

FAITS ET PROCEDURE

La société THE WELLCOME FOUNDATION (ci après dénommée WELLCOME) a déposé le 14 mars 1986 une demande de brevet européen n° 86 301 897.4 pour des "nucléosides antiviraux" laquelle a été publiée sous le n° 196 185. Ce brevet a été délivré et mention de la délivrance a été publiée dans le bulletin européen des brevets n° 89/28 du 12 juillet 1989, la France étant un des pays désignés. Mention de la remise de la traduction française a été publiée au BOPI N°42 du 20 octobre 1989.

Ayant eu connaissance de ce que la société APOTEX INC, société de droit canadien aurait fait adresser par l'intermédiaire de sa filiale française, APOTEX FRANCE, à plusieurs médecins et hôpitaux une lettre offrant au corps médical un produit dénommé APO ZIDOVUDINE dont le principe actif serait l'AZT et qui reproduirait les caractéristiques de son invention, WELLCOME, après avoir fait procéder le 11 février 1993 à une saisie contrefaçon a, par exploit en date du 23 février 1993, assigné ces deux sociétés en contrefaçon des revendications 1 à 15, 21 à 30 et 33 à 42 de son brevet. Elle réclamait outre des mesures d'interdiction, de publication et de confiscation, le paiement de la somme de 1 000 000 F à titre de dommages et intérêts et celle de 100 000 F sur le fondement de l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile.

Les sociétés APOTEX ont conclu à ce qu'il soit constaté que le brevet était sans effet en France, à la nullité de la saisie du 11 février 1993 et de l'assignation et reconventionnellement ont sollicité la publication du jugement, le paiement d'une somme de 1 000 000 F à titre de dommages et intérêts pour procédure abusive et de celle de 25 000 F pour leurs frais hors dépens.

WELLCOME ayant demandé qu'il lui soit donné avec de ce qu'elle entendait opposer les revendications 1 à 15 du brevet, les sociétés APOTEX ont conclu subsidiairement à la nullité de ces revendications pour défaut de nouveauté, subsidiairement d'activité inventive.

Le tribunal par un premier jugement du 25 mars 1998 après retenu que la traduction déposée par WELLCOME qui comportait une description et 49 revendications ne constituait pas la traduction du brevet délivré par l'OEB lequel en comporte 15, a conclu que WELLCOME n'avait pas satisfait à l'obligation imposée par l'article L 614-7 du Code de la propriété intellectuelle et qu'en conséquence le brevet n° 196 185 était sans effet en France. Il a renvoyé WELLCOME devant le directeur de l'INPI pour publication au BOPI du défaut de remise de traduction, déclaré nul le procès verbal de saisie contrefaçon du 11 février 1993, débouté WELLCOME de ses demandes, rejeté la demande de dommages et intérêts des sociétés APOTEX et condamné WELLCOME à leur payer la somme de 20 000 F sur le fondement de l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile.

WELLCOME a interjeté appel de cette décision les 28 janvier et 10 février 1999.

Cette société a également déposé le 14 mars 1986 une demande de brevet européen n° 88101790.9 ayant pour titre "utilisation de la 3' - azido- 3' - désoxythymidine pour le traitement ou la prophylaxie des infections humaines à rétrovirus" qui a été publiée sous le n° 291 633. Cette demande est une division de la demande publiée sous le n° 196 185. Le brevet européen qui désigne la France a été délivré et mention de cette délivrance a été publiée dans le bulletin européen n°92/45 du 4 novembre 1992. La remise de la traduction française a été publiée au BOPI n° 2 du 15 janvier 1993.

Reprochant à la société APOTEX France d'offrir en France pour le traitement et la prophylaxie du SIDA, la fourniture d'une spécialité pharmaceutique fabriquée par APOTEX INC et présentée sous la dénomination APOZIDOVUDINE dont le principe actif serait la 3' - azido-3' - désoxythymidine, WELLCOME, après avoir fait procéder le 22 février 1994 à une saisie contrefaçon au siège d'APOTEX France, a assigné cette société ainsi qu'APOTEX INC en contrefaçon des revendications 1 à 10 et 12 à 21 du brevet européen n° 291 633. Elle sollicitait outre des mesures d'interdiction, de publication et de confiscation, le paiement d'une indemnité provisionnelle de 1 000 000 F à valoir sur son préjudice à déterminer par expertise, par ailleurs requise, ainsi que le versement d'une somme de 100 000 F sur le fondement de l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile.

Les sociétés APOTEX concluaient à la nullité du procès verbal de saisie contrefaçon, à la nullité des revendications 1 à 11 pour défaut d'application industrielle en application de l'article 52-1 de la CBE, à la nullité des revendications 1 et 12 pour défaut de nouveauté, à tout le moins pour défaut d'activité inventive de même qu'à la nullité pour le même motif des revendications 2 à 10 et 13 à 21. Reconventionnellement elles réclamaient, outre la publication du jugement, le paiement à chaque d'elles d'une somme de 1 000 000 F à titre de dommages et intérêts ainsi qu'une indemnité de 100 000 F en application de l'article 700 du NCPC.

Le tribunal par un second jugement en date du 25 mars 1998 a :

- rejeté les moyens de nullité du brevet n° 291 633,
- rejeté l'exception de nullité du procès verbal de saisie contrefaçon,
- dit que les sociétés APOTEX France et APOTEX INC en offrant en France une spécialité pharmaceutique, l'APOZIDOVUDINE, pour le traitement ou la prophylaxie des affections rétrovirales humaines et plus particulièrement du SIDA, dans la fabrication de laquelle entre l'AZT, sans l'autorisation de la société WELLCOME, ont commis des actes de contrefaçon des revendications 1 à 10 et 12 à 21 du brevet européen 291 633,
- prononcé des mesures d'interdiction sous astreinte de 5 000 F par infraction constatée avec exécution provisoire,
- condamné in solidum less sociétés APOTEX à payer à WELLCOME la somme de 150 000 F à titre de dommages et intérêts et celle de 40 000 F sur le fondement de l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile,
- autorisé des mesures de publication de la décision,
- rejeté le surplus des demandes.

Les sociétés APOTEX ont interjeté appel de ce jugement le 13 juillet 1998.

Les deux procédures ont été jointes par ordonnance du 21 janvier 2000.

Par ailleurs, par acte du 7 avril 2000, la société APOTEX INC a déclaré s'inscrire en faux contre le procès verbal de saisie contrefaçon dressé le 22 février 1994 par la SCP CABOUR et GIROD CHATAIGNIER huissiers de justice à Paris et versé aux débats dans l'affaire. Cet acte a été dénoncé le 10 avril 2000 à Monsieur l'Avocat Général de la 4ème chambre section B de cette Cour.

Par ses dernières écritures signifiées le 18 avril 2000, WELLCOME demande à la Cour de :

- infirmer le jugement du 25 mars 1998 ayant déclaré sans effet en France le brevet EP 196 185,
- rejeter les moyens de nullité opposés au brevet EP 196 185,
- dire que le brevet EP 196 185 a produit ses effets en France à compter du 20 octobre 1985,
- rejeter l'exception de nullité du procès verbal de saisie contrefaçon du 11 février 1993,
- déclarer non fondée l'inscription de faux formé à l'encontre du procès verbal du 22 février 1994,
- dire et juger que les sociétés APOTEX ont contrefait le brevet EP 196 185,
- subsidiairement dire et juger que ce brevet a produit ses effets en France à compter du 4 mars 1994, date de la publication de la mention du dépôt de sa traduction révisée à l'INPI,
- confirmer le jugement du 25 mars 1998 ayant condamné les sociétés APOTEX pour contrefaçon du brevet EP 291 633 en toutes ses dispositions,
- condamner in solidum les sociétés APOTEX à lui payer une somme complémentaire de 250 000 F en application des dispositions de l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile.

Par leurs dernières écritures signifiées le 20 avril 2000, les sociétés APOTEX prie la Cour de :

- confirmer en son principe le jugement du 25 mars 1998 sur l'absence d'effet en France du brevet EP 196 185,
- infirmer en toutes ses dispositions le jugement du 25 mars 1998 en ce qu'il les a condamnées pour contrefaçon du brevet EP 291 633,
- dire et juger que les brevets EP 196 185 et 291 633 sont nuls conformément aux dispositions des articles 60.1 et 138.1 e) de la CBE ainsi qu'en application de l'article L 614.12 du Code de la propriété intellectuelle
- dire et juger que le brevet EP 196 185 est sans effet en France, subsidiairement que WELLCOME est irrecevable à invoquer une traduction révisée publiée en mars 1994 pour incriminer des faits commis antérieurement en 1993 et février 1994,
- dire et juger que les 15 revendications du brevet EP 196 185 et les revendications 1 à 11 et 12 à 21 du brevet EP 291 633 sont nulles en application des articles 2.4° 54.5° et 138 de la CBE ainsi que de l'article L 614.12 du Code de la propriété intellectuelle,
- dire et juger que les procès verbaux de saisie contrefaçon du 11 février 1993 et du 22

février 1994 sont nuls,

- dire et juger que le procès verbal du 22 février 1994 comporte des faux,
- débouter WELLCOME de ses demandes en contrefaçon des brevets EP 196 185 et 291 633,
- dire et juger subsidiairement que si la thèse de WELLCOME devait être admise sur l'application de l'article L 614-10 du Code de la propriété intellectuelle, APOTEX serait en droit, en application de l'alinéa 4 de cet article de poursuivre gratuitement les faits incriminés par WELLCOME,
- condamner WELLCOME à payer à chacune des sociétés APOTEX une indemnité à fixer à dire d'expert et par provision la somme de 500 000 F outre une somme globale de 100 000 F en application de l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile,
- ordonner la publication de l'arrêt à intervenir.

DECISION

I - SUR LE DROIT AUX BREVETS EP 196 185 ET 291 633

Considérant que les sociétés APOTEX font valoir sur le fondement de l'article 138 1° e) de la CBE que la partie française des brevets EP 196 185 et 291 633 doit être annulée au motif que l'invention appartient à Mesdames Sandra L, Martha S C, à Messieurs Janes R, David B, Philippe F et aux docteurs B et M et que WELLCOME n'établit qu'elle est leur ayant cause ; qu'elles ajoutent que leurs conseils ont appris par une décision canadienne que WELLCOME avait déclaré détenir ses droits de cinq inventeurs alors qu'il en existe sept en réalité, que les docteurs B et M salariés du National Institute of Health ont contribué à l'invention ;

Que subsidiairement, elles font valoir qu'il convient de surseoir à statuer en attendant une décision canadienne définitive ;

Considérant que WELLCOME réplique que cette demande nouvelle en appel est irrecevable et en tout état de cause mal fondée dès lors qu'une désignation d'inventeur erronée n'a jamais constituée tant en droit européen qu'en droit français une cause de nullité d'un brevet ; qu'elle ajoute que la Cour n'étant pas liée par une décision étrangère, il n'y a pas lieu de surseoir à statuer ;

Considérant ceci exposé, que si en vertu de l'article 564 du Nouveau Code de procédure civile, les parties ne peuvent permettre soumettre à la Cour de nouvelles prétentions, il convient de relever qu'en l'espèce les sociétés APOTEX n'ont pas formé une demande nouvelle en appel mais ont invoqué un moyen nouveau à l'appui de leur demande en nullité des brevets qui leur sont opposés, tendant ainsi à faire écarter la demande en contrefaçon desdits brevets ; que ce chef de demande est donc recevable en appel ;

Considérant qu'en vertu de l'article 138 1 e) de la CBE le brevet européen ne peut être déclaré nul, en vertu de la législation d'un Etat contractant, avec effet sur ce territoire, que si le titulaire du brevet européen n'avait pas le droit de l'obtenir aux termes de l'article 60 paragraphe 1 ;

Que ce dernier article énonce que : "le droit au brevet européen appartient à l'inventeur ou à son ayant cause. Si l'inventeur est un employé, le droit au brevet européen est défini selon le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'employé exerce son activité principale ; si l'Etat sur lequel s'exerce l'activité principale ne peut être déterminé, le droit applicable est celui de l'Etat sur le territoire duquel se trouve l'établissement de l'employeur auquel l'employé est rattaché" ; que le paragraphe 3 de l'article 60 précise que dans la procédure devant l'Office européen des brevets, le demandeur est réputé habilité à exercer le droit au brevet européen ;

Considérant qu'en l'espèce il est précisé dans les deux brevets que le titulaire est la société de droit anglais THE WELLCOME FOUNDATION LIMITED et que les inventeurs sont : Mesdames L et S C et Messieurs R, B et F tous domiciliés aux Etats Unis ;

Considérant que certes les sociétés APOTEX justifient que dans le cadre d'un litige ayant opposé au Canada les sociétés APOTEX INC, NOVAPHARM LIMITED, WELLCOME FOUNDATION LIMITED relativement à la validité d'un brevet canadien n° 1 2338 277 délivré le 21 juin 1988 sous les mêmes priorités que le brevet EP 196 185, se rapportant également à l'utilisation de la 3' azido- 3'- désoxythymidine pour le traitement ou la prophylaxie des infections humaines à rétrovirus, le juge canadien a dit "je trouve que le NIH (National Institute of Health) n'était pas simplement impliqué dans la mise au point de l'AZT mais faisait en fait partie de la découverte de l'objet du brevet sous la loi canadienne sur les brevets. Je n'ai aucun doute sur le fait que, au vu des preuves, si le docteur M et le docteur B avaient été sous le même toit que les inventeurs cités, ils auraient été inclus comme co-inventeurs du brevet '277. A mon avis, les travaux du NIH ne sont pas accessoires à l'invention et cette invention n'aurait pas été complète sans leur investigation, compétence et recherche" ;

Mais considérant qu'outre le fait que le juge canadien a retenu que WELLCOME en tant que propriétaire du brevet canadien était en droit d'agir en contrefaçon et n'a pas prononcé la nullité du titre au motif que les droits de Messieurs M et B sur l'invention auraient été méconnus, il convient de relever que ceux ci n'ont engagé aucune action en vue de se voir reconnaître leurs droits sur les brevets européens EP 196 185 et 291 633 ; que Messieurs M et B ayant seuls qualité pour contester le droit de WELLCOME à obtenir les brevets européens en cause, il s'en suit que WELLCOME était présumée habilitée à exercer devant l'Office le droit au brevet européen ; que les sociétés APOTEX qui ne prétendent pas être co-inventeurs, sont donc mal fondées en leur demande en nullité sur le fondement de l'article 138 1° e de la CBE ;

Que la Cour de céans ne pouvant être liée par une décision judiciaire canadienne et le brevet invoqué dans le cadre de la procédure pendante au Canada étant un titre distinct de

ceux faisant l'objet du présent litige, il n'y a pas davantage lieu de surseoir à statuer dans l'attente d'une décision définitive des juridictions canadiennes ;

II - SUR LES EFFETS EN FRANCE DU BREVET 196 185

Considérant qu'il convient avant d'exposer les moyens des parties de préciser dans quelles conditions WELLCOME a procédé à la traduction en langue française du brevet 196 185 ;

Considérant que le 14 mars 1986 WELLCOME a déposé une demande de brevet européen n° 86 301 897. 4 rédigée en langue anglaise comportant une description et 49 revendications ; qu'après publication de cette demande, elle a, afin de pouvoir bénéficier de la protection provisoire prévue par l'article L 614-9 du Code de la propriété intellectuelle, déposé à l'INPI le 4 décembre 1986 une traduction en langue française des 49 revendications de sa demande de brevet ;

Considérant qu'au cours de la procédure d'examen devant l'Office européen des brevets, WELLCOME a procédé au dépôt le 8 février 1988 de deux demandes divisionnaires n° 88 101790 et 88101795 et n'a maintenu dans sa demande principale que les 15 premières revendications ; que le brevet a été ainsi délivré avec 15 revendications et mention de sa délivrance a été faite au bulletin européen du 12 juillet 1989 ; que le 14 septembre 1989 en vue de satisfaire à l'exigence de l'article L 614-7 du Code de la propriété intellectuelle, WELLCOME a remis à l'INPI une traduction en français de la description du brevet et de 49 revendications ; que mention de la remise de la traduction a été publiée au BOPI n° 89/42 du 20 octobre 1989 ;

Considérant qu'après que WELLCOME a assigné les sociétés APOTEX en contrefaçon des revendications 1 à 15, 21 à 30 et 33 à 42 du brevet 196 185, celles ci ont déposé devant le tribunal des conclusions en soulevant le problème de la traduction du brevet et en demandant qu'il soit constaté qu'il était sans effet en France ;

Que le 31 janvier 1994, WELLCOME invoquant le bénéfice de l'article L614-10 du Code de la propriété intellectuelle a adressé à l'INPI une traduction "révisée" de son brevet avec 15 revendications ; que mention en a été faite au BOPI n° 94/09 du 4 mars 1994 ;

Considérant que WELLCOME fait valoir dans ses dernières écritures que l'article L 614-7 du Code de la propriété intellectuelle fait uniquement obligation de déposer une traduction du texte du brevet et que même si cette traduction est erronée, il demeure que le brevet produit ses effets en France ; qu'elle en conclut qu'en l'espèce si la traduction déposée le 14 septembre 1989 était affectée d'une erreur en ce qui concerne les revendications, le brevet comportant 15 revendications et non 49, elle a néanmoins satisfait aux exigences de l'article L 614-7 du Code de la propriété intellectuelle et son brevet produit ses effets en France à compter du 20 octobre 1989 pour les quinze premières revendications de sa traduction dont la portée est similaire à celles du brevet tel que délivré ;

Qu'elle ajoute qu'à tout le moins, il doit produire ses effets en France à compter de la remise de la traduction révisée publiée au BOPI du 4 mars 1994, une telle traduction pouvant, selon elle, être déposée à tout moment pour corriger toute erreur commise dans la traduction initiale, sans restriction particulière quant à la nature de l'erreur ;

Considérant que l'article L 614-7 du Code de la propriété intellectuelle dispose que :
- Lorsque le texte, dans lequel l'Office européen des brevets crée par la Convention de Munich délivre un brevet européen ou maintient un tel brevet sous une forme modifiée, n'est pas rédigé en français, le titulaire du brevet doit fournir à l'INPI une traduction de ce texte dans les conditions et délais déterminés par décret en Conseil d'Etat. Faute de satisfaire à cette obligation, le brevet est sans effet" ;

Que l'article R 614-8 du Code de la propriété intellectuelle précise que cette traduction doit être remise dans un délai de trois mois à compter de la date de publication au Bulletin européen des brevets de la mention de la délivrance du brevet ;

Considérant que le brevet tel que délivré par l'Office européen des brevets comporte une description, des revendications et le cas échéant des dessins ; que le texte qui doit donc faire l'objet d'une traduction lorsque le brevet n'est pas rédigé en français s'entend de la description et des revendications et que cette traduction doit porter, ainsi que l'exposent à juste titre les sociétés APOTEX, sur la description et les revendications du brevet tel que délivré par l'Office ; que toute autre traduction porterait atteinte à la sécurité des tiers et ne leur permettrait pas de prendre utilement connaissance de la portée du brevet délivré ;

Considérant en conséquence qu'en déposant le 14 septembre 1989 à l'INPI une traduction de la description et des 49 revendications de la demande initiale, alors que le brevet délivré par l'Office ne comporte que 15 revendications, WELLCOME n'a pas satisfait à l'obligation de l'article L 614-7 du Code de la propriété intellectuelle ;

Que l'appelante ne saurait se prévaloir du fait que les quinze premières revendications traduites sont de portée similaire à celles du brevet délivré ; qu'en effet l'étendue de la protection conférée par le brevet européen étant déterminée par la teneur des revendications (article 69 de la CBE) les tiers doivent pouvoir apprécier à la lecture de la traduction quelle est l'étendue de la protection sans avoir à se reporter au texte anglais dans lequel le brevet a été délivré ; que toute autre solution priverait de tout effet les dispositions de l'article L 614-7 du Code de la propriété intellectuelle ; que de plus, les sociétés APOTEX relèvent à juste titre que les 15 premières revendications déposées en septembre 1989 sont différentes dans leur rédaction de celles déposées en mars 1994 et correspondant aux 15 revendications du brevet délivré ; qu'ainsi la traduction de la revendication 1 déposée en 1989 couvre une composition comportant une substance active ou un dérivé de celle-ci et un excipient alors que la revendication 1 du brevet délivré, traduite en 1994 couvre une composition d'un constituant actif et au moins un excipient ; que de même la revendication 15 traduite en 1989 ne se retrouve pas dans le brevet délivré ;

Considérant en conséquence, que le brevet EP 196 185 ne pouvait produire ses effets en France à compter du 20 octobre 1989, date de publication au BOPI de la traduction remise le 14 septembre 1989 ;

Considérant que WELLCOME est tout autant mal fondée à prétendre que son brevet produit ses effets en France à compter du 4 mars 1994, date à laquelle a été publiée au BOPI la mention du dépôt d'une traduction "révisée", à savoir une traduction des 15 revendications du brevet délivré ;

Considérant que l'article L 614-10 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle dispose que :

"lorsqu'une traduction en langue française a été produite dans les conditions prévues à l'article L 614-7 ou au second alinéa de l'article L 614-9, cette traduction est considérée comme faisant foi si la demande de brevet européen ou le brevet européen confère dans le texte de la traduction une protection moins étendue que celle est conférée par ladite demande ou par ledit brevet dans la langue dans laquelle la demande a été déposée. Toutefois, une traduction révisée peut être produite à tout moment par le titulaire de la demande ou du brevet. Cette traduction ne prend cependant effet que lorsque les conditions prévues à l'article L 614-7 ou au second alinéa de l'article L 614-9 ont été remplies.."

Considérant que WELLCOME ne saurait se prévaloir de ses dispositions ; qu'en effet les deux premiers alinéas de l'article L 614-10 du Code de la propriété intellectuelle ne peuvent être dissociés ; que lorsqu'une première traduction en français d'un brevet délivré a été produite dans les conditions de l'article L 614-7 du Code de la propriété intellectuelle et que ce texte traduit confère une protection moins étendue que celle que confère le brevet dans la langue dans laquelle la demande a été déposée, le titulaire du brevet a la possibilité de produire ultérieurement et sans condition de délai une traduction révisée laquelle ne prend effet qu'après publication au BOPI de la remise de cette traduction ;

Que tel n'est pas le cas en l'espèce, dans la mesure où la traduction déposée en 1989 par WELLCOME portant sur 49 revendications et non sur les 15 du brevet tel que délivré, la protection était plus étendue que celle résultant du brevet dans la langue anglaise, langue dans laquelle la demande a été déposée ; que de plus la traduction révisée mentionnée à l'alinéa 2 de l'article L 614-10 vise à pallier les inconvénients résultant d'une traduction imparfaite, à améliorer la version française d'un texte demeuré inchangé en langue étrangère ; qu'il ne permet pas de substituer à la traduction d'un premier texte comportant 49 revendications, la traduction d'un deuxième texte en comportant 15 et ce d'autant plus que la teneur des 15 revendications dans la langue de la procédure telles qu'elles figurent dans le brevet délivré ne correspond pas à celle des 15 premières revendications de la demande initiale ainsi qu'exposé ci dessus ;

Que le jugement doit donc être confirmé en ce qu'il a dit que le brevet n° 196 185 est sans effet en France tant à compter du 20 octobre 1989 que du 4 mars 1994 ;

Qu'il s'ensuit que c'est également à juste titre que les premiers juges ont annulé la saisie pratiquée le 11 février 1993 sur le fondement de ce brevet ;

Considérant que le brevet N° 196 185 étant sans effet en France, la demande en nullité des revendications 1 à 15 dudit brevet formée à titre reconventionnel par les sociétés APOTEX pour écarter le grief de contrefaçon est devenue sans objet ;

III - SUR LE BREVET 291 633

a - Sur la portée de l'invention

Considérant que ce brevet déposé le 14 mars 1986 bénéficie de la priorité des demandes de brevet britanniques n° 8506869 du 16 mars 1985, n° 8511774 du 9 mai 1985, n° 8523881 du 27 septembre 1985, n° 8603450 du 12 février 1986 et américaine n° 776899 du 17 septembre 1985 ;

Que l'invention concerne "la 3'-azido-3'-désoxythymidine (ou AZT) à utiliser pour le traitement ou la prophylaxie des infections rétrovirales humaines et l'utilisation de la 3'-azido-3'-désoxythymidine dans la fabrication d'un médicament pour le traitement ou la prophylaxie d'une infection rétrovirale humaine" ;

Qu'il est rappelé que les rétrovirus constituent un sous groupe des virus à ARN qui pour leur réplication doivent d'abord opérer la "transcription réverse" (transcription inverse) de l'ARN de leur génome en ADN ; qu'une fois sous forme d'ADN, le génome viral est incorporé dans le génome de la cellule hôte ; qu'il est virtuellement indiscernable de l'ADN de l'hôte et dans cet état peut subsister aussi longtemps que la cellule vit ce qui fait que tout traitement doit viser un autre état du cycle vital et être poursuivi jusqu'à ce que toutes les cellules porteuses du virus soient mortes ;

Que le brevet décrit ensuite le virus HTLV III reproductible chez les patients atteints du SIDA, qui est révélé infecter et détruire de préférence les cellules T (lymphocytes) portant le marqueur de surface OKT4 et précise qu'il est admis que ce virus est l'agent étiologique du SIDA ; qu'il est donné des exemples de manifestations cliniques de l'infection par le HTLV III et mentionné que les médicaments proposés jusqu'à présent comme "curatifs" du SIDA (antimoniotungstate, suramine, ribavirine, isoprinosine) soit sont quelque peu toxiques, soit ne manifestent pas d'activité antirétrovirale marqué ; (page 2 et 3) ;

Considérant que le brevet expose (page 3 lignes 20 à 36 et page 4 lignes 1 à 3) que divers mémoires décrivent l'essai de composés contre les rétrovirus, par exemple le virus de la leucémie de Friend (FLV), que Krieg et collaborateurs ont découvert que la 3'-azido-3'-désoxythymidine (ci-après dénommée AZT) influence le dégagement des particules de type C et augmente la formation des particules de type A d'un complexe de FLV lors d'expériences in vitro tandis qu'Ostertag a mentionné en 1974 que l'AZT "pourrait utilement remplacer la bromodésoxyuridine pour le traitement médical des affections provoquées par les virus à ADN" ; qu'il ajoute cependant que six ans plus tard (en 1980)

De Clerq avait établi que l'AZT n'avait pas d'activité appréciable contre les divers virus utilisés pour leurs essais, notamment celui de la vaccine, HSV-I et de virus de la varicelle zoster (VZV) ;

Que le brevet indique ensuite que la demanderesse a découvert que l'AZT avait une activité étonnamment puissante contre les rétrovirus humains avec une activité particulièrement élevée contre le HTLV III ce qui rend ce composé utile pour le traitement des infections rétrovirales chez l'homme ; qu'il ajoute que cette activité a été établie grâce à divers systèmes d'épreuve in vitro dont plusieurs exemples sont donnés (page 4 lignes 17 à 37 et page 5 lignes 1 à 19) ; qu'il précise que d'autres études ont montré que l'AZT agissait lors de l'étape de transcription inverse (obtention du génome sous forme d'ADN à partir d'un génome sous forme d'ARN) en bloquant le transcriptase réverse (ou transcriptase inverse) purifiée du HTLV III, enzyme présente dans les rétrovirus qui lit la molécule d'ARN viral et la convertit en ADN cellulaire ;

Considérant que le brevet donne des exemples d'infections rétrovirales humaines pouvant être traitées ou prévenues par l'AZT et décrit son action ; (page 5 lignes 24 à 36 et page 6 lignes 1 à 11) ;

Que les modes d'administration (voie orale, rectale, nasale, topique, vaginale et parentérale) et le dosage approprié selon le poids du patient sont également donnés ainsi que des exemples de compositions ; qu'il est par ailleurs précisé (page 7 lignes 14 à 22) que s'il est possible d'administrer le constituant actif seul, il est préférable de le présenter sous forme d'une composition pharmaceutique contenant l'AZT conjointement avec un ou plusieurs excipients acceptables et facultativement d'autres agents thérapeutiques ;

Considérant que le brevet comporte 21 revendications exactement énoncées dans le jugement auquel il est fait référence sur ce point ;

b - Sur la validité des revendications

Considérant que devant la Cour, les sociétés APOTEX font valoir que les revendications 1 à 11 et 12 à 21 du brevet 291 633 sont nulles en application des articles 52.4° 54.5° et 138 de CBE et de l'article L 614.12 du Code de la propriété intellectuelle comme portant sur un traitement thérapeutique et/ou une substance exposée dans l'état de la technique dont l'utilisation pour une méthode de traitement thérapeutique était déjà contenue dans l'état de la technique ;

Que selon elles : - une utilisation de l'AZT pour une méthode, comme le traitement des cancers humains ou le traitement anti-bactérien avait été divulguée en 1964 par HORWITZ,

- O avait divulgué en 1973 et 1974 l'AZT dans une application thérapeutique, notamment dans son activité antivirale,

- avant 1985 GLAXO WELLCOME avait adressé son composé à différents laboratoires extérieurs,

- on savait par les documents B GALLO et BARRE SINOUSI que le SIDA était lié à

l'action d'un rétrovirus et en conséquence l'homme du métier était naturellement amené à utiliser l'AZT, déjà connu pour présenter une activité antivirale, pour le traitement du virus du SIDA,

Qu'elles en concluent que les revendications 1 à 11 du brevet, dont la formulation contrevient à l'article 52.4 de la CBE excluant de la brevetabilité les méthodes de traitement pour défaut d'application industrielle, sont nulles ;

Considérant que WELLCOME réplique que l'article 52.4 prévoyant expressément que la disposition relative à l'exclusion des méthodes de traitement thérapeutique du corps humain ou animal ne s'applique pas aux substances pour la mise en oeuvre de ces méthodes et qu'en conséquence les revendications 1 à 11 du brevet portant sur l'AZT pour l'utilisation dans le traitement ou la prophylaxie d'une infection rétrovirale humaine ne peuvent être déclarées nulles ;

Qu'elle ajoute que les revendications 12 à 21 du brevet qui ont pour objet : "l'utilisation de l'AZT dans la fabrication d'un médicament pour le traitement ou la prophylaxie d'une infection rétrovirale humaine" sont formulées sous la forme dite "suisse" telle qu'admise par la Grande Chambre de Recours de l'Office Européen des brevets dans la décision G6/83 (Pharmuka) ce qui leur permet de satisfaire à l'exigence d'une application industrielle ;

Qu'elle expose encore que si les travaux d'HORWITZ divulguent la synthèse chimique d'un certain nombre de composés dont l'AZT, ils ne suggèrent aucune application thérapeutique, que les travaux d'O de 1973 mettent en évidence une forte toxicité indirecte, ne démontrent pas d'activité antivirale vis à vis des virus étudiés, transposent ces soi-disant résultats à des virus qui ne sont pas les virus étudiés et portent sur des cellules chroniquement infectées par des rétrovirus leucémogènes et non sur des virus à ADN, que les travaux d'O de 1974 ne permettent pas d'identifier un effet antiviral de l'AZT vis à vis des rétrovirus leucémogènes murins étudiés, ni vis à vis des virus à ARN en général ou à ADN mais montrent en revanche que l'AZT affecte la croissance cellulaire, est toxique pour les cellules comme le confirment des travaux de DE CLERCQ de 1980 ;

Qu'en ce qui concerne les documents BARRE SINOUSI et B et GALLO, elle réplique qu'ils ne mentionnent, ni ne suggèrent une éventuelle utilité de l'AZT pour traiter le virus du SIDA qui appartient à une famille de rétrovirus différente de celle du virus de la leucémie de FRIEND impliqué dans les travaux d'O ; qu'elle en conclut qu'il ne pouvait en aucun cas être évident pour un homme du métier, à la date de priorité la plus ancienne du brevet, que l'AZT puisse être utilisé dans le traitement ou la prophylaxie d'une infection rétrovirale humaine ou dans la fabrication d'un médicament pour le traitement ou prophylaxie du SIDA et que l'objet des revendications 1 à 21 du brevet relève donc d'une activité inventive ;

Considérant ceci exposé, que contrairement à ce que WELLCOME a prétendu oralement les moyens de nullité des articles 52.4° et 54.5° n'ont pas été soulevés pour la première

fois le 20 avril 2000 mais avaient déjà été invoqués en première instance (conclusions du 4 novembre 1996) et en appel dans des conclusions signifiées les 3 décembre 1998 et 4 avril 2000 ;

Considérant qu'il convient d'analyser chacun des documents invoqués par les sociétés APOTEX ;

1 - article d'HORWITZ de 1964

Considérant que cet article divulgue (page 34 de la traduction) la substance 3'-azido-3'-désoxythymidine et le moyen de l'obtenir mais ne suggère aucune application thérapeutique ;

2 - sur les recherches de GLAXO avant 1985

Considérant que les sociétés APOTEX ne sauraient se prévaloir des termes du jugement canadien du 25 mars 1998 pour soutenir qu'avant 1985 d'une part GLAXO, WELLCOME, société au demeurant distincte de celle qui est titulaire du brevet, aurait fait des recherches sur l'AZT comme médicament pour son utilisation dans le traitement anti-bactérien, l'aurait adressé à différents laboratoires extérieurs sans clause de confidentialité et que d'autre part l'AZT était utilisé pour le traitement du cancer dès lors que les sociétés appelantes ne produisent aucune étude, aucun document, aucun test attestant de la réalité de telles utilisations et de leur caractère public ; que de plus il est indiqué en page 20 de la traduction du jugement canadien que :

"avant 1984 l'AZT n'avait pas été utilisé, comme un médicament, c'est à dire un traitement thérapeutique quelconque" ;

3 - O 1973 et 1974

Considérant que l'étude de 1973 dont seulement 8 pages sont traduites a pour objet la différenciation et la régulation de la malignité de cellules tumorales ; qu'O teste l'activité antitumorale de deux composés, la bromodésoxyuridine (BrdU ou BrdUrd) et l'azidothymidine (AT ou encore AZT) sur des cellules de souris infectées par les virus de la leucémie de Friend (virus à ARN de type C) et précise que l'AZT interfère probablement avec l'allongement de la chaîne de l'ADN, que le groupe N3 en position 3' - OH ne permet pas la liaison au phosphate suivant ; que O 1973 indique par ailleurs qu'après addition de 250 micromoles d'AZT se distingue de la Brdu par son absence de toxicité, que les cellules se développent parfaitement bien en présence de jusqu'à 500 micromoles d'AZT tandis que des doses supérieures à 100 micromoles de BrdU sont toxiques ; qu'il en conclut que l'AZT pourrait probablement être utilisée comme substance pour inhiber la réplication de virus à ADN, sans affecter la viabilité cellulaire ;

Considérant que l'article de 1974 a pour objet une étude de l'induction d'un virus endogène et de la thymidine kinase par la bromodésoxyuridine dans des cultures de cellules transformées par le virus de Friend ; qu'il indique page 19 de la traduction :

"l'inhibition de la réplication du virus LLV-F (virus à ARN) à la fois par l'acidothymidine et la BrdUrd semble être une indication que le mécanisme d'inhibition est semblable ; L'acidothymidine est phosphorylée en azidothymidine triphosphate, mais on suppose qu'elle ne peut pas être utilisée pour l'allongement de la chaîne au cours de la synthèse d'ADN. Elle ne peut par conséquent pas être incorporée à l'intérieur du brin d'ADN en croissance, et est susceptible d'interférer avec l'allongement. Il est possible que des enzymes de réparation cellulaire éliminent l'azidothymidine des extrémités de la chaîne en croissance, mais ne soient pas impliquées dans la réparation virale. La faible toxicité de l'azidothymidine pour la cellule mais sa forte toxicité pour le virus devraient plaider en faveur d'une telle supposition. Dans certains cas, l'azidothymidine pourrait remplacer favorablement la BrdUd pour le traitement médical de maladies provoquées par des virus à ADN" ;

Considérant que dans une déposition qu'il a faite le 20 avril 1993 dans le cadre d'un litige opposant aux Etats Unis la société BURROUGS WELLCOME COMPANY aux sociétés BARR LABORATORIES, NOVOPHARM INC et NOVOPHARM LIMITED, le docteur O a déclaré que lorsque le virus du SIDA avait été identifié, aux alentours de mai 1984, ni lui, ni aucun de ses collègues n'avaient suggéré que l'AZT pourrait être une thérapie pour le SIDA ;

4 - article de DE CLERCQ de 1980

Considérant que cet article produit par les sociétés APOTEX présente les propriétés antivirales et antitumorales d'une série de composés dont l'AZT contre les virus de la vaccine, de l'herpes simplex, dont il n'est pas contesté qu'ils sont des virus à ADN, et de la stomatite vésiculeuse (virus à ARN) et indique qu'aucun des composés testés ne s'est révélé exercer un effet inhibiteur notable ni sur la réplication du virus Herpes Simplex, ni sur celle du virus de la stomatite vésiculeuse ;

Que dans une déclaration faite le 25 novembre 1995, le professeur DE CLERCQ rappelle les termes de son article de 1980, précise que du résultat du test, il a déterminé que l'AZT n'avait pas d'activité significative vis à vis des virus de l'herpès simplex (HSV) de la vaccine (VV) et de la stomatite vésiculaire et que cette absence d'activité antivirale se trouve confirmée par l'observation de la toxicité cellulaire du composé ; qu'il ajoute que "la référence d'O 1974 concernant le remplacement potentiel de la BrdUd par l'AZT pour le traitement médical de maladies provoquées par des virus à ADN doit être erronée étant donné, qu'à sa connaissance la BrdUd n'a jamais été mise en évidence comme étant un médicament pour le traitement de maladies à virus à ADN" qu'il conclut sa déclaration en précisant qu'à la suite de ses travaux rapportés dans l'article de 1980, il n'a eu connaissance d'aucune autre étude sur l'évaluation de l'AZT en vue d'une thérapie anti-virus à ADN ou d'une quelconque autre application thérapeutique avant la première date de priorité de WELLCOME en 1985 ;

5 - articles de BARRE SINOUSI de 1983 et B et GALLO de 1984

Considérant qu'aucune traduction en langue française de l'article de BARRE SINOUSI n'étant communiquée, la Cour ne peut en déterminer la teneur ;

Considérant que les passages traduits du second article exposent qu'on a établi que le SIDA était dû à l'action d'un rétrovirus lymphotrope des cellules T humaines (HTLV III) et que des stratégies pour restaurer les fonctions immunes en interrompant la réplication virale du SIDA ou du pré SIDA (peut être par inhibition de la transcription inverse) pourront être développées lorsque la biologie de ce nouvel agent sera comprise ; que certaines rifamycines sont citées comme agents biologiques et pharmaceutiques susceptibles d'inhiber la transcription inverse de rétrovirus animaux ;

Considérant que l'article 52-4 de la CBE énonce que : "les brevets européens sont délivrés pour les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle" et précise en son 4^o paragraphe que : "ne sont pas considérées comme des inventions susceptibles d'application industrielle au sens du paragraphe 1 les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal. Cette disposition ne s'applique pas aux produits, notamment aux substances ou compositions, pour la mise en oeuvre d'une de ces méthodes."

Que l'article 54 qui se rapporte à la nouveauté de l'invention dispose en son paragraphe 5 que "les dispositions des paragraphes 1 à 4 n'excluent pas la brevetabilité, pour la mise en oeuvre d'une des méthodes visées à l'article 52 paragraphe 4, d'une substance ou composition exposée dans l'état de la technique, à condition que son utilisation pour toute méthode visée audit paragraphe ne soit pas contenue dans l'état de la technique" ;

Qu'il convient donc de rechercher si une utilisation thérapeutique de l'AZT était contenue dans l'état de la technique tel qu'exposé ci dessus ;

Considérant que si l'antériorité doit être prise telle quelle, encore faut-il qu'elle divulgue explicitement une application thérapeutique de l'AZT ;

Or considérant que si l'AZT était connue en tant que substance par les travaux d'HORWITZ et si O montre comment l'AZT est susceptible de bloquer la synthèse de l'ADN, les sociétés APOTEX ne peuvent valablement soutenir qu'O divulgue un usage de l'AZT pour une méthode de traitement thérapeutique ; qu'en effet outre le fait qu'il utilise, comme l'atteste le professeur C : "des techniques expérimentales qui ne permettent pas d'identifier facilement un agent antirétroviral qui pourrait convenir pour une utilisation thérapeutique (par exemple il a recours dans les deux références à un système artificiel qui ne peut être assimilé à une infection naturelle de cellules par des virus)", il convient de relever qu'il ne fait qu'émettre une hypothèse sur une utilisation possible de l'AZT pour le traitement de maladies à virus à ADN alors même que son étude porte sur des virus à ARN, qu'il est très dubitatif et ne décrit aucune application thérapeutique spécifique ; que contrairement à ce que soutiennent les sociétés APOTEX, DE CLERCQ n'a nullement reconnu dans sa déclaration qu'O aurait divulgué l'existence d'une application thérapeutique de l'AZT mais ne fait que résumer la teneur des études de 1973

et 1974 tout comme le texte du brevet de WELLCOME dans le passage relatif à l'état de la technique (page 3 lignes 34 à 36 et 4 lignes 1 à 3) ;

Que l'article de B et GALLO ne fait qu'identifier le virus du SIDA mais ne précise nullement que l'AZT pourrait être utilisé comme moyen thérapeutique et que l'article de DE CLERCQ enseigne que l'AZT n'avait pas d'effet inhibiteur notable sur la répllication du virus de l'Herpès (virus à ADN) et celui de la stomatite vésiculeuse (virus à ARN, non rétrovirus) et est toxique pour les cellules saines ;

Considérant qu'aucune utilisation thérapeutique de l'AZT et aucun emploi de l'AZT pour la préparation d'un médicament n'ayant été divulgués avant la première date de priorité du brevet, il s'ensuit que les revendications 1 à 11 du brevet ayant pour objet l'AZT pour l'utilisation dans le traitement ou la prophylaxie d'une infection rétrovirale humaine ne contreviennent pas aux dispositions de l'article 52.4 de la CBE et ne sauraient être annulées en application de l'article 138 a) de la CBE ;

Considérant que les sociétés APOTEX font encore valoir en se fondant sur les mêmes documents que ceux ci dessus analysés que les revendications 1 à 11 et 12 à 21 du brevet doivent être annulées pour défaut d'activité inventive ; que selon elles, dans la mesure où on savait que le SIDA était lié à l'action d'un rétrovirus, l'homme du métier était naturellement amené à utiliser l'AZT, déjà connu pour présenter une activité anti-virale (notamment par la publication d'O de 1974), qu'il n'était nullement dissuadé de la faire car l'AZT n'est pas toxique et son mécanisme d'action était connu ;

Mais considérant, qu'il a été ci dessus démontré que les articles D'HORWITZ, O et DE CLERCQ ne suggéraient nullement à l'homme du métier d'utiliser l'AZT pour un traitement thérapeutique notamment du SIDA ou dans la fabrication d'un médicament pour le traitement ou la prophylaxie du SIDA ou d'une infection rétrovirale humaine ; que les travaux d'O concernent le virus de leucémie de FRIEND qui est un rétrovirus animal et qui présente quant à son groupe, son génome et ses effets des différences fondamentales avec le virus du SIDA ; que le virus de leucémie de FRIEND appartient à la famille des oncovirus tandis que le SIDA appartient à celle des lentivirus et on ne peut prédire l'activité d'un composé tel l'AZT contre un rétrovirus à la lumière de son activité contre d'autres rétrovirus ; qu'il existe une différence entre les métabolismes intracellulaires murin et humain et l'homme du métier ne pouvait à partir d'O déterminer si l'AZT était susceptible d'inhiber l'action de la transcriptase inverse dans le virus HIV de manière identique à celle du virus de la leucémie de Friend ; qu'enfin les travaux de DE CLERCQ ayant révélé en 1980 la toxicité de l'AZT pour les cellules saines et son absence d'activité contre les 3 virus étudiés, l'homme du métier ne pouvait qu'être dissuadé d'utiliser cette substance comme forme de traitement thérapeutique chez l'homme ou pour la fabrication d'un médicament contre le SIDA ;

Considérant enfin qu'il convient de relever qu'alors qu'au milieu des années 1980, après la découverte de la nature du SIDA, de très nombreux laboratoires se sont mobilisés pour trouver un remède contre cette maladie, aucun n'était parvenu à l'invention et O lui même a déclaré dans le cadre d'un litige opposant aux Etats Unis la société BURROUGS

WELLCOME aux sociétés BARR LABORATORIES et NOVOPHARM que lorsque le virus du SIDA avait été identifié, aux alentours de 1984, ni lui, ni aucun de ses collègues n'avait à sa connaissance suggéré que l'AZT pourrait être utilisé comme moyen de thérapie contre le SIDA alors même qu'à cette date on savait que le SIDA était lié à l'action d'un rétrovirus ;

Considérant dans ces conditions, qu'en découvrant les effets de l'AZT sur la réplication du virus du SIDA et en préconisant son utilisation dans le traitement des infections rétrovirales et plus particulièrement du SIDA, WELLCOME a fait preuve d'activité inventive ;

Que c'est par des motifs pertinents que la Cour adopte, que les premiers juges ont en conséquence retenu que les revendications 1 à 10 du brevet 291 633 qui couvrent l'utilisation de l'AZT dans le traitement ou la prophylaxie d'infections rétrovirales et 12 à 21 qui ont pour objet l'utilisation de l'AZT dans la fabrication d'un médicament pour le traitement ou la prophylaxie de diverses infections rétrovirales du brevet révélaient une activité inventive ;

Considérant que la revendication 11 est directement et expressément liée aux revendications 1 à 10 et porte sur l'utilisation de l'AZT en conjonction avec d'autres constituants pour le traitement d'infections rétrovirales ; que dès lors qu'elle entre en combinaison avec ces revendications dont la validité a été reconnue, elle participe de l'activité inventive de ces revendications et est donc valable ;

IV - SUR LA VALIDITE DU PROCES VERBAL DE SAISIE CONTREFACON DU 22 FEVRIER 1994

Considérant que les sociétés APOTEX INC et APOTEX FRANCE font tout d'abord valoir que ce procès verbal est nul de nullité absolue sur le fondement de l'article 648 du NCPC au motif que rien ne permet de déterminer le nom de l'huissier ayant procédé aux opérations ; qu'elles prétendent également qu'il doit être annulé au motif qu'il a été dressé en violation des droits de la défense, que des pièces ont été prélevées avant que l'ordonnance ne soit signifiée à un représentant responsable d'APOTEX ;

Considérant que WELL COME réplique que le non respect des dispositions de l'article 648 du Nouveau Code de procédure civile est sanctionné par une nullité de forme et qu'APOTEX ne justifiant d'aucun grief que lui causerait le vice prétendument de forme, le procès verbal n'est pas nul ; qu'elle ajoute qu'il résulte de la mention "la SCP Michel CABOUR & Joelle GIROD CHATAIGNER huissiers de justice associés près le tribunal de grande instance de [...] par l'un d'eux soussigné" que la personne physique instrumentaire ne pouvait être qu'un huissier de justice près le tribunal de grande instance de Paris ; que sur le second moyen de nullité, elle soutient que rien ne permet d'affirmer qu'il a été procédé à l'exécution de la saisie avant la signification de l'ordonnance et que l'acte dressé par l'huissier fait foi jusqu'à inscription de faux ;

Considérant ceci exposé que l'article 648 du Nouveau Code de procédure civile édicte que tout acte d'huissier de justice indique : les nom, prénoms, demeure et signature de l'huissier de justice ;

Que selon les articles 2 et suivants du décret du 31 décembre 1969 portant règlement d'administration publique pour l'application à la profession d'huissier de justice de la loi du 26 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, une société civile professionnelle peut être nommée dans un office d'huissiers de justice et devient alors titulaire dudit office ;

Mais considérant que chaque associé d'une société civile professionnelle qui exerce les fonctions d'huissier de justice au nom de la société, a lui même la qualité d'associé et qu'aux termes de l'article 45 alinéa 2 du décret du 31 décembre 1969, chaque associé, dans tous les actes dressés par lui et dans toutes les correspondances doit indiquer son titre d'huissier de justice et sa qualité d'associé d'une société titulaire d'un office d'huissier de justice ; qu'il s'ensuit que dans les actes établis par une société civile professionnelle d'huissier, doivent figurer, à peine de nullité, en application de l'article 648- 3 du Nouveau Code de procédure civile les nom, prénoms, la qualité d'associé et la signature de l'huissier de justice qui a instrumenté, ainsi que la mention de la société dont il est membre et l'adresse du siège de cette société ;

Or considérant qu'en l'espèce, les procès verbal du 22 février 1994 porte la mention : "la SCP Michel CABOUR et Joelle GIROD-CHATAIGNIER huissiers de justice associés, près le tribunal de grande instance de [...], agissant par l'un d'eux soussigné sans que rien ne permette d'identifier la personne physique ayant procédé aux opérations, celle ci ayant simplement fait usage du pronom personnel "je" sans autre précision et la signature étant illisible ;

Que l'omission des indications prévues par la loi constitue une irrégularité particulièrement grave, causant un grief à la société APOTEX FRANCE puisqu'elle l'a mise dans l'impossibilité de vérifier si la personne physique qui a procédé aux opérations de saisie avait bien le titre d'huissier de justice alors surtout que ces opérations se sont déroulées en deux temps, aucun membre de la société APOTEX n'étant présent à 14H 30, heure de début des opérations et Monsieur RIQUIER président du directoire n'étant arrivé qu'à 15H 30 ; que pour ce premier motif la saisie doit être annulée ;

Considérant de plus, qu'il résulte des termes mêmes du procès verbal et des temps de conjugaison utilisés que Monsieur STALLA- B et Madame G ont regardé, fouillé et prélevé directement des pièces ayant trait à l'exécution de la saisie entre 14h 30 et 15H 30 soit avant que l'ordonnance autorisant la saisie n'ait été signifiée à Monsieur RIQUIER seule personne responsable d'APOTEX FRANCE présente susceptible de se voir signifier cet acte ; qu'en effet il est mentionné dans le procès verbal :

"Nous avons attendu jusqu'à 15H 30 le retour de Monsieur Denis RIQUIER, Président du directoire, se disant seul membre d'APOTEX au siège pour lui signifier l'ordonnance puis pour l'exécuter. Monsieur RIQUIER m'a tout d'abord déclaré qu'en principe il avait retourné toutes les pièces ayant trait à l'Apozidovudine au siège au Canada, qu'il émettait

des réserves sur le fait que Monsieur S - B et madame G avaient regardé, fouillé et prélevé directement les pièces ayant trait à cette exécution" ;

Qu'au demeurant il convient de relever que le procès verbal mentionnant en en tête qu'il a été dressé à 15h 40 après que l'ordonnance a été signifiée à Monsieur RIQUIER à 15H 30, il es peu vraisemblable qu'en 10 minutes Monsieur STALLA B et Madame G aient eu matériellement le temps de fouiller dans les dossiers de la société saisie et de trouver les pièces saisies ;

Considérant que cette exécution au moins partielle de la saisie avant que l'ordonnance l'autorisant n'ait été dénoncée à Monsieur RIQUIER n'ayant pas permis à celui ci de vérifier utilement, avant tout début d'exécution, la régularité de la mission à l'huissier, son étendue et le droit pour celui ci de se faire assister, constitue une irrégularité de fond soumise aux dispositions de l'article 117 du Nouveau Code de procédure civile ; qu'il s'ensuit que le procès verbal de saisie contrefaçon doit également être annulé pour ce second moyen ;

V - SUR LA PROCEDURE POUR INSCRIPTION DE FAUX

Considérant que la société APOTEX INC fait valoir que le procès verbal du 22 février 1994 contient des erreurs constitutives de faux en ce que :

- l'huissier a indiqué que l'ordonnance avait été exécutée postérieurement à sa signification à Monsieur R alors que des opérations de fouille et de prélèvement avaient été diligentées antérieurement,
- la lettre du 13.8.92 ne concerne pas Madame R mais Madame R,
- la lettre adressée à Madame A ne date pas du 28.5.95 mais du 28.5.93,
- l'huissier n'a pas listé dans son procès- verbal le document intitulé "LE LABORATOIRE APOTEX FRANCE SA dépose ce jour le dossier de réponse" qui a pourtant été prélevé le 22 février 1994 pas plus que "le bordereau de transmission de la redevance" également prélevé,

Mais considérant que le procès verbal du 22 février 1994 étant annulé pour les causes susvisées et le Ministre Public n'ayant présenté aucune observation sur la procédure d'inscription de faux qui lui a été dénoncée, celle ci est devenue sans objet ;

VI - SUR LA CONTREFACON

Considérant que WELLCOME soutient que dans l'hypothèse où la Cour conclurait à la nullité des procès verbaux de saisie contrefaçon des 11 février 1993 et 22 février 1994 l'attestation du docteur Denis S du 9 décembre 1992 établit la matérialité de la contrefaçon et prouve qu'APOTEX INC, fabricant de la spécialité pharmaceutique Apozidovudine, a offert sur le territoire français cette spécialité pharmaceutique dans le but du traitement du SIDA ;

Considérant que les sociétés APOTEX répliquent qu'APOTEX n'est pas un fabricant et n'a nullement offert en France de fournir les moyens pour fabriquer une composition pharmaceutique comprenant comme principe actif de l'AZT destiné au traitement du SIDA ; que le fait de solliciter une AMM ne constitue pas un acte de contrefaçon ; que la lettre d'APOTEX du 7 juillet 1992 qui fait simplement état du souhait de la société canadienne d'informer les médecins français du lancement de l'apo-zidovudine ne constitue pas davantage un acte de contrefaçon et qu'au surplus la preuve n'est pas rapportée qu'APOTEX aurait agi en connaissance de cause des revendications qui lui sont aujourd'hui opposées ;

Considérant ceci exposé que le brevet n° 196 185 étant sans effet en France et les procès verbaux de saisie contrefaçon des 11 février 1993 et 22 février 1994 étant annulés, il convient de rechercher si WELLCOME rapporte la preuve par d'autres éléments de la contrefaçon des revendications 1 à 11 et 12 à 21 du brevet n° 291 633 ;

Considérant qu'il est établi que courant juillet 1992 le docteur S, attaché de consultation dans le service des maladies infectieuses de l'Hôpital Rothschild à Paris 12°, a reçu d'APOTEX INC. société de droit canadien une lettre signée de son Président par laquelle après avoir précisé que sa société présente dans 90 pays fabrique plus de 200 produits commercialisés à travers ses filiales, il indique notamment que :

"Pour nous, le SIDA est un axe prioritaire : APOTEX consacre depuis de nombreuses années 12% de son chiffre d'affaires à la recherche-développement. A ce titre, et en tant qu'interlocuteurs privilégiés, nous souhaitons vous informer en priorité du lancement de l'APO ZIDOVUDINE, produit bioéquivalent du Rétrovir, pour lequel APOTEX vient d'obtenir au Canada le "Free Sale Certificate" équivalent de l'AMM. L'objectif d'APOTEX est d'offrir aujourd'hui aux médecins et aux chercheurs français les moyens thérapeutiques les plus efficaces et les moins onéreux. Notre ambition est ainsi de donner au corps médical la réponse au coût problématique du traitement du SIDA. Dans l'attente de vous donner toute satisfaction, nous vous prions..."

Considérant que contrairement à ce que soutiennent les appelantes, il résulte de cette lettre qu'APOTEX INC. est le fabricant de l'apozidovudine et se propose de l'importer en France et de le commercialiser par l'intermédiaire de sa filiale ; qu'il importe donc peu qu'à la date où cette lettre a été envoyée, elle ait été ou non en connaissance de cause, cette condition n'étant pas exigée lorsque les faits incriminés ont été commis par le fabricant du produit ou l'importateur ;

Considérant par ailleurs qu'il est sans incidence aucune qu'à la date où ce courrier a été adressé au docteur S, APOTEX INC. n'ait pas obtenu d'AMM pour son produit dès lors que l'offre d'un produit contrefaisant s'entend de toute opération matérielle tendant à mettre un produit en circulation et couvre donc tout acte de démarchage ou de présentation du produit par voie de mailing ;

Considérant que l'offre formulée par APOTEX INC. portant sur l'apozidovudine (composition dont il n'est pas contesté qu'elle a comme principe actif de l'AZT) dans le but du traitement du SIDA, il s'ensuit que c'est par des motifs pertinents que la Cour

adopte que les premiers juges ont dit qu'APOTEX INC. avait commis des actes de contrefaçon des revendications 10 et 12 à 21 du brevet 291 633 ; qu'en revanche la contrefaçon de la revendication 11 n'est pas démontrée ;

Que la preuve n'étant pas rapportée que la société de droit français APOTEX a personnellement commis des actes de contrefaçon des revendications du brevet n° 291 633, le jugement sera infirmé en ce qu'il a condamnée de ce chef ;

VII - SUR LES MESURES REPARATRICES

Considérant qu'aucune des parties ne critiquant le jugement en ce qu'il a fixé le montant des dommages et intérêts à la somme de 150 000 F, le jugement sera confirmé sur ce point de même qu'en ce qui concerne les mesures d'interdiction ;

Que la publication du présent arrêt sera substitué à celle du jugement dans les conditions précisées au dispositif ;

VIII - SUR LA DEMANDE RECONVENTIONNELLE

Considérant que les sociétés APOTEX font valoir que WELLCOME a commis une faute en faisant procéder à une saisie irrégulière, en introduisant la présente instance, en invoquant à trois reprises les 49 revendications de son brevet 196 185 et en empêchant la délivrance de l'AMM à APOTEX ; qu'en conséquence chacune des sociétés APOTEX réclame à titre de dommages et intérêts la somme de 500 000 F ;

Considérant que si WELLCOME a fait preuve de négligence dans le dépôt de la traduction des revendications du brevet n° 196 185, il demeure que celle ci n'a eu aucune conséquence préjudiciable pour les sociétés APOTEX ;

Que par ailleurs il n'est nullement démontré que l'introduction de la présente procédure a eu pour effet d'empêcher APOTEX d'obtenir une AMM pour son produit, l'apozidovudine et le fait que la presse se soit émue du coût élevé du Rétrovir (nom du médicament couvert par le brevet 291 633) commercialisé par WELLCOME est sans incidence sur le présent litige ;

Mais considérant qu'en faisant procéder le 22 février 1944 à une saisie contrefaçon dans les conditions gravement irrégulières qui ont été précédemment relevées, la société WELLCOME a commis une faute qui causé un préjudice à la société APOTEX FRANCE ; qu'en effet d'une part, celle ci n'a pu s'assurer que la personne physique qui procédait à la saisie avait bien le titre d'huissier, d'autre part elle a été mise dans l'incapacité de vérifier si Monsieur S et Madame G s'étaient contentés ou non de rechercher des documents se rapportant à la spécialité pharmaceutique en cause, l'APOZIDOVUDINE ; qu'il convient d'allouer à la société APOTEX FRANCE en réparation du préjudice par elle subi la somme de 100 000 F.

Que la société APOTEX INC. qui ne justifie d'aucun préjudice spécifique sera en revanche déboutée de sa demande ;

IX - SUR L'ARTICLE 700 DU NOUVEAU CODE DE PROCEDURE CIVILE

Considérant que l'équité ne commande pas qu'il soit fait application en appel des dispositions de l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile à l'une ou l'autre des parties ;

PAR CES MOTIFS

Confirme le jugement du 25 mars 1998 (RG 93/7259) en ce qu'il a :

- dit que le brevet n° 196 185 était sans effet en France tant à compter du 20 octobre 1989 que du 4 mars 1994,
- annulé le procès verbal de saisie contrefaçon du 11 février 1993,
- renvoyé la société THE WELLCOME FOUNDATION devant le directeur de l'INPI pour publication au BOPI du défaut de remise de traduction,

Confirme le jugement du 25 mars 1998 (RG 94/6951) en ce qu'il a :

- rejeté les moyens de nullité du brevet n° 291 633
- dit que la société APOTEX INC avait en offrant en France une spécialité pharmaceutique, l'APOZIDOVUDINE, pour le traitement du SIDA, dans la fabrication de laquelle entre l'AZT, sans l'autorisation de la société WELLCOME, commis des actes de contrefaçon des revendications 1 à 10 et 12 à 21 du brevet n° 291 633,
- prononcé des mesures d'interdiction sous astreinte de 5 000 F par infraction constatée à l'encontre de la société APOTEX INC.
- condamné la société APOTEX INC à payer à la société WELLCOME la somme de 150 000 F à titre de dommages et intérêts,

Le réformant pour le surplus, statuant à nouveau et y ajoutant,

Déboute les sociétés APOTEX INC et APOTEX FRANCE de leur demande en nullité des brevets n° 196 185 et 291 633 sur le fondement de l'article 138.1° e) de la CBE,

Annule le procès verbal de saisie contrefaçon du 22 février 1994,

Dit que la procédure incidente d'inscription de faux est devenue sans objet,

Autorise la société THE WELLCOME FOUNDATION à faire publier le dispositif intégral du présent arrêt dans trois journaux ou revues de son choix, aux frais de la société APOTEX INC. sans que le coût de ces publications excède la somme totale de 60 000 F HT,

Condamne la société THE WELLCOME FOUNDATION à payer à la société APOTEX FRANCE la somme de 100 000 F à titre de dommages et intérêts,

Rejette toute autre demande des parties,

Dit que chacune des parties conservera la charge de ses frais de première instance et d'appel.