink® » était alors méconnu du milieu médical ; que la société Mylan ne justifie d'ailleurs d'aucun investissement auprès des médecins pour le faire connaître avant son lancement sur le marché ; que si la société Mylan fait valoir que le « Vitalogink® » peut être acheté librement, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un médicament ; que sa principale source de vente est donc bien en premier lieu la prescription médicale ; que si elle prétend avoir réalisé des investissements importants pour présenter son produit auprès des médecins généralistes soit une somme de 1.627.935 euros engagée de juillet 2007 à juin 2008, il convient de relever que ceux-ci sont postérieurs au début de la commercialisation dans les officines intervenue en juin 2007 alors qu'il s'agissait d'un produit nouveau, jusque-là méconnu des médecins prescripteurs et qui, habitués à prescrire le « Tanakan® », n'avaient pas été sensibilisés au bénéfice susceptible de résulter pour les patients de cette nouvelle spécialité ; qu'alors le taux de prescription médicale est quasiment nul, en revanche la délivrance de cette nouvelle spécialité par les officines a été considérable ce qui démontre que l'origine de ces ventes réside dans des actes de substitution ; que les investigations effectuées par les Laboratoires Ipsen sous forme de questionnaires adressés à 137 pharmaciens confirment seulement que ceux-ci ont procédé à des substitutions et si en tant que professionnels de la santé, ils ont pu engager leur responsabilité, celle-ci n'exclut pas l'existence de comportements fautifs de la société Merck Génériques ; qu'aucun élément ne conduit à écarter les réponses à ces questionnaires qui ne permettent pas de conclure que le « Vitalogink® » a été présenté par les délégués médicaux comme étant un générique, mais seulement qu'une confusion a existé et s'est effectivement traduite par les substitutions ; qu'il convient de relever que la société Merck Génériques a organisé le lancement de sa spécialité en ciblant les distributeurs, négligeant toute promotion préalable auprès des médecins, normalement les premiers intéressés par la commercialisation d'un nouveau médicament et dont l'information sur les caractéristiques de celui-ci en

termes d'efficacité thérapeutique est essentielle ; que la société Merck Génériques ne justifie d'aucune information portant sur les qualités du «Vitalogink® » permettant de le distinguer du «Tanakan®», ni d'investissement pour assurer sa pénétration sur le marché comme médicament donnant lieu à prescriptions par les médecins que les investissements réalisés par la société Merck Génériques ont eu pour objectif de présenter aux pharmaciens les avantages financiers du «Vitalogink® » ; qu'ainsi elle a procédé à des publicités comparatives par l'envoi de mailings aux pharmaciens présentant les gains en marge par boîte vendue et de la fiche posologique remise aux médecins prescripteurs, faisant état «d'une économie de 19 %» dans le coût du traitement journalier ; que par arrêtés publiés par le Journal officiel des 15 mai et 19 juin 2007, le prix du « Vitalogink® » a été fixé à un montant inférieur de 19 % à celui du «Tanakan® », cette publicité permettant dès lors d'identifier le produit «Tanakan® » comme étant le concurrent visé, cette indication du coût du traitement constituant une référence implicite au seul médicament concurrent identifiable comme étant le « Tanakan® » ; que cette publicité ne comportait qu'une comparaison en termes de prix sans porter sur les caractéristiques essentielles et vérifiables du « Vitalogink® », sans aucune référence aux critères d'efficacité et de sécurité ; que les recommandations de l'agence française de sécurité sanitaire des produits de santé AFSSAPS précisent qu'en matière de publicités comparatives pour des médicaments princeps, la comparaison ne peut se limiter aux seuls prix, admettant une telle limitation lorsque la comparaison porte sur un générique et son princeps ou sur des génériques du même groupe ; qu'elle précise que « au minimum doivent figurer les critères d'efficacité et de sécurité d'emploi (éléments du rapport bénéfice/risque) mais peuvent aussi figurer des critères ayant un intérêt pour le praticien : posologie, durée de traitement, interactions, acceptabilité... » ; qu'il importe peu en conséquence, que les deux princeps aient le même résumé des caractéristiques du produit dès lors que la société Merck Génériques a fait l'économie de les rappeler pour cibler son produit en termes purement financiers ; que la publicité litigieuse mentionne également un « gain de X euros » de marge par boîte vendue par le pharmacien, à l'occasion de la mise en oeuvre d'un contrat de coopération commerciale proposé par la société Merck Génériques ; que le préambule de ces conventions de coopération dispose que : « Merck Génériques est un laboratoire spécialisé dans la fabrication et la distribution de spécialités pharmaceutiques génériques qui souhaite renforcer sa démarche de qualité auprès du grand public en dynamisant l'image du médicament générique et en communiquant largement sur la valeur de celui-ci, la pharmacie est une pharmacie d'officines qui reconnaît l'efficacité du médicament générique qui soutient la politique générale de maîtrise des dépenses de santé et qui souhaite donc promouvoir par l'intermédiaire d'actions ciblées, la commercialisation des médicaments génériques auprès du grand public » ; « Merck Génériques et la pharmacie se sont rapprochées afin de mettre en place un système de valorisation des produits Merck Génériques fondé sur des outils de coopération commerciale performants au sein de l'officine à l'occasion de la revente au consommateur final desdits produits facturés par Merck Génériques » ; que ces dispositions démontrent clairement que le contrat de coopération avait pour seul objet la promotion des génériques ; que dès lors en associant un gain sur le « Vitalogink® » à un contrat de promotion exclusif des produits génériques, la publicité est mensongère ; que l'article 2 stipule que les prestations de coopération commerciales s'entendent de la mise en place effective du kit dans l'officine pour la durée du contrat, installation faite par une société RNP, choisie par la société Merck Génériques ; que celle-ci reconnaît que les supports promotionnels de coopération commerciale incorporaient le « Vitalogink® » ; que cet élément associé à l'utilisation d'un conditionnement similaire à celui utilisé pour les génériques était de nature à entretenir une confusion ; que s'agissant de médicaments en référence, la mise en place d'actions de nature à stimuler ou à faciliter leur revente était dépourvue de tout intérêt dans la mesure où le pharmacien est légalement tenu de délivrer la spécialité prescrite sans pouvoir en délivrer une dont la publicité auprès des patients est interdite ; qu'au titre des conventions de référencement Merck s'engageait à verser 15 % à la pharmacie du prix unitaire net de chaque produit facturé à la pharmacie ; que le prix des médicaments est réglementé ; que la loi de finances de la Sécurité Sociale pour 1999 a introduit une différence des taux des remises autorisées destinés à favoriser les génériques, portant à 10,74 % du prix le plafond des remises et autres avantages commerciaux sur les génériques contre 2,5 % pour les princeps ; que l'arrêt du 12 février 2004 a modifié les marges de distribution jusque-là identiques pour les génériques et les princeps en mettant en place un taux dégressif, la marge étant d'autant plus importante que le prix est bas ; qu'il s'ensuit que la société Merck Génériques ne pouvait pas associer dans un contrat de référencement avec des stipulations identiques un médicament princeps et un générique ; que la société Merck Génériques a volontairement entretenu une confusion dans la mise en oeuvre d'un cadre juridique et d'une présentation matérielle, assimilant un médicament princeps à un générique ; que l'existence d'un générique supposant cette existence d'un princeps, cette politique commerciale a conduit à placer le « Vitalogink® » dans le sillage du « Tanakan® », celui-ci n'ayant pas de générique et à laisser croire qu'il constituait son générique ou pouvait lui être substitué contrairement aux règles en vigueur, les deux produits ayant les mêmes bases et poursuivant la même finalité thérapeutique ; que de plus la société Merck Génériques, en adoptant une politique commerciale qui avait pour

conséquence d'aligner les avantages financiers des pharmaciens à l'occasion des ventes du « Vitalogink® » sur celle octroyée en cas de vente de génériques, sous le couvert d'un contrat de coopération visant exclusivement la promotion des génériques, en enfreignant délibérément les règles de fixation des prix, a adopté un comportement déloyal, mettant les pharmaciens en situation de supposer qu'ils pouvaient adopter des conditions de délivrance spécifiques à un médicament ayant sur le marché un générique et de croire qu'ils pouvaient substituer le « Vitalogink® » au Tanakan® ; qu'en se plaçant ainsi dans le sillage du « Tanakan® », bénéficiant de sa notoriété et incitant les officines à dévoyer leurs prescriptions dont ce dernier faisait l'objet, la société Merck Génériques a commis des agissements parasitaires constitutifs de concurrence déloyale ;

ALORS QUE D'UNE PART pour être qualifiée de trompeuse, une publicité ou une pratique commerciale doit, non seulement être de nature à induire en erreur la ou les personnes auxquelles elle s'adresse, mais aussi avoir une incidence sur le comportement économique de celles-ci, ce qui implique que la décision d'achat des produits promus par cette publicité, émanant d'un nombre significatif des personnes visées, a été prise, au vu de celle-ci, dans l'ignorance de certains éléments ou dans la croyance erronée en d'autres éléments qui, s'ils avaient été connus ou avérés, auraient fait renoncer ce nombre significatif de personnes à sa décision d'achat ; qu'en l'espèce, s'il résulte des constatations de l'arrêt que des prescriptions médicales de « Tanakan® » ont donné lieu à des substitutions illicites par les pharmaciens d'officines du « Vitalogink® » à ce médicament, à aucun moment la Cour ne fait ressortir que ces substitutions ont été opérées par les pharmaciens, professionnels avertis, en raison des publicités et pratiques commerciales imputées à faute à la société Merck Génériques devenue Mylan et dans la croyance erronée que le « Vitalogink® » était inscrit au répertoire des génériques, ce en quoi l'arrêt est privé de base légale au regard des articles L.121-1 du Code de la consommation, L.5122-2 du Code de la santé publique, ensemble de l'article 1382 du Code civil, violés ;

ALORS QUE, D'AUTRE PART, et en tout état de cause, en ne recherchant pas, comme elle y était pourtant invitée (cf. les conclusions récapitulatives de la société Mylan p. 12, paragraphe n° 21, p. 17 et suivantes, paragraphes n° 34 et suivants, spéc. n° 36), si la non-inscription au répertoire des médicaments génériques du « Vitalogink® », son prix certes inférieur à celui du « Tanakan® », mais de beaucoup supérieur à celui qui aurait été le sien s'il s'était agi d'un médicament générique, ou encore son conditionnement, exempt de la mention « ce médicament remplace (...) », d'usage lorsqu'il s'agit d'un médicament générique, n'était pas de nature à rendre impossible toute confusion, dans l'esprit des professionnels acheteurs que sont nécessairement les pharmaciens d'officines, entre le « Vitalogink® » et un médicament générique, la Cour prive de nouveau sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil violés et des principes qui gouvernent la concurrence déloyale ;

ALORS QUE, DE TROISIEME PART, le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ; que pour retenir que la société Merck Génériques, devenue Mylan, s'était rendue coupable de publicité comparative illicite, comme ne portant que sur le prix et les avantages financiers du « Vitalogink® » par rapport au « Tanakan® », implicitement visés, la Cour se réfère exclusivement aux recommandations en la matière de l'Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé (ASSAPS), lesquelles sont dépourvues de tout caractère normatif, qu'ainsi la Cour méconnaît son office au regard de l'article 12 du Code de procédure civile, violé ;

ALORS QUE DE QUATRIEME PART, même en matière de médicaments, n'est pas illicite la publicité qui se borne à comparer les prix auxquels sont respectivement vendus deux produits équivalents et substituables, en l'occurrence deux spécialités pharmaceutiques interchangeables sur le plan thérapeutique ; qu'en reprochant néanmoins à la société Merck Génériques, devenue Mylan, d'avoir diffusé une publicité ciblée sur la seule comparaison des prix et avantages financiers respectifs du « Tanakan® » et du « Vitalogink® », sans avoir préalablement recherché, comme elle y était invitée, si ces deux spécialités n'étaient pas équivalentes et/ou interchangeables, de sorte que la comparaison ne pouvait utilement porter que sur leurs seuls prix respectifs (cf. les conclusions récapitulatives de la société Mylan, p. 23 et 24, spéc. § 45 in fine), la Cour ne justifie pas légalement sa décision au regard de l'article L 121-8 du Code de la consommation, ensemble de l'article 1382 du Code civil ;

ET ALORS ENFIN QUE s'agissant de la commercialisation d'une nouvelle spécialité pharmaceutique, équivalente et ou interchangeable avec une spécialité déjà ancrée sur le marché totalement dominé par Ipsen Pharma, ne constitue pas des actes de parasitisme prohibés les pratiques commerciales ayant pour objet, non d'exploiter la notoriété d'une marque, mais de fournir aux pharmaciens et professionnels de santé concernés l'information pertinente indispensable pour un médicament également en vente libre, à l'instauration d'une concurrence effective sur le marché en cause laquelle ne pouvait être que bénéfique pour les patients, la sécurité sociale, ensemble les autorités de santé publique eu égard à un écart de prix substantiel voulu par lesdites autorités ; que sous cet angle également, la Cour ne pouvait se dispenser de rechercher si le « Vitalogink® » ne constituait pas un équivalent thérapeutique du « Tanakan® » et d'apprécier la licéité des prétendus actes de parasitisme et de concurrence déloyale imputées à la société Merck Génériques, devenue Mylan, au regard de cette totale équivalence, en tenant compte d'objectifs spécifiques d'intérêt général qui gouvernent la matière, objectifs spécifiques radicalement différents d'un produit générique, d'où il suit que l'arrêt n'est pas légalement justifié au regard de l'article 1382 du Code civil, violé, la référence à un contrat de coopération parfaitement licite, étant inopérante.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION :

Il est reproché à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir dit que les comportements fautifs de la société Merck Génériques, devenue Mylan, ont occasionné à la société Ipsen un préjudice de 17.071.374 euros et condamné la première à verser à la seconde cette même somme à titre de dommages et intérêts ;

AUX MOTIFS QUE la société Ipsen Pharma fait état d'un préjudice de 17.071.374 euros pour la période comprise entre le 1er juin 2007 et le 31 mai 2009 sauf à le parfaire à la date de la décision de la Cour ; que les actes de parasitisme ont été constatés au cours de l'année 2007 correspondant aux premiers mois de commercialisation du « Vitalogink® » lesquels ont abouti à une substitution massive du « Tanakan® » par le « Vitalogink® » ; que la société Ipsen Pharma fournit des données chiffrées pour la période de juin 2007 au 31 mai 2009 de la société d'études Gers qui démontrent qu'environ 75 % du volume des ventes de « Vitalogink® » est commercialisé en violation des règles du Code de la santé publique interdisant la substitution ; qu'elle verse une attestation de son commissaire aux comptes attestant de la marge réalisée si elle avait rendu les volumes de « Tanakan® » prescrits ; que la société Merck Génériques conteste ce mode de calcul au motif qu'il repose sur une situation de monopole sur la vente de ginkgo biloba alors que la société Ipsen n'a aucun droit sur ce produit ; qu'elle ne conteste pas que le marché des médicaments à base d'extraits de ginkgo biloba est extrêmement porteur en France et représente un chiffre d'affaires annuel d'environ 100 millions d'euros, marché sur lequel la société Ipsen Beaufour occupe plus de 80 % de parts du marché français et ce, grâce au « Tanakan® », admettant ainsi l'importance du préjudice subi par la société Ipsen d'autant qu'il est démontré que le phénomène de substitution a perduré ; qu'il y a lieu en conséquence d'allouer à la société Ipsen Pharma la somme de 1.071.374 euros en réparation de son préjudice ;

ET AUX MOTIFS ENCORE QUE la société Mylan qui mentionne que la société Ipsen détiendrait 80 % des parts du marché du ginkgo biloba ne justifie ce chiffre par aucun élément pertinent et par ailleurs ne précise pas cette donnée en termes de chiffre d'affaires ;

ALORS QUE, D'UNE PART, il appartient à la Cour de cassation d'exercer son contrôle sur le lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité et le préjudice réparé ; qu'en l'espèce, les motifs de l'arrêt enseignent que le préjudice tel qu'indemnisé couvre toute la période comprise entre juin 2007 et le 31 mai 2009, cependant que les actes de parasitisme et de concurrence déloyale imputés à la société Ipsen Pharma n'ont été constatés qu'au cours de l'année 2007, correspondant aux tous premiers mois de commercialisation du « Vitalogink® » ; qu'il appert également de l'arrêt que le préjudice a été fixé à hauteur de l'intégralité de la perte de marges subie par la société Ipsen au titre de la totalité des substitutions illicites constatées sur la période de juin 2007 au 31 mai 2009, représentant environ 75 % du volume des ventes du « Vitalogink® » ; que de tels motifs sont radicalement insuffisants pour caractériser que la totalité des

substitutions constatées sur la période considérée sont rattachées par un lien de causalité direct et certains aux agissements imputés à la société Merck Génériques, devenue Mylan, d'où il suit que l'arrêt n'est pas légalement justifié au regard de l'article 1382 du Code civil, ensemble du principe de la réparation intégrale ;

ALORS QUE D'AUTRE PART et en tout état de cause, il est constant que les deux médicaments en cause sont équivalents, qu'ils sont en vente libre dans les pharmacies, que c'est par arrêtés des 15 mai et 19 juin 2007 que le prix du Vitalogink® a été fixé à un montant inférieur de 19% à celui du Tanakan® ; que ces données convergentes constatées par la Cour et invoquées par la société Mylan avaient nécessairement une incidence sur un rééquilibrage nécessaire d'un marché qui jusqu'en 2007 était totalement dominé par Ipsen; qu'en affirmant que le marché des médicaments à base d'extraits de Ginkgo Biloba est extrêmement porteur en France et représente un chiffre annuel d'environ 100 millions d'euros ; marché sur lequel la société Ipsen occupe plus de 80 % des parts de marché et ce grâce au Tanakan® pour fixer à 17.071.374 euros le montant du préjudice en se fondant sur l'attestation d'Ipsen Pharma faisant état de la marge qu'aurait réalisée Ipsen si cette société avait vendu les volumes de Tanakan® prescrits pendant la période litigieuse, la Cour ne justifie pas légalement son arrêt au regard de l'article 1382 du Code civil, ensemble au regard du principe de la réparation intégrale ;

ALORS QUE DE TROISIEME PART et en toute hypothèse les deux produits en cause étant équivalents, libres à la vente et pouvant l'un et l'autre être prescrit par des médecins notamment sur la durée retenue par la Cour à savoir juin 2007 au 31 mai 2009, la Cour en réparant comme elle l'a fait le préjudice allégué fait comme si Mylan s'était rendue coupable de faits de contrefaçons ; que tel n'était pas le cas en sorte que le préjudice réparable ne pouvait être caractérisé que par une perte de marché directement liée au comportement de Mylan vis-à-vis des pharmaciens d'officines ; que cette perte sur un marché devenu concurrentiel en l'état de deux produits équivalents ne pouvait être égale à l'intégralité de la perte de marge réalisée si Ipsen avait vendu l'intégralité des volumes Tanakan® prescrits, d'où la violation du texte et du principe cité au précédent élément de moyen ;

ET ALORS ENFIN QUE, la Cour ne pouvait, sauf à se contredire retenir d'abord, pour évaluer comme elle l'a fait le préjudice subi par la société Ipsen Pharma, « que le marché des médicaments à base de ginkgo biloba est extrêmement porteur en France et représente un chiffre d'affaires annuel d'environ 100 millions d'euros, marché sur lequel la société Ipsen Beaufour occupe plus de 80 % de parts du marché français » (cf. arrêt p. 8, pénultième alinéa) et démentir quelques paragraphes plus loin ces mêmes chiffres, au moment d'apprécier le bien-fondé des demandes reconventionnelles de la société Mylan, en retenant « que la société Mylan qui mentionne que la société Ipsen Pharma détiendrait 80 % des parts du marché de ginkgo biloba ne justifie ce chiffre par aucun élément pertinent et par ailleurs ne précise pas cette donnée en termes de chiffre d'affaires» (cf. arrêt p. 9 § 7), qu'ainsi l'arrêt méconnaît les exigences de l'article 455 du Code de procédure civile, ensemble celles de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, violés.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir ordonné la publication de son dispositif dans trois revues spécialisées, le « Quotidien du médecin », le « Quotidien du pharmacien » et « Pharmaceutiques », ainsi que dans le quotidien national « Les Echos », ce dans le mois de son prononcé

AUX MOTIFS QUE les faits de parasitisme relevés touchent au domaine de la santé publique et à l'acte de prescription médicale ; que par ailleurs ils concernent l'activité d'un laboratoire de renom ayant une activité fondamentale de recherche en matière de médicaments ; qu'il y a lieu en conséquence de faire droit à sa demande de publication du dispositif dans trois revues spécialisées et dans le quotidien national « Les Echos » ;

ALORS QUE le préjudice doit être réparé dans son intégralité sans perte ni profit pour aucune des parties ; que les juges ne peuvent ordonner la publication d'une décision de justice sans fixer le coût maximum de cette mesure ; qu'en ordonnant la publication du dispositif de sa décision de condamnation dans trois journaux spécialisés et dans le quotidien national «Les Echos » sans déterminer, ou à tout le moins plafonner, le coût de cette mesure, la Cour viole l'article 1382 du Code civil, ensemble le principe de la réparation intégrale du dommage.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir débouté la société Mylan, venant aux droits de la société Merck Génériques, de ses demandes reconventionnelles tendant à la condamnation de la société Beaufour Ipsen Pharma à lui payer la somme de 1.500.000 euros à titre de dommages et intérêts, outre à adresser aux pharmaciens en cause une lettre rectificative libellée comme l'avait décidé les premiers juges ;

AUX MOTIFS QUE la société expose qu'elle a fait l'objet d'une action de dénigrement auprès des 22.500 pharmaciens français par le biais du questionnaire qui leur a été adressé par la société Ipsen afin de rechercher si les visiteurs médicaux avaient présenté le « Vitalogink® » comme un générique ; que ce questionnaire n'a été adressé qu'à un nombre limité de pharmaciens et après que la société Ipsen eut constaté l'existence d'une pratique illicite de substitution qui s'est révélée parfaitement avérée ; qu'il ne saurait être reproché à la société Ipsen la teneur d'une publication universitaire à la suite du jugement de première instance ; que si cette dernière a, après avoir interjeté appel du jugement, proposé que soit adressé un courrier signé par les deux sociétés aux pharmaciens afin de faire cesser la confusion sur le caractère substituable des deux médicaments, et si elle a manifesté son intention de saisir l'ordre des pharmaciens, il n'en résulte pas la preuve d'un dénigrement à l'encontre de la société Mylan ; que la société Mylan qui mentionne que la société Ipsen détiendrait 80 % des parts du marché du ginkgo biloba ne justifie ce chiffre par aucun élément pertinent et par ailleurs ne précise pas cette donnée en termes de chiffre d'affaires ; que de plus si elle prétend que l'attrait du public pour le ginkgo biloba implique que les spécialités contenant ce principe actif ne sont pas substituables aux autres spécialités pouvant être prescrites au nombre de 69, il s'agit d'une affirmation qui n'est corroborée par aucune analyse médicale ; qu'ainsi la société Mylan ne caractérise nullement la position dominante de la société Ipsen sur le marché du ginkgo biloba, celle-ci n'ayant fait qu'exploiter un médicament à base de ginkgo biloba, ayant pour objet le traitement des déficits pathologiques cognitifs et neurosensoriel chronique du sujet âgé alors que sont commercialisés pour le traitement de ces troubles à la fois d'autres médicaments à base de ginkgo biloba et d'autres médicaments ; qu'il n'est pas rapporté la preuve que la société Ipsen aurait abusé d'une position dominante et aurait cherché à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence ; qu'il y a lieu de rejeter les demandes de la société Mylan ;

ALORS QUE, D'UNE PART, les motifs de l'arrêt attaqué enseignent que, pour rejeter le grief de dénigrement, la Cour se fonde sur l'illicéité des actes imputés à la société Merck Génériques, devenue Mylan, et en déduit que la société Ipsen avait pu légitimement vouloir s'en prémunir en agissant comme elle l'avait fait auprès des pharmaciens en cause; qu'il s'ensuit que le rejet des demandes reconventionnelles de la société Mylan est lié par un lien de dépendance nécessaire au chef ayant reconnu coupable la société Merck Génériques, devenue Mylan d'actes de concurrence déloyale et de parasitisme ; que dès lors, la cassation à intervenir sur la base du premier moyen de cassation ne pourra qu'entraîner l'annulation, par voie de conséquence, du chef du dispositif ayant rejeté les demandes reconventionnelles de l'intimée, en application de l'article 624 du Code de procédure civile ;

ET ALORS QUE, D'AUTRE PART ET EN TOUT ETAT DE CAUSE, la Cour ne pouvait, sauf à se contredire, écarter le grief d'abus de position dominante au motif notamment que « la société MYLAN qui mentionne que la société Ipsen détiendrait 80 % des parts du marché de ginkgo biloba ne justifie ce chiffre par aucun élément pertinent et par ailleurs ne précise pas cette donnée en termes de chiffre d'affaires » (cf. arrêt p. 9, § 7), après avoir elle-même relevé quelques paragraphes plus hauts, pour justifier la condamnation prononcée à l'encontre de la société Merck Génériques, devenue

Mylan, « que le marché des médicaments à base d'extrait de ginkgo biloba est extrêmement porteur en France et représente un chiffre d'affaires annuel d'environ 100 millions d'euros, marché sur lequel la société Ipsen Beaufour occupe plus de 80 % de parts du marché français » (cf. arrêt p. 8, pénultième alinéa), d'où la méconnaissance de ce que postulent l'article 455 du Code de procédure civile, ensemble de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, violés.

Décision attaquée



Cour d'appel de paris
28 avril 2011