

VD_GERICHTE CM11.002817 vom 11. Februar 2011

VD Tribunal cantonal, 2011-02-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_CM11.002817

FR: VD_GERICHTE CM11.002817 du 11 février 2011

IT: VD_GERICHTE CM11.002817 del 11 febbraio 2011

Erwägungen

E. 1

Publicité pour les médicaments et information sur les médicaments destinées aux professionnels 11 Principe Précision, pondération, objectivité et honnêteté sont les principes qui doivent présider à la publicité destinée aux professionnels pour les médicaments ainsi qu'à l'information relative aux médicaments. 12 Champ d'application et définitions 121 Champ d'application 121.1 Le Code pharmaceutique complète dans le domaine de la publicité destinée aux professionnels la législation nationale relative aux produits thérapeutiques et lui ajoute certains détails conformément aux codes internationaux de l'industrie pharmaceutique mentionnés dans le préambule.

- 3 - 121.2 Le Code pharmaceutique s'applique, sous réserve des dispositions du chiffre 122, à la publicité pour les médicaments destinée aux professionnels et à l'information sur les médicaments que les entreprises de fabrication et de distribution actives en Suisse (ci-après: les entreprises) adressent aux professionnels et à leur personnel auxiliaire. 121.3 Le Code pharmaceutique s'applique à la publicité destinée aux professionnels et à l'information qu'une entreprise prépare et fournit elle-même ou à celles dont cette entreprise charge d'autres personnes ou entreprises (telles qu'agences de publicité ou agences en relations publiques) de préparer et de fournir. (...) 14 Exigences qualitatives 141 Généralités 141.1 La publicité pour les médicaments destinée aux professionnels ainsi que les informations relatives aux médicaments doivent être précises, équilibrées, objectives et honnêtes. 141.2 Ses affirmations doivent être prouvées. 141.3 Elles ne doivent pas induire en erreur, que ce soit par altération du contenu, présentation tendancieuse, omission ou de toute autre manière. 142 Indications inadmissibles Sont notamment inadmissibles, car de nature à induire en erreur : 142.1 l'utilisation du mot "sûr", sauf en relation avec une qualification objective; 142.2 des indications laissant entendre qu'un médicament est dépourvu d'effet indésirable, n'entraîne aucune accoutumance, est sans danger ou inoffensif, ou toute autre affirmation similaire. 143 Référence aux essais cliniques ou à la littérature médicale 143.1 Lorsque la publicité destinée aux professionnels se rapporte à des essais cliniques, ceux-ci doivent avoir été effectués conformément aux exigences de bonnes pratiques cliniques "Good Clinical Practice (GCP)" qui étaient en vigueur au moment considéré. Les rapports sur des essais cliniques cités doivent refléter l'état le plus récent des connaissances scientifiques. 143.2 Les rapports sur des essais cliniques auxquels se réfère la publicité destinée aux professionnels doivent être publiés dans un média destiné aux professionnels scientifiquement reconnu. 143.3 Les rapports sur des essais cliniques doivent être cités avec leur titre entier, les noms des auteurs, la date ainsi que le média destiné aux professionnels dans lequel ils sont publiés; pour les périodiques spécialisés, il faut en outre indiquer l'année ou le tome ainsi que le nombre de pages.

- 4 - 143.4 La publicité destinée aux professionnels peut se référer à des rapports sur des essais cliniques non encore publiés, mais en respectant les conditions suivantes : les essais doivent être livrés pour publication à un média destiné aux professionnels scientifiquement reconnu et être acceptés par lui; ils doivent être munis dans la publicité afférente d'un titre complet, des noms des auteurs et de la date ainsi que d'une référence au média destiné aux professionnels; la publicité en question doit signaler que les professionnels peuvent exiger de l'entreprise une copie intégrale du rapport sur l'essai clinique cité. 143.5 Les citations tirées de la littérature médicale ou d'exposés prononcés par des professionnels lors de rencontres scientifiques ne doivent pas fausser ou modifier de quelque manière le contenu de l'essai clinique ou l'opinion de l'auteur. (...) 145 Comparaisons 145.1 Les comparaisons avec d'autres médicaments doivent être scientifiquement correctes et étayées. Sont admises comme références la version la plus récente de l'information sur les médicaments destinée aux professionnels telle qu'autorisée par Swissmedic ou, si Swissmedic n'a pas prescrit une telle information, la version la plus récente de l'autorisation de mise sur le marché octroyée par Swissmedic, des essais cliniques ou d'autres études répondant aux exigences précisées sous 143 respectivement 144, des citations signalées comme telles et référencées de déclarations scientifiques ou encore de directives de milieux scientifiques reconnus. 145.2 Les mêmes exigences d'exactitude s'appliquent aux qualifications comparatives comme "meilleur", "plus efficace", "plus facilement supporté", ainsi qu'aux superlatifs (par exemple "le meilleur", "le plus efficace", "le plus souvent prescrit") ou à d'autres qualificatifs semblables (par exemple "unique", "à la pointe de ...", "la référence absolue ...", "le meilleur choix"). 145.3 Si la publicité destinée aux professionnels se rapporte à des essais dont les résultats proviennent d'expériences animales ou d'expériences in vitro, cela doit apparaître clairement dans la citation. (...) Procédure auprès de Swissmedic ou d'un tribunal 71 Si des entreprises dénoncent auprès de Swissmedic ou d'un tribunal une infraction présumée à la réglementation légale de la publicité destinée aux professionnels ou à d'autres points relevant du champ d'application du Code pharmaceutique ou liés à la concurrence déloyale, le Secrétariat poursuit la procédure qu'il pourrait avoir déjà engagée à ce motif conformément au Code pharmaceutique, dans la mesure où aucune des entreprises concernées ne s'y oppose. (...)"

- 5 - 2.a) La requérante a débuté, en 2007, la commercialisation en Suisse de son produit F. _____ RCP, vaccin contre la rhinotrachéite, le calicivirus félin et la panleucopénie, ainsi que du produit F. _____ RCPCCh, vaccin contre les mêmes maladies et, en plus, contre la chlamyphilose. Ce sont les vaccins les plus récents mis sur le marché européen. Ils sont fabriqués à base de souches inactivées et non adjuvées, soit les souches FCVG1 et FCV431, qui ont été isolées au début des années 1990 et transformées à des fins vaccinales autour des années 2000. Ces vaccins sont fabriqués par le laboratoire P. _____, situé à Lyon (France). Le groupe P. _____ est actif au niveau mondial en matière de médecine vétérinaire et de vaccins. De l'avis du témoin J. _____, directeur au sein du groupe P. _____, vétérinaire et coauteur de l'étude I. _____ et coll. (2008) (dont il sera question plus loin), les vaccins F. _____ de la requérante sont innovants car ils sont adaptés à l'évolution des souches rencontrées sur le terrain, le calicivirus étant connu pour muter rapidement. Le vaccin contient donc deux souches (FCV431 et FCVG1), ce que les vétérinaires savent. En réunissant deux souches, le but de X. _____ SA était d'élargir le spectre de protection du vaccin. b) L'intimée commercialise un vaccin contre le calicivirus sous la dénomination B. _____ et un vaccin combiné sous le nom de V. _____, ce dernier n'étant pas commercialisé en Suisse à l'heure actuelle. Les souches de ces deux

vaccins ont été isolées dans les années 50 et ont largement été utilisées dans le monde depuis lors à des fins vaccinales. Le vaccin B. _____ de Y. _____ AG contient la souche FCVF9 et les vétérinaires le savent. J. _____ et S. _____, vétérinaire et employée de X. _____ SA depuis 2003 en tant que cheffe de produits, ont précisé à cet égard que la souche FCVF9 contenue dans le vaccin B. _____ présentait, d'après certaines études, un pouvoir de séroneutralisation croisée nettement amoindri, ce qui pourrait provoquer une protection clinique également amoindrie. Des études internationales, notamment l'étude N. _____ et coll. (1997), montrent une diminution de la protection du vaccin contenant la souche FCVF9 au cours des années d'utilisation. Le témoignage de L. _____, employée de Y. _____ AG en tant que

- 6 - responsable de développement biologie et vaccins, est en contradiction sur ce point. Ce témoin ne connaît toutefois pas l'étude N. _____ et coll. (1997) citée. c) En Suisse, d'autres vaccins contre le calicivirus existent, tels le [...] et le [...]. Néanmoins, c'est le vaccin B. _____ qui est préféré par les vétérinaires suisses de sorte que l'intimée est leader du marché suisse. Le témoin S. _____ a précisé qu'avant la commercialisation du vaccin de X. _____ SA, la concurrence était très faible mais existante en Suisse sur ce marché. Selon elle, la part de marché de Y. _____ AG s'élevait à 90% environ. Elle a également précisé que l'arrivée sur le marché suisse du vaccin F. _____ était en train de changer la situation. Le vaccin F. _____ a en effet suscité beaucoup d'intérêt lors de sa commercialisation, notamment de la part des vétérinaires et des scientifiques, au point de créer un débat scientifique, récemment relégué par des conférences. Depuis deux ans, il serait même devenu un des vaccins leaders du marché européen.

E. 3

La requérante a fait publier, dans le courant du mois d'octobre 2010, une brochure intitulée "[...]". En conformité avec le Code pharmaceutique, l'intimée a saisi le Secrétariat du Code pharmaceutique d'une plainte au sujet de cette brochure. Cette plainte reproche principalement à la requérante de présenter certaines données comme représentatives de la situation en Suisse, alors que les études ont été réalisées à partir de souches récoltées à l'étranger ou en relation avec des vaccins non autorisés en Suisse. Aucun accord n'ayant pu être trouvé, la plainte a été transmise à Swissmedic. En substance, l'intimée reproche, dans le cadre de cette procédure, à la brochure de la requérante d'octobre 2010 de ne pas évoquer l'existence de plusieurs études scientifiques, publiées dans des revues tout aussi renommées et qui placent les vaccins F. _____ dans une position moins favorable à ce que la brochure laisse entendre. Cette procédure étant parallèle à la présente cause, elle n'est citée ici qu'à titre indicatif.

- 7 - 4.a) La revue Archives Suisses de Médecine Vétérinaire (ci-après: ASMV), en allemand Schweizer Archives für Tierheilkunde (ci-après: SAT) est la publication officielle de la Société Suisse des Vétérinaires (ci-après: SSV). Elle est publiée chaque mois et envoyée à tous les vétérinaires membres de la SSV. Dans le premier numéro du mois de janvier 2011, X. _____ SA a publié un article sur les conférences récemment données au sujet du calicivirus, notamment par le Prof. H. _____. Ce dernier est membre de l'[...] (ci-après: ABCD) qui est sponsorisé notamment par le groupe P. _____. Professeur à l'Université de Zurich, il est la référence des praticiens pour les vaccins félines. Dans cet article, le Prof. H. _____ écrit (traduction de l'allemand): " Les vaccins contre le FCV reposent sur des isolats sélectionnés en raison de l'étendue de l'immunité croisée qu'ils engendrent. Les vaccins contre le FCV ne protègent pas contre toutes les variantes qui se

présentent sur le terrain, mais les souches vaccinales les plus récentes de P._____, G1 et 431, neutralisent 95% de tous les isolats ([...]). A l'avenir, il sera idéal de disposer de vaccins contre le FCV comprenant plusieurs isolats différents susceptibles d'induire un large spectre de neutralisation (si possible également contre la forme hypervirulente)." b) Ayant appris que X._____ SA allait publier l'article du Prof. H._____ dans le numéro de l'ASMV de janvier 2011, l'intimée a fait insérer, dans ce même numéro, une brochure intitulée "G._____" (ci- après: brochure G._____). L'intention de Y._____ AG était donc de répliquer au contenu de l'article à paraître. L'intimée a en effet admis qu'elle savait que cet article allait être publié et qu'il y avait urgence à répliquer. Il n'y a pas eu d'autre diffusion de la brochure G._____ ; elle n'a pas été insérée dans le numéro de l'ASMV du mois de février 2011. L'intimée soutient dans ses écritures que la brochure G._____ est une réplique à la brochure de X._____ SA du mois d'octobre 2010 ("[...]"). On

- 8 - ne le retiendra pas dans la mesure où cette affirmation est contredite par le témoin D._____. La brochure G._____ est conçue comme une interview du Dr D._____, qui y est désigné comme "Dr. med. Vet. (...) responsable de la Division biopharmaceutique de Y._____ AG pour l'Europe". Entendu comme témoin, le Dr D._____ a déclaré qu'il était à la fois l'auteur des questions et des réponses. Il a aussi précisé qu'il était plus précisément le responsable de la communication de la division biopharmaceutique, fonctionnant ainsi comme une interface entre les pôles commercial et scientifique de Y._____ AG. La page de garde de la brochure présente la photo d'un chat couché sur le dos. En pages 2 et 3, le Dr D._____ donne des réponses à quatre questions et résume l'essentiel de ses propos en bas de pages. Les pages 2 et 3 ont un contenu identique, la version allemande se trouvant sur la page 2 et la version française sur la page 3. L'interview en français a la teneur la suivante: "On prétend que les "nouvelles" souches vaccinales contre les calicivirus protégeraient mieux que les souches traditionnelles. Est-ce vrai? Vous parlez sans doute de la discussion actuellement en cours en Suisse sur les "nouvelles" souches vaccinales de calicivirus. Il est à ce propos intéressant de se remettre en mémoire la publication d'I._____ et coll. (2008) qui semble être passée un peu rapidement aux oubliettes. Dans cette étude, le taux de séroconversion était de 29 à 70% avec la souche G1 et de 67 à 87% avec la souche 431. Dans la même année, Porter et coll. ont montré que le taux de séroconversion avec la souche vaccinale bien connue F9 était de 87,5%. Il n'existe donc aucun élément en faveur d'une infériorité des vaccins traditionnels (Figures 1 et 2). On prétend également que la protection vaccinale obtenue avec la souche vaccinale F9 aurait diminué au cours des dernières années. Il s'agit de bien faire la part des choses entre les messages promotionnels et les faits scientifiques. Dans l'étude de Porter publiée en 2008 citée

- 9 - précédemment, la souche vaccinale F9 a neutralisé 87,5% des souches de calicivirus récupérées sur le terrain en conditions de pratique vétérinaire (n.d.r.: en gras dans l'original). Une étude comparable publiée en 1993 avait montré que la vaccination avec la souche F9 neutralisait jusqu'à 88 % des souches de calicivirus. Ces deux études confirment que la souche vaccinale F9 confère aujourd'hui comme hier une large immunité croisée. Étant donné que l'étude de Porter se base sur un collectif représentatif de souches collectées sur le terrain (n.d.r.: en gras dans l'original), il y a tout lieu de partir du principe que les propriétés de séroneutralisation de la souche F9 ne se sont pour ainsi dire pas modifiées (Figures 2 et 3). La vaccination combinée avec Z._____ et B._____ CRP est utilisée

depuis des années en Suisse. Quelle est l'importance de l'effet synergique de cette utilisation combinée sur les taux d'anticorps? La vaccination combinée associant Z._____ et B._____ CRP agit en effet de manière synergique. L'étude de [...] et coll. a clairement montré que la vaccination combinée permettait d'atteindre des taux d'anticorps significativement plus élevés. En ce qui concerne les calicivirus, le taux est multiplié par 5 ($p=0,001$) et pour la rhinotrachéite par 2,5 ($p=0,004$). Ces données ont également récemment été honorées par l'agence d'enregistrement européenne qui a autorisé la mise sur le marché de V._____ FeLV/RCP en 2009. Pouvez-vous nous en dire plus? Un point intéressant pour la pratique quotidienne est sans doute l'exemple de l'immunisation de base. Deux à trois semaines après la dernière injection de primo-vaccination combinant Z._____ et B._____ CRP, le taux de séroconversion contre les calicivirus est de 82% et atteint même 100% contre le FeLV! Ces chiffres impressionnants parlent d'eux-mêmes et confirment pleinement l'excellente expérience faite en Suisse en pratique avec Z._____ et B._____ CRP combinés dans la même seringue. La combinaison de Z._____ et de B._____ CRP en un vaccin combiné a obtenu l'autorisation de mise sur le marché par l'agence européenne pour les médicaments EMA en 2009 (n.d.r.: en gras dans

- 10 - l'original) sous forme du vaccin combiné V._____ FeLV/RCP. Les exigences pour une autorisation de l'EMA sont en permanence mises à jour pour refléter le plus récent état des connaissances scientifiques (n.d.r.: en gras dans l'original). Le vaccin combiné qui repose sur Z._____ et B._____ CRP fait donc partie des vaccins les plus récemment autorisés, et par conséquent examinés à la loupe, en Europe. L'essentiel en bref (n.d.r.: en couleur bleue dans l'original) • Large immunité croisée: selon une étude indépendante publiée en 2008, la souche de calicivirus F9 dans B._____ CRP a neutralisé 87,5% des souches de FCV recueillies en conditions de pratique de cabinet. • Z._____ protège jusqu'à 93% (fraction de prévention) des chats vaccinés contre la FeLV avec virémie persistante. • Z._____ et B._____ CRP en vaccination combinée synergique multiplie par 5 le taux d'anticorps contre les calicivirus et par 2,5 le taux d'anticorps contre la rhinotrachéite. • La protection vaccinale repose sur des publications scientifiques. Celle-ci se trouve pleinement confirmée par l'autorisation de mise sur le marché toute récente en Europe du vaccin combiné (V._____ FeLV/RCP) qui repose sur les vaccins Z._____ et B._____ CRP disponibles en Suisse." La brochure G._____ est complétée par trois graphiques, à cheval sur les pages 2 et 3, qui sont les suivants:

- 11 - En page 4, la brochure G._____ énumère les études de référence citées dans le corps du texte ou en regard des graphiques ci-dessus. Apparaissent aussi sur cette page deux images publicitaires des boîtes contenant les vaccins Z._____ et B._____ avec, juste en dessous, les informations relatives à ces médicaments, soit leur composition, les indications, la posologie, les contre-indications, les effets secondaires et les interactions pour chacun des vaccins susmentionnés. c) Pour le témoin D._____, le but de la brochure G._____ était de sensibiliser les vétérinaires à la lecture des études disponibles sur le sujet du calicivirus, de les inciter à consulter les différentes études et de

- 12 - les rendre attentifs à la richesse des différents résultats. Il a admis que le graphique n° 1 passait sous silence les résultats de la souche F9 selon l'étude I._____ et coll. (2008), moins bons que les résultats des autres souches. Toutefois, l'indication selon laquelle le graphique n° 1 a été "adapté" d'après l'étude I._____ et coll. (2008) devait précisément – selon le témoin – inciter les vétérinaires à consulter la version non adaptée. d) La diffusion

de la brochure G._____ a semé le doute chez certains vétérinaires par rapport à l'efficacité des vaccins en cause. Le témoin S._____ a précisé qu'un vétérinaire, client de Y._____ AG, qui était prêt à prendre le vaccin F._____, y a renoncé à la suite de la diffusion de cette brochure. Ce témoin a parlé avec d'autres vétérinaires qui lui ont confié ne plus savoir quoi penser de l'efficacité des vaccins F._____ et B._____. Elle n'a pas eu connaissance en revanche de clients de X._____ SA qui auraient choisi les vaccins de Y._____ AG à la suite de la diffusion de la brochure litigieuse. 5.a) Les informations contenues dans la brochure G._____ sont notamment fondées sur les études I._____ et coll. (2008), Q._____ et coll. (2008) et R._____ et coll. (1993). Les parties ne contestent pas la validité scientifique de ces études. Elles admettent qu'elles ont été réalisées dans des conditions différentes. Il n'est en revanche pas possible de dire que l'une de ces études a été réalisée dans des conditions plus proches de la réalité qu'une autre. Le témoin J._____ a qualifié la brochure de l'intimée de "publirédactionnel", notamment au regard de sa présentation (design) et de sa formulation ("Il s'agit de bien faire la part des choses entre les messages promotionnels et les faits scientifiques", page 3 tout en haut). b) Les passages topiques de l'étude I._____ et coll. (2008) sont les suivants (traduction de l'anglais): "Capacité d'anticorps dirigés contre deux nouvelles souches de vaccin

- 13 - de la calicivirose à neutraliser des isolats de calicivirus félin provenant du Royaume-Uni (n.d.r.: en gras dans l'original) Y._____, (...) J._____, (...) Cette étude a examiné un ensemble de 110 isolats de calicivirus félin (CVF) prélevés sur le terrain du Royaume-Uni afin de tester leur sensibilité à une neutralisation croisée par huit antisérums prélevés chez des chats infectés par les souches CVF F9, 255, FCVG1 et FCV431. Les paires d'antisérums dirigés contre les souches F9 ou 255 ont neutralisé respectivement 20% et 21% ou 37% et 56% des souches virales de terrain. En revanche, les paires d'antisérums dirigés contre les nouvelles souches vaccinales FCVG1 et FCV431 ont neutralisé respectivement 29% et 70% ou 67% et 87% des souches de terrain. Les antisérums dirigés contre les deux nouvelles souches, FCVG1 et FCV431, ont neutralisé une proportion supérieure de souches de calicivirus de terrain par rapport à des antisérums dirigés contre les souches vaccinales du CVF plus anciennes, F9 et 255. (n.d.r. en gras dans l'original) Le calicivirus félin (CVF [n.d.r. "FCV" dans la version originale]) a été isolé de chats présentant une pathologie des voies respiratoires supérieures (coryza contagieux du chat), une gingivo-stomatite chronique, un syndrome de claudication transitoire, une virose systémique aiguë et de chatons présentant un syndrome de dépérissement. (...) Le pouvoir de mutation rapide du CVF lui permet d'échapper à la réponse immunitaire des chats individuels (...) et provoque une diversification des souches, qui a pour conséquence de réduire la capacité des souches de CVF utilisées dans les vaccins d'assurer une protection équivalente contre toutes les souches de terrain, en particulier dans les zones où les vaccins sont largement utilisés. (...) Récemment, un nouveau vaccin a été commercialisé au Royaume-Uni comportant deux nouvelles souches de CVF, FCVG1 et FCV431. (...)
MATERIELS ET METHODES

- 14 - Un ensemble de 110 isolats de CVF a été recueilli à partir d'échantillons soumis entre décembre 2003 et novembre 2005 au laboratoire diagnostique des animaux de compagnie de l'Université de Glasgow. Les isolats ont été testés vis- à-vis de leur sensibilité à une neutralisation croisée par un ensemble de huit antisérums, prélevés chez quatre paires de chats infectés à une reprise par l'administration par voie oronasale de 1ml d'une suspension

virale contenant (...) des souches de CVF F9, 255, FCVG1 et FCV431 (...). Les souches F9 et 255 correspondent à deux souches vaccinales largement utilisées, tandis que les souches FCVG1 et FCV431 sont des souches vaccinales plus récentes. Les tests de neutralisation virale (...) ont été réalisés (...) en utilisant une dose d'épreuve (...) de CVF et des antisérums dilués à trois reprises, en commençant au 1/5. (...) RESULTATS (...) Pour les souches vaccinales plus anciennes, c'est-à-dire F9 et 255, les paires d'antisérums ont neutralisé 20% et 21% (souche F9) ou 37 et 56% (souche 255) des souches de terrain de CVF (...). En revanche, les paires d'antisérums dirigés contre les nouvelles souches vaccinales ont neutralisé 29% et 70% (souche FCVG1) ou 67 et 87% (FCV431) des souches de terrain (...). DISCUSSION (...) Dans la mesure où les titres homologues des antisérums sont différents, les comparaisons entre les quatre souches peuvent être biaisées. Les antisérums contre 255 et FCV431 ont des titres homologues similaires, de même que les antisérums contre F9 et FCVG1 (...), ce qui permet de comparer chacun de ces paires. Dans les deux cas, les antisérums dirigés contre la souche la plus récente (FCVG1 ou FCV431) ont montré une réactivité croisée supérieure avec les isolats de terrain par rapport aux antisérums dirigés contre la souche la plus ancienne (respectivement F9 ou 255), (...). Ces données impliquent que, pour une neutralisation croisée efficace, il peut être important d'inclure plusieurs souches de CVF présentant des caractéristiques antigéniques éloignées dans les préparations vaccinales. Il est souvent difficile de comparer les résultats de différentes études, à cause des variations dans les protocoles utilisés. Le groupe d'isolats de terrain utilisé dans la présente étude provient d'échantillons diagnostiques, ce qui peut avoir introduit un biais concernant les souches résistantes aux vaccins.

- 15 - (...) En conclusion, les antisérums dirigés contre de nouvelles souches de CVF, c'est-à-dire FCVG1 et FCV431, ont neutralisé une proportion supérieure de souches de terrain de CVF par rapport aux antisérums dirigés contre deux souches vaccinales plus anciennes du CVF, F9 et 255." c) Les passages topiques de l'étude Q._____ et coll. (2008) sont les suivants (traduction de l'anglais): "Comparaison de la capacité de vaccins contre le calicivirus félin (CVF) de neutraliser un ensemble d'isolats actuels au Royaume-Uni [...], (...) Dans cette étude in vitro, nous avons comparé la capacité d'antisérums dirigés contre deux virus vaccinaux (souche F9 du CVF et souche 255 du CVF) de neutraliser un ensemble de 40 isolats de terrain récents prélevés au Royaume-Uni, afin d'assurer une représentativité des virus circulant dans la population de chats examinés dans les cliniques vétérinaires du Royaume-Uni. Les tests de neutralisation virale ont indiqué que les deux souches vaccinales montraient encore une large réactivité croisée, l'antisérum F9 neutralisant 87,5% et l'antisérum 255 75% des isolats testés avec des dilutions d'antisérums au 1/2 ou plus. (n.d.r.: en gras dans l'original) (...) MATÉRIELS ET MÉTHODES Antisérums Les antisérums ont été fournis par [...] UK (...). En résumé, quatre chatons exempts d'organismes pathogènes spécifiques âgés d'environ 9 à 16 semaines au moment de la première inoculation ont été utilisés. (...) Les antisérums ont été collectés et regroupés pour les deux chats inoculés avec la souche CVF-F9, ainsi que pour les deux chats inoculés avec la souche CVF-255 à 84 jours. (...) Il est cependant possible que la réponse neutralisante puisse être due à d'autres mécanismes immunitaires, éventuellement non spécifiques, non observés chez les chats vaccinés. (...)

- 16 - RESULTATS (...) Neutralisation virale (...) Les comparaisons initiales pour les tests de neutralisation virale ont montré que les antisérums F9 et 255 semblaient neutraliser la majorité des isolats testés à une dilution au 1/2 ou supérieure (...). Pour l'antisérums F9, 35

des 40 isolats (87,5%) ont été neutralisés, et pour l'antisérum 255, 30 des 40 isolats (75%) ont été neutralisés. Aucune différence n'a par conséquent été observée entre ceux-ci. (...) Discussion (...) Les résultats obtenus par l'antisérum F9 sont très similaires à ceux d'études antérieures, au cours desquelles une proportion similaire d'isolats de terrain a été neutralisée ([...] et coll. 1990; R. _____ et coll. (1993); [...] 1995). N. _____ et coll. (1997) et coll. (1997) ont constaté que la proportion d'isolats américains neutralisés par F9 semblait diminuer avec le temps. Cependant, notre étude a montré une augmentation de la proportion d'isolats britanniques neutralisés par 10 unités d'anticorps d'antisérum F9, par rapport à l'étude de N. _____ et coll. (1997). Un certain nombre de facteurs peuvent avoir influencé les résultats de ces études, notamment l'origine des isolats, la méthode de sélection de ces isolats, le titre des antisérums et leurs méthodes de production, ainsi que les protocoles de laboratoire et les seuils utilisés. Il est également important d'obtenir un échantillon représentatif des virus de la population générale. Dans la présente étude, les échantillons de virus de terrain ont été obtenus en appliquant une sélection aléatoire de cabinets vétérinaires de différentes régions géographiques du Royaume-Uni, assurant ainsi une représentativité des isolats CVF présents dans la population de chats examinés dans des cabinets vétérinaires. Dans la mesure où seul un petit nombre de chats de cette étude montraient des signes de pathologies des voies respiratoires supérieures, il est possible que les isolats de chats provenant d'une population malade puissent avoir présenté un profil de neutralisation légèrement différent. (...) Les données présentées dans cette étude confirment que l'antisérum F9 présente toujours une large réactivité croisée, et neutralise un nombre d'isolats de CVF comparable aux observations effectués au cours des années précédentes. La

- 17 - souche CVF-255 neutralise également une proportion similaire d'isolats, bien que, lorsque des seuils différents sont utilisés, la proportion ait été légèrement inférieure." d) Les passages topiques de l'étude R. _____ et coll. (1993) sont les suivants (traduction de l'anglais): "Typage des isolats de calicivirus félin provenant de différents groupes cliniques par des tests de neutralisation virale [...], (...) Cent treize isolats de calicivirus félin provenant de sept groupes cliniques différents ont été typés par neutralisation virale en utilisant huit antisérums de chats différents. Les groupes cliniques comportaient des chats "sains", des cas de pathologie respiratoire buccale ou respiratoire aiguë, des cas de stomatite chronique, des cas de syndrome de boiterie fébrile aiguë, des réactions vaccinales (...) et des échecs vaccinaux (...). 85 à 88% des isolats ont été neutralisés par des antisérums dirigés contre les souches vaccinales F9 ou apparentées F9 à une dilution de 1/2. Vingt unités d'anticorps de ces antisérums ont neutralisé 42% et 80% des isolats. (...) MATÉRIELS ET MÉTHODES Production d'antisérums Les antisérums ont été prélevés chez des chats exempts d'organismes pathogènes spécifiques (...)." 6.a) Selon le témoin J. _____, des vétérinaires anglais ont en particulier été interpellés par les différences entre les études I. _____ et coll. (2008) et Q. _____ et coll. (2008). Le groupe de l'étude Q. _____ et coll. (2008) a lui-même précisé qu'il s'agissait de conditions d'études différentes et que les deux études n'étaient pas comparables. Le Dr Y. _____, responsable de l'étude I. _____ et coll. (2008), a en outre

- 18 - publié un article sur le site Internet "www.[...]com" donnant des explications quant aux différences constatées entre les résultats des études I. _____ et coll. (2008) et Q. _____ et coll. (2008) sur l'efficacité des vaccins de souche FCVF9 et FCV255 par rapport à ceux de souche FCVG1 et FCV431. Les passages topiques de cet article sont les

suivants (traduction de l'anglais): "Calicivirus félin – de nouvelles souches vaccinales sont-elles réellement nécessaires? Y. _____ (...) Introduction En septembre 2008, un article paru dans le Veterinary Record a indiqué que des antisérums dirigés contre les nouvelles souches vaccinales du calicivirus félin (CVF) 431 et G1 (les souches utilisées dans F. _____ RCP, P. _____) neutralisaient davantage de souches terrain de CVF, que des antisérums dirigés contre des souches vaccinales de calicivirose plus anciennes, 255 et F9 (I. _____ et coll. (2008)). Au premier abord, cet article semble être en contradiction avec une publication antérieure de Q. _____ et coll. (2008), dans la mesure où I. _____ et coll. (2008) avaient établi que des antisérums contre F9 et 255 neutralisaient respectivement 20% et 44% des isolats britanniques, par rapport respectivement à 87% et 75% (Q. _____ et coll. (2008)). L'objectif de ce bulletin technique est d'expliquer comment deux études menées dans le même pays peuvent aboutir à des conclusions si différentes. Les explications possibles des différences entre ces deux études sont résumées dans le tableau ci-dessous, et expliquées en détail dans les sections correspondantes. Tableau 1. Etude I. _____ et coll. Etude Q. _____ et (2008) coll. (2008) Source des échantillons Principalement des chats Principalement des de CVF de terrain malades chats en bonne santé Dilution à laquelle les sérums sont considérés 1:5 1:2 comme neutralisant

- 19 - Antisérums Sérums groupés Issus de chats individuels provenant de plusieurs chats Titres des antisérums F9: 1:1215 F9: 1:240 homologues 255: 1:32805 255: 1:2196 Différences dans les souches de laboratoire F9 (...) Sources des échantillons (...) En conclusion: la sélection des isolats CVF de terrain des deux études a été significativement différente, et peut expliquer les conclusions divergentes qui ont été tirées. Dilutions auxquelles les sérums sont considérés comme neutralisants L'une des principales différences entre les études d'I. _____ et coll. (2008) et de Q. _____ et coll. (2008) a été la dilution de départ des antisérums, et par conséquent la dilution à laquelle la neutralisation était considérée comme étant survenue: dans l'étude I. _____ et coll. (2008), les antisérums ont été dilués à partir du 1/5, et dans l'étude de Q. _____ et coll. (2008) à partir du 1/2. La dilution des antisérums a un effet essentiel, éventuellement à cause du fait que pour les dilutions inférieures, les sérums présentaient une plus grande polyclonalité (...). (...) Il n'est pas possible de comparer de manière exacte les études d'I. _____ et coll. (2008) et de Q. _____ et coll. (2008), dans la mesure où les sérums ont été dilués de manière différente et en partant de dilutions initiales différentes. (...) Grouper ou non les antisérums Une autre différence entre les études d'I. _____ et coll. (2008) et de Q. _____ et coll. (2008) a été que dans la première, des antisérums de chats individuels ont été utilisés, tandis que dans la deuxième, les antisérums de deux chats ont été groupés. Dans la mesure où les chats constituent une population provenant d'individus non apparentés, différents chats reconnaîtront différents antigènes (...), aussi le groupement des sérums augmentera la polyclonalité du pool et le nombre d'isolats de terrain neutralisés. (...)

- 20 - Conclusion Les différences entre les résultats et les conclusions des études d'I. _____ et coll. (2008) et de Q. _____ et coll. (2008) sont probablement dues essentiellement à trois éléments: la sélection des isolats de terrain, la différence dans les seuils de titres d'anticorps considérés comme présentant une neutralisation in vitro et le regroupement des antisérums dans l'étude de Q. _____ et coll. (2008)." b) Ainsi, dans l'étude Q. _____ et coll. (2008), on a demandé aux vétérinaires de sélectionner les vingt

premiers chats qui venaient en chirurgie. Il pouvait donc s'agir de chats sains. En revanche, l'étude I. _____ et coll. (2008) a été effectuée sur un panel de souches provenant de cas cliniques, soit de chats malades, présentant essentiellement des pathologies respiratoires dans lesquelles le calicivirus est impliqué et des cas de gingivostomatites chroniques dans lesquelles sont également et potentiellement impliqués les calicivirus. Sur les quarante chats de l'étude I. _____ et coll. (2008), dix étaient porteurs des symptômes. Par ailleurs, les antisérums de chats utilisés dans l'étude I. _____ et coll. (2008) provenaient de chats individuels, alors que ces mêmes antisérums avaient été mélangés dans l'étude Q. _____ et coll. (2008), ce qui tend à masquer, selon l'article de Y. _____, l'existence d'éventuels faibles répondeurs. En effet, si on ne mélange pas les antisérums, les chats faibles répondeurs seront détectés. Le témoin J. _____, coauteur de l'étude I. _____ et coll. (2008), a confirmé l'analyse scientifique faite par Y. _____ dans l'article susmentionné. En outre, dans l'étude I. _____ et coll. (2008), le taux de dilution du sérum est d'un cinquième (1/5), tandis qu'il s'élève à une demie (1/2) dans l'étude Q. _____ et coll. (2008). Ainsi, selon le témoin J. _____, si on avait appliqué dans l'étude Q. _____ et coll. (2008) le même taux de dilution que dans l'étude I. _____ et coll. (2008), le taux de neutralisation de la souche vaccinale FCVF9 obtenu aurait été de 52% au lieu de 87,5% (cf. graphique n° 2 de la brochure G. _____). De même, si on avait sélectionné dans l'étude Q. _____ et coll. (2008) des souches provenant de chats malades uniquement, on aurait, au taux de dilution

- 21 - d'un cinquième, un taux de 33% au lieu de 87,5% (même graphique). 7.a) Par requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles du 24 janvier 2011, la requérante X. _____ SA a pris, avec suite de frais et dépens, les conclusions provisionnelles suivantes: "I. Interdiction est faite à l'intimée, Y. _____ AG, ainsi qu'à ses employés et auxiliaires, de distribuer la brochure intitulée "G. _____" présentant trois graphiques relatifs aux taux de séroneutralisation de souche FCV ainsi qu'une interview du Docteur médecin D. _____, et ce, de quelque manière que ce soit (encart publicitaire dans une revue, transmission par voie électronique, courrier, remise en main propre, etc.). II. Interdiction est faite à l'intimée, Y. _____ AG ainsi qu'à ses employés et auxiliaires, de diffuser, de quelque manière que ce soit (encarts publicitaires, courriers, voie électronique, remise en main propre, exposés, affirmations orales) et dans quelque langue que ce soit, les indications selon lesquelles: - le taux de séroconversion et/ou de séroneutralisation des souches FCVG1 et FCV431 serait inférieur au taux de séroconversion et/ou séroneutralisation de la souche FCVF9 - les propriétés de séroneutralisation et/ou de séroconversion de la souche F9 ne se seraient pour ainsi dire pas modifiées depuis 1993, respectivement ces dernières années - la souche de calicivirus F9 a neutralisé 85% des souches de FCV recueillies en condition de pratique de cabinet. III. Ordre est donné à Y. _____ AG d'adresser à tous les vétérinaires de Suisse une figure représentant les résultats complets de l'étude I. _____ et coll. (2008), tels qu'ils figurent dans la présente procédure et demandant aux vétérinaires de détruire immédiatement la brochure "G. _____" diffusée dans le premier numéro des archives suisses de médecine vétérinaire, étant précisé que la lettre destinée aux vétérinaires de Suisse doit avoir pour seul et unique objet ce rectificatif et la demande de destruction.

- 22 - IV. Ordre est donné à Y. _____ AG de publier dans la revue Archives Suisses de Médecine Vétérinaire (ASMV) / Schweizer Archives für Tierheilkunde (SAT), dans la même police de caractères que la brochure intitulée "G. _____", le dispositif de

l'ordonnance de mesures provisionnelles à intervenir. V. Impartir à la requérante un délai pour le dépôt de la demande conformément à l'art. 263 CPC." La requérante a conclu à ce que le juge de céans statue sur les conclusions I et II de sa requête à titre superprovisionnel. Par courrier du 24 janvier 2011, le juge de céans a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles. b) L'intimée Y. _____ AG a déposé un procédé écrit le 9 février 2011 concluant à titre principal, avec suite de frais et dépens, au rejet de la requête de mesures provisionnelles du 24 janvier 2011. A titre subsidiaire, elle a conclu à ce que l'exécution des éventuelles injonctions soit subordonnée au versement préalable de sûreté d'un montant de 1'000'000 francs. c) A l'audience du 11 février 2011, la requérante a produit des déterminations sur le procédé écrit de l'intimée et a complété la conclusion II de sa requête du 24 janvier 2011 de la manière suivante: "Ibis Interdiction est faite à l'intimée ainsi qu'à ses employés et auxiliaires, de diffuser, de quelque manière que ce soit (encarts publicitaires, courriers, voie électronique, remise en main propre, exposés, affirmations orales) et dans quelque langue que ce soit, en plus des indications mentionnées dans la requête du 24 janvier 2011, les indications selon lesquelles: - il n'existerait aucun élément en faveur d'une infériorité des vaccins traditionnels." La requérante a également complété les conclusions I à IV de

- 23 - sa requête du 24 janvier 2011, y compris la conclusion Ibis, en ce sens que l'injonction judiciaire est assortie de la menace de la sanction prévue à l'art. 292 CP (Code pénal du 21 décembre 1937; RS 311.0). L'intimée a conclu au rejet des conclusions complétées. En droit : I. La requête de mesures provisionnelles et préprovisionnelles a été déposée le 24 janvier 2011, soit après l'entrée en vigueur du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272; ci-après: CPC). C'est ainsi à la lumière de cette loi qu'il convient d'examiner la compétence du juge de céans. Même si celle-ci n'est pas contestée, la question doit être examinée d'office, conformément à l'art. 59 CPC. a) La requête est fondée sur le droit de la concurrence déloyale. La requérante X. _____ SA s'estime lésée par le comportement de l'intimée Y. _____ AG qui, par la diffusion de la brochure G. _____, aurait commis un acte de concurrence déloyale. A teneur de l'art. 36 CPC, le tribunal du domicile ou du siège du lésé ou du défendeur ou le tribunal du lieu de l'acte ou du résultat de celui-ci est compétent pour statuer sur les actions fondées sur un acte illicite. La notion d'acte illicite englobe notamment toutes les responsabilités extracontractuelles, par exemple en matière de concurrence déloyale (TF 4C.304/2005 c. 3.3 du 8 décembre 2005; Hohl, Procédure civile, tome II, 2ème éd., Berne 2010, n. 353). En l'espèce, la requérante X. _____ SA a son siège à Crissier, dans le canton de Vaud. Le résultat de l'atteinte pourrait produire ses effets, notamment économiques, au siège de la requérante et la diffusion de la brochure a eu lieu également dans le canton de Vaud. Partant, les tribunaux vaudois sont compétents ratione loci pour connaître de la requête du 24 janvier 2011.

- 24 - b) A teneur de l'art. 5 al. 1 let. d CPC, le droit cantonal institue la juridiction compétente pour statuer en instance cantonale unique sur les litiges relevant la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (ci-après: LCD; RS 241), lorsque la valeur litigieuse dépasse 30'000 francs ou que la Confédération exerce son droit d'action. L'art. 5 al. 2 CPC prévoit que l'instance cantonale unique instituée par le droit cantonal pour traiter des causes prévues à l'alinéa 1 est aussi compétente pour statuer sur les mesures provisionnelles requises avant la litispendance (FF 2006 p. 6877). Le Canton de Vaud a institué la Cour civile du Tribunal cantonal en tant qu'instance cantonale unique (art. 74 al.

3 de la loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RS 173.01; ci-après: LOJV). L'art. 43 al. 1 let. e du Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 (RSV 211.02; ci-après: CDPJ) prévoit que lorsque la loi désigne une autorité collégiale pour statuer sur le fond, le juge unique désigné par la cour est compétent pour statuer seul dans les affaires auxquelles s'applique la procédure sommaire conformément aux art. 248 ss CPC. En l'espèce, la valeur litigieuse est vraisemblablement supérieure à 30'000 fr., ce qui n'est au demeurant pas contesté. S'agissant d'un litige relatif à la LCD, la Cour civile est dès lors compétente *ratione materiae* pour statuer sur le fond. Les mesures provisionnelles étant soumises à la procédure sommaire (art. 248 ss CPC), le juge de céans est compétent pour statuer sur la requête déposée par la requérante. c) Le préambule du Code pharmaceutique prévoit l'obligation pour les entreprises qui s'engagent à respecter ledit code à observer, en cas de procédure engagée en raison d'une infraction à ce code, la voie réglementaire interne prévue à cet effet et à renoncer, tant que cette procédure suit son cours, à soumettre parallèlement la même cause à Swissmedic ou à un tribunal pour violation de la législation sur les produits thérapeutiques ou pour concurrence déloyale. Il n'apparaît pas que cette clause, qui est au demeurant

- 25 - contenue dans le préambule et non dans la partie "Règles" dudit code, constitue une obligation contraignante, dont la violation pourrait être invoquée devant les tribunaux étatiques. Le Code pharmaceutique prévoit au contraire, à son article 71, que si des entreprises dénoncent auprès de Swissmedic ou d'un tribunal une infraction présumée à la réglementation légale de la publicité destinée aux professionnels ou à d'autres points relevant du champ d'application du Code pharmaceutique ou liés à la concurrence déloyale, le Secrétariat poursuit la procédure qu'il pourrait avoir déjà engagée à ce motif conformément au Code pharmaceutique dans la mesure où aucune des entreprises concernées ne s'y oppose. Il faut en déduire qu'une procédure judiciaire peut être introduite en parallèle à la procédure de médiation pendante devant le Secrétariat. A cela s'ajoute que l'on ne saurait raisonnablement attendre de la requérante qu'elle renonce à des mesures provisionnelles ordonnées par une juridiction civile, dans la mesure où elle apparaissent être les seules à même de faire cesser dans un bref délai des atteintes déloyales de nature à causer un dommage difficilement réparable. II. Jusqu'au 31 décembre 2010, la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241; ci-après: LCD) réglait de manière exhaustive les conditions des mesures provisionnelles en matière de concurrence déloyale. En particulier, l'article 14 LCD renvoyait aux articles 28c à 28f CC, applicables par analogie. Ces dispositions ont été abrogées avec l'entrée en vigueur du CPC (Hohl, op. cit., n. 1734; FF 2006 p. 6953). Les mesures provisionnelles et la procédure à suivre sont désormais exclusivement régies par les articles 261 ss CPC. A teneur de l'art. 261 al. 1 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire remplit les conditions suivantes: cette prétention est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (let. a) et cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (let. b). Le tribunal peut renoncer à ordonner des mesures

- 26 - provisionnelles lorsque la partie adverse fournit des sûretés appropriées (art. 261 al. 2 CPC). Saisi d'une requête de mesures provisionnelles, le juge doit examiner d'abord si le requérant est titulaire d'une prétention au fond, puis s'il est atteint ou menacé d'une atteinte illicite dans ses droits. A ce titre, il faut qu'il y ait urgence, c'est-à-dire qu'il y ait une nécessité d'une protection immédiate en raison d'un danger imminent qui menace les droits

du requérant. Il faut encore que l'on soit en présence d'un préjudice difficilement réparable et que la partie ne fournisse pas de sûretés adéquates (Hohl, op. cit., nn. 1755 ss et les références citées). Le risque de préjudice invoqué par la partie requérante doit être difficilement réparable. Cette condition concerne tout préjudice, patrimonial ou immatériel. Elle est réalisée même si le dommage peut être réparé en argent, même s'il est difficile à évaluer ou à démontrer ou qu'il y a des difficultés d'exécution de la décision (FF 2006 p. 6961). Le dommage peut résulter également du seul écoulement du temps pendant le procès (Hohl, op. cit., n. 1763). Ce risque implique aussi que la mesure ordonnée respecte le principe de proportionnalité, en ce sens qu'elle doit être apte, nécessaire et proportionnée pour atteindre le but visé (FF 2006 p. 6962). De plus, le risque d'un préjudice difficilement réparable n'est pas avéré si des sûretés appropriées ont été fournies (principe de la subsidiarité). Enfin, la mesure doit être couverte par la prétention principale au fond (Hohl, op. cit., nn. 1766 à 1768 et les références citées). En vertu de l'art. 262 CPC, toute mesure provisionnelle propre à prévenir ou à faire cesser le préjudice peut être ordonnée, notamment une interdiction ou un ordre de cessation d'un état de fait illicite (art. 262 let. a et b CPC). Une action en interdiction ou en cessation de trouble suppose un intérêt suffisant, qui existe en présence de la menace directe d'un acte illicite, lorsque le comportement du défendeur laisse sérieusement craindre une violation imminente des droits du demandeur. Un intérêt suffisant doit ainsi être reconnu si le défendeur a déjà commis des atteintes dont la répétition n'est pas à exclure ou s'il y a des indices concrets qu'il va commettre de telles atteintes. En règle générale, l'on présume qu'il existe un danger de répétition des actes incriminés si le

- 27 - défendeur a déjà commis une telle violation et qu'il ne reconnaît pas les droits du demandeur ou nie à tort que les actes qui lui sont reprochés portent atteinte aux droits de son adverse partie (TF 4C_304/2005 c. 3.2 du 8 décembre 2005). Pour examiner la réalisation de ces conditions, le juge peut se fonder sur les éléments de preuve immédiatement disponibles, se limiter à un examen sommaire de la question de droit et procéder à une pesée des intérêts en présence (TF 4A_367/2008 c. 2 du 14 novembre 2008 ainsi que TF 5A_629/2009 c. 4.2 du 25 février 2010 cités in Hohl, op. cit., nn. 1838 à 1844). Les exigences de preuve sont réduites et le juge peut ainsi se contenter de la vraisemblance des faits pertinents (TF 4A_420/2008 c. 2.3 du 9 décembre 2008; ATF 129 III 426 c. 3). Il doit accorder la protection requise si, sur la base d'un examen sommaire, la prétention invoquée au fond ne se révèle pas dénuée de chances de succès (RSPI 1994 p. 200; ATF 108 II 69 consid. 2a et les références citées, rés. in JT 1982 I 528; Pelet, Réglementation fédérale des mesures provisionnelles et procédure civile cantonale contentieuse, thèse Lausanne 1986, nn. 61 ss; Schlosser, op. cit., p. 343). Les mesures provisionnelles peuvent tendre à obtenir à titre provisoire l'exécution totale ou partielle de la prétention qui fait ou fera l'objet des conclusions de la demande au fond. Il s'agit alors de mesures provisoires d'exécution anticipée qui peuvent avoir pour objet des obligations de s'abstenir ou des obligations de faire. Elles sont indispensables lorsque le requérant est menacé de dommages (Hohl, op. cit., nn. 1737 et 1826 et les références citées; FF 2006 p. 6962), comme en cas de concurrence déloyale (RSPI 1996 p. 241). Lorsqu'en pratique la mesure d'exécution anticipée provisoire a un effet durable, voire définitif, elle doit être soumise à des conditions plus strictes car elle porte une atteinte particulièrement grave à la situation juridique de l'intimé (Hohl, op. cit., nn. 1827 à 1830). En effet, dans de tels cas, le litige peut ne plus avoir d'intérêt au-delà du stade des mesures provisionnelles (ATF 131 III 473 c. 2.3).

- 28 - III.a) L'art. 1 LCD a pour but de garantir, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée. Tout participant au marché doit se comporter de façon à respecter les règles de la bonne foi et de la loyauté commerciale (ATF 126 III 198 c. 2c). La LCD fournit d'abord une définition générale du comportement déloyal et illicite: aux termes de l'article 2 LCD, est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. Puis la LCD dresse, à ses articles 3 à 8, une liste exemplative de cas de concurrence déloyale (ATF 132 III 414 c. 3.1). Selon l'art. 3 let. e LCD, agit de façon déloyale celui qui, notamment, compare, de façon inexacte, fallacieuse, inutilement blessante ou parasitaire sa personne, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations ou ses prix avec celles ou ceux d'un concurrent ou qui, par de telles comparaisons, avantage des tiers par rapport à leurs concurrents. Pour que cette règle soit applicable, il faut tout d'abord qu'il y ait comparaison avec les produits d'un ou plusieurs concurrents, voire de l'ensemble des concurrents. Selon la jurisprudence et la doctrine, à l'instar d'autres méthodes publicitaires, la comparaison, qui est en principe licite, doit être objective, véridique et réaliste. Une comparaison est inexacte lorsqu'elle repose sur des données fausses. Cela suffit à lui conférer un caractère déloyal. Mais une comparaison qui s'appuie sur des données véridiques peut également revêtir un tel caractère, si ces données sont imprécises, secondaires ou incomplètes et qu'elles sont propres à susciter des erreurs auprès d'une partie non négligeable du public. Doit être qualifiée de fallacieuse, notamment, la comparaison qui prend en considération des facteurs secondaires sans mentionner des circonstances essentielles. D'un autre côté, une comparaison n'est pas constitutive de concurrence déloyale du simple fait qu'elle n'inclut pas tous les critères

- 29 - concevables, pour autant que cette limitation y soit énoncée sans équivoque de manière à ne pas suggérer que les offres ont été soumises à un test comparatif complet (ATF 132 III 414 c. 4.2.1; ATF 129 III 426 c. 3.1.1; Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum UWG, nn. 39 ss ad art. 3 let. e LCD). De surcroît, on ne comparera que ce qui est comparable. Cela vaut en particulier pour les comparaisons de prix, lesquelles ne sont admissibles que lorsqu'elles portent sur des quantités et qualités identiques; elles doivent, en outre, respecter les dispositions de l'ordonnance du 11 décembre 1978 sur l'indication des prix (RS 942.211; OIP; art. 16 ch. 1er litt. c et ch. 5). Pour prévenir les conclusions erronées que le public pourrait en tirer, il conviendra d'indiquer, au besoin, les fondements arithmétiques de la comparaison des prix. La transparence sera également de mise en ce qui concerne les différents types de prix retenus pour la comparaison. Il est ainsi exclu, par exemple, de comparer un prix résultant d'une offre spéciale (prix de lancement, prix soldé, prix de gros, etc.) avec un prix dit normal sans faire clairement état de la spécificité de cette offre (ATF 132 III 414 c. 4.2.1; ATF 129 III 426 c. 3.1.1; Baudenbacher, op. cit., nn. 122 ss ad art. 3 litt. e LCD). Pour déterminer si une publicité comparative contient des indications inexactes ou fallacieuses, le juge doit se placer du point de vue du destinataire. Ce qui importe, c'est le sens que le lecteur est fondé de bonne foi à donner à la publicité selon l'expérience de la vie et les circonstances du cas particulier. Dès que ce destinataire risque d'être trompé ou induit en erreur, la démarche du concurrent est déloyale; la preuve que ce risque s'est concrétisé n'est pas exigée (ATF 132 III 414 c. 4.2.1; ATF 129 III 426 c. 3.1.1; Baudenbacher, op. cit., n. 58 ad art. 3 litt. e LCD). La publicité comparative peut aussi consister en l'utilisation de tests comparatifs à des fins publicitaires. La licéité de l'usage publicitaire d'un test fait avec sérieux, soit de façon neutre et objective, par des personnes

compétentes, n'est pas discutable. Cependant, il va de soi que

- 30 - ceux qui veulent tirer parti d'un test doivent le faire de façon absolument loyale et complète afin que le public puisse avoir une compréhension exacte et entière de l'étude effectuée. Le concurrent qui utilise un test comparatif pour sa publicité devra donc faire preuve de réserve et d'objectivité pour ne pas faire ressortir uniquement les éléments en faveur de son produit. Il devra aussi mentionner ceux qui le sont moins et ne pas taire des éléments importants. Il évitera de n'en citer qu'une partie ou de les extraire de leur contexte et sollicitera l'autorisation expresse de l'auteur du test effectué par un institut neutre lorsqu'il entend citer son nom. Enfin, le concurrent veillera tout particulièrement à ne pas franchir les limites de la concurrence loyale lorsqu'il voudra ajouter son propre commentaire aux résultats du test, car cette manière de procéder comporte un risque évident d'abus. Pour le surplus, le concurrent qui utilise les résultats d'un test comparatif assume lui-même la responsabilité de ces résultats du point de vue tant de leur exactitude que de leur exhaustivité (ATF 129 III 426 c. 3.1.3; Baudenbacher, op. cit., nn. 129 s. ad art. 3 litt. e LCD; cf. aussi Abrecht, La licéité des tests comparatifs, thèse, Lausanne 1994, pp. 171 ss).

b) La violation de dispositions de droit administratif, notamment l'ordonnance du 17 octobre 2001 sur la publicité des médicaments (ci-après: OPMéd, RS 812.212.5) et la loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les produits thérapeutiques (ci-après: LPTTh; RS 812.21), n'est pas nécessairement pertinente sous l'angle du droit de la concurrence déloyale. Elle ne le sera que si elle est en mesure de procurer un avantage concurrentiel à son auteur, compte tenu également des sanctions qu'elle est susceptible d'entraîner, eu égard au contenu de la norme violée, qui doit concrètement avoir pour but la garantie d'une concurrence loyale ou la protection des consommateurs. Tel peut manifestement être le cas des violations de l'OPMéd (Chambre d'appel du canton de Berne, sic! 2003 p. 976 consid. E.3; Baudenbacher, op. cit., nn. 307 ss ad art. 2 LCD, pp. 222 ss). L'art. 31 al. 2 LPTTh renvoie expressément aux articles 3 ss OPMéd en ce qui concerne la publicité des médicaments et produits thérapeutiques. En particulier, l'art. 5 OPMéd régit les exigences relatives à la publicité destinée aux professionnels et l'art. 7 OPMéd définit le cadre

- 31 - légal de la publicité comparative des médicaments et autres produits thérapeutiques. L'autorité de céans est en l'occurrence, en tant que juridiction civile, seulement compétente en cas d'atteinte à une concurrence loyale, le contrôle général du respect de la LPTTh et de l'OPMéd étant quant à lui du ressort de Swissmedic, conformément aux articles 66 LPTTh et 23 ss OPMéd. Les griefs seront donc examinés au cas par cas ci-après. IV. La requérante soutient que la brochure G._____ de l'intimée viole l'art. 3 let. e LCD, mais aussi les dispositions de la LPTTh, l'OPMéd et le Code pharmaceutique. Elle conclut à ce que la distribution de cette brochure, de quelque manière que ce soit, soit interdite. Elle conclut en outre à ce qu'interdiction soit faite à l'intimée de diffuser, de quelque manière que ce soit, les affirmations énumérées sous chiffres II et IIbis des conclusions de la requête. Les conclusions doivent exprimer clairement la prétention réclamée et la nature de l'action (Hohl, op. cit., n. 588). En matière de mesures provisionnelles, il faut que les conclusions prises soient précises et concrètes et que l'on puisse en déduire sans équivoque ce que le requérant souhaite obtenir (Schlosser, Les conditions d'octroi des mesures provisionnelles en matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale, in sic! 5/2005, pp. 341 et 342 et les références citées; Hohl, op. cit., n. 1856 et la référence citée). A ce titre, l'art. 58 CPC prévoit que, en vertu du principe de disposition, le juge ne peut accorder à une partie ni plus, ni autre chose que ce qui est demandé, ni moins que ce qui est reconnu par la partie

adverse, sauf disposition légale contraire. Il peut en revanche ordonner une mesure moins incisive que celle demandée (Hohl, op. cit., n. 1857). L'intimée soutient en l'espèce que les conclusions I, II et IIbis de la requête seraient liées, en ce sens que la requérante aurait implicitement limité le pouvoir de cognition du juge de céans sur la

- 32 - conclusion I en énumérant ses griefs précis dans les conclusions II et IIbis. Cette interprétation ne convainc pas: alors que la conclusion I tend à l'interdiction pure et simple de diffuser la brochure G._____ et tout son contenu, les conclusions II et IIbis tendent à interdire à l'intimée de diffuser des informations particulières, de quelque manière que ce soit et dans quelque langue que ce soit. Ainsi, la conclusion I vise la brochure litigieuse alors que les conclusions II et IIbis visent les arguments publicitaires que la requérante considère comme illicites au regard de la LCD. En l'espèce, les conclusions de la requérante sont précises, détaillées, non juridiques et sans équivoque. Il est aisé de comprendre à quelle partie de la brochure litigieuse il est fait référence ainsi que les propos que la requérante estime être constitutifs d'actes de concurrence déloyale. Partant, les conclusions de la requête de mesures provisionnelles du 24 janvier 2011 sont recevables. V. Les parties sont concurrentes sur le marché des vaccins vétérinaires en Suisse dont l'intimée détient une part prépondérante. La mise sur le marché de nouveaux vaccins félins contre le calicivirus revêt une importance considérable pour la requérante, qui espère en tirer des avantages financiers et une certaine renommée. Si les souches vaccinales proposées par la requérante devaient connaître un succès important en Suisse, ces deux buts seraient atteints. C'est pourquoi, dans le premier numéro de l'ASMV de janvier 2011, elle a fait publier un article vantant les mérites de ses produits en présentant des études scientifiques pour étayer l'efficacité de ses vaccins F._____. La brochure G._____ de l'intimée – dont il faut rappeler qu'elle a été conçue comme une réplique à l'article de la requérante – fait contrepoids aux arguments commerciaux et scientifiques avancés par la requérante pour vendre ses vaccins. Dès lors, s'il devait être constaté que son contenu est illicite au regard des règles sur la concurrence déloyale, il en résulterait indubitablement un préjudice pour la requérante, tant du point de vue économique, puisque sa part de

- 33 - marché n'augmenterait pas, que du point de vue de sa réputation, puisque l'efficacité de ses vaccins serait remise en cause. En l'espèce, l'intimée ne reconnaît pas que sa brochure pourrait être illicite au regard de la LCD, de sorte qu'il y a lieu d'admettre qu'un risque de réitération de l'atteinte existe et que la requérante a un intérêt suffisant à requérir que des mesures soient prises. L'atteinte potentielle causée par la brochure G._____ à la requérante est ainsi rendue vraisemblable. La nécessité de prendre des mesures à titre provisoire trouve sa justification à plusieurs titres. Tout d'abord, la réplique de l'intimée dans sa brochure a été diffusée en même temps que l'article de la requérante dans l'ASMV du mois de janvier 2011. Il est constant qu'un doute sur l'efficacité des vaccins s'est installé, de l'aveu de plusieurs témoins, dans l'esprit de certains vétérinaires. Même si l'intimée n'a pas diffusé sa brochure G._____ dans le numéro de février 2011 de l'ASMV, elle n'a pas exclu une diffusion future, notamment par la remise de cette brochure aux vétérinaires, lors des visites de ses représentants commerciaux. En admettant que le contenu de la brochure soit illicite, il est important que sa diffusion cesse dans les plus brefs délais pour limiter au mieux le préjudice de la requérante. Une procédure au fond impliquera nécessairement plusieurs mois, voire plusieurs années de procédure, de sorte qu'en cas d'atteinte, l'écoulement du temps continuera de préjudicier les intérêts de la requérante. Cette dernière rend ainsi vraisemblable qu'elle a un intérêt à ce que les mesures requises soient le cas

échéant prononcées. Si le contenu de la brochure litigieuse devait effectivement enfreindre les dispositions contre la concurrence déloyale, la requérante serait titulaire d'une prétention au fond, tendant non seulement à la rectification ou la suppression des éléments illicites, mais également au paiement de dommages et intérêts. La requérante rend ainsi vraisemblable que les arguments avancés par l'intimée dans sa brochure G. _____ pourraient lui causer un préjudice et, dès lors, qu'une action au fond de sa part ne serait pas dénuée de chances de succès.

- 34 - Enfin, s'il est vrai que la requérante ne chiffre pas le préjudice dont elle prétend souffrir de par la diffusion de la brochure litigieuse, il ne s'agit pas là d'une condition nécessaire pour admettre qu'elle s'expose à un préjudice difficilement réparable. Le fait que la brochure puisse encore être diffusée en l'état pourrait conduire à un affaiblissement de la position de la requérante sur le marché des vaccins félines en Suisse. Une atteinte à ses intérêts économiques et à sa réputation, immatérielle, pourrait en découler. On voit mal quelles mesures pourraient prendre l'intimée pour réparer le dommage qui en résulterait s'il n'était pas entré en matière sur la requête de mesures provisionnelles: non seulement on se heurterait à un calcul du dommage complexe puisqu'il s'agirait d'un gain manqué, mais l'atteinte à la réputation de la requérante pourrait perdurer longtemps après l'issue du procès au fond. Par ailleurs, les mesures requises par X. _____ SA sont toutes aptes et nécessaires à atteindre le but qu'elles visent. Si certaines mesures devaient se révéler disproportionnées, le juge de céans conserve la possibilité d'allouer moins que ce qui est demandé. La requérante rend ainsi vraisemblable qu'elle s'expose à un dommage difficilement réparable. Les mesures requises par la requérante tendent à une exécution anticipée du fond du litige, de sorte qu'elles doivent être admises de manière plus stricte. S'il est fait droit à la requête, le procès au fond devra encore confirmer ou infirmer l'illicéité de la brochure litigieuse puis se prononcer sur le dommage subi respectivement par la requérante ou l'intimée. Prononcer des mesures d'exécution anticipée dans le cas d'espèce ne revient cependant pas à vider le litige de toute sa substance, l'aspect économique demeurant ouvert. VI. La requérante reproche tout d'abord à l'intimée d'avoir reproduit dans sa brochure G. _____ un graphique n° 1 tronqué. Elle fait valoir que l'étude I. _____ et coll. (2008), mentionnée en référence au-dessous du graphique, a porté non seulement sur les deux souches vaccinales FCVG1 et FCV431 présentées sur le graphique, mais également sur les souches vaccinales FCV255 et FCVF9, cette dernière étant

- 35 - précisément la souche contenue dans les vaccins de l'intimée. Or, cette dernière aurait omis volontairement de présenter les résultats de ces deux souches qui lui sont moins favorables. En outre, en ajoutant les graphiques n° 2 et 3, qui représentent les taux de séroneutralisation des souches de terrain (soit les souches FCVF9 et FCV255) respectivement selon l'étude Q. _____ et coll. (2008) et selon l'étude R. _____ et coll. (1993), l'intimée induirait ainsi la comparaison entre les résultats de ces trois études, notamment entre les études I. _____ et coll. (2008) et Q. _____ et coll. (2008). La requérante considère que cette attitude est déloyale et illicite dans la mesure où l'intimée compare ce qui n'est pas comparable et fait ainsi croire que le vaccin de X. _____ SA présente un taux de séroneutralisation inférieure à son propre vaccin, ce qui est faux. L'intimée soutient pour sa part qu'on ne peut rien lui reprocher dans la mesure où les graphiques présentés n'ont pas de prétention à l'exhaustivité, ce qui ressortirait clairement de la mention "adapté de" apposée devant le nom de l'étude I. _____ et coll. (2008) citée en référence sous le graphique n° 1. Elle fait aussi valoir que la représentation des

graphiques n° 2 et 3 avait pour seul but d'attirer l'attention des lecteurs sur le fait que certaines études confirment la pleine efficacité des vaccins traditionnels (FCVF9 et FCV255) encore aujourd'hui et que le vétérinaire est dès lors invité à les consulter. a) Il est constant et admis que l'étude I. _____ et coll. (2008) a non seulement porté sur le taux de séroneutralisation des souches vaccinales FCVG1 et FCV431, mais aussi sur celle des souches vaccinales FCVF9 et FCV255, dont le résultat est moins favorable puisque, selon cette étude, leur taux de séroneutralisation serait respectivement de 20 et 21% et de 37 et 56%. Le graphique n° 1 qui ne présente pas les résultats de ces deux dernières souches est donc incomplet. Cela n'est en soi pas illicite, comme le relève à juste titre l'intimée, puisqu'il est mentionné sous le graphique n° 1 que le graphique est "adapté de" l'étude I. _____ et coll. (2008). b) La brochure G. _____ contient des résultats d'études

- 36 - scientifiques et était insérée dans la revue spécialisée AMSV destinée à des vétérinaires. Le but recherché était toutefois de promouvoir les vaccins de Y. _____ AG et donc de vendre un produit. En page 4, la brochure contient d'ailleurs des images des boîtes d'emballage des vaccins B. _____ et Z. _____, donnant à la brochure litigieuse un aspect décidément publicitaire. Le témoin J. _____ a parlé de "publirédactionnel", terme qui recouvre une publicité rédactionnelle insérée dans un journal ou une revue et présentée sous forme d'article ou de reportage (définition du dictionnaire Larousse). La brochure litigieuse constitue donc un document publicitaire, auquel on a voulu donner un aspect scientifique. La nature publicitaire du document ne devait toutefois échapper à personne. c) Les graphiques n° 1, 2 et 3 de la brochure G. _____ mettent en évidence les chiffres suivants: taux de séroneutralisation de la souche FCVG1 entre 29% et 70%, de la souche FCV431 entre 67% et 87% et des souches de terrain (FCVF9 et FCV255) à 87,5% en 2008 et à 88% en 1993. La représentation graphique proche (superposée), de la même couleur (bleue), avec les mêmes police et taille d'écriture, avec la même échelle à l'ordonnée et avec des légendes très similaires, attire le regard et pousse à la comparaison des résultats. Le lecteur en déduira ainsi que le taux de séroneutralisation des souches vaccinales traditionnelles est équivalent, voire meilleur, que celui des souches vaccinales plus récentes. De par sa présentation, la brochure induit la comparaison des résultats de l'étude I. _____ et coll. (2008) d'une part, et des études Q. _____ et coll. (2008) et R. _____ et coll. (1993) d'autre part. A cela s'ajoute que la réponse à la question 1 de l'interview du Dr D. _____ ("On prétend que les "nouvelles" souches vaccinales contre les calicivirus protégeraient mieux que les souches traditionnelles. Est-ce vrai?") est conçue ainsi : "(...) [dans] la publication d'I. _____ et coll. (2008) (...), le taux de séroconversion était de 29 à 70% avec la souche G1 et de 67 à 87% avec la souche 431. Dans la même année, Q. _____ et coll. (2008) ont montré que le taux de séroconversion avec la souche vaccinale bien connue F9 était de

- 37 - 87,5%. Il n'existe donc aucun élément en faveur d'une infériorité des vaccins traditionnels (Figures 1 et 2)." (n.d.r.: passages soulignés par le rédacteur) Les résultats des études I. _____ et coll. (2008) et Q. _____ et coll. (2008) sont ainsi comparés et le Dr D. _____ souligne leur contemporanéité. Le terme "infériorité" fait référence à une gradation d'efficacité entre les différentes souches vaccinales. En outre, la référence finale aux graphiques n° 1 et 2, entre parenthèses, invite le lecteur à visualiser les propos du Dr D. _____ à l'aide de ces deux graphiques, éléments visuels forts, d'où la comparaison: le premier montre les résultats des souches FCVG1 et FCV431, le second ceux de la "souche vaccinale bien connue F9". Ces éléments rendent ainsi vraisemblable que l'intimée a voulu

la comparaison entre les graphiques n° 1 et 2, soit la comparaison entre la souche vaccinale de ses vaccins (FCVF9) et celles des vaccins de la requérante (FCVG1 et FCV431). d) La brochure G._____ constitue donc une publicité comparative, en principe licite en droit suisse. Toutefois, les conditions de licéité de telles publicités sont plus strictes lorsqu'elles consistent en l'utilisation de tests comparatifs à des fins publicitaires. Les études citées, soit les études I._____ et coll. (2008), Q._____ et coll. (2008) et R._____ et coll. (1993), ont été réalisées dans des conditions différentes, ce qui les rend incomparables: Y._____ le démontre de façon convaincante dans son article paru sur le site Internet www.[...].com ("Calicivirus félin – de nouvelles souches vaccinales sont-elles réellement nécessaires?") en énumérant les multiples différences méthodologiques qui existent entre les études I._____ et coll. (2008) et Q._____ et coll. (2008). Bien que ces études ne soient pas scientifiquement comparables, l'intimée a choisi de les utiliser à des fins de publicité comparative. Elle en fait un usage exact mais incomplet, notamment de l'étude I._____ et coll. (2008) reproduite dans le graphique n° 1: il n'est indiqué nulle part que celle-ci a aussi porté sur le taux de

- 38 - séroneutralisation des souches vaccinales FCVF9 et FCV255. En cachant les éléments de cette étude qui lui sont moins favorables et en n'en citant qu'une partie, l'intimée ne fait pas preuve d'objectivité. Elle incite le lecteur, en superposant les graphiques n° 1 et 2, à comparer les résultats des études I._____ et coll. (2008) et Q._____ et coll. (2008) qui ne sont pourtant pas comparables. L'intimée accentue encore la comparaison entre ces études en signalant entre parenthèses "Figures 1 et 2" à la fin de la réponse à la question 1 de l'interview du Dr D._____. e) L'intimée fait valoir qu'elle était de bonne foi et que la présentation graphique assortie de la mention "adapté" avait pour seul but d'inciter le lecteur vétérinaire à aller consulter les études citées, celles-ci montrant des différences qu'il vaut la peine d'examiner en profondeur. Il est exact que si l'intimée avait présenté dans son graphique n° 1 tous les résultats de l'étude I._____ et coll. (2008) et avait modifié en conséquence sa réponse à la première question, le lecteur aurait pu en tirer pour conclusions que les résultats varient d'une étude à l'autre et qu'un même vaccin n'est pas le meilleur selon toutes les études. Or, en ne communiquant qu'une partie des résultats de l'étude I._____ et coll. (2008) et en induisant la comparaison avec des études plus favorables à son produit, l'intimée fait passer le message selon lequel l'efficacité de ses vaccins demeure inchangée depuis 1993 (étude R._____ et coll. (1993) reprise dans le graphique n° 3) et qu'elle est même équivalente, voire supérieure, à l'efficacité des "nouvelles souches vaccinales". En cachant les résultats complets de l'étude I._____ et coll. (2008), l'intimée a volontairement tué une opinion scientifique défavorable à l'efficacité de ses propres vaccins. Le lecteur n'est ainsi pas induit à approfondir les résultats qu'on lui présente, ceux-ci montrant au contraire que le statu quo est de mise. Par ailleurs, aucune des études dont il est question ne comporte de représentation graphique de ses résultats: la schématisation opérée par l'intimée avait pour but d'envoyer un signal visuel fort aux lecteurs, qui ne ressentaient de toute évidence plus le besoin d'aller lire les études scientifiques. L'argument de l'intimée, relayé par le témoin D._____, ne convainc donc pas.

- 39 - f) L'art. 5 al. 3 OPMéd se limite à exiger que la publicité destinée aux professionnels soit formulée en termes précis, pondérés, véridiques et vérifiables et n'induisse pas en erreur, les pièces justificatives devant être fournies aux professionnels qui les demandent. Quant à l'art. 5 al. 5, 1ère et 2ème phrase, OPMéd, il se contente d'exiger que les textes publicitaires

soient conformes à l'état des connaissances scientifiques et s'en fassent l'écho, et qu'ils ne se réfèrent qu'à des essais cliniques réalisés conformément aux exigences des bonnes pratiques des essais cliniques (BPEC) et dont les résultats sont publiés ou prêts à l'être, ces publications devant être citées fidèlement, de manière complète et avec la source exacte. L'art. 7 OPMéd prévoit que les comparaisons avec d'autres médicaments ne sont admissibles que si elles sont scientifiquement correctes et qu'elles se fondent sur des études satisfaisant aux exigences stipulées à l'art. 5 al. 5 OPMéd. Dans le cas présent, les parties ne contestent pas le sérieux des études I. _____ et coll. (2008), Q. _____ et coll. (2008) et R. _____ et coll. (1993), de sorte que l'art. 5 al. 5 OPMéd est respecté. En revanche, on l'a vu, la brochure publicitaire G. _____ s'avère, en partie, trompeuse. La comparaison entre les souches vaccinales F. _____ d'une part, et Z. _____ et B. _____ d'autre part, n'est pas scientifiquement correcte, puisque ces études n'ont pas été menées dans des conditions semblables et ne sont donc pas comparables. De ce point de vue également, la brochure constitue un acte de concurrence déloyale. g) En définitive, c'est donc à raison que la requérante se plaint de l'utilisation que fait l'intimée des données des études I. _____ et coll. (2008) et Q. _____ et coll. (2008) dans la représentation graphique de sa brochure G. _____. La comparaison induite entre le graphique n° 1 d'une part et les graphiques n° 2 et 3 d'autre part est trompeuse et constitue un acte illicite au sens de la LCD, de même que la question 1 et toute sa réponse, qui accentue l'effet comparatif illicite.

- 40 - Le graphique n° 1 est incomplet, tandis que les graphiques n° 2 et 3 reflètent de manière complète et exacte les résultats des études Q. _____ et coll. (2008) et R. _____ et coll. (1993). Ainsi, ordre sera donné à l'intimée de supprimer le graphique n° 1 ainsi que la question 1 de l'interview du Dr D. _____ et toute sa réponse figurant en haut de la page 3 de la brochure G. _____ en version française et en haut de la page 2 en version allemande. VII. La requérante s'en prend à la formulation de la dernière phrase de la réponse à la question 1 qui est la suivante: "Il n'existe donc aucun élément en faveur d'une infériorité des vaccins traditionnels (Figures 1 et 2)". Selon la requérante, il existe au contraire un élément d'infériorité, soit l'étude I. _____ et coll. (2008) qui a porté sur la comparaisons entre les souches vaccinales FCVG1, FCV431, FCVF9 et FCV255, et que l'intimée ne peut pas affirmer que tel ne serait pas le cas sans violer la LCD. Elle considère que ce passage est dénigrant pour son image. L'intimée soutient en revanche que l'étude I. _____ et coll. (2008) n'a pas été confirmée depuis 2008, de sorte que son assertion est correcte. Elle relève en outre que le Dr D. _____ parle "d'élément" et non "de preuve", ce qui tend à atténuer la force de son propos, qui est dès lors licite. Au stade des mesures provisionnelles, il n'est pas possible d'avoir une réponse suffisamment précise à la question de savoir si l'étude I. _____ et coll. (2008) est un élément suffisant pour affirmer que les souches vaccinales FCVF9 et FCV255 ont un taux de séroneutralisation inférieure à celles des souches FCVG1 et FCV431. Seule une expertise pourra renseigner le juge à cet égard. En revanche, la référence entre parenthèses à la fin du paragraphe aux "Figures 1 et 2" est illicite. Premièrement, on l'a vu, elle renvoie à comparer des graphiques représentant des résultats d'études incomparables, ce qui n'est pas admissible sous l'angle de la LCD. Deuxièmement, affirmer qu'il n'existe aucun élément en faveur d'une infériorité des souches vaccinales traditionnelles en renvoyant à un graphique dont les résultats visuels sont

- 41 - tronqués par rapport à la réalité de l'étude, n'est non seulement pas pertinent, mais en plus trompeur. Pour ce motif également, la question 1 et toute sa réponse doivent être

supprimées. VIII. La requérante conclut, sous chiffres II et IIbis, à ce qu'il soit fait interdiction à l'intimée de diffuser de quelque manière que ce soit certaines affirmations qu'elle juge trompeuses. Il convient de reprendre ces affirmations séparément. a) La première affirmation litigieuse est la suivante: "Le taux de séroconversion et/ou de séroneutralisation des souches FCVG1 et FCV431 serait inférieur au taux de séroconversion et/ou de séroneutralisation de la souche FCVF9." Cette affirmation n'est mentionnée nulle part dans la brochure G._____. La requérante ne rend pas vraisemblable que l'intention de l'intimée serait de diffuser une telle affirmation. La conclusion II doit dès lors être rejetée sur ce point. b) La deuxième affirmation contestée est la suivante: "Les propriétés de séroneutralisation et/ou de séroconversion de la souche F9 ne se seraient pour ainsi dire pas modifiées depuis 1993, respectivement ces dernières années." Cette affirmation figure en substance dans la brochure en page 3 (version française), dans la réponse du Dr D._____ à la question 2. L'intimée soutient pour sa part que cette formulation est entièrement fondée sur la conclusion de l'étude Q._____ et coll. (2008) (partie "discussion") qui est conçue en ces termes: "Les données présentées dans cette étude confirment que l'antisérum F9 présente toujours une large réactivité croisée, et neutralise un nombre d'isolats de CVF comparable aux observations effectués au cours des années précédentes."

- 42 - On relèvera en outre que l'étude Q._____ et coll. (2008) mentionne, toujours dans le chapitre "Discussion", ce qui suit: "Les résultats obtenus par l'antisérum F9 sont très similaires à ceux d'études antérieures, au cours desquelles une proportion similaire d'isolats de terrain a été neutralisée ([...] et coll. 1990; R._____ et coll. (1993); [...] 1995)." Quoiqu'en dise la requérante, la réponse du Dr D._____ est largement inspirée de l'étude Q._____ et coll. (2008). Cette étude – dont il faut rappeler que les parties ne contestent pas la validité scientifique – a démontré que la souche vaccinale FCVF9 a neutralisé un nombre d'isolats du calicivirus félin équivalent en 1993 et 2008: l'étude R._____ et coll. (1993) présentait en effet un taux de séroneutralisation de 88% et l'étude Q._____ et coll. (2008) présentait un taux de 87,5%. L'étude Q._____ et coll. (2008) mentionne expressément que l'étude R._____ et coll. (1993) a été prise comme point de comparaison pour affirmer qu'une proportion similaire d'isolats avait été neutralisée au cours des dernières années. La comparaison est ici le fruit de l'étude Q._____ et coll. (2008) et non pas de l'intimée, de sorte qu'elle est licite. c) La troisième affirmation contestée par la requérante est la suivante: "La souche de calicivirus F9 a neutralisé 87,5% des souches de FCV (n.d.r.: calicivirus félin) recueillies en condition de pratique de cabinet". L'intimée soutient que cette affirmation est reprise textuellement de l'étude Q._____ et coll. (2008) et que lui interdire de la reproduire serait constitutif d'une censure scientifique, inacceptable du point de vue de la concurrence, notamment par rapport aux consommateurs qui ont le droit de savoir que des études ont été menées sur ces questions. L'étude Q._____ et coll. (2008) mentionne ce qui suit dans le chapitre "Résultats" et le sous-titre "Neutralisation virale":

- 43 - " Pour l'antisérums F9, 35 des 40 isolats (87,5%) ont été neutralisés, et pour l'antisérum 255, 30 des 40 isolats (75%) ont été neutralisés" Partant, on ne voit pas ce que l'on peut reprocher à l'intimée dans l'utilisation de cet argument. Il s'agit là d'un résultat scientifique, que les parties ne contestent pas, de sorte qu'en interdire la diffusion ne présente aucun intérêt pour la requérante du point de vue de la concurrence déloyale. La conclusion II est donc mal fondée sur ce point également. d) La quatrième affirmation

litigieuse est la suivante (conclusion IIbis): "Il n'existerait aucun élément en faveur d'une infériorité des vaccins traditionnels". Cette affirmation est contenue dans la réponse à la première question, dont le retranchement a été ordonné. Toutefois, comme le cadre de la conclusion IIbis est plus large que celui de la conclusion I, il y a lieu de considérer qu'elle a encore un objet. Prise isolément, l'affirmation litigieuse – comme cela a été retenu plus haut (ch. VII) – n'est pas vérifiable au stade des mesures provisionnelles sans une expertise. Ni l'article de Y. _____ ("Calicivirus félin – de nouvelles souches vaccinales sont-elles réellement nécessaires?"), ni le témoignage de J. _____ ne fournissent une réponse sur ce point, car ils ne confirment ni n'infirment cette affirmation. Pour le surplus, il n'est pas rendu vraisemblable que l'intimée ait eu l'intention de diffuser cette affirmation autrement que par sa brochure. En définitive, les conclusions II et IIbis doivent être rejetées. IX. L'intimée soutient la requérante, dans une brochure publiée en octobre 2010, a utilisé les mêmes procédés comparatifs que les siens. Elle en déduit qu'elle était en droit d'en faire de même dans sa brochure

- 44 - G. _____. C'est l'objection dite des "unclean hands", qui est en principe interdite en droit suisse de la concurrence (ATF 129 III 426 c. 2.2 et les références citées). Selon cet arrêt, de même que le citoyen ne peut en principe pas faire valoir un droit à l'égalité de traitement dans l'illégalité, un concurrent ne saurait se prévaloir de l'illégalité du comportement d'un ou de plusieurs concurrents pour adopter un comportement semblable et réclamer l'impunité de ce chef en soulevant l'objection en question. A ce défaut, la loi contre la concurrence déloyale deviendrait lettre morte puisque l'on tolérerait que la victime d'un acte de concurrence déloyale se fasse justice en adoptant elle-même un comportement déloyal. Un autre motif milite contre l'admissibilité de cette objection: il s'agit du caractère tridimensionnel du droit de la concurrence, qui a ceci de particulier qu'il vise la protection non seulement des concurrents, mais également de la collectivité et des consommateurs. Cette spécificité revêt toute son importance dans le domaine de la publicité comparative, ici en cause, où l'accent est mis au premier chef sur la protection du consommateur et la transparence des informations qu'elle suppose. Or, il va sans dire que, dans la mesure où une action intentée par un concurrent contre un autre concurrent, en vue de faire respecter les règles de la concurrence, intéresse indirectement la collectivité en général et les consommateurs en particulier, elle concerne également des tiers auxquels on ne saurait opposer le comportement déloyal de la partie demanderesse. Il y a là une raison supplémentaire pour ne pas admettre l'objection des "unclean hands". Celle-ci ne pourrait entrer en ligne de compte, tout au plus, que dans l'hypothèse où les effets du comportement déloyal incriminé se feraient sentir exclusivement ou essentiellement dans le rapport de concurrence liant les parties en litige, sans que la situation des tiers (autres concurrents et consommateurs) ou de la collectivité en soit affectée (voir aussi TF 4C_375/2002 c. 2.2 et 2.3 du 2 mai 2003). Cette dernière hypothèse n'étant pas réalisée en l'occurrence, l'objection de l'intimée ne saurait être accueillie.

- 45 - X. La requérante conclut que l'intimée soit être astreinte à adresser à tous les vétérinaires ayant reçu la brochure G. _____ une figure représentant les résultats complets de l'étude I. _____ et coll. (2008). Elle conclut en outre à ce que le dispositif de la présente ordonnance soit publié dans le prochain numéro de la revue de l'ASMV. Elle invoque ainsi l'application de l'art. 9 al. 2 LCD qui prévoit que celui qui, par un acte de concurrence déloyale, subit une atteinte dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts économiques en général ou celui qui en est

menacé, peut demander au juge qu'une rectification ou le jugement soit communiqué à des tiers ou publié. La rectification par voie de mesures provisionnelles est en principe recevable. Pour qu'elle soit ordonnée par le juge à ce stade de la procédure, elle doit toutefois être proportionnée et constituer la seule manière d'écartier efficacement les retombées néfastes d'une atteinte. En outre, revenant plus ou moins à préjuger du fond, une telle mesure suppose que la situation factuelle et juridique soit établie de manière quasiment indubitable (TF 4P.311/2004 du 2 mars 2005; ATF 118 II 369 c. 4; Schlosser, op. cit., p. 354; Baudenbacher, op. cit., n. 139 ad art. 9 LCD; Reymond, in Commentaire romand, Droit de la concurrence, n. 106 ad art. 17 LCart). Dans le cas présent, les points que l'intimée doit corriger sont relativement limités par rapport à l'ensemble des conclusions de la requérante. En outre, les modifications ordonnées dans la présente ordonnance l'ont été sur la base d'un examen "prima facie", au degré de la vraisemblance, sans que le caractère illicite de la publicité comparative soit établi de manière totalement certaine. Dans ces conditions, il y a lieu de rejeter les conclusions III et IV de la requête. En revanche, l'injonction judiciaire donnée à l'intimée sera

- 46 - assortie de la menace de la sanction prévue à l'art. 292 CP. XI. L'intimée conclut subsidiairement, pour le cas où les conclusions de la requête devaient être admises, à ce que la requérante soit astreinte à verser des sûretés en garantie du "dommage énorme" qu'elle subirait – en termes d'image et de répercussion sur les ventes – de par la suppression de sa brochure et la diffusion d'un rectificatif ou du dispositif de la présente ordonnance. Elle réclame un montant de 1 million de francs. Le tribunal peut astreindre le requérant à fournir des sûretés si les mesures provisionnelles risquent de causer un dommage à la partie adverse (art. 264 al. 1 CPC). Des mesures proportionnées et exécutoires dans un court délai et sans trop de frais excluent la nécessité de verser des sûretés (Hohl, op. cit., n. 1874; sur la proportionnalité, cf. Pelet, op. cit., nn. 98 ss, pp. 83 ss). Dans le cas d'espèce, il n'est pas fait droit aux conclusions de la requérante tendant à la suppression complète de la brochure G._____, à la diffusion d'un rectificatif ou à la publication de la présente ordonnance. Les mesures prises sont limitées à la question 1 et au graphique n° 1. Le seul préjudice envisageable consiste en frais d'imprimerie engagés inutilement. Le dommage ne saurait dépasser quelques milliers de francs, montant modeste en regard de la part d'un marché de 10 millions de francs que détient de manière prépondérante l'intimée en Suisse. Le dommage invoqué de 1 million de francs n'est de toute manière ni établi, ni rendu vraisemblable: de simples affirmations à cet égard se révèlent insuffisantes. Proportionnées, les mesures ordonnées ne justifient pas d'astreindre la requérante à verser des sûretés. La conclusion subsidiaire de l'intimée doit donc être rejetée.

- 47 - XII. Si l'action au fond n'est pas encore pendante, le tribunal impartit au requérant un délai pour le dépôt de la demande, sous peine de caducité des mesures ordonnées (art. 263 CPC). Le CPC ne prévoit pas la durée de ce délai, mais il ne devrait toutefois pas excéder trois mois, par analogie avec l'art. 209 al. 3 CPC. Un recours contre la décision provisionnelle ne suspend par ce délai de validation, à moins que le recourant ne requiert et n'obtienne que l'effet suspensif soit accordé à son recours (Hohl, op. cit., nn. 1863 ss). Il sera donc impartit à la requérante un délai au 10 juin 2011 pour ouvrir action au fond. XIII. Les frais judiciaires de la présente ordonnance sont arrêtés à 5'750 fr., soit 5'000 fr. à titre d'émolument des mesures provisionnelles (art. 28 et 31 du tarif des frais judiciaires civils; RSV 270.11.5; ci-après: TFJC), 350 fr. à titre d'émolument pour les mesures superprovisionnelles (art. 30 TFJC) et 400 fr. à titre de frais de témoins (art. 87 TFJC). En

application de l'art. 106 al. 2 CPC, les frais judiciaires doivent être répartis entre les parties, aucune d'entre elles n'obtenant entièrement gain de cause. Vu l'issue du litige au stade provisionnel, il se justifie de mettre la moitié des frais judiciaires à charge de chaque partie par 2'875 francs. La requérante, qui obtient partiellement gain de cause, a droit à des dépens réduits de moitié, soit 2'500 fr. à titre de défraiement de son conseil et 150 fr. de débours (art. 95 al. 3 let. a et b CPC). L'intimée lui remboursera en outre la part de l'avance de frais judiciaires qui excède le montant de sa participation, soit 2'575 fr. (5'450 fr. – 2'875 fr.), pour un total de 5'225 francs. XIV. Les décisions prises en instance cantonale unique selon les art.

E. 5

ss CPC doivent, d'après l'art. 112 LTF, être communiquées par écrit. Une

- 48 - communication orale suivie d'une motivation écrite selon les art. 239 al. 1 et 2 CPC est exclue. La réserve du droit cantonal prévue à l'art. 112 al. 2 LTF ne s'applique pas non plus, car le domaine de la procédure civile n'est plus du droit cantonal (Stahelin, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Sutter-Somm, Hasenböhler, Leuenberger éd., n. 38 ad art. 239 CPC; Oberhammer, Basler Kommentar, n. 10 ad art. 239 CPC; Hofmann/Lüscher, Le Code de procédure civile, Berne 2009, p. 150). La présente ordonnance doit dès lors être motivée d'office. Par ces motifs, le juge délégué, statuant à huis clos et par voie de mesures provisionnelles : I. Admet partiellement la requête de mesures provisionnelles déposée le 24 janvier 2011 par la requérante X. _____ SA contre l'intimée Y. _____ AG. II. Ordonne à l'intimée Y. _____ AG de retrancher de sa brochure "G. _____" le premier graphique intitulé Graphik1/Figure1 ainsi que l'intégralité de la première question et de sa réponse, dans leurs versions allemande et française. III. Assortit l'injonction qui précède de la commination, à l'intention des organes de l'intimée, de la menace de la peine d'amende prévue à l'art. 292 du Code pénal en cas d'insoumission à une décision de l'autorité. IV. Fixe à la requérante un délai au 10 juin 2011 pour déposer une demande au fond, sous peine de caducité des présentes mesures provisionnelles. V. Met les frais judiciaires de la procédure provisionnelle, arrêtés à 5'750 fr. (cinq mille sept cent cinquante francs), par 2'875 fr. (deux mille huit cent septante-cinq francs) à la charge de la

- 49 - requérante X. _____ SA et par 2'875 fr. (deux mille huit cent septante-cinq francs) à la charge de l'intimée Y. _____ AG. VI. Condamne l'intimée Y. _____ AG à verser à la requérante X. _____ SA le montant de 5'225 fr. (cinq mille deux cent vingt-cinq francs) à titre de dépens et de restitution d'avance de frais judiciaires. VII. Rejette toutes autres ou plus amples conclusions. Le juge délégué: Le greffier : D. Carlsson G. Intignano Du L'ordonnance qui précède, lue et approuvée à huis clos, est notifiée par l'envoi de photocopies aux conseils des parties. La présente ordonnance peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF et 90 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF). Le greffier : G. Intignano

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.