

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 2

ARRET DU 26 JANVIER 2024

(n°15, 31 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : 21/13081 - N° Portalis 35L7-V-B7F-CEBF7

Décisions déferées à la Cour : 1/ jugement du 28 mai 2021 - Tribunal Judiciaire de PARIS - 3ème chambre 2ème section - RG n°17/17633 - 2/ jugement rectificatif du 09 juillet 2021- Tribunal Judiciaire de PARIS - 3ème chambre 2ème section - RG n°21/07452

APPELANTES AU PRINCIPAL et INTIMEE INCIDENTES

S.A.S.U. NEO MEDICAL - représentée par sa présidente, la société NEO MEDICAL SA, sise [Adresse 11], Suisse - ayant son siège social situé

[Adresse 8]

[Adresse 8]

[Localité 4]

Immatriculée au rcs d'Annecy sous le numéro 823 474 408

Société NEO MEDICAL SA, société de droit suisse, agissant en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité au siège social situé

[Adresse 11]

[Adresse 11]

[Adresse 1]

[Localité 9]

SUISSE

Représentées par Me François TEYTAUD de l'AARPI TEYTAUD - SALEH, avocat au barreau de PARIS, toque J 125

Assistées de Me François JONQUERES plaidant pour SIMMONS & SIMMONS LLP, avocat au barreau de PARIS, toque J 031, Me Mickaël DA COSTA plaidant pour SIMMONS & SIMMONS LLP, avocat au barreau de PARIS, toque J 031

INTIMEE AU PRINCIPAL et APPELANTE INCIDENTE

S.A. SAFE, prise en la personne de son président - directeur général - administrateur, M. [W] [U], domicilié en cette qualité au siège social situé

[Adresse 7]

[Adresse 7]

[Adresse 7]

[Localité 6]

Immatriculée au rcs de Pontoise sous le numéro 520 722 646

Représentée par Me Belgin PELIT-JUMEL de la SELARLU BELGIN PELIT-JUMEL AVOCAT, avocate au barreau de PARIS,

toque D 1119

Assistée de Me Emmanuel DE MARCELLUS plaidant pour la SELARL DE MARCELLUS & DISSER, avocat au barreau de PARIS, toque A 341

INTERVENANTES VOLONTAIRES

S.E.L.A.R.L. BLERIOT ET ASSOCIES, agissant en sa qualité d'administrateur judiciaire de la S.A. SAFE

[Adresse 3]

[Localité 5]

S.E.L.A.R.L. FIDES, représentée par Me [H] [M], agissant en sa qualité de mandataire judiciaire de la S.A. SAFE

[Adresse 2]

[Localité 5]

Représentées par Me Belgin PELIT-JUMEL de la SELARLU BELGIN PELIT-JUMEL AVOCAT, avocate au barreau de PARIS, toque D 1119

Assistées de Me Emmanuel DE MARCELLUS plaidant pour la SELARL DE MARCELLUS & DISSER, avocat au barreau de PARIS, toque A 341

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 16 novembre 2023, en audience publique, devant la Cour composée de :

Mme Véronique RENARD, Présidente,

Mme Laurence LEHMANN, Conseillère,

Mme Agnès MARCADE, Conseillère,

qui en ont délibéré.

Un rapport a été présenté dans les conditions prévues par l'article 804 du code de procédure civile.

Greffier, lors des débats : Mme Karine ABELKALON

ARRET :

- contradictoire

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

- signé par Véronique RENARD, présidente de chambre, et par Carole TREJAUT, Greffière, présente lors de la mise à disposition.

Vu le jugement contradictoire rendu le 28 mai 2021 par le tribunal judiciaire de Paris, qui a :

- rejeté la demande d'annulation des revendications 1 à 13 du brevet français FR 2 990 840,

- rejeté la demande d'annulation des procès-verbaux de saisies-contrefaçon réalisées le 17 novembre 2017 dans les locaux de la Clinique [12] et les locaux de Mme [O],

- dit que les sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA, en important, distribuant et commercialisant en France des produits reproduisant les caractéristiques des revendications 1 à 5, 11 et 13 du brevet français FR 2 990 840, ont commis des actes de contrefaçon au préjudice de la société Safe Orthopaedics,

En conséquence,

- fait interdiction aux sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA d'importer et de commercialiser sur le territoire français les produits Pedicle Screw Kit référencés SC-50-35-PE, SI 00-00-00, RD-00-90-ST, RD-00-70-ST et RD-01-00-ST et ce, sous une astreinte de 1500 euros par infraction, passé un délai d'un mois à compter de la signification du jugement à intervenir,
- ordonné la destruction sous le contrôle d'un huissier de justice des produits Pedicle Screw Kit référencés SC-50-35-PE, SI 00-00-00, RD-00-90-ST, RD-00-70-ST et RD-01-00-ST aux frais des sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA restant en stock dans les locaux de la société Neo Médical SAS, et ce sous astreinte de 500 euros par jour de retard, passé un délai d'un mois suivant la signification du jugement,
- s'est réservé la liquidation des astreintes,
- ordonné la levée du scellé apposé suite aux opérations de saisie-contrefaçon en date du 17 novembre 2017 par la Selarl Officialis et la communication à la société Safe Orthopaedics, de la clé USB objet du scellé,
- ordonné aux sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA de communiquer les informations permettant de déterminer le montant exact des dommages subis par la société Safe Orthopaedics, dans un délai de 45 jours à compter de la signification du jugement à intervenir, sous astreinte de 500 euros par jour de retard, et en particulier :
 - les noms et adresses des fabricants et/ou fournisseurs des produits,
 - les bons de commande, bons de livraison, factures établis à compter du 14 décembre 2012 établissant le nombre de produits, importés, offerts à la vente, vendus, ou distribués par tout moyen en France, ainsi que leur prix d'achat et de vente, le tout certifié conforme par un expert-comptable,
 - l'état des stocks à l'expiration du délai de 30 jours suivant la signification de la présente décision,
 - le chiffre d'affaires généré par les ventes des produits contrefaisants en France depuis le 14 décembre 2012, certifié conforme par un expert-comptable,
- renvoyé les parties à la détermination amiable du préjudice économique subi par la société Safe Orthopaedics du fait des actes de contrefaçon sur la base des éléments qui seront communiqués et à défaut, par voie judiciaire après assignation,
- débouté la société Safe Orthopaedics de sa demande de publication,
- débouté la société Safe Orthopaedics de sa demande d'indemnité provisionnelle,
- débouté la société Safe Orthopaedics de sa demande de dommages et intérêts présentée au titre de la concurrence déloyale et parasitaire,
- condamné les sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA à verser à la société Safe Orthopaedics la somme de 100 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- ordonné l'exécution provisoire de la décision sauf en ce qui concerne les mesures de destruction,
- condamné les sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA aux dépens, en ce compris les frais de saisie-contrefaçon qui seront recouvrés au profit de la SELARL de Marcellus & Dissier, conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile,

Vu le jugement rendu le 9 juillet 2021 par le tribunal judiciaire de Paris qui, interprétant le jugement du 28 mai 2021 à la requête des sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA a :

- dit que le paragraphe suivant du dispositif du jugement du tribunal judiciaire de Paris en date du 28 mai 2021 :

'Fait interdiction aux sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA d'importer et de commercialiser sur le territoire français les produits Pedicle Screw kit référencés SC-50-35-PE, SI 00-00-00, RD-00-90-ST, RD-00-70-ST et RD-01-00-ST et ce, sous une astreinte de 1500 euros par infraction, passé un délai d'un mois à compter de la signification du jugement à intervenir',

est remplacé par le paragraphe suivant :

'Fait interdiction aux sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA d'importer et de commercialiser sur le territoire français les produits Pedicle Screw kit référencés SC-50-35-PE, SI 00-00-00, RD-00-90-ST, RD-00-70-ST et RD-01-00-ST dans leur composition contrefaisante et ce, sous une astreinte de 1500 euros par infraction, passé un délai d'un mois à compter de la signification du jugement à intervenir',

- dit que le reste du dispositif demeure inchangé,

- dit que mention de la présente décision sera portée en marge de la minute du jugement RG 17/17633 du 28 mai 2021 et une copie annexée,

- dit n'y avoir lieu de faire application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,

- laissé les dépens à la charge de l'Etat,

Vu l'appel interjeté le 9 juillet 2021 par la SAS Neo Médical et la SA Neo Médical de ces deux jugements,

Vu les dernières conclusions remises au greffe et notifiées par voie électronique le 4 octobre 2023 par les sociétés Neo Médical et Neo Médical SA, appelantes et intimées incidentes, qui demandent à la cour de :

A titre liminaire,

- déclarer mal fondées la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics), ainsi que la Selarl Bleriot et Associés, ès qualités d'administrateur judiciaire de la société Safe et la Selarl Fides prise en la personne de Me [M], ès-qualités de mandataire judiciaire de la société Safe, en leurs demandes de rectification des jugements en date du 28 mai 2021 et du 9 juillet 2021,

- infirmer le jugement rendu le 28 mai 2021 par le tribunal judiciaire de Paris en ce qu'il a :

- rejeté la demande d'annulation des revendications 1 à 13 du brevet français FR 2 990 840,

- rejeté la demande d'annulation des opérations de saisie-contrefaçon réalisées le 17 novembre 2017 par Me [A] dans les locaux de la clinique [12] et des opérations de saisie- contrefaçon réalisées le 17 novembre 2017 par Me [N] dans les locaux de Mme [O],

- dit que les sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA, en important, distribuant et commercialisant en France des produits reproduisant les caractéristiques des revendications 1 à 5, 11 et 13 du brevet français FR 2 990 840, ont commis

des actes de contrefaçon au préjudice de la société Safe Orthopaedics,

- fait interdiction aux sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA d'importer et de commercialiser sur le territoire français les produits Pedicle Screw Kit référencés SC-50-35-PE, SI 00-00-00, RD-00-90-ST, RD-00-70-ST et RD-01-00-ST et ce, sous une astreinte de 1500 euros par infraction, passé un délai d'un mois à compter de la signification du jugement à intervenir,

- ordonné la destruction sous le contrôle d'un huissier de justice des produits Pedicle Screw Kit référencés SC-50-35-PE, SI 00-00-00, RD-00-90-ST, RD-00-70-ST et RD-01-00-ST aux frais des sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA restant en stock dans les locaux de la société Neo Médical SAS et ce sous astreinte de 500 euros par jour de retard, passé un délai d'un mois suivant la signification du jugement,

- s'est réservé la liquidation des astreintes,

- ordonné la levée du scellé apposé suite aux opérations de saisie-contrefaçon en date du 17 novembre 2017 par la Selarl Officialis et la communication à la société Safe Orthopaedics de la clé USB objet du scellé,

- ordonné aux sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA de communiquer les informations permettant de déterminer le montant exact des dommages subis par la société Safe Orthopaedics, dans un délai de 45 jours à compter de la signification du jugement à intervenir, sous astreinte de 500 euros par jour de retard, et en particulier,

- les noms et adresses des fabricants et/ou fournisseurs des produits,

- les bons de commande, bons de livraison, factures établis à compter du 14 décembre 2012 établissant le nombre de produits importés, offerts à la vente, vendus ou distribués par tout moyen en France, ainsi que leur prix d'achat et de vente, le tout certifié conforme par un expert-comptable,

- l'état des stocks à l'expiration du délai de 30 jours suivant la signification de la présente décision,

- le chiffre d'affaires généré par les ventes des produits contrefaisants en France depuis le 14 décembre 2012, certifié conforme par un expert-comptable,

- renvoyé les parties à la détermination amiable du préjudice économique subi par la société Safe Orthopaedics du fait des actes de contrefaçon sur la base des éléments qui seront communiqués et à défaut, par voie judiciaire après assignation,

- condamné les sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA à verser à la société Safe Orthopaedics la somme de 100 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

- condamné les sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA aux dépens, en ce compris les frais de saisie-contrefaçon qui seront recouvrés au profit de la SELARL de Marcellus & Disser, conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile,

- infirmer par voie de conséquence le jugement rendu le 9 juillet 2021 par le tribunal judiciaire de Paris en ce qu'il a fait interdiction aux sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA d'importer et de commercialiser sur le territoire français les produits Pedicle Screw Kit référencés SC-50-35-PE, SI 00-00-00, RD-00-90-ST, RD-00-70-ST et RD-01-00-ST dans leur composition contrefaisante et ce, sous une astreinte de 1500 euros par infraction, passé un délai d'un mois à compter de la signification du jugement à intervenir,

Statuant à nouveau :

- annuler les revendications 1 à 13 du brevet français 2 990 840 pour défaut de nouveauté, ou, à tout le moins, défaut d'activité d'inventive,

- annuler les revendications 11 et 13 du brevet français 2 990 840 pour insuffisance de description,

Par conséquent,

- ordonner que la décision à intervenir sera transmise, une fois celle-ci devenue définitive, à l'initiative de la partie la plus diligente, à l'Institut national de la propriété industrielle aux fins d'inscription au registre national des brevets ;

- prononcer l'annulation des procès-verbaux de saisie-contrefaçon en date du 17 novembre 2017 réalisés par Me [A] dans les locaux de la clinique [12], d'une part, et Me [N] dans les locaux de Madame [O], d'autre part,

- ordonner la restitution aux sociétés Neo Médical des éléments saisis, qu'ils soient en possession de Me [N], de la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics), de ses conseils ou de toute autre personne à qui ces éléments ont été communiqués, sous astreinte de 50 euros par document non restitué et par jour de retard passé le délai d'un mois après signification de l'arrêt à intervenir,

- ordonner la destruction par la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics) des procès-verbaux de saisie-contrefaçon dressés par Me [N], d'une part, et par Me [A], d'autre part, et de l'ensemble des copies des éléments saisis, à ses frais, qui devra en justifier sans délai aux sociétés Neo Médical par constat d'huissier, sous astreinte de 50 euros par document non détruit et par jour de retard passé le délai d'un mois après signification de l'arrêt à intervenir,

- interdire à la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics) dès le jour de l'arrêt à intervenir, d'utiliser dans toute procédure française ou étrangère les documents et produits appréhendés lors des saisies-contrefaçon annulées, de même que les procès-verbaux ou toute copie qui aurait pu en être faite, et ce sous astreinte de 10 000 euros par infraction constatée,

- se réserver la liquidation des astreintes,

A titre principal,

- juger que les sociétés Neo Médical n'ont commis aucun acte de contrefaçon des revendications du brevet FR 2 990 840,

- débouter la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics) ainsi que la Selarl Bleriot et associés, ès qualités d'administrateur judiciaire de la société Safe et la Selarl Fides prise en la personne de Me [M], ès qualités de mandataire judiciaire de la société Safe, de l'ensemble de leurs demandes, fins et prétentions au titre du brevet FR 2 990 840,

A titre subsidiaire,

- limiter les mesures que la cour serait susceptible d'ordonner au kit d'instrument SI 00-00-00 dont le numéro de lot est inférieur à 2020033033,

- juger que la masse contrefaisante est limitée au kit d'instrument SI 00-00-00 dont le numéro de lot est inférieur à 2020033033,

A titre infiniment subsidiaire,

- limiter les mesures que la cour serait susceptible d'ordonner aux produits Pedicle Screw Kit référencés SC-50-35-PE, SI 00-00-00, RD-00-90-ST, RD-00-70-ST et RD-01-00-ST dans leur composition contrefaisante,
- juger que la masse contrefaisante est limitée aux produits Pedicle Screw Kit référencés SC- 50-35-PE, SI 00-00-00, RD-00-90-ST, RD-00-70-ST et RD-01-00-ST dans leur composition contrefaisante,
- confirmer le jugement rendu le 28 mai 2021 par le tribunal judiciaire de Paris en ce qu'il a :
- débouté la société Safe Orthopaedics de ses demandes au titre de la concurrence déloyale et parasitaire,
- débouté par conséquent la société de sa demande Safe Orthopaedics de dommages et intérêts présentée au titre de la concurrence déloyale et parasitaire,
- débouté la société Safe Orthopaedics de sa demande de publication,
- débouté la société Safe Orthopaedics de sa demande d'indemnité provisionnelle,

En tout état de cause :

- débouter la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics), ainsi que la Selarl Bleriot et Associés, es-qualités d'administrateur judiciaire de la société Safe, et la Selarl Fides prise en la personne de Me [M], es-qualités de mandataire judiciaire de la société Safe, de l'intégralité de leurs demandes, fins et conclusions, en ce compris les demandes formées par voie d'appel incident,
- ordonner la fixation au passif de la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics) la créance prévisionnelle de 100 000 euros, au titre du remboursement de la somme de 100 000 euros par les sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA au titre de l'article 700 du code de procédure civile dont le paiement a été ordonné par le tribunal judiciaire de Paris,
- ordonner que l'arrêt à intervenir soit publié, en intégralité, sous la forme d'un document PDF reproduisant l'intégralité de la décision et accessible à partir d'un lien hypertexte figurant sur la page d'accueil du site internet de la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics), pendant un délai de trois mois, ainsi que dans 5 journaux ou revues professionnels, français ou étranger, au choix des sociétés Neo Médical et aux frais de Safe (anciennement Safe Orthopaedics), à concurrence de 10 000 euros HT par publication,
- ordonner la fixation au passif de la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics) de la créance prévisionnelle de 250 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, dont le paiement est demandé en cause d'appel par les sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA,
- condamner la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics) aux entiers dépens d'appel, et fixer la créance au passif de la procédure collective, dont distraction au profit de Me François Teytaud,

Vu les dernières conclusions remises au greffe et notifiées par voie électronique le 17 octobre 2023 par la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics) intimée et appelante incidente et par la société Bleriot et Associés, ès-qualités d'administrateur judiciaire de la société Safe et la société Fides prise en la personne de Me [M] ès qualités de mandataire judiciaire de la société Safe, intervenantes volontaires, qui demandent à la cour de :

- donner acte à la société Safe Orthopaedics de son changement de dénomination sociale devenue la société Safe,
- déclarer recevable et bien fondée les interventions volontaires de la Selarl Bleriot et associés ès qualités d'administrateur de la SA Safe et de la Selarl Fides en la personne de Me [M], ès qualités de mandataire judiciaire de la SA

Safe désignées en ces qualités par jugement du tribunal de commerce de Pontoise en date du 4 septembre 2023,

- juger que le tribunal judiciaire de Paris a omis de statuer sur les actes de contrefaçon de la revendication 11,

En conséquence, réparer cette omission,

- juger que les sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA, en important, distribuant et commercialisant en France des produits reproduisant les caractéristiques de la revendication 11 du brevet français FR 2 990 840, ont commis également des actes de contrefaçon au préjudice de la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics),

- juger que le tribunal judiciaire de Paris a statué infra petita en limitant à certains produits nommément référencés la mesure d'interdiction faite aux sociétés Neo Médical et Neo Médical SA de commercialiser sur le territoire français les produits Pedicle Screw Kit et la mesure de destruction de ces produits,

- rectifier l'erreur matérielle qui entache le jugement du tribunal judiciaire de Paris rendu en date du 28 mai 2021 de la manière suivante :

« Dit les sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA, en important, distribuant et commercialisant en France des produits reproduisant les caractéristiques des revendications 1 à 5, 12 et 13 du brevet français FR 2 990 840, ont commis des actes de contrefaçon au préjudice de la société Safe Orthopaedics »,

- infirmer les jugements des 28 mai et 9 juillet 2021 en ce qu'ils ont limité à certains produits nommément référencés la mesure d'interdiction faite aux sociétés Neo Médical et Neo Médical SA de commercialiser sur le territoire français les produits Pedicle Screw Kit et la mesure de destruction de ces produits.

Statuant à nouveau :

- juger que pour les mesures de communication d'information, d'interdiction, de destruction et de détermination du préjudice total subi, il sera tenu compte de l'ensemble des références de kits de vis pédiculaires, soient 14 références et de l'ensemble des boîtes contenant des tiges de liaisons, soient 22 références, en plus du kit ancillaire de référence SI-00-00-00, sans se limiter aux références énumérées par le tribunal judiciaire,

- enjoindre aux sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA de communiquer l'ensemble des documents relatifs aux actes de contrefaçon, et notamment les factures, les noms et adresses des fabricants et/ou fournisseurs des produits et les bons de commande et bons de livraison établis à compter du 14 décembre 2012, pour l'ensemble des références de kits de vis pédiculaires, soient 14 références et de l'ensemble des boîtes contenant des tiges de liaisons, soient 22 références, en plus du kit ancillaire de référence SI-00-00-00, sans se limiter aux références énumérées par le tribunal judiciaire, dans un délai de 30 jours à compter de la signification de l'arrêt à intervenir, sous astreinte de 500 euros par jours de retard in solidum ;

- infirmer le jugement du 28 mai 2021 en ce qu'il a :

- débouté la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics) de sa demande de publication,

- débouté la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics) de sa demande d'indemnité provisionnelle,

- débouté la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics) de sa demande de dommages et intérêts présentée au titre de la concurrence déloyale et parasitaire,

Statuant à nouveau :

- ordonner la publication du jugement à intervenir (sic) dans 5 journaux ou magazines au choix de la société Safe

(anciennement Safe Orthopaedics), aux frais in solidum des sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA dans la limite de 7 000 euros (HT) par insertion,

- condamner, in solidum, à titre provisionnel, les sociétés Neo Médical et Neo Médical SA à payer à la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics) la somme provisionnelle de 1 800 000 euros en réparation du préjudice causé par les actes de contrefaçon ou, à titre subsidiaire de concurrence déloyale, quitte à parfaire à dire d'expert,

- juger, à titre principal, que les sociétés Neo Médical et Neo Médical SA ont également commis, des actes distincts de concurrence déloyale et parasitaire à l'encontre de la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics),

- interdire aux sociétés Neo Médical et Neo Médical SA de poursuivre les actes de concurrence déloyale et parasitaire et ce, sous une astreinte de 2 000 euros par jour de retard in solidum, passé un délai d'un mois à compter de la signification de l'arrêt à intervenir,

- condamner, in solidum, à titre provisionnel, les sociétés Neo Médical et Neo Médical SA à payer à la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics) la somme de 1 000 000 euros en réparation du préjudice causé par les actes de concurrence déloyale, quitte à parfaire à dire d'expert,

A titre subsidiaire et dans l'hypothèse où le brevet FR 2 990 840 serait déclaré nul,

- juger qu'en reproduisant les caractéristiques techniques revendiquées, les sociétés Neo Médical se sont rendues coupables de concurrence déloyale,

- condamner, in solidum, à titre provisionnel, les sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA à payer à la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics) la somme de 1 800 000 euros en réparation du préjudice causé par les actes de concurrence déloyale à titre subsidiaire, quitte à parfaire à dire d'expert,

- confirmer le jugement du 28 mai 2021 en ce qu'il a :

- rejeté la demande d'annulation des revendications 1 à 13 du brevet français FR 2 990 840,

- rejeté la demande d'annulation des procès-verbaux de saisies-contrefaçon réalisées le 17 novembre 2017 dans les locaux de la Clinique [12] et les locaux de Mme [O],

- dit que les sociétés Neo Médical et Neo Médical SA, en important, distribuant et commercialisant en France des produits reproduisant les caractéristiques des revendications 1 à 5, 12 et 13 du brevet français FR 2 990 840, ont commis des actes de contrefaçon au préjudice de la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics),

En conséquence,

- fait interdiction aux sociétés Neo Médical et Neo Médical SA d'importer et de commercialiser sur le territoire français les produits Pedicle Screw kit dans leur composition contrefaisante et ce, sous une astreinte de 1500 euros par infraction, passé un délai d'un mois à compter de la signification du jugement à intervenir,

- ordonné la destruction sous le contrôle d'un huissier de justice des produits Pedicle Screw Kit aux frais des sociétés Neo Médical et Neo Médical SA restant en stock dans les locaux de la société Neo Médical SAS, et ce sous astreinte de 500 euros par jour de retard, passé un délai d'un mois suivant la signification du jugement,

- s'est réservé la liquidation des astreintes,

- ordonné la levée du scellé apposé suite aux opérations de saisie-contrefaçon en date du 17 novembre 2017 par la SELARL Officialis et la communication à la société SAFE (anciennement Safe Orthopaedics) de la clé USB objet du scellé,
- ordonné aux sociétés Neo Médical et Neo Médical SA de communiquer les informations permettant de déterminer le montant exact des dommages subis par la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics), dans un délai de 45 jours à compter de la signification du jugement à intervenir, sous astreinte de 500 euros par jour de retard, et en particulier :
 - les noms et adresses des fabricants et/ou fournisseurs des produits,
 - les bons de commande, bons de livraison, factures établis à compter du 14 décembre 2012 établissant le nombre de produits, importés, offerts à la vente, vendus, ou distribués par tout moyen en France, ainsi que leur prix d'achat et de vente, le tout certifié conforme par un expert-comptable,
 - l'état des stocks à l'expiration du délai de 30 jours suivant la signification de la présente décision,
- le chiffre d'affaires généré par les ventes des produits contrefaisants en France depuis le 14 décembre 2012, certifié conforme par un expert-comptable,
- renvoyé les parties à la détermination amiable du préjudice économique subi par la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics) du fait des actes de contrefaçon sur la base des éléments qui seront communiqués et à défaut, par voie judiciaire après assignation,
- condamné les sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA à verser à la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics) la somme de 100 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- ordonné l'exécution provisoire de la décision à intervenir sauf en ce qui concerne les mesures de destruction,
- condamné les sociétés Neo Médical et Neo Médical SA aux dépens, en ce compris les frais de saisie-contrefaçon qui seront recouvrés au profit de la Selarl de Marcellus & Disser, conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile,
- confirmer le jugement du 9 juillet 2021 en ce qu'il a :
- dit que le paragraphe suivant du dispositif du jugement du tribunal judiciaire de Paris en date du 28 mai 2021 :

'Fait interdiction aux sociétés Neo Médical et Neo Médical SA d'importer et de commercialiser sur le territoire français les produits Pedicle Screw Kit et ce, sous une astreinte de 1500 euros par infraction, passé un délai d'un mois à compter de la signification du jugement à intervenir',

est remplacé par le paragraphe suivant :
- 'Fait interdiction aux sociétés Neo Médical et Neo Médical d'importer et de commercialiser sur le territoire français les produits Pedicle Screw Kit dans leur composition contrefaisante et ce, sous une astreinte de 1500 euros par infraction, passé un délai d'un mois à compter de la signification du jugement à intervenir',
- dit que le reste du dispositif demeure inchangé,
- dit que mention de la présente décision sera portée en marge de la minute du jugement du 28 mai 2021 et une copie

annexée,

- dit n'y avoir lieu de faire application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,

- laisse les dépens à la charge de l'Etat,

En tout état de cause :

- débouter les sociétés Neo Médical et Neo Médical SA de l'intégralité de leurs demandes, fins et conclusions, et en particulier de leurs demandes en nullité du brevet FR 2 990 840 et des opérations de saisie-contrefaçon, de restitution, de destruction, d'interdiction, de remboursement et de publication ;

- condamner in solidum les sociétés Neo Médical et Neo Médical SA à verser à la société Safe (anciennement Safe Orthopaedics), la somme supplémentaire de 100 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

- condamner les sociétés Neo Médical et Neo Médical SA aux entiers dépens, en ce compris les frais de saisie-contrefaçon et d'expertise, dont distraction au profit de la SELARL de Marcellus & Disser, représentée par Me de Marcellus, avocat au barreau de Paris, par application de l'article 699 du code de procédure civile,

Vu l'ordonnance de clôture rendue le 9 novembre 2023,

Vu les notes en délibéré ;

SUR CE,

Il est expressément renvoyé, pour un exposé complet des faits de la cause et de la procédure à la décision entreprise et aux écritures précédemment visées des parties.

La société Safe, anciennement dénommée Safe Orthopaedics, immatriculée au registre du commerce de Pontoise le 5 mars 2010, a pour activité la production et la commercialisation d'implants, instruments et équipements pour la chirurgie, la prestation de tous services se rapportant aux activités ci-dessus, l'exploitation directe ou indirecte de tous brevets d'invention, la recherche et le développement d'implants, instruments et équipements pour la chirurgie.

Elle est titulaire d'un brevet français FR 2 990 840 (ci-après le brevet FR 840) ayant pour titre « Système d'instrumentation pour la réalisation d'une intervention chirurgicale sur des vertèbres comprenant des moyens de blocage temporaire » déposé le 28 mai 2012 et délivré le 20 janvier 2017.

Elle est également titulaire d'un brevet européen EP 2 854 674, qui ne désigne pas la France, issu de la demande internationale PCT / FR 2013/051183 4, déposée le 28 mai 2013, sous priorité du brevet français FR 840 à l'encontre duquel la société Neo Médical SA a formé opposition le 2 décembre 2017. La division d'opposition de l'Office Européen des Brevets, après avoir émis un avis provisoire le 18 juillet 2019 concluant au défaut de nouveauté et d'activité inventive de la revendication 1 de ce brevet, a, suivant décision intermédiaire du 20 avril 2020, dit que l'objet de la revendication 1 et des revendications dépendantes était inventif. La société Neo Médical SA a formé un recours contre cette décision auprès de la chambre de recours de l'Office Européen des Brevets. Elle indique dans ces dernières écritures qu'à l'issue de la procédure orale qui s'est tenue le 11 mai 2023, la chambre de recours de l'Office Européen des Brevets a révoqué dans son intégralité le brevet EP 2 854 674 déposé sous priorité du brevet FR 840 pour défaut d'activité inventive, sans toutefois avoir versé aux débats cette décision de façon contradictoire, seul le procès-verbal de la procédure orale de la chambre de recours de l'Office Européen des Brevets du 11 mai 2023 ayant été régulièrement communiqué (pièces 97 des sociétés Neo Médical).

La société Safe a fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire par jugement rendu le 4 septembre 2023 par le tribunal de commerce de Pontoise. Les sociétés Néo Médical et Neo Médical SA ont déclaré une créance le 4 octobre 2023 à hauteur de la somme totale de 350 000 euros représentant 100 000 euros versés au titre des frais irrépétibles dont le paiement a été ordonné par le tribunal dans son jugement du 28 mai 2021 et 250 000 euros au titre des mêmes frais irrépétibles dont le paiement est demandé à la cour dans le cadre de l'appel.

La société Neo Médical SA est une société de droit suisse fondée en 2013, spécialisée dans le développement, la fabrication et la commercialisation de dispositifs médicaux pour la réalisation d'interventions chirurgicales en particulier sur des vertèbres.

La société Neo Médical SAS (ci-après la société Neo Médical France), immatriculée au registre du commerce et des sociétés d'Annecy le 2 décembre 2016, est chargée de la commercialisation, de la distribution, de la diffusion et de la promotion en France des produits fabriqués par la société Neo Médical SA.

Indiquant avoir découvert que les sociétés Neo Médical importaient et proposaient à la vente des produits reproduisant selon elle les caractéristiques des revendications 1 à 6 et 11 à 13 du brevet FR 840 dont elle est titulaire, et y étant précédemment autorisée par ordonnances du 20 octobre 2017, la société Safe Orthopaedics a fait pratiquer des opérations de saisie-contrefaçon le 17 novembre 2017 au sein de la clinique [12] située à [Localité 10] (95), au siège de la société Neo Médical France et chez Mme [O] présentée comme étant « country manager en équipements médicaux au sein de la société Meddbase et à ce titre assurant le back-office des sociétés Neo Médical ».

Les sociétés Neo Médical ont fait assigner la société Safe en référé pour obtenir la rétractation de ces ordonnances. Par ordonnance du 15 février 2018 confirmée par arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 25 septembre 2018, les demandes de rétractation ont été rejetées.

Par actes du 14 décembre 2017, la société Safe a fait assigner les sociétés Neo Médical et Neo Médical SA devant le tribunal judiciaire de Paris, en contrefaçon des revendications 1 à 6 et 11 à 13 du brevet FR 840 ainsi qu'en concurrence déloyale et parasitaire.

Parallèlement, par acte d'huissier en date du 22 décembre 2017, les sociétés Neo Médical ont fait assigner la société Safe en nullité du brevet FR 840.

Les deux procédures ont fait l'objet d'une jonction le 9 février 2018.

C'est dans ces conditions qu'ont été rendus les jugements dont appel.

Sur les notes en délibéré

Au préalable, et en application des dispositions de l'article 445 du code de procédure civile, il y a lieu d'écarter des débats l'ensemble des notes en délibéré et des pièces qui y sont annexées adressées à la cour par les parties après la clôture des débats sans y avoir été autorisées.

Sur les interventions volontaires de la Selarl Bleriot et associés ès qualités d'administrateur de la SA Safe et de la Selarl Fides en la personne de Me [M], ès qualités de mandataire judiciaire de la SA Safe

Les interventions volontaires de la Selarl Bleriot et associés ès qualités d'administrateur de la SA Safe et de la Selarl Fides en la personne de Me [M], ès qualités de mandataire judiciaire de la SA Safe, désignées en ces qualités par jugement du tribunal de commerce de Pontoise en date du 4 septembre 2023, qui ne font l'objet d'aucune contestation, doivent être déclarées recevables.

Sur les demandes relatives à l'omission de statuer et à l'erreur matérielle ainsi que d'infirmer le jugement en ce que le tribunal a statué *infra petita* sur les mesures d'interdiction et de destruction des produits

Faisant en premier lieu valoir que le tribunal a omis de statuer sur la contrefaçon de la revendication 11 du brevet FR 840, la société Safe demande à la cour de rectifier cette omission et en conséquence de juger que les sociétés Neo Médical ont également commis des actes de contrefaçon de la revendication 11 du brevet FR 840.

Il convient toutefois de constater, à la lecture du dispositif du jugement du 28 mai 2021, que le tribunal a statué sur contrefaçon de la revendication 11 du brevet FR 840. Il n'y a donc pas lieu de faire droit à la demande de rectification de ce chef, étant ajouté en tout état de cause que de par l'effet dévolutif de l'appel, la cour aura à se prononcer sur la contrefaçon de l'ensemble des revendications opposées par la société Safe aux sociétés Neo Médical.

La société Safe demande également à la cour de rectifier l'erreur matérielle qui entache le jugement du 28 mai 2021 en ce qu'il conviendrait de dire que « les sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA, en important, distribuant et commercialisant en France des produits reproduisant les caractéristiques des revendications 1 à 5, 12 et 13 du brevet français FR 2 990 840, ont commis des actes de contrefaçon au préjudice de la société Safe Orthopaedics ».

Toutefois, de la même manière, compte tenu de l'effet dévolutif de l'appel, la cour est saisie des chefs du jugement expressément critiqués, et notamment du chef ayant retenu la contrefaçon de la revendication 11 du brevet 840 de la façon suivante :

« Dit que les sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA, en important, distribuant et commercialisant en France des produits reproduisant les caractéristiques des revendications 1 à 5, 11 et 13 du brevet français FR 2 990 840, ont commis des actes de contrefaçon au préjudice de la société Safe Orthopaedics ».

Il n'y a donc pas lieu à rectification d'erreur matérielle.

Enfin la société Safe soutient que les premiers juges ont statué *infra petita* en limitant les mesures d'interdiction et de destruction aux produits nommément référencés SC-50-35-PE, SI 00-00-00, RD-00-90 ST, RD-00-70-ST et RD-01-00-ST, alors qu'elle ne se prévalait pas d'une telle limitation dans ses conclusions, mais sollicitait, au contraire, aux termes de

ses dernières conclusions de première instance, l'interdiction de « poursuivre les actes de contrefaçon de brevet et de concurrence déloyale ».

Cependant les premiers juges n'ont fait qu'user de leur pouvoir d'appréciation des demandes qui leur ont été présentées et la question relève également du fond du débat qui est soumis à l'appréciation de la cour dans le cadre de l'appel.

Sur la portée du brevet FR 840

Le brevet FR 840 intitulé « Système d'instrumentation pour la réalisation d'une intervention chirurgicale sur des vertèbres comprenant des moyens de blocage temporaire » concerne un kit d'instrumentation destiné notamment, mais non exclusivement, à la chirurgie d'ostéosynthèse rachidienne lombaire, thoracique, ou encore cervicale postérieure par voies chirurgicale minimalement invasive ou ouverte.

Il est indiqué dans la partie descriptive que lors de dysfonctionnements anatomiques de la colonne vertébrale, on procède à la mise en place d'ancrages osseux de type vis pédiculaires ou vertébrales dans les vertèbres reliées entre elles par des éléments de liaison de type tige ou plaque, ce qui implique l'utilisation d'un dispositif de maintien des bords de l'incision ouverts (rétracteur).

Il est rappelé que des solutions de rétracteurs sont connues de l'art antérieur mais que celles-ci, d'une part présentent l'inconvénient d'être composées de deux dispositifs distincts, ce qui occupe un volume important dans la zone chirurgicale et oblige le chirurgien soit à élargir l'incision, soit à accepter un champ de vision et de travail étroit et d'autre part, que le deuxième dispositif devant être positionné avant l'insertion des vis, celui-ci vient limiter l'angulation possible des tubes et rend donc plus difficile la visée rachidienne et l'engagement de la zone proximale du tube sur la vis rachidienne et enfin, que dans toutes les solutions de l'art antérieur, de tels dispositifs sont complexes et nécessitent une stérilisation minutieuse et difficile.

Le brevet se propose donc de pallier ces inconvénients en décrivant une solution consistant à compléter le ou les tubes rachidiens par un accessoire simple au moins permettant d'utiliser le tube non seulement pour sa fonction initiale de pose de la vis rachidienne, d'insertion de la tige de liaison et de serrage du bouchon, mais aussi de conférer aux tubes une fonction annexe de rétractation des tissus.

A cet effet l'invention concerne un système d'instrumentation pour la réalisation d'une intervention chirurgicale sur des vertèbres par voie postérieure ou postéro-latérale, constitué par au moins un tube et au moins une vis rachidienne apte à coopérer avec l'extrémité proximale dudit tube et présentant une tête à mobilité multiaxiale, caractérisé en ce qu'il comporte en outre une cale de blocage temporaire de l'orientation de la tête de la vis.

L'invention concerne également une cale de blocage temporaire de l'orientation de la tête de la vis, apte à être introduite par l'intérieur du tube, depuis son extrémité distale, présentant une extrémité semi-cylindrique d'une forme complémentaire à celle de l'encoche en « U » de réception d'une tige de liaison, prévue sur la tête de vis.

Le brevet se compose à cette fin de 13 revendications dont l'annulation est sollicitée par les sociétés Neo Médical et dont seules les revendications 1 à 5 et 11 à 13 sont invoquées par la société Safe à l'appui de son action en contrefaçon :

1- Système d'instrumentation pour la réalisation d'une intervention chirurgicale sur des vertèbres par voie postérieure ou postéro latérale, constitué par au moins un tube (1) et au moins une vis rachidienne (2) apte à coopérer avec l'extrémité proximale (3) dudit tube (1) et présentant une tête à mobilité multiaxiale, caractérisé en ce qu'il comporte en outre une cale (15) de blocage temporaire de l'orientation de la tête de la vis.

2- Système d'instrumentation selon la revendication principale, caractérisé en ce que ladite cale (15) présente une extrémité semi-cylindrique (8), d'une forme complémentaire à celle de l'encoche en « U » de réception d'une tige de liaison, prévue sur la tête de la vis.

3- Système d'instrumentation selon l'une quelconque des revendications 1 ou 2, caractérisé en ce que ladite cale (15) de blocage est constituée par l'extrémité proximale d'un insert (20) coulissant à l'intérieur dudit tube (1).

4- Système d'instrumentation selon l'une quelconque des revendications 1 à 3, caractérisé en ce que la cale (15) est apte à être introduite par l'intérieur du tube (1), depuis son extrémité distale.

5- Système d'instrumentation selon l'une quelconque des revendications 1 à 3, caractérisé en ce que ladite cale (15) de blocage présente un moyen de liaison avec un insert coulissant à l'intérieur dudit tube (1).

6- Système d'instrumentation selon la revendication précédente, caractérisé en ce que ledit insert présente au moins une nervure de guidage de section transversale complémentaire à celle d'au moins une gorge de guidage prévue dans la cavité formée dans ledit tube (1).

7- Système d'instrumentation selon la revendication précédente, caractérisé en ce que ledit tube est formé de deux demi-coques aptes à coopérer avec la tête (4) d'une vis rachidienne d'une manière permettant un basculement proximal

de l'une au moins desdites demi-coques (11, 12) par rapport à la tête de ladite vis rachidienne (2).

8- Système d'instrumentation selon l'une quelconque des revendications 5 à 7, caractérisé en ce que ladite cale (15) de blocage présente un moyen de fixation réversible sur ledit insert (20).

9- Système d'instrumentation selon la revendication précédente, caractérisé en ce que ledit moyen de fixation réversible est constitué par une zone de clipsage.

10- Système d'instrumentation selon la revendication 7, caractérisé en ce que ledit moyen de fixation réversible est constitué par une zone de vissage.

11- Système d'instrumentation selon l'une quelconque des revendications 5 à 10, caractérisé en ce que ledit insert présente une zone de verrouillage par vissage sur ledit tube (1).

12- cale (15) de blocage temporaire de l'orientation d'une tête (4) à mobilité multiaxiale d'une vis rachidienne (2) coopérant avec l'extrémité proximale d'un tube (1), ladite cale, apte à être introduite par l'intérieur du tube (1) depuis son extrémité distale, présentant une extrémité semi-cylindrique (8) d'une forme complémentaire à celle de l'encoche en « U » de réception d'une tige de liaison prévue sur la tête (4) de la vis (2).

13- cale (15) de blocage temporaire de l'orientation de la tête de la vis selon la revendication précédente, caractérisée en ce qu'elle présente un moyen proximal complémentaire de l'extrémité distale (23) d'un insert (20).

Sur la validité du brevet FR 840

Les sociétés Neo Médical soulèvent la nullité des revendications 1 à 13 du brevet FR 840 pour défaut de nouveauté ou « à tout le moins » d'activité inventive et des revendications 11 et 13 dudit brevet pour insuffisance de description.

Aux termes de l'article L. 613-25 du code de la propriété intellectuelle :

« Le brevet est déclaré nul par décision de justice :

a/ Si son objet n'est pas brevetable aux termes des articles L. 611-10, L. 611-11 et L. 611-13 à L. 611-19 ;

b/ S'il n'expose pas l'invention de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter

(') ».

L'article L. 611-10 du code de la propriété intellectuelle dispose que :

« 1.Sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle. (') ».

L'article L. 611-11 du même code ajoute que :

« Une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique.

L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen. (') ».

Il est constant que la nouveauté fait défaut, au sens de ces dispositions, lorsque l'invention se trouve toute entière dans une seule antériorité au caractère certain, avec les éléments qui la constituent dans la même forme, le même agencement, le même fonctionnement en vue du même résultat technique.

Enfin, selon l'article L. 611-14 du même code :

« Une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique (') ».

L'homme du métier est un spécialiste du secteur technique dont relève l'invention, doté des connaissances théoriques et pratiques et de l'expérience qui peuvent normalement être attendues d'un professionnel du domaine concerné.

En l'espèce les parties ne contestent pas la définition de l'homme du métier retenue par le tribunal comme étant un spécialiste qui conçoit des instruments destinés à la chirurgie du rachis et des vertèbres. Cette définition sera en conséquence pareillement retenue par la cour.

Sur la nullité des revendications indépendantes 1 et 12

- pour défaut de nouveauté

Les sociétés Neo Médical opposent à ce titre le brevet EP 1 567 064 ([K]) et la demande de brevet US 2010/0262195 (Jackson II).

Le document [K] ayant pour titre « Système de distraction et de rétraction pour chirurgie spinale », a été publié le 31 août 2005. Il porte sur des systèmes d'instrumentation chirurgicale qui, en particulier mais non exclusivement, concernent des instruments pour rétracter et décaler des tissus mous et des vaisseaux et également pour maintenir la distraction des structures osseuses dans le but de la chirurgie rachidienne (paragraphe [005] de la description).

Il est indiqué dans la partie descriptive [0013] que le système d'instrumentation chirurgical comprend un cadre 20 ayant au moins l'un des deux écarteurs 120 et 220 et une paire de mécanismes de distraction 320 pouvant y être fixés de manière amovible. Chaque écarteur 120 et 220 comprend une partie lame 122 et 221, respectivement, pour déplacer latéralement les tissus mous et les vaisseaux sanguins.

Le système comprend donc un premier ensemble formé de deux écarteurs 120 et 220, assurant la rétraction des tissus et un deuxième ensemble formé de deux mécanismes distracteurs 320 destinés à être fixés respectivement sur une vis d'ancrage 100 pour assurer la distraction des vertèbres.

Chaque mécanisme distracteur 320 est raccordé à un cadre 20 par l'intermédiaire d'un mécanisme de serrage 40 et d'un mécanisme de réglage 70, ces derniers permettant le réglage de l'orientation des mécanismes distracteurs 320.

Lorsqu'ils sont fixés au cadre 20 et aux ancrages 100, des mécanismes de distraction 320 peuvent maintenir une distraction entre les vertèbres qui peut être obtenue avec les mécanismes distracteurs (320), positionnés dans l'espace du disque, avant d'être fixés au cadre 20 ou en appliquant des forces de distraction aux vis d'ancrage 100, soit directement, soit via des extensions couplées aux ancrages 100, avant la fixation des mécanismes distracteurs 320 au cadre 20 (paragraphe [0017]). La figure 15 illustre un exemple d'extension d'ancrage 142 permettant de réaliser la distraction des vertèbres.

Ainsi que le tribunal l'a relevé, la rétraction des tissus s'opère donc au moyen des deux écarteurs et non grâce au mécanisme de distraction même s'il est par ailleurs indiqué que celui-ci peut comporter une partie (332) conçue pour entrer en contact avec les tissus adjacents et les écarter.

La revendication 1 du brevet FR 840 peut, ainsi que les parties le suggèrent, être divisée en quatre caractéristiques :

a/ système d'instrumentation pour la réalisation d'une intervention chirurgicale sur des vertèbres par voie postérieure ou postéro-latérale,

b/ constitué par au moins un tube (1),

c/ et au moins une vis rachidienne (2) apte à coopérer avec l'extrémité proximale (3) dudit tube (1) et présentant une tête à mobilité multiaxiale,

d/ caractérisé en ce qu'il comporte en outre une calle (15) de blocage temporaire de l'orientation de la tête de la vis.

Or, le document [K] ne divulgue, ni un tube (caractéristique b), ni une calle de blocage temporaire de l'orientation de la tête de vis (caractéristique d).

Il résulte des paragraphes [23], [0040] et [0045] que le brevet [K] est constitué d'un système qui met en jeu des mécanismes complexes pour maintenir les rétracteurs sur le cadre dans une position permettant la rétraction des vertèbres et que le réglage de la position du rétracteur le long du cadre, est effectué suivant un axe horizontal grâce à un mécanisme de réglage (70) et un mécanisme de serrage (40) et des lames de rétraction complémentaires (122, 221) assurent l'écartement des tissus.

Les sociétés appelantes indiquent elles-mêmes dans leurs écritures (paragraphe 100 page 61) que « L'angle de l'orientation souhaitée est déterminé à l'aide d'un dispositif 40 (illustré en marron) et un mécanisme de réglage 70 (illustré en jaune). Des brides 328 de l'extrémité supérieure du mécanisme distracteur (également appelé mécanisme de distraction) 320 sont attachées au mécanisme de réglage 70 qui est lui-même attaché à un cadre (ou rail) 20 par l'intermédiaire du dispositif 40 (voir figure 1) ».

Enfin le mécanisme distracteur (320), comme le prolongement (148) de l'extension d'ancrage (142), est rattaché uniquement à la tête de vis (106), sans contact avec la tige. Il ne peut donc pas bloquer la tête de vis par rapport à la tige filetée comme le soutiennent les sociétés appelantes, ce que confirme le paragraphe [0035] de la description.

Le document [K] n'est donc pas une antériorité susceptible de remettre en cause la nouveauté de la revendication 1 du Brevet FR 840.

La revendication 12 du brevet FR 840 peut ainsi que le suggèrent également les parties, être divisée en quatre caractéristiques :

a) [T] (15) de blocage temporaire de l'orientation d'une tête à mobilité multiaxiale d'une vis rachidienne (2),

b) [la tête] coopérant avec l'extrémité proximale d'un tube (1),

c) ladite calle, apte à être introduite par l'intérieur du tube (1) depuis son extrémité distale,

d) présentant une extrémité semi-cylindrique (8) d'une forme complémentaire à celle de l'encoche en « U » de réception d'une tige de liaison prévue sur la tête (4) de la vis (2).

En l'absence de divulgation par le document [K] d'une calle de blocage et d'un tube au sens du brevet FR 840, le tribunal a retenu à juste titre que la revendication 12 n'est pas plus antériorisée par ce document.

Il sera ajouté en tout état de cause que le prolongement 148 de l'extension d'ancrage 142 ne présente pas une extrémité de forme semi-cylindrique complémentaire à celle de l'encoche en U de réception de la tête de vis, mais une extrémité plane et que ce prolongement 148 n'est pas « apte à être introduit par l'intérieur du tube depuis son extrémité distale »

La demande de brevet Jackson ayant pour titre « Vis à os polyaxiale avec un insert de pression d'articulation de tige et son procédé » a été publiée le 14 octobre 2010.

Il est indiqué au paragraphe [006] de la description que des vis à os polyaxiales à extrémités ouvertes permettent la rotation de la tête ou du récepteur autour de la tige jusqu'à ce qu'une position souhaitée de la tête par rapport à la tige soit obtenue. Il est ensuite possible d'insérer une barrette dans la tête ou le récepteur et finalement la tête est verrouillée ou fixée dans une position particulière par rapport à la tige. Un chirurgien peut souhaiter régler et fixer la position angulaire de la tête ou du récepteur par rapport à la tige indépendamment de l'insertion de la barrette ou de son verrouillage et il peut en outre être souhaitable de régler à nouveau et de fixer l'angle d'orientation de la tête ou du récepteur pendant la période chirurgicale.

A cet effet, l'invention propose un dispositif comprenant un implant à tête ouverte, une tige reliée de manière pivotante à la tête d'implant, une barrette ou un autre élément structurel et un insert de pression disposé entre la tige et la barrette. Il est précisé qu'un insert de pression peut être utilisé indépendamment pour régler un angle d'articulation de la tige par rapport à la tête avant ou après l'insertion de la barrette.

Si le document divulgue bien un « système d'instrumentation pour la réalisation d'une intervention chirurgicale sur des vertèbres par voie postérieure ou postéro-latérale », conformément à la caractéristique (1a) de la revendication 1 du brevet FR 840 ainsi que le reconnaît la société Safe, aucune des autres caractéristiques n'est divulguée.

En effet, le document Jackson II ne divulgue pas de tube mais fait état, tout au plus, dans le paragraphe [0076] d'un outil de retenue, non montré, venant coopérer avec les encoches de la tête de la vis, la description précisant que cet outil de retenue a une fonction d'engrènement par torsion/détorsion avec la tête ou par encliquetage/désencliquetage.

Le document Jackson II ne divulgue pas plus de calle de blocage temporaire de l'orientation de la tête de la vis au sens du brevet FR 840. Il ne suggère pas que l'insert 31 puisse bloquer la tête de vis dans une autre position que dans l'alignement de la tige fileté de la vis, comme illustrée sur la figure 16 du document. Selon le paragraphe [0089] de la description, il s'agit d'un outil d'entraînement comprenant une poignée 150, un tronc ou manche cylindrique allongé 154

et une structure d'engrènement 156.

L'insert 14 divulgué par le document Jackson II n'est pas plus assimilable à une pièce complémentaire au sens du brevet FR 840, en l'absence de divulgation d'une calle de blocage temporaire. Cet insert de pression complémentaire permet, selon le paragraphe 68 de la description, de régler un angle d'articulation « entre le corps de la tige 6 et la tête ou le récepteur 10 avant l'insertion de la barrette 21, si souhaité ». Il n'assure pas le réglage de l'angle de la tête par rapport à la tige fileté, mais l'autorise seulement car il comporte une formation concave 140 sensiblement sphérique qui est dimensionnée et arrangée pour s'adapter par friction autour du sommet en dôme 42 de la tige fileté 6 (paragraphe [0088], pas plus qu'il n'assure le blocage temporaire de la tête de vis en position sur la tige fileté. Par ailleurs, les sociétés Neo Médical ne peuvent assimiler la tige de liaison 21 à une calle de blocage au sens du brevet FR 840 s'agissant de dispositifs différents dont la fonction est distincte, la calle ayant une fonction de blocage temporaire de la tête de vis et la tige de liaison celle de relier au moins deux vis définitivement fixées en fin d'opération. Enfin la possible mise en 'uvre d'un outil s'appuyant directement sur l'insert 14 par référence au paragraphe [0105] du document Jackson II ne se déduit pas directement et sans ambiguïté de ce document, de sorte qu'elle n'est pas suffisante à porter atteinte à la nouveauté de l'invention revendiquée.

Le document Jackson II n'est donc pas de nature à combattre la nouveauté de la revendication 1 du brevet FR 840.

S'agissant de la revendication 12 du brevet FR 840 qui décrit une calle de blocage temporaire de l'orientation d'une tête à mobilité multiaxiale d'une vis rachidienne coopérant avec l'extrémité proximale d'un tube, il suffit de se reporter aux développements qui précèdent et desquels il ressort que ni le document [K] ni le document Jackson II ne divulguent une cale et un tube permettant le blocage temporaire de la tête de vis au sens du brevet FR 840.

En conséquence, les revendications 1 et 12 du brevet FR 840 sont nouvelles au regard de chacun des documents [K] et Jackson II.

- pour défaut d'activité inventive

Les sociétés Neo Médical opposent en premier lieu, pour détruire l'activité inventive des revendications 1 et 12 du brevet FR 840 la combinaison des documents Jackson II et Varieur.

Le document Jackson II a déjà été analysé ci-dessus.

Seule une traduction partielle de la demande de brevet US 2005/0149053 (Varieur) a été produite aux débats ainsi que les figures composant le fascicule. Par conséquent seuls ces éléments sont soumis à l'examen de la cour.

Les sociétés Neo Médical font valoir que l'utilisation d'un tube dans un système d'instrumentation pour la réalisation d'une intervention chirurgicale sur des vertèbres est connue depuis très longtemps par l'homme du métier, que la figure 2 et le paragraphe [0031] du document Varieur divulguent un outil de mise en prise d'ancre osseuse 12, qui correspond à un tube, apte à coopérer avec n'importe quelle vis rachidienne et que le paragraphe [0076] du document Jackson II précise que l'outil pour tenir la vis 1 peut être apte à recevoir la tête 10 de la vis 1 par clipsage. Tout en reconnaissant que le terme « tube » n'est pas utilisé dans le document, elles font valoir que l'outil d'ancrage 12 décrit est structurellement et fonctionnellement un tube.

Elles en déduisent que l'homme du métier, spécialisé dans le domaine technique des systèmes d'instrumentation pour la réalisation d'une intervention chirurgicale sur des vertèbres, cherchant à résoudre le problème technique de la fourniture d'un outil pour tenir la vis rachidienne 1 du document Jackson II trouverait le document Varieur, et n'aurait aucune difficulté concrète à appliquer l'enseignement de cette antériorité à la vis 1 et utiliserait ce tube en tant qu'outil pour tenir la vis 1 de Jackson II.

Or le document Varieur ne propose pas l'utilisation d'un tube mais d'une pince, même si la coupe transversale de la figure 2 a une forme plus ou moins cylindrique, dans laquelle est insérée une extension permettant de placer la tige de liaison ; il ne fait en tout état de cause nullement état d'un blocage de l'orientation de la tête de vis, pas plus qu'il ne suggère que la tête de vis est à mobilité multiaxiale.

Par ailleurs il a été dit que l'insert 31 et la tige de liaison décrits dans le document Jackson II ne constituent pas une calle de blocage temporaire de l'orientation de la tête de vis.

En conséquence, partant du document Jackson II, l'homme du métier cherchant à résoudre le problème technique de l'amélioration de l'accès au champ opératoire, (fonction de rétractation des tissus conférée au(x) tube(s)) ne trouverait aucun enseignement dans le document Varieur lui permettant de parvenir à l'objet de la revendication 1, ni une incitation à combiner ce document avec le document Jackson II.

La combinaison des documents Jackson II et Varieur n'est donc pas de nature à détruire l'activité inventive de la revendication 1 du brevet FR 840.

S'agissant de la revendication 12, les mêmes arguments sont avancés par les sociétés Neo Médical. Par les motifs déjà exposés, la cour dira en conséquence que la combinaison des documents Varieur et Jackson II n'est pas de nature à détruire l'activité inventive de la revendication 12 du brevet FR 840.

Les sociétés appelantes opposent en second lieu, toujours pour détruire l'activité inventive des revendications 1 et 12 du brevet FR 840 la combinaison des documents [K] et Schorer « ou à défaut » de la combinaison des documents Schorer et Spitler (et non pas Spliter). Elles font valoir que le document Schorer divulgue les caractéristiques a), b) et c) de la revendication 1 du brevet FR 840, outre un dispositif de verrouillage de l'orientation de la tête de la vis, ajoutant que les paragraphes [0035], [0065] et [0069] du document indiquent que des détails concernant le dispositif de verrouillage 1206, illustré dans les figures 12b et 12c, sont décrits dans un document US 10/990,272 publié en tant que demande de brevet américaine US 2006/0036244 (document Spitler), ces détails faisant donc partie de l'antériorité Schorer au même titre que ceux concernant les tubes et les vis rachidiennes. Elles ajoutent que si les antériorités Schorer et Spitler divulguent bien une calle de blocage, un dispositif de verrouillage ou le capuchon de fermeture, il n'est pas précisé dans ces antériorités que ces outils opèrent un blocage temporaire de l'orientation de la tête de la vis mais que le document [K], appartenant au même domaine technique des rétracteurs, divulgue un prolongement 148 de l'insert 142, qui constitue bien une calle de blocage temporaire de l'orientation de la tête de la vis. Elles en concluent que l'homme du métier n'aurait ainsi aucune difficulté à appliquer cet enseignement et fournirait, dans le système du document Schorer, l'insert cylindrique 142 et son prolongement 148 du document [K] ou un outil additionnel comportant une vis de fermeture, tel que le capuchon de fermeture du document Spitler fixé non-temporairement à l'extrémité d'un insert et arriverait ainsi à l'objet de la revendication 1 sans faire preuve d'activité inventive.

Le document [K] a déjà été analysé ci-dessus.

Seule une traduction partielle de la demande de brevet US 2009/0093684 (Schorer) a été produite aux débats ainsi que les figures composant le fascicule. Il en est de même pour l'antériorité Spitler. Par conséquent seuls ces éléments sont soumis à l'examen de la cour.

La demande de brevet Schorer a été publiée le 9 avril 2009. Les sociétés Neo Médical considèrent que ce document divulgue l'ensemble des caractéristiques du brevet Safe FR 840, à l'exception du caractère temporaire du blocage de la tête de la vis. En effet le blocage de la tête de vis par rapport à la tige filetée est assuré par la tige de liaison, sous l'action d'un écrou de serrage, donc par définition permanent et non temporaire.

Le document Spitler a été publié le 16 février 2006. Seuls sont versés aux débats une traduction partielle (paragraphes [0104], [0110], [0142], [0146], [0147], [0199] et [0201]) et les figures annexées au fascicule. Par conséquent seuls ces éléments sont soumis à l'examen de la cour.

Les paragraphes [0146], [0147] qui font référence aux figures 22a et 22b décrivent la relation structurelle entre les éléments (vis, tige de liaison, anneau coulissant et bouchon de verrouillage) et les forces exercées par chacun de ces éléments, résultant du serrage de l'écrou de verrouillage sur la tige de liaison.

Les paragraphes [0199] et [0201] du document et les figures 66a et 66b, auxquelles ils font référence décrivent l'instrument d'entraînement utilisé pour disposer le capuchon de verrouillage de la figure 18 dans les têtes polyaxiales après la mise en place de la tige de liaison et ainsi assurer le serrage des capuchons sur la tige de liaison de façon à bloquer les éléments entre eux.

Les sociétés Neo Médical font valoir que l'homme du métier n'aurait aucune difficulté pour parvenir à l'objet de la revendication 1 du brevet Safe, à combiner les documents Schorer et [K] ou Schorer et Spitler en remplaçant le dispositif de verrouillage du document Schorer par le capuchon de verrouillage du document Spitler, fixé non temporairement à l'extrémité d'un insert.

Toutefois, l'homme du métier n'aurait pas trouvé dans le document [K] qui ne décrit ni même ne suggère une calle de blocage temporaire de l'orientation de la tête de vis, l'enseignement technique manquant au document Schorer pour parvenir à l'objet de la revendication 1 du brevet Safe ; il n'est au surplus nullement démontré comment l'homme du métier aurait été incité à remplacer le dispositif de verrouillage du document Schorer par le prolongement de la vis 142 du document [K] et son extrémité 148, vissée dans la tête de vis 1108 du document Schorer, dans le but de ne « plus avoir à ajuster sans cesse l'orientation du tube ».

Par ailleurs, si l'homme du métier remplaçait le dispositif de verrouillage du document Schorer par le capuchon de verrouillage du document Spitler, le blocage serait permanent.

Dès lors, l'homme du métier ne trouvera aucune incitation à mettre en place un dispositif de blocage temporaire et non définitif de l'orientation de la tête de vis par rapport à la tige filtrée et ne parviendrait donc pas à l'objet de la revendication 1 du brevet Safe.

La combinaison des documents [K] et Schorer ou Schorer et Spitler n'est en conséquence pas de nature à remettre en cause l'activité inventive de la revendication 1 du brevet FR 840.

Pour détruire l'activité inventive de la revendication 12 du brevet Safe, les sociétés appelantes opposent également la combinaison des antériorités Schorer et [K] ou « à défaut » Schorer et Spitler. Indiquant que « il semble que le document Schorer ne divulgue pas une calle de blocage temporaire de l'orientation de la vis », elles font également valoir que l'homme du métier, cherchant à obtenir un montage rigide pendant l'intervention chirurgicale, verrait immédiatement que l'insert cylindrique 142 et son prolongement 148 du système [K] vissés dans la tête de vis du système de Schorer assureraient l'immobilisation temporaire du mouvement du tube et n'aurait pas plus de difficulté à fournir, dans le système de l'antériorité Schorer, l'insert cylindrique 142 et son prolongement 148 ou un outil additionnel comportant une vis de fermeture, tel que le capuchon de fermeture 1800 du document Spliter, fixée non-temporairement à l'extrémité d'un insert.

Le document [K] ne donne cependant aucune indication sur la forme du prolongement 142. La société Safe fait donc valoir à juste titre qu'il n'est en conséquence pas établi que cette calle de blocage serait complémentaire de la tête de vis du dispositif Schorer, ni que l'homme du métier aurait été incité à rechercher cette complémentarité.

La combinaison des documents Schorer et [K] n'est donc pas de nature à détruire l'activité inventive de la revendication 12 du brevet FR 840.

Il en est de même de la combinaison des documents Schorer et Spitler dès lors qu'aucun de ces documents ne prévoient ni ne suggèrent l'existence d'un blocage temporaire de l'orientation de la tête de vis par rapport à la tige fileté.

La combinaison des documents Schorer et Spitler n'est donc pas plus de nature à détruire l'activité inventive de la revendication 12 du brevet FR 840.

En définitive la demande de nullité des revendications 1 et 12 du brevet FR 840 doit être rejetée.

Sur la nullité des revendications dépendantes 2 à 11 et 13 pour défaut de nouveauté ou à tout le moins d'activité inventive

Les revendications 2 à 11 et 13 placées dans la dépendance directe ou indirecte des revendications 1 et 12 avec lesquelles elles se combinent doivent également être déclarées nouvelles et porteuses d'activité inventive au regard des antériorités susvisées, prises isolément ou en combinaison.

Sur la nullité des revendications 11 et 13 pour insuffisance de description

Selon les sociétés Neo Médical, les revendications 11 et 13 ne sont pas exposées dans le brevet FR 840 de manière suffisamment claire et complète pour que l'homme du métier puisse l'exécuter.

La revendication 11 est ainsi rédigée :

« Système d'instrumentation selon l'une quelconque des revendications 5 à 10, caractérisé en ce que ledit insert présente une zone de verrouillage par vissage sur ledit tube (1) ».

Les sociétés Neo Médical font valoir que rien n'est indiqué dans la description du brevet concernant la manière de tourner ou de pivoter l'insert 20 et la calle 15 lorsqu'ils sont assemblés dans le tube 1 et qu'il est ainsi impossible de visser l'insert sur le tube et impossible d'assurer le verrouillage, de sorte que l'homme du métier se trouve dans

l'incapacité de mettre en 'uvre la revendication 11 du brevet.

Toutefois, les paragraphes [0050] et [0051] décrivent des arrangements relatifs au verrouillage de l'insert sur le tube par vissage comme suit :

« [0050] L'insert (20) est ensuite verrouillé par rapport au tube (1) par vissage grâce à un filet (23) pivotant prévu à l'extrémité distale de l'insert (20). Lorsque l'insert est vissé sur le tube (1), il exerce une poussée sur la calle (15), qui vient ainsi verrouiller angulairement la tige filetée (5) par rapport à la tête de la vis (4), dans une position dans laquelle les parois du tube (1) écartent les bords de l'incision pratiquée dans les tissus, et faciliter ainsi l'accès à la zone d'intervention chirurgicale. »

« [0051] La figure 4 représente une vue en coupe longitudinale du système. L'insert (20) présente à son extrémité distale une tête pivotante (24) munie d'un filetage (23) pouvant coopérer avec un filetage prévu à l'intérieur du tube (1). »

Ces descriptions, prises en combinaison avec la figure 4 (ou la figure 3) exposent donc de manière suffisante l'arrangement de l'insert de façon à permettre son vissage sur le tube, étant ajouté que le paragraphe [0053] de la description, indique que « Selon une autre alternative le moyen de poussée et de verrouillage de l'insert (20) par rapport au tube (1) peut être constitué par une pièce additionnelle » de sorte que dans ce cas de figure, ce n'est donc pas l'insert qui pivote, mais la pièce intermédiaire.

Ainsi l'homme du métier sera en mesure d'exécuter la revendication 11 du brevet qui ne souffre d'aucune insuffisance de description.

La revendication 13 est ainsi rédigée :

« [T] (15) de blocage temporaire de l'orientation de la tête de la vis selon la revendication précédente, caractérisée en ce qu'elle présente un moyen proximal complémentaire de l'extrémité distale (23) d'un insert (20). »

Les sociétés Neo Médical font valoir que si le paragraphe [0050] du brevet indique que l'extrémité distale de l'insert 20 comporte un filetage pour coopérer avec le tube 1, la description ne donne aucune indication concernant les caractéristiques spécifiques d'une calle comportant un moyen proximal complémentaire de l'extrémité distale de l'insert 20.

Le paragraphe [0049] de la description du brevet indique que « le moyen de fixation de la calle (15) présente une forme complémentaire à cette extrémité proximale de l'insert (20) pour permettre une fixation par clipsage ».

Il en résulte que l'emploi du terme « distale » dans l'expression « un moyen proximal complémentaire de l'extrémité

distale (23) d'un insert (20) » résulte manifestement d'une erreur de plume que percevra aisément l'homme du métier, ainsi que l'a retenu le tribunal, et que la calle vient bien se fixer à l'extrémité proximale de l'insert, faute de quoi il serait matériellement impossible de faire coopérer l'insert avec la cale,

Ainsi, et contrairement à ce qu'affirment les sociétés appelantes, la description du brevet donne les indications nécessaires et suffisantes pour mettre en 'uvre l'objet de la revendication 13.

En définitive les sociétés Neo Médical seront déboutées de leurs demandes tendant à voir annuler les revendications 1 à 13 du brevet FR 840 dont est titulaire la société Safe et le jugement confirmé de ce chef.

Sur la nullité des procès-verbaux de saisie-contrefaçon

Les sociétés Neo Médical font grief aux premiers juges d'avoir rejeté leurs demandes d'annulation des procès-verbaux de saisie-contrefaçon du 17 novembre 2017 réalisée d'une part dans les locaux de la clinique [12], et d'autre part dans les locaux de Mme [O], et sollicitent de la cour une telle annulation avec toutes les conséquences de droit.

Elles font valoir que l'annulation du brevet opposé emporte rétroactivement l'anéantissement des opérations de saisie-contrefaçon réalisées sur la base de ce titre et subsidiairement que les opérations de saisie-contrefaçon réalisées par Me [A], le 17 novembre 2017 dans les locaux de la clinique [12] encourent la nullité, en l'absence de distinction entre les constatations de l'huissier et les déclarations de l'expert l'accompagnant, et s'agissant des opérations de saisie-contrefaçon réalisées dans les locaux de Mme [O], que cette dernière n'a pas bénéficié d'un délai raisonnable pour prendre connaissance des motifs de l'ordonnance et de l'étendue de la mission confiée à l'huissier de justice.

Compte tenu du rejet de la demande de nullité du brevet FR 840, le premier moyen de nullité subséquente des procès-verbaux de saisie-contrefaçon ne peut prospérer.

Sur les opérations de saisie-contrefaçon réalisées par Me [A], le 17 novembre 2017, dans les locaux de la Clinique [12] à [Localité 10]

L'ordonnance du 20 octobre 2017 autorise notamment l'huissier de justice instrumentaire à être accompagné d'experts de son choix, notamment tout conseil en propriété industrielle et à procéder « à la description détaillée du système d'instrumentation argué de contrefaçon, des éléments qui le compose, de leur structure, de leur fonction, de leur mode

de fonctionnement et du processus de montage des éléments entre eux, ainsi que les différentes possibilités de mise en 'uvre de ces éléments entre eux, avec la possibilité de pratiquer une saisie réelle en trois exemplaires des kits constituant le système contrefaisant et/ou de chaque élément qui le compose, après avoir offert d'en payer le prix, un exemplaire devant être déposé chez l'huissier saisissant et les deux autres pour lui être remis, ainsi qu'à toutes constatations utiles en vue d'établir l'origine, la consistance et l'étendue de la contrefaçon ».

Il résulte du procès-verbal dressé le 17 novembre 2017 par Me [A] que l'huissier de justice s'est rendu dans les locaux de la clinique [12] à [Localité 10] (95) accompagné de Mme [L] [C], conseil en propriété industrielle de la requérante, et qu'il a notamment procédé à la description puis à l'ouverture des boîtes contenant des instruments correspondant aux produits argués de contrefaçon qui lui ont été remis.

S'agissant notamment du kit intitulé « Pedicle Screw Kit » référencé SC-50-35-PE, il indique :

« Je constate que ce kit d'implant est sous emballage stérile.

Je constate la présence de six objets dans le kit. Deux tubes avec vis et deux tiges avec écrou, deux règles métalliques.

Le tube contenant l'implant est protégé par un manchon en plastique.

Je constate la présence d'un tube en plastique au bout duquel se trouve une vis multiaxiale.

Je constate que la tête de vis est en forme de ' U '.

Je constate une partie composée d'une tige terminée par un écrou ».

Il a ensuite procédé à l'ouverture du kit d'instruments « Pedicle Screw Instrument Kit » portant la référence SI-00-00-00 et indique :

« Ce dernier est placé dans un emballage stérile. Je constate en dessous la présence d'un descriptif d'utilisation.

Je constate la présence de 14 pièces.

Je constate la présence d'une tige se terminant par une tête en forme de 'U'.

Madame [C] me précise qu'il s'agit d'une extrémité de forme semi-cylindrique. L'extrémité semi-cylindrique est fixée à la tige ce que je constate.

Je constate que la tige présente une partie fileté avant la tête semi-cylindrique.

J'insère la tige pourvue de la tête semi-cylindrique dans le tube au bout duquel se trouve la vis multiaxiale.

La tête semi-cylindrique vient s'insérer dans l'encoche en 'U' de la tête de vis multiaxiale.

Madame [C] précise que le filetage correspond à la partie taraudée ménagée sur la paroi ultérieure du tube, ce que je constate. »

Ainsi le procès-verbal distingue parfaitement les constatations de l'huissier instrumentaire et les dires du conseil en propriété industrielle de la société Safe. Il ne peut au surplus être sérieusement reproché à l'huissier de justice qui a pris connaissance de sa mission et de l'ordonnance l'y autorisant, d'avoir utilisé un langage similaire à celui du brevet opposé pour faire ses constatations et notamment pour constater la présence « d'une tige se terminant par une tête en forme de U », « d'une tige présentant une partie filetée avant la tête semi-cylindrique », « d'un tube au bout duquel se trouve la vis multiaxiale » ou « d'une encoche en U de la tête de vis multiaxiale dans laquelle vient s'insérer la tête semi-cylindrique » ou encore de « la forme de U de la tête de vis » et « d'une partie composée d'une tige terminée par un écrou ». Enfin les constatations de l'huissier de justice résultent de l'ouverture des éléments qui lui ont été remis et non pas seulement des photographies figurant au procès-verbal, qui ne sont que facultatives, et dont il ne peut être tiré aucun argument sur l'objectivité des constatations effectuées.

Dans ces conditions, la demande d'annulation du procès-verbal de la saisie contrefaçon réalisée dans les locaux de la Clinique [12] à [Localité 10] (95) doit être rejetée et le jugement confirmé de ce chef.

Sur les opérations de saisie-contrefaçon réalisées dans les locaux de Mme [O]

Il résulte du procès-verbal de saisie-contrefaçon dressé le 17 novembre 2017 par Me [N] que l'huissier a rencontré Mme [O] à 11h45.

L'huissier de justice indique dans son procès-verbal :

« J'ai rencontré Mme [O] [X], ainsi déclarée, qui a reçu copie du présent procès-verbal de saisie-contrefaçon et à laquelle j'ai précédemment signifié par acte et copie séparés la requête et l'ordonnance présidentielle sus-énoncées.

Puis, après cette signification et après lui avoir accordé un laps de temps suffisant pour lui permettre de prendre lecture desdits documents, je lui ai déclaré que j'étais porteur de la minute de ladite ordonnance et qu'en vertu de celle-ci (!) ».

Cette dernière a alors demandé à joindre téléphoniquement le responsable de la société Neo Médical, lequel lui a demandé de lui transmettre par téléphone une photographie de la pièce dénommée « calle » devant s'insérer dans la tête de vis faisant partie du kit d'instrument, ce qu'elle a fait sur le champ.

Il résulte de ces éléments que Mme [O] a donc bénéficié d'un délai raisonnable lui ayant permis de prendre connaissance de la requête et de l'ordonnance ainsi que de l'étendue de la mission de l'huissier instrumentaire.

En conséquence la demande d'annulation du procès-verbal de saisie contrefaçon réalisée dans les locaux de Mme [O] doit être rejetée et le jugement également confirmé de ce chef.

Sur la contrefaçon

- de la revendication 1 du brevet FR 840

Pour rappel la revendication 1 du brevet FR 840 est ainsi rédigée :

« Système d'instrumentation pour la réalisation d'une intervention chirurgicale sur des vertèbres par voie postérieure ou postéro latérale, constitué par au moins un tube (1) et au moins une vis rachidienne (2) apte à coopérer avec l'extrémité proximale (3) dudit tube (1) et présentant une tête à mobilité multiaxiale, caractérisé en ce qu'il comporte en outre une cale (15) de blocage temporaire de l'orientation de la tête de la vis ».

Les société Néo Médical font grief aux premiers juges de les avoir condamnées pour contrefaçon du brevet FR 840 dont est titulaire la société Safe. Elles font valoir en substance que les procès-verbaux de saisie-contrefaçon nuls ne peuvent valablement concourir à la démonstration de la contrefaçon alléguée et qu'en tout état de cause ces pièces, ainsi que les procès-verbaux de constat établis par la suite, ne permettent pas de conclure à la reproduction par les instruments des sociétés Neo Médical des caractéristiques de la revendication 1 du brevet FR 840 du fait de la contradiction manifeste des résultats obtenus par les parties, de l'absence de toute démonstration du caractère temporaire du blocage de l'orientation de la tête de la vis au sens du brevet et de la nécessité impérative d'utiliser des rétracteurs avec les produits Neo Médical, la tige se terminant par une tête en forme de U arguée de contrefaçon, ne remplissant aucune fonction de blocage temporaire mais bien une fonction différente de désolidarisation du tube de la tête de la vis, comme indiqué dans sa brochure commerciale.

La société Safe conclut quant à elle à la confirmation du jugement qui a retenu des actes de contrefaçon du brevet EP 840 dont elle est titulaire, acquiesçant ainsi à la décision en ce qu'elle a rejeté l'action en contrefaçon de la revendication 6 du brevet.

Aux termes de l'article L. 613-3 a) du code de la propriété intellectuelle dans sa version applicable à la date de l'assignation,

« Sont interdites, à défaut de consentement du propriétaire du brevet, la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation, l'importation, l'exportation, le transbordement, ou la détention aux fins précitées du produit objet du brevet (') ».

Lors des opérations de saisie-contrefaçon réalisées dans les locaux de la clinique [12] à [Localité 10] (95), l'huissier instrumentaire s'est vu remettre un ensemble de documents qui sont annexés au procès-verbal, à savoir :

- la liste des implants et différents produits, en lien avec les implants du rachis des sociétés Neo Médical, présents en stock,
- une liste des produits déjà utilisés par les praticiens sur les patients depuis décembre 2016 (le nom des patients

implantés ayant été retiré de la liste),

- la déclaration de conformité « CE » des produits Neo,

- l'adresse du contact de Mme [Y], assistante de la chef de bloc de la clinique [12], au sein des sociétés Neo Médical,

ainsi que trois kits d'implants portant la référence SC-50-35-PE, un kit d'instruments portant la référence SI-00-00-00 et trois boîtes de tiges de tailles différentes portant les références RD-00-90-ST, RD-00-70-ST et RD-01-00-ST.

Il indique dans son procès-verbal avoir constaté la présence d'un tube en plastique au bout duquel se trouve une vis multiaxiale, que la tête de vis est en forme de U et la présence d'une tige se terminant par une tête en forme de U (ou de T inversé).

Le conseil en propriété industrielle de la société Safe a précisé qu'il s'agissait d'une extrémité de forme semi-cylindrique, fixée à la tige, ce que l'huissier de justice a constaté en ajoutant insérer la tige pourvue d'une tête semi-cylindrique dans le tube au bout duquel se trouve la vis multiaxiale et que la tête semi-cylindrique vient s'insérer dans l'encoche en U de la tête de vis multiaxiale.

La tête semi-cylindrique qui s'insère dans l'encoche en U de la tête de vis multiaxiale permet donc de bloquer temporairement l'orientation de ladite vis.

La société Safe a en outre fait établir un procès-verbal de constat le 24 octobre 2018 selon lequel, à l'intérieur du kit d'instruments, M. [E] [R] prélève un instrument dont il convient de vérifier la fonctionnalité, à savoir une tige se terminant par une tête en forme de U, comme celle précédemment constatée lors de la saisie-contrefaçon du 17 novembre 2017.

L'huissier de justice indique que :

« Monsieur [E] [R] assemble les deux instruments, soit le tube avec la vis et la tige se terminant par une tête en forme de U, en insérant la tige avec la tête en U à l'intérieur du tube, jusqu'à venir en pression à l'extrémité de la tête de la vis.

(')

Puis, Monsieur [E] [R] prélève une poignée au sein du kit d'instruments et la dispose à l'extrémité de la tige, afin d'exercer une pression.

Suite à cette pression effectuée avec cette poignée par Monsieur [E] [R], je peux voir que la tige de la vis est bloquée.

Je constate ensuite qu'il est possible de débloquer cette vis en relâchant la pression exercée par la poignée et en orientant la tige de la vis dans un sens différent, puis d'exercer de nouveau une pression pour la bloquer suivant un autre angle (souligné par la cour) ».

Il résulte de ces éléments que le système d'instrumentation comporte une calle de blocage temporaire de la tête de vis.

La reproduction des caractéristiques de la revendication 1 du brevet FR 840 est ainsi suffisamment établie, les sociétés appelantes ne pouvant sérieusement contester les constatations ainsi effectuées au motif que le mode opératoire adopté (sic) est discutable, la démonstration du fonctionnement des instruments et implants ayant dû être faite dans des conditions ordinaires d'utilisation, c'est-à-dire en insérant la vis dans un corps extérieur humain lors d'une opération chirurgicale.

Un deuxième procès-verbal de constat a néanmoins été établi le 4 juin 2019 par Me [A], huissier de justice, après acquisition par la société Safe d'un simulateur, qui constitue bien une alternative crédible au corps humain contrairement à ce que soutiennent les sociétés Neo Médical, elles-mêmes ayant eu recours à un simulateur constitué d'un bloc de mousse rigide (voir procès-verbal de constat du 29 janvier 2019) destiné à reproduire les conditions réelles d'une opération chirurgicale sur une vertèbre, les opérations, objet du procès-verbal de constat ayant été filmées. Ce procès-verbal démontre en tant que de besoin la reproduction des caractéristiques de la revendication 1 du brevet FR 840 du fait de la rétractation des tissus, ce que ne remet pas en cause le procès-verbal de constat d'huissier de justice établi le 29 janvier 2019 à la requête des sociétés Neo Médical selon lequel, après introduction de la tige dans le tube comportant la vis, qui a été insérée dans le bloc de mousse, et vissage de cette tige jusqu'à son contact avec la tête de la vis, la tête de vis est toujours multiaxiale avec la même amplitude, cet état étant inopérant à exclure la contrefaçon dès lors que la vis a bien été bloquée par une calle de blocage au sens du brevet, tout comme le fait que le vissage complet entraîne la désolidarisation de la tête de vis du tube qui constitue une fonctionnalité complémentaire ou un perfectionnement du brevet qui n'exclut pas la contrefaçon. Enfin il importe peu que la brochure de présentation du produit ne précise pas la fonction d'écartement des chairs du dispositif ou que la documentation des sociétés Neo Médical n'incite pas le professionnel à utiliser deux tubes qui seraient selon elles le seul moyen d'obtenir une substitution des rétracteurs.

- de la revendication 12 du brevet FR 840

Pour mémoire, la revendication 12 du brevet FR 840 se lit ainsi :

« [T] (15) de blocage temporaire de l'orientation d'une tête (4) à mobilité multiaxiale d'une vis rachidienne (2) coopérant avec l'extrémité proximale d'un tube (1), ladite calle, apte à être introduite par l'intérieur du tube (1) depuis son extrémité distale, présentant une extrémité semi-cylindrique (8) d'une forme complémentaire à celle de l'encoche en « U » de réception d'une tige de liaison prévue sur la tête (4) de la vis (2) ».

Pour contester la contrefaçon de cette revendication 12, les sociétés Neo Médical font valoir qu'il n'a pas été constaté une complémentarité stricte entre l'extrémité de la calle et l'encoche en « U » de réception présent sur la tête de la vis.

L'huissier de justice instrumentaire a cependant constaté lors des opérations de saisie-contrefaçon effectuées à la clinique [12] d'[Localité 10] que la tête de la tige, qui constitue la calle, a une forme semi-cylindrique de forme complémentaire à celle de la forme en U de la tête de vis, ce qui caractérise la contrefaçon de la revendication 12 du

brevet FR 840.

- des revendications dépendantes

Les sociétés Neo Médical font valoir s'agissant des revendications dépendantes que compte tenu de l'absence de reproduction des caractéristiques de la revendication 1, les revendications dépendantes 2 à 5 et 11 ne peuvent être contrefaites, pas plus que la revendication 13, dépendante de la revendication 12.

Compte tenu des développements qui précèdent concernant la contrefaçon de la revendication 1 du brevet Safe, la contrefaçon des revendications dépendantes 2 à 5 et 11 est caractérisée, sauf à ajouter :

- s'agissant de la revendication 2 qui fait l'objet de développements particuliers mais d'une contestation identique à celle de la revendication 12, qu'il a déjà été dit que l'huissier de justice instrumentaire a constaté lors des opérations de saisie-contrefaçon à la clinique [12] d'[Localité 10] que la tête de la tige, qui constitue la calle, a une forme semi-cylindrique de forme complémentaire à celle de la forme en U de la tête de vis, ce qui caractérise la contrefaçon,

- s'agissant de la revendication 13, qu'il a été également dit que l'extrémité distale d'un insert doit se comprendre en réalité comme extrémité proximale, comme le précise la description du brevet, et que la photographie prise lors de la saisie-contrefaçon au sein de la clinique [12] d'[Localité 10] montre que la tête semi cylindrique constituant la calle au sens du brevet est montée à l'extrémité de la tige formant l'insert, ce qui caractérise également la contrefaçon.

En définitive le jugement dont appel sera confirmé en ce qu'il a dit que les sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA, en important, distribuant et commercialisant en France des produits reproduisant les caractéristiques des revendications 1 à 5, 11 et 13 du brevet français FR 2 990 840, ont commis des actes de contrefaçon au préjudice de la société Safe Orthopaedics devenue Safe et il y sera ajouté qu'en important, distribuant et commercialisant en France des produits reproduisant les caractéristiques de la revendication 12 du même brevet, elles ont également commis des actes de contrefaçon au préjudice de la société Safe Orthopaedics devenue Safe.

Sur la concurrence déloyale et le parasitisme

Il convient de rappeler que la concurrence déloyale et le parasitisme sont pareillement fondés sur l'article 1240 du code civil mais sont caractérisés par application de critères distincts, la concurrence déloyale l'étant au regard du risque de confusion, considération étrangère au parasitisme qui requiert la circonstance selon laquelle, à titre lucratif et de façon injustifiée, une personne morale ou physique copie une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements.

Ces deux notions doivent être appréciées au regard du principe de la liberté du commerce et de l'industrie qui implique qu'un produit qui ne fait pas l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, puisse être librement reproduit, sous certaines conditions tenant à l'absence de faute par la création d'un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle sur l'origine du produit ou par l'existence d'une captation parasitaire, circonstances attentatoires à l'exercice paisible et loyal du commerce.

L'appréciation de la faute au regard du risque de confusion doit résulter d'une approche concrète et circonstanciée des faits de la cause prenant en compte notamment le caractère plus ou moins servile, systématique ou répétitif de la reproduction ou de l'imitation, l'ancienneté d'usage, l'originalité, la notoriété de la prestation copiée.

En l'espèce, l'action en concurrence déloyale subsidiaire à la contrefaçon est devenue sans objet.

S'agissant de l'action principale en concurrence déloyale et en parasitisme, la société Safe conclut à l'infirmité du jugement ayant rejeté ses demandes et soutient avoir créé un nouveau genre de kit qui se distingue de ses concurrents qui est ainsi copié par les sociétés Neo Médical, ajoutant que les pièces dont se prévalent ces dernières ne permettent pas de prouver la mise sur le marché par des tiers de produits identiques aux siens et invoquant ainsi la reprise de l'innovation que sont les instruments stérilisés à usage unique ; elle se prévaut également des investissements qu'elle a réalisés et produit à cet effet un état des frais de recherche et de développement engagés (pièce 21) et un tableau récapitulatif de l'évolution du kit Safe entre mars 2011 et novembre 2016 (pièce n°55), de la reprise des caractéristiques des produits par les sociétés Neo Médical (reprise d'instruments en polymère à usage unique, en nombre réduit et dans un emballage stérilisé, de l'organisation et la composition des kits et de tous les instruments qui le composent et notamment le pré-montage des vis et bouchons sur les instruments) et de la reprise de la présentation de la technique chirurgicale et des emballages pour conclure à l'existence d'actes de parasitisme et de concurrence déloyale résultant de la confusion entre les entreprises ou les produits commis par les sociétés Neo Médical.

Ces dernières concluent à la confirmation du jugement quant au rejet de telles demandes. Elles opposent l'absence d'innovation dans la commercialisation d'instruments stérilisés à usage unique dès lors que dans les années 1980, les fabricants d'instruments chirurgicaux ont mis sur le marché des instruments à usage unique contenus dans des emballages stériles et l'absence d'innovation dans le développement d'instruments chirurgicaux à usage unique par la société Safe à travers la gamme SteriSpine PS, l'absence de preuve des investissements prétendument réalisés spécialement pour la conception des produits et des emballages qu'elle fabrique et donc l'absence de valeur économique protégeable dont elles auraient indûment bénéficié, l'absence d'imitation fautive des produits et des emballages de la société Safe et l'absence d'imitation fautive de la présentation de la technique chirurgicale de la société Safe (graphismes, code couleur, étapes décrites et intitulé différents) ainsi que l'absence d'imitation fautive des emballages des produits (pas de reprise du code couleur, présence de l'identité du fabricant sur et drapeau suisse).

Ceci étant exposé, le fait de rapporter des extraits du site internet des sociétés Néo Médical faisant état de « conception technique révolutionnaire » ou de « forme du système Neo (qui) transforme le kit classique d'instrumentation » et un extrait du site internet de la société d'investissement SVC-SA pour le capital-risque des PME consacré aux sociétés Neo Médical et selon lequel « La chirurgie vertébrale conventionnelle travaille depuis 30 ans selon la même procédure, (') », qui présenteraient ainsi les sociétés appelantes comme des sociétés innovantes, n'est pas suffisant à caractériser des actes de concurrence déloyale.

Si les documents opposés pour démontrer la commercialisation antérieure par plusieurs concurrents de produits à usage unique sont pour la plupart non datés et non traduits, ou alors très partiellement, la société Safe ne peut pour autant revendiquer un monopole sur tous les instruments à usage unique qui peuvent cumuler plusieurs fonctions pour la réalisation d'interventions chirurgicales.

S'agissant des investissements allégués par la société Safe, la pièce 21 qu'elle produit, outre qu'elle n'est pas certifiée comme l'a relevé le tribunal, est constituée de récapitulatifs des années 2012 à 2016 de dépenses et frais de recherche généraux sans distinction mais ne cible pas les investissements spécialement consacrés aux produits concernés par le présent litige. Par ailleurs sa pièce 55 est constituée d'un tableau supposé illustrer l'évolution de la conception du kit SteriSpine PS entre mars 2011 et novembre 2016 qui ne comporte ni date ni élément chiffré, et est en conséquence inopérant à corroborer les investissements allégués par la société Safe concernant les produits en cause.

En ce qui concerne la comparaison des kits d'instruments litigieux, c'est par des motifs justes et pertinents que la cour adopte que le tribunal a relevé qu'au-delà de leurs caractéristiques techniques, ces kits ne présentent pas de similitudes suffisantes pour traduire des agissements déloyaux de la part des sociétés Neo Médical, notamment parce qu'ils présentent des différences de forme et de couleur du porte-tige, de la sonde et de la poignée, de la présentation de la technique chirurgicale (notice) ainsi que de présentation des produits, dans un conditionnement en carton au demeurant banal que la société Safe ne peut s'approprier. En conséquence, la confusion alléguée n'est pas démontrée, ce d'autant que le public concerné est un public particulièrement averti et attentif s'agissant de chirurgiens orthopédiques.

Le jugement sera en conséquence confirmé en ce qu'il a débouté la société Safe de ses demandes formées tant au titre de la concurrence déloyale que du parasitisme.

Sur les mesures réparatrices

La société Safe demande à la cour de confirmer le jugement du 28 mai 2021 s'agissant des mesures réparatrices (interdiction sous astreinte, destruction sous astreinte, levée du scellé, communication de pièces, renvoi des parties à la détermination amiable du préjudice économique subi par elle du fait des actes de contrefaçon sur la base des éléments qui seront communiqués et à défaut, par voie judiciaire après assignation) sauf en ce qu'il a limité les mesures de réparation du préjudice à un nombre restreint de références de produits et a rejeté sa demande de publication et sa demande d'indemnité provisionnelle. Elle sollicite également l'infirmité du jugement rectificatif du 9 juillet 2021 s'agissant de la mesure d'interdiction et demande à la cour de juger que pour les mesures de communication d'information, d'interdiction, de destruction et de détermination du préjudice total subi, il sera tenu compte de l'ensemble des références de kits de vis pédiculaires, soient 14 références et de l'ensemble des boîtes contenant des tiges de liaisons, soient 22 références, en plus du kit ancillaire de référence SI-00-00-00, sans se limiter aux références énumérées par le tribunal.

Cependant, aux termes du dispositif de ses dernières écritures, la société intimée demande également à la cour de

confirmer le même jugement du 9 juillet 2021 en ce qu'il a :

« dit que le paragraphe suivant du dispositif du jugement du tribunal judiciaire de Paris en date du 28 mai 2021 :

'fait interdiction aux sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA d'importer et de commercialiser sur le territoire français les produits Pedicle Screw Kit et ce, sous une astreinte de 1500 euros par infraction, passé un délai d'un mois à compter de la signification du jugement à intervenir'

est remplacé par le paragraphe suivant :

'fait interdiction aux sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA d'importer et de commercialiser sur le territoire français les produits Pedicle Screw Kit dans leur composition contrefaisante et ce, sous une astreinte de 1500 euros par infraction, passé un délai d'un mois à compter de la signification du jugement à intervenir' ;

- dit que le reste du dispositif demeure inchangé ».

Or, une lecture fidèle du jugement rectificatif du 9 juillet 2021 montre qu'il a en réalité remplacé les dispositions du dispositif du jugement du 28 mai 2021 relatives à la mesure d'interdiction par la formule suivante :

'fait interdiction aux sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA d'importer et de commercialiser sur le territoire français les produits Pedicle Screw kit référencés SC-50-35-PE, SI 00-00-00, RD-00-90-ST, RD-00-70-ST et RD-01-00-ST dans leur composition contrefaisante et ce, sous une astreinte de 1500 euros par infraction, passé un délai d'un mois à compter de la signification du jugement à intervenir.'

que la société Safe ne peut pas modifier sous prétexte que le tribunal n'aurait pas fait droit à l'intégralité de sa demande d'interdiction.

Pour autant, la société intimée demande à la cour de prononcer une mesure d'interdiction sous astreinte aux sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA d'importer et de commercialiser sur le territoire français les produits Pedicle Screw Kit, soit 14 références et l'ensemble des boîtes contenant des tiges de liaisons, soient 22 références, en plus du kit ancillaire de référence SI-00-00-00, dans leur composition contrefaisante.

Or les références susvisées n'ont pas été appréhendées par l'huissier instrumentaire lors des opérations de saisie-contrefaçon pas plus n'elles n'ont été discutées devant les premiers juges.

En conséquence, et dès lors que les mesures d'interdiction ne peuvent concerner que les produits reconnus comme contrefaisants, la demande d'interdiction sera limitée aux produits objets des procès-verbaux de saisie-contrefaçon, dans leur composition contrefaisante c'est-à-dire comportant l'insert avec une tête en U.

En outre il n'y a pas lieu de limiter cette mesure d'interdiction aux kits d'instruments dont le numéro est inférieur à

2020033033 tel que sollicité par les sociétés appelantes en l'absence de preuve suffisante de la modification alléguée, qui est contestée, par la production de deux seules photographies desdits kits.

Il en sera de même s'agissant de la demande de destruction. Le jugement du 28 mai 2021 rectifié par jugement du 9 juillet 2021 sera confirmé de ces chefs.

Le jugement sera également confirmé en ce qu'il a fait droit à la demande de levée des scellés apposé suite aux opérations de saisie-contrefaçon en date du 17 novembre 2017 et la communication à la société Safe Orthopaedics, de la clé USB objet du scellé.

S'agissant des mesures de réparation pécuniaire, la société Safe acquiesce au jugement du 28 mai 2021 en ce qu'il a renvoyé les parties à la détermination amiable de son préjudice économique subi du fait des actes de contrefaçon sur la base des éléments qui seront communiqués et à défaut, par voie judiciaire après assignation.

Elle sollicite néanmoins que la mesure de communication d'informations et de réparation du préjudice concerne l'ensemble des références de kits de vis pédiculaires, soient 14 références et l'ensemble des boîtes contenant des tiges de liaisons, soient 22 références, sur la période considérée et maintient sa demande de provision à hauteur de 1 800 000 euros qu'elle estime « légitime » de solliciter compte tenu du chiffre d'affaires de presque 3 millions d'euros des sociétés Neo Médical en France sur la même période. Elle expose que si l'huissier de justice a constaté que la totalité des factures sont au nombre de 298 au jour du constat, et ce depuis le 16 décembre 2016, que le kit d'instruments est fourni à titre gratuit aux clients des hôpitaux pour faire l'objet d'une facturation finale à zéro, après application systématique d'une remise de 100% sur le prix normal de 195 euro HT, que le kit implants (vis) est facturé au tarif de la sécurité sociale remboursable, soit 326,48 euros HT et le kit tiges à 136,78 euros HT, ces constatations ne lui ont cependant pas permis de la renseigner sur les bénéfices réalisés par les sociétés Neo Médical sur la vente des produits contrefaisants. Elle ajoute avoir elle-même effectué des investissements afin de mettre au point l'invention et par ailleurs avoir subi un manque à gagner important du fait de la vente de kits contrefaisants tel que cela ressort des éléments de communication des sociétés Neo Médical. Elle se prévaut enfin d'un article du 25 juin 2018 publié sur le site Internet de la société d'investissement SVC- SA pour le capital-risque des PME pour soutenir que les sociétés Neo Médical ont dépassé leurs attentes initiales et ont réalisé des profits en contrefaisant l'invention, ajoutant enfin que les factures saisies par l'huissier de justice auxquelles elle a eu accès ne concernent que l'année 2017 et qu'elle conteste le rapport d'expert-comptable transmis par les sociétés appelantes, notamment sur l'étendue du préjudice et l'existence d'un tout commercial.

Pour les motifs déjà énoncés, la mesure de communication d'informations et de réparation du préjudice sera limitée aux seuls produits reconnus comme contrefaisants, c'est à dire aux produits objets des procès-verbaux de saisie-contrefaçon, dans leur composition contrefaisante, comportant l'insert avec une tête en U mais cependant pas aux kits d'instruments dont le numéro est inférieur à 2020033033 tel que sollicité par les sociétés appelantes.

Le rapport d'expert-comptable transmis par les sociétés Neo Médical à la société Safe ne fait l'objet d'aucune analyse de la part de cette dernière qui se contente de dire qu'elle le conteste. Par ailleurs les factures produites par les sociétés

appelantes lui permettaient de chiffrer provisoirement son préjudice. Dès lors la demande de provision à hauteur de 1 800 000 euros formée au titre de la contrefaçon qui n'est aucunement justifiée quant à son montant sera rejetée et le jugement confirmé de ce chef, étant ajouté que la société Safe demande à la cour de renvoyer les parties à la détermination amiable de son préjudice économique subi du fait des actes de contrefaçon sur la base des éléments qui seront communiqués et à défaut, par voie judiciaire après assignation, ce qui apparaît peu compatible avec une demande de provision de 1 800 000 euros qui n'est pas justifiée quant à son quantum.

Le jugement sera également confirmé en ce qu'il a rejeté la demande de publication judiciaire dont la finalité n'est pas de sanctionner le comportement des sociétés Neo Médical, ni leur volonté ouverte de « reprendre les droits de propriété industrielle de la société Safe » comme le soutient cette dernière, mais bien de réparer de façon complémentaire un préjudice.

La demande des sociétés appelantes tendant aux mêmes fins de publication sera pareillement rejetée.

Sur les autres demandes

Les dispositions des jugements dont appel seront confirmées s'agissant des dépens et des frais irrépétibles.

Les sociétés Neo Médical condamnées pour contrefaçon, seront en outre condamnées aux dépens d'appel qui seront recouverts conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Enfin la société Safe a dû engager des frais non compris dans les dépens, comprenant les frais de saisie-contrefaçon (aucune expertise ayant été mise en 'uvre) et qu'il serait inéquitable de laisser en totalité à sa charge. Il y a lieu en conséquence de faire application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile dans la mesure qui sera précisée au dispositif du présent arrêt.

PAR CES MOTIFS

Ecarte des débats les notes en délibéré et les pièces qui y sont annexées adressées à la cour par les parties après la clôture des débats.

Déclare recevables les interventions volontaires de la Selarl Bleriot et associés ès qualités d'administrateur de la SA Safe et de la Selarl Fides en la personne de Me [M], ès qualités de mandataire judiciaire de la SA Safe, désignées en ces qualités par jugement du tribunal de commerce de Pontoise en date du 4 septembre 2023.

Dit n'y avoir lieu à rectification du jugement du 28 mai 2021 pour omission de statuer ou pour avoir statué infra petita.

Confirme en toutes leurs dispositions le jugement du 28 mai 2021 et le jugement rectificatif du 9 juillet 2021.

Y ajoutant,

Dit que les mesures de communication d'informations et de réparation du préjudice tels que prononcées par le tribunal dans son jugement du 28 mai 2021 seront limitées aux seuls produits reconnus comme contrefaisants.

Déboute chacune des parties du surplus de leurs demandes.

Condamne in solidum les sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA à payer à la société Safe la somme supplémentaire de 50 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Condamne les sociétés Neo Médical SAS et Neo Médical SA aux dépens d'appel qui pourront être recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

La Greffière La Présidente