

COUR DE CASSATION
Chambre commerciale, 7 juillet 2009

Pourvoi n° 08-11660
Président : Mme FAVRE

Au nom du peuple français,

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Astrazeneca, filiale française du groupe pharmaceutique du même nom, est licenciée de la marque française dénommée Mopral, déposée le 10 avril 1985 par la société de droit suédois Astrazeneca Aktienbolag et régulièrement renouvelée depuis lors ; que la société Astrazeneca fabrique et commercialise en France, sous cette marque, une spécialité pharmaceutique à base d'oméprazole pour le traitement de maladies gastro-intestinales ; que la société Sandoz, qui a obtenu, le 12 novembre 2003, une autorisation de mise sur le marché (AMM) d'une spécialité pharmaceutique dénommée "Oméprazole GNR 20 mg, gélule gastro-résistante", inscrite au répertoire des groupes génériques par décision du directeur de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) intervenue le 8 mai 2004 et publiée au journal officiel le 12 mai suivant, a fait paraître, entre le 16 avril et le 14 mai de la même année, quatre brochures destinées aux professionnels de santé, annonçant la commercialisation de cette spécialité en tant que générique du Mopral 20 mg ; que la société Astrazeneca a assigné la société Sandoz en contrefaçon de marque et en concurrence déloyale ;

Sur le premier moyen :

Vu l'article L. 121-8 du code de la consommation, ensemble l'article L. 5121-1, 5°, du code de la santé publique ;

Attendu que, pour dire que la société Sandoz a commis des actes de contrefaçon, après avoir rappelé qu'aux termes de l'article L. 121-8 du code de la consommation, pour être licite, la publicité comparative doit comparer objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de biens ou services, l'arrêt constate que les brochures publicitaires en cause, si elles citent la marque Mopral, ne la comparent pas à l'oméprazole GNR 20 mg ; qu'il relève que cela est logique puisque la spécialité générique, selon l'article L. 5121-1-5° du code de la santé publique, a la même composition qualitative et quantitative en principe actif, la même forme pharmaceutique et que la bioéquivalence avec la spécialité de référence est démontrée par les études de

biodisponibilité appropriées ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'en présentant la spécialité Oméprazole GNR 20 mg comme le générique du Mopral 20 mg, la société Sandoz informait le public que cette spécialité avait la même composition qualitative et quantitative en principe actif, la même forme pharmaceutique que la spécialité de référence, et que sa bioéquivalence avec cette spécialité était démontrée, ce dont il résulte qu'elle procédait à une comparaison de caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces produits, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le moyen relevé d'office après avertissement délivré aux parties :

Vu l'article L. 121-1 du code de la consommation, ensemble l'article R. 5143-8 du code de la santé publique, alors en vigueur ;

Attendu que, pour dire que les publicités litigieuses étaient trompeuses, l'arrêt retient que l'emploi du terme générique dans ces publicités laissait a priori penser que ce médicament était immédiatement substituable ; qu'il ajoute que la société Sandoz avait si parfaite conscience que ces quatre brochures contenaient une publicité de nature à induire en erreur les pharmaciens qu'elle a adressé le 16 avril 2004 un "fax-mailing" à cinq mille neuf cent quatre pharmaciens d'officine dont 81 % l'ont reçu, pour leur indiquer que l'inscription au répertoire des spécialités génériques n'avait pas encore eu lieu, de telle sorte qu'ils étaient invités à ne pas utiliser la mention figurant sur l'emballage de l'oméprazole GNR 20 mg, aux termes de laquelle "ce médicament générique remplace... qui vous a été prescrit par votre médecin" ; qu'il relève enfin que ce document n'a toutefois été lu que par quatre mille sept cent quatre vingt deux pharmaciens sur les vingt deux mille six cents officines environ existant, de sorte que, près de 80 % des officines ne l'ayant pas reçu, son efficacité est des plus réduites ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, si un nombre significatif de pharmaciens avait décidé, au vu des publicités litigieuses, d'acheter la spécialité Oméprazole GNR 20 mg dans la croyance erronée que cette spécialité était déjà inscrite au répertoire des génériques ou avait finalement renoncé à un tel achat à la lecture du "fax-mailing" adressé par la société Sandoz, à une partie des officines du territoire national, le premier jour de la campagne publicitaire en cause, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses

dispositions, l'arrêt rendu le 6 septembre 2007, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles, autrement composée ;

Condamne les sociétés Astrazeneca et Astrazeneca Aktienbolag aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, les condamne à payer à la société Sandoz la somme globale de 2 500 euros et rejette leur demande ;

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

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par Me Ricard, avocat aux Conseils pour la société Sandoz.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir condamné la société SANDOZ à verser à la société ASTRAZENECA AKTIEBOLAG une somme de 100.000 au titre de la contrefaçon de la marque Mopral ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE la société ASTRAZENECA AKTIEBOLAG reproche à la société SANDOZ d'avoir utilisé au cours de la période comprise entre le 16 avril 2004 et le 14 mai 2004 le nom de Mopral dans quatre brochures :

- la première intitulée « Sandoz lance l'Oméprazole » ; sur la première page, on lit en gros caractères : « le générique facile avec la force d'une marque. Disponible immédiatement » et en petits caractères en bas de page « Oméprazole GNR 20 mg, boîtes de 7, 14 et 28 gélules gastro-résistantes AMM générique de Mopral 20 mg en attente d'inscription au répertoire des médicaments génériques » ;
- la deuxième brochure intitulée « Oméprazole par Sandoz » ; sur la deuxième page, on peut lire « Oméprazole 20 mg, le générique facile, conditionnement en pilulier comme Mopral 20 mg, gélules de taille n° 2 comme Mopral 20 mg, boîtes de format similaire à Mopral 20 mg » ;
- sur la troisième page « générique de Mopral 20 mg » ; « Sandoz, le packaging générique qui donne confiance », avec représentation de l'une des faces d'une boîte Oméprazole GNR 20 mg,

sur laquelle était mentionnée au vu d'un cadre rectangulaire à remplir l'indication « ce médicament générique remplace... », ce que la publicité schématise par une flèche « repère princeps » ;

- la troisième brochure est intitulée « Sandoz lance l'Oméprazole, disponible immédiatement dans votre agence, le générique facile ; - 3 présentations, boîtes de 7, 14 et 28 comme Mopral 20 mg, *conditionnement pilules comme Mopral 20 mg *gélules de taille n° 2 comme Mopral 20 mg, *boîtes de format similaire à Mopral 20 mg - la quatrième brochure intitulée « Sandoz invente le packaging générique qui donne confiance » ; dans la liste «équivalence princeps génériques. Prix en vigueur à partir d'avril 2004 » intégrée dans cette brochure, l'Oméprazole est présenté comme générique de Mopral 20 mg (...)

Que la société ASTRAZENECA AKTIEBOLAG fait valoir, à juste titre, que la reproduction de la marque Mopral dans ces quatre brochures contrevenant aux dispositions de l'article L 713-2 du code de la propriété intellectuelle, constitue une contrefaçon de cette marque ; Que la société SANDOZ ne conteste pas l'usage de la marque Mopral, mais soutient que celui-ci est licite pour deux motifs qu'elle qualifie d'exceptions ;

(...) que faute que soit établie la nécessité de la référence à Mopral, le moyen tiré de l'article L 713-6 b) du code de la propriété intellectuelle ne peut qu'être écarté, sans qu'il y ait lieu d'examiner la question d'un risque éventuel de confusion ;

(...) qu'aux termes de l'article L 121-8 du code de la consommation, pour être licite, la publicité comparative doit comparer objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes vérifiables et représentatives de ces biens ou services ;

Que les brochures publicitaires en cause, si elles citent la marque Mopral, ne la comparent pas à l'Oméprazole GNR 20 mg ; que cela est logique puisque la spécialité générique, selon l'article L 5121-1-5 du code de la santé publique a la même composition qualitative et quantitative en principe actif, la même forme pharmaceutique et dont la bioéquivalence avec la spécialité de référence est démontrée par les études de biodisponibilité appropriées ; que seule la troisième brochure comporte à la page une un encadré intitulé « le générique facile : 3 présentations, boîtes de 7, 14, 28 comme Mopral 20 mg, gélule de taille n° 2 comme Mopral 20 mg, boîtes de format similaire à Mopral 20 mg » ; que les éléments comparés ont trait aux modalités de conditionnement lesquels, contrairement à ce que soutient la société SANDOZ, ne sont pas des caractéristiques essentielles de l'Oméprazole ; qu'en réalité, ce n'est pas un hasard si cette publicité comparative a été imprimée au recto de la seule brochure qui intègre à son verso un bon

de commande l'Oméprazole GNR 20 mg ; qu'elle n'étant donc manifestement destinée qu'à lever les hésitations des pharmaciens quant aux modalités de présentation des boîtes similaires à celle du Mopral, et non à comparer ce qui était essentiel, la composition des médicaments ; que le moyen tiré de l'article L 121-8 du code de la consommation sera lui aussi écarté, la publicité comparative invoqué étant illicite ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE l'article L 121-8 du code de la consommation suppose l'existence d'une comparaison entre des qualités des produits en cause ; or en l'espèce, il n'existe aucune appréciation des mérites respectifs et la société SANDOZ se contente de faire valoir qu'elle reproduit le conditionnement du Mopral ; le recours à une telle pratique qui n'entre pas dans le cadre de la publicité comparative licite réalise un acte de concurrence déloyale ;

ALORS QUE pour qu'il y ait une publicité comparative licite, il suffit qu'il existe une communication sous une forme quelconque faisant, même implicitement, référence à un concurrent ou aux biens ou aux services qu'il offre ; que constitue une telle publicité celle qui indique qu'une spécialité pharmaceutique est le générique d'une autre ; que la publicité litigieuse citait la marque MOPRAL et donc le produit correspondant, ce qui suffisait à la rendre comparative et licite ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L 121-8 du code de la consommation

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir condamné la société SANDOZ à verser à la société ASTRAZENECA SAS une somme de 300.000 pour concurrence déloyale ;

AUX MOTIFS QUE, sur la diffusion de publicités comparatives illicites, la cour a déjà retenu l'usage de publicités comparatives illicites dans la troisième brochure en cause, par la société SANDOZ ; que, sur l'emploi du terme « générique » dans les publicités litigieuses, la société ASTRAZENECA SAS soutient que ces publicités étaient de nature à induire en erreur les pharmaciens, car la qualification de générique suggérait que le médicament avait tous les attributs d'un générique en étant substituable au princeps et que la mention « ce médicament remplace... qui vous a été prescrit » figurant sur les boîtes avec un rectangle vierge à compléter par le pharmacien était de nature à le tromper sur le caractère substituable de celui-ci ; qu'il est exact, en effet, que l'emploi du mot « générique » dans les publicités laissait a priori penser que ce médicament était immédiatement substituable ; que cependant, deux légers tempéraments doivent être apportés à cet usage de publicités de nature à induire en erreur ;

qu'en premier lieu, dans la première brochure intitulée « Sandoz lance l'Oméprazole », il était indiqué en caractères lisibles : « Oméprazole GNR 20 mg, ... AMM générique de Mopral 20 mg en attente d'inscription au répertoire des médicaments génériques » ; en second lieu, la société SANDOZ, qui avait si parfaite conscience que ces quatre brochures contenaient une publicité de nature à induire en erreur les pharmaciens au sens de l'article L 121-1 du code de la consommation, qu'elle a elle-même adressé le 16 avril 2004 un fax-mailing à 5.904 pharmaciens d'officine dont 81 % l'ont reçu, pour leur indiquer que l'inscription au répertoire des spécialités génériques n'avait pas encore eu lieu, de sorte qu'ils étaient invités « à ne pas utiliser la mention figurant sur l'emballage de l'Oméprazole GNR 20 mg », « ce médicament remplace... qui vous a été prescrit par votre médecin » ; ce fax-mailing n'a été lu que par 4.782 pharmaciens (81 % des messages envoyés) sur les 22.600 officines environ existant ; que cela veut dire que près de 80 % des officines ne l'ont pas reçu, de sorte que son efficacité est des plus réduites, eu égard à l'élément subsistant que les quatre brochures contenaient des informations de nature à induire en erreur les professionnels de santé auxquels elles s'adressaient ; qu'en définitive, il résulte tant de la diffusion de publicité comparative illicite dans des brochures, que de la diffusion dans les brochures et sur les boîtes mêmes de médicaments, d'informations de nature à induire en erreur au sens de l'article L 121-1 dans trois brochures, que la société SANDOZ a perpétré des actions de concurrence déloyale ;

ALORS QUE la cassation prononcée sur le premier moyen établira que la publicité réalisée par la société SANDOZ était licite ; qu'en se fondant sur son illicéité pour établir la concurrence déloyale, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil ;

ALORS QUE la qualification de médicament générique est préalable à l'inscription de la spécialité au répertoire des génériques, qui permet au pharmacien d'exercer son droit de substitution ; qu'en reprochant à la société SANDOZ d'avoir mentionné la qualité de générique avant l'inscription au répertoire des génériques, la cour d'appel a violé les articles R 5143-8 du code de la santé publique applicable au moment des faits, dans sa rédaction issue du décret du 19 juin 2003 et L 121-1 du code de la consommation ;

ALORS QU'en ne recherchant pas, comme elle y était expressément invitée, si les fax envoyés par la société SANDOZ ne l'avaient pas été à l'ensemble des pharmacies qui étaient ses clientes, de sorte que plus aucun risque de confusion n'existait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L

121-1 du code de la consommation.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir condamné la société SANDOZ à verser à la société ASTRAZENECA SAS une somme de 300.000 pour concurrence déloyale ;

AUX MOTIFS QUE la société SANDOZ reproche à la société ASTRAZENECA SAS d'avoir réussi à « bloquer » l'inscription au répertoire des génériques de l'Oméprazole GNR en la faisant passer de la date normale du 16 avril 2004 au 12 mai 2004 ; que cette manoeuvre dilatoire de ladite société ASTRAZENECA SAS aurait rendu « contestables » les mentions figurant sur les emballages et la publicité en cause ; mais que les actes de contrefaçon comme ceux de concurrence déloyale sont constitués en eux-mêmes ; que dès lors celui ci-dessus invoqué, à le supposer établi, n'efface en rien les faits constitutifs de contrefaçon et de concurrence déloyale ; que la cour, en définitive, constate le caractère inopérant de ce moyen ;

ALORS QUE la faute de la victime, si elle a contribué en tout ou partie à son préjudice, exonère le responsable, en tout ou partie ; que la victime de faits de concurrence déloyale peut donc voir son indemnisation réduite ou supprimée si elle a été à l'origine du dommage dont elle se plaint ; qu'en estimant inopérant le moyen tiré de ce que la société ASTRAZENECA SAS avait créé son propre préjudice en retardant par des manoeuvres déloyales l'inscription de l'Oméprazole au répertoire des génériques, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil.