

NE_GERICHTE CCIV.2014.3 vom 6. September 2016

NE Tribunal cantonal, 2016-09-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CCIV.2014.3

FR: NE_GERICHTE CCIV.2014.3 du 6 septembre 2016

IT: NE_GERICHTE CCIV.2014.3 del 6 settembre 2016

Erwägungen

E. 4

. L'article

E. 5

Le droit applicable s'identifie en se fondant sur le droit international privé en tant que *lex fori* (arrêt du TF du 24.04.2013 [4A_689/2012] ; ATF 137 III 481 ; 132 III 661). Les parties se réfèrent toutes deux au droit suisse. Que l'on examine le litige sous l'angle de la propriété intellectuelle ou sous celui de la concurrence déloyale, le droit suisse trouve en effet à s'appliquer selon les articles 110 et 136 LDIP (mêmes arrêts).

E. 6

En ce qui concerne la compétence matérielle, c'est essentiellement le droit cantonal qui s'applique (Guillaume , Droit international privé – Principes généraux, 3e éd., n°24 p. 29). L'article 41 al. 1 de la loi d'organisation judiciaire neuchâteloise (OJN ; RSN 161.1) prévoit que la Cour civile du Tribunal cantonal connaît en instance unique des actions directes et des litiges pour lesquels le CPC ou d'autres loi prévoient une juridiction cantonale unique. Énumérées à l'article 5 al. 1 CPC, ces causes sont notamment celles qui portent sur des droits de propriété intellectuelle, y compris en matière de nullité, de titularité et de licences d'exploitation ainsi que de transfert et de violation de tels droits (let. a), ainsi que celles qui relèvent de la LCD lorsque la valeur litigieuse excède 30'000 francs (let. d). Il est constant en l'espèce que la valeur litigieuse est supérieure à ce seuil, puisque la demanderesse a chiffré son dommage à hauteur de 2'500'000 francs. En dérogation au principe de l'instance cantonale unique, le législateur a institué un TFB, compétent pour statuer sur les litiges en matière de brevets. Dans certains cas, cette compétence est exclusive, dans d'autres elle est concurrente à celle des tribunaux cantonaux (art. 26 LTFB).

E. 7

La présente affaire pose plusieurs types de questions, dont certaines, délicates, qui sont encore débattues en jurisprudence et en doctrine : celle du fondement de l'action – et dans ce cadre la latitude laissée au demandeur de choisir le fondement qu'il invoque ou d'en changer (à ce sujet cf. Tappy , Le concours d'actions dans le cadre de la nouvelle procédure civile suisse, RDS 2012 p. 529 à 534), celle de la compétence pour les actions à double fondement ou en cas de cumul d'actions, celle des faits de double pertinence dès lors que les faits allégués dans la demande sont pertinents pour trancher non seulement le fond du litige, mais aussi en amont le fondement de la demande et partant la compétence matérielle.

E. 8

L'objet du litige est déterminé par les conclusions et le complexe de faits à propos desquels celles-ci sont arrêtées (Tappy , Le concours d'actions ..., p. 544-545). Ainsi, l'objet du

litige au sens large est constitué par l'objet au sens étroit (ce qui est demandé) et la cause (la base factuelle sur laquelle on demande quelque chose). Le fondement juridique sur lequel la demande repose n'entre pas dans la définition de l'objet du litige, ce qui découle du principe *jura novit curia*. Si tous les faits pertinents sont allégués (cause), au soutien de conclusions inchangées (objet au sens étroit), une partie pourra, par exemple, basculer en cours de procédure d'une argumentation à fondement contractuel à une réclamation délictuelle sans qu'il y ait modification de la demande au sens de l'article 227 CPC (Schweizer, in CPC commenté, 2011, n°11 ad art. 227 CPC). Si le demandeur a spécifié dans ses conclusions le titre juridique de celles-ci, le juge ne peut examiner d'office un autre fondement possible des prétentions du demandeur (ATF 139 III 126 ; arrêt du TF du 16.12.2011 [4A_307/2011]). Le juge est lié par le principe de disposition consacré à l'article 58 CPC. Si tel n'est pas le cas, le juge applique le droit d'office même si les conclusions sont explicitées par rapport à des fondements particuliers dans les allégués ou une motivation juridique expresse, selon l'article 57 CPC (Tappy, *Le concours d'actions* ..., p. 532ss). En vertu d'un principe général de procédure, il faut se baser en premier lieu sur le contenu et le fondement juridique de la prétention élevée par le demandeur. L'objet de la demande est défini par celui qui la fait valoir en justice, si bien que la partie défenderesse n'a pas le pouvoir de le modifier ni de contraindre le demandeur à en changer le fondement. Le demandeur détermine la question qu'il pose au juge et celui-ci statue sur la réponse à donner à cette question (ATF 137 III 32 ; arrêt du TF du 06.10.2015 [4A_34/2015] ; notons que certains auteurs préconisent une application moins automatique de ce principe, comme le relève le Tribunal fédéral dans l'ATF 137 III 311).

E. 9

Il y a concours d'actions lorsque la même prétention peut s'appuyer sur plusieurs fondements juridiques différents et que la reconnaissance en justice peut être obtenue, certes une seule fois, mais sur la base de l'un ou l'autre (par exemple lorsqu'un dommage a été causé à la fois en violation d'un contrat mais aussi d'une manière remplissant les conditions d'une responsabilité délictuelle). La notion de concours d'actions n'apparaît nulle part en tant que telle dans le code de procédure civile. Il s'agit d'une notion avant tout de droit matériel : c'est de l'interprétation de celui-ci que dépendra en principe le point de savoir si, lorsqu'un état de fait pourrait être examiné sur la base de plusieurs fondements, la volonté du législateur ou le sens de la loi impliquent que seul l'un d'eux soit pertinent, ou au contraire s'ils doivent entrer en concours (Tappy, *Le concours d'actions* ..., p. 527). Procéduralement, l'admission du concours d'actions doit se combiner avec la règle *jura novit curia*, codifiée à l'article 57 CPC : si plusieurs fondements juridiques sont envisageables, le juge saisi d'une prétention ne peut la rejeter qu'après avoir examiné, au besoin d'office, tous les fondements envisageables, ce qui oblige cas échéant une juridiction à examiner même des fondements possibles ne relevant pas de sa compétence *ratione materiae* (ATF 125 III 82 cons. 3 ; 92 II 305 rendus avant l'entrée en vigueur du CPC). En cas de concours d'actions proprement dit, si les divers fondements en concours relèvent en eux-mêmes de fors ou de tribunaux distincts, il faudra donc déterminer un for ou une compétence matérielle d'ensemble. *Ratione loci*, la solution dépend du droit fédéral (Tappy, *Cumul objectif et concours d'actions selon le nouveau CPC, in Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen*, Genève 2012, p. 220). L'ATF 137 III 311 pose comme règle qu'il faut se baser sur la nature prépondérante du litige ; il importe de relever que le Tribunal fédéral, dans cet arrêt, prend soin de préciser qu'il privilégie une approche circonstancielle qui tient compte de la nature des responsabilités invoquées et des éléments

factuels allégués par le demandeur, s'agissant d'un litige de droit du travail ; de même, le Tribunal fédéral observe qu'il renonce à un réexamen général de la théorie du concours d'actions (ou action à double fondement), qui n'est pas restée incontestée. *Ratione materiae*, le choix doit être résolu selon le droit cantonal lorsque la compétence matérielle des diverses juridictions entrant en considération dépend de celui-ci (Tappy , *Cumul objectif et concours ...*, p. 221, qui estime que la solution pourra probablement être transposée de celle de ATF 137 III 311 , de sorte que le juge compétent à raison de la matière devrait le plus souvent dépendre aussi de la nature prépondérante du litige ; c'est la solution qu'applique la Cour civile vaudoise (jugements des 26 août 2015 et 28.06.2013 ; la jurisprudence neuchâteloise retenait aussi la même solution : RJN 1993, p. 105). Pour Haldy (CPC commenté, n°5 ad art. 5 CPC), si l'un des fondements relève de l'instance cantonale unique au sens de l'article 5 CPC , celle-ci pourra être saisie pour l'intégralité de la prétention. Cela fait dire à Tappy que l'article 5 CPC paraît exclure une attraction devant un juge inférieur (*Cumul objectif et concours...*, p. 222). Le même est d'ailleurs d'avis, sans être toutefois catégorique, que le TFB peut seul être saisi dès lors qu'un des fondements possibles des prétentions litigieuses relève impérativement de celui-ci, alors que si la compétence du TFB est seulement facultative, la juridiction cantonale ordinaire pourra être saisie selon le caractère prépondérant du litige (*Le concours d'actions...*, p. 536 et la note de pied de page 55). Selon cet auteur, tant pour le for que pour la compétence matérielle, le caractère prépondérant doit s'apprécier cas échéant sur la base des allégations des deux parties, sans qu'il y ait à privilégier un fondement expressément invoqué par le demandeur (*ibidem*).

E. 10

. On parle de cumul (objectif) d'actions lorsque le demandeur choisit de faire valoir plusieurs prétentions dans la même demande contre le même défendeur ; le cumul peut être simultané ou alternatif (Tappy , *Cumul objectif et concours ...*, p. 170). Les prétentions simultanément réclamées peuvent l'être en vertu de la même cause juridique ou sur la base de fondements juridiques distincts (ATF 137 III 311). Elles peuvent être généralement accordées indépendamment du sort réservé aux autres et elles doivent donc toutes être examinées. En droit interne, les conditions auxquelles un cumul d'actions est possible sont réglées aux articles 15, pour la compétence à raison du lieu, et 90 CPC pour la compétence à raison de la matière. Les trois exigences cumulatives suivantes doivent être remplies pour que le demandeur puisse réunir deux prétentions contre le même défendeur dans la même demande : le même tribunal doit être compétent à raison de la matière, les deux prétentions doivent être soumises à la même procédure, le même tribunal doit être compétent à raison du lieu – ce qui peut être le cas en vertu simplement des règles générales de for applicables à chacune des prétentions concernées, ou alors résulter d'une connexité permettant une attraction (art. 15 al. 2 CPC). Selon une partie de la doctrine, les actions qui relèvent de la juridiction cantonale unique au sens de l'article 5 CPC , si elles peuvent être cumulées devant celle-ci, ne peuvent l'être avec une action entrant dans la compétence exclusive du TFB ; devant le TFB non plus, il n'est pas possible de faire valoir une action en contrefaçon d'un brevet cumulée à une action fondée sur le droit d'auteur ou un autre droit de propriété intellectuelle (Stieger , *op. cit.*, p. 18-19 ; Muhlstein , *La mise en œuvre judiciaire du droit suisse de la concurrence déloyale*, in *Défis du droit de la concurrence déloyale*, Genève, 2014, p. 169). Certains auteurs, invoqués par la partie défenderesse, estiment toutefois qu'une attraction de compétence par le TFB est possible notamment en appliquant l'article 90 et l'article 15 al. 2 CPC par analogie, et en s'inspirant de l'article 26 al. 4 LTFB , du moins en cas de cumul objectif d'actions en validité ou en contrefaçon de

brevets et d'actions en lien évident avec le droit des brevets dont les conclusions ne relèvent pas impérativement et exclusivement de la compétence matérielle d'une autre instance (Hilti/Henneberger-Sudjana , Kompetenzattraktion vor Bundespatentgericht in Fällen objektiver Klagenhäufung und/oder Anspruchsgrundlagenkonkurrenz ?, sic ! 2013 p. 84ss).

E. 11

Concours et cumul d'actions peuvent coexister dans un même procès (ATF 137 III 311 ; notamment en matière de LBI et de LCD, cf. Hilti/Henneberger-Sudjana , op. cit., p. 88, pour qui ces notions juridiques ne sont probablement pas les plus indiquées pour définir la compétence matérielle). Dans un procès international, il se peut que la CL, voire d'autres instruments internationaux, empêchent une attraction permettant de cumuler objectivement des actions qui ne relèverait pas du même for (Tappy , Cumul objectif et concours..., p. 180-181) ou d'étendre la cognition d'un tribunal saisi à raison de la nature particulière de l'affaire à d'autres fondements juridiques possibles (Tappy , Le concours d'actions ..., p. 531). Ni l'une ni l'autre des parties ne s'est souciée en l'espèce de cette problématique internationale.

E. 12

. Lorsqu'il doit statuer d'entrée de cause sur sa compétence (art. 59 al. 2 let. b CPC), le tribunal doit d'abord examiner si le ou les faits pertinents de la disposition légale applicable (celle qui fixe la compétence) sont des faits simples ou doublement pertinents. Si les faits déterminants pour la compétence du tribunal le sont également pour le bien-fondé de l'action, la théorie de la double pertinence s'applique. Selon cette théorie, le juge saisi examine sa compétence sur la base des allégués, moyens et conclusions de la demande, sans tenir compte des objections de la partie défenderesse. L'administration des preuves sur les faits doublement pertinents est renvoyée à la phase finale du procès au cours de laquelle est examiné le bien-fondé de la prétention au fond. Tel est le cas notamment lorsque la compétence dépend de la nature de la prétention alléguée (ATF 141 III 294 et les nombreux arrêts cités ; Bucher , Vers l'implosion de la théorie des faits doublement pertinents, in SJ 2015 II p. 72, qui relève de nombreux arrêts du TF qui ignorent la théorie des faits de double pertinence alors qu'elle aurait dû s'appliquer : par exemple arrêt du TF du 07.07.2008 [5A_230/2007] cité à la note de pied de page 15, qui examine les motifs invoqués par le défendeur). Le TFB applique la théorie des faits de double pertinence (décisions du 07.06.2012 02012_21 et du 13.06.2013 S2012_005). Il est fait exception à l'application de la théorie des faits de double pertinence si la thèse du demandeur se trouve réfutée immédiatement et sans équivoque (ATF 136 III 486) ou dans l'hypothèse d'abus de droit (arrêt du TF du 10.12.2014 [4A_28/2014]), par exemple lorsque la demande est présentée sous une forme destinée à en déguiser la nature véritable, lorsque les allégués sont manifestement faux (ATF 136 III 486 ; 137 III 32 et les arrêts cités), ou encore si la compétence d'un tribunal arbitral est contestée (arrêt du TF du 06.10.2015 [4A_34/2015]).

E. 13

. a) Selon la jurisprudence, la LCD ne revêt pas un caractère subsidiaire par rapport aux diverses lois qui protègent la propriété intellectuelle, son but est simplement différent. Chaque disposition en matière de propriété intellectuelle ou de concurrence déloyale a son propre champ d'application. Il est parfaitement possible qu'un même comportement puisse tomber sous le coup de plusieurs dispositions différentes. Dès le moment où les conditions d'application d'une disposition sont réunies et justifient la mesure

prise, il n'y a plus d'intérêt à se demander si la même mesure pourrait être prise également sur la base d'une autre disposition (arrêt du TF du 24.04.2013 [4A_689/2012] et les nombreuses références citées ; ATF 129 III 353 et les références). A teneur 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. L'acte de concurrence déloyale doit être objectivement propre à influencer le marché (ATF 136 III 23). Il n'est toutefois pas nécessaire que l'auteur de l'acte soit lui-même dans un rapport de concurrence avec la ou les entreprises qui subissent les effets de la concurrence déloyale (ATF 126 III 198). La règle générale exprimée à l'article 2 LCD est concrétisée par les cas particuliers énoncés aux articles 3 à 8 LCD, mais elle reste applicable pour les hypothèses que ces dispositions ne viseraient pas (ATF 132 III 414). Les articles 5 et 6 LCD visent l'exploitation d'une prestation d'autrui et la violation des secrets de fabrication ou d'affaires. En particulier, l'article 5 let. a LCD concerne l'exploitation indue du résultat d'un travail dont la personne est entrée en possession dans le cadre d'une relation contractuelle. Il y a comportement déloyal dans le fait que l'« exploitant » viole le rapport de confiance qui le lie à son partenaire économique, lequel n'a pas donné le travail à faire dans le but d'être par la suite plagié (pour un exemple : ATF 113 II 319) . Selon l'article 5 let. c LCD, agit de façon déloyale celui qui reprend grâce à des procédés techniques de reproduction et sans sacrifice correspondant le résultat d'un travail d'un tiers prêt à être mis sur le marché et l'exploite comme tel. Cette disposition définit le caractère déloyal de l'exploitation des prestations d'autrui en se référant à la manière dont la reprise a lieu. Elle ne vise pas à instituer la protection d'une nouvelle catégorie de biens juridiques, mais à prohiber un certain comportement en raison de sa déloyauté (ATF 118 II 459 ; 131 III 384 ; 139 IV

E. 17

Par ailleurs, on est en présence d'un cumul d'actions. Chaque chef de conclusion constitue en effet une action distincte. Les chefs de conclusions n°5 à 7 peuvent chacun reposer sur deux fondements juridiques différents, tirés soit de la LBI, soit de la LCD, de sorte qu'il y a concours d'actions.

E. 18

Dans la conclusion n°1, la demanderesse invite la Cour civile à constater que le brevet déposé par Y. GmbH et portant référence [aaa] viole le brevet de X. SA portant référence [bbb]. Dans la mesure où il s'agit d'une question impliquant purement le droit matériel des brevets, la compétence du TFB est exclusive. Cette conclusion, prise isolément, est irrecevable devant la Cour civile. Elle peut éventuellement, selon une partie de la doctrine, fonder une attraction de compétence en faveur du TFB (cons. 10 ci-dessus). Si elle avait été formulée de manière à constituer une question préjudicielle ou avait été soulevée par voie d'exception, il aurait fallu impartir un délai approprié aux parties pour agir devant le TFB (art. 26 al. 3 LTFB).

E. 19

. Les conclusions qui restent tendent à ce qu'il soit interdit à la défenderesse d'exploiter et de commercialiser le limiteur de couple objet du brevet portant référence [aaa], et ceci sous la menace des sanctions prévues à l'article 292 CP (5), à ce que la défenderesse soit condamnée à payer à la demanderesse 2'500'000 francs à titre de dommages intérêts, plus 5 % d'intérêts dès le dépôt de la demande (6) et à ce qu'il soit

ordonné la publication du dispositif du jugement dans les journaux (...) et ceci aux frais de Y. GmbH (7). Elles sont, si on les envisage sous l'angle de la LBI, des actions en contrefaçon de la compétence exclusive du TFB (art. 26 al. 1 let. a LBI), et, si on les envisage sous l'angle de la LCD (art. 9), de la compétence de la juridiction cantonale unique en matière de droit de la concurrence déloyale (art. 5 al. 1 let. d LCD). En cas de concours d'actions, la jurisprudence constante du Tribunal fédéral élaborée avant l'entrée en vigueur du CPC imposait aux cantons de prévoir la compétence d'un seul et même tribunal qui pourrait envisager les prétentions de la défenderesse dans tous leurs fondements juridiques possibles, dès lors que ceux-ci n'étaient pas précisés dans les conclusions (cons. 9 ci-dessus, Hilti/Henneberger-Sudjana, op. cit., p. 88 et note de pied de page 41). En l'occurrence, pour déterminer quel tribunal est compétent matériellement, on peut raisonner en estimant que le tribunal fédéral spécialisé doit avoir la préférence (Tappy, cité au consid. 9 ci-dessus), ou alors en recherchant, comme le soutient la demanderesse, quel est le fondement prépondérant de la demande. Notons que si la demanderesse avait d'emblée agi devant le TFB (dont elle semble avoir perdu de vue l'existence en début de procédure), celui-ci se serait sans doute (on ne peut le dire de façon certaine, et quoi qu'il en soit il n'appartient pas à la Cour civile de statuer sur la compétence du TFB) saisi de l'ensemble des prétentions, y compris celles se fondant sur la LCD, au vu de la doctrine mentionnée plus haut et des premières décisions rendues par cette juridiction fédérale (cons. 13 et 14).

E. 20

Dans son mémoire de demande, la demanderesse a allégué avoir fourni, dans le cadre de la collaboration entre les parties, quantité d'informations sur la composition et le design intérieur du limiteur de couple « B. [bbb] », protégé par son brevet (all.15).. Outre que de s'inscrire dans le cadre du rapport de confiance créé entre la demanderesse et la défenderesse, ces informations tombaient évidemment sous le coup de l'accord de confidentialité (all.16). La demanderesse a été très surprise de s'apercevoir que la défenderesse avait, grâce aux informations confidentielles fournies, produit et commercialisé son propre limiteur de couple (all. 18). Elle a également découvert que la défenderesse avait déposé le 15 octobre 2009 un brevet portant sur un limiteur de couple dont la description était identique à celui produit par la défenderesse (all. 19). Le limiteur de couple produit et commercialisé par la défenderesse est quasiment identique à celui produit et commercialisé par la demanderesse (all. 23). La défenderesse a sciemment breveté son propre limiteur de couple en utilisant le brevet déposé par la demanderesse et les informations confidentielles qu'elle a obtenues dans le cadre de sa collaboration avec la demanderesse (all. 24). Le design est similaire, la fonctionnalité identique (all. 25). La défenderesse a utilisé le savoir-faire développé par la demanderesse pour produire et commercialiser des limiteurs de couples identiques à des prix largement inférieurs à ceux pratiqués par la demanderesse ; elle a même cru bon de déposer un brevet (all. 26). Les parties sont actives sur le même marché (all. 30). En utilisant les informations confidentielles fournies par la demanderesse dans le cadre de l'accord de confidentialité, la défenderesse a rompu le rapport de confiance existant avec la demanderesse. En produisant puis en utilisant un limiteur de couple similaire au produit de la demanderesse, la défenderesse s'est rendue coupable de concurrence déloyale et a utilisé sciemment une invention brevetée (all. 31 et 32). Dans sa réplique, la demanderesse allègue qu'elle fonde son raisonnement juridique uniquement sur la violation de la LCD (all. 20). La « copie » de son produit par la défenderesse a « avant tout » un caractère déloyal (all. 21). Le litige porte « avant tout » sur l'utilisation déloyale d'un objet qui est effectivement breveté pour créer un

autre objet qui sera également breveté, dont l'utilité et l'apparence sont similaires alors que le fonctionnement interne est quelque peu différent, et non pas principalement sur la violation du brevet lui-même (all. 26). La défenderesse utilise donc une autre technologie pour arriver à un même but, tout en profitant de l'excellente réputation de la demanderesse, en créant une confusion manifeste avec le produit de cette dernière (all. 27). Au vu de ce qui précède, il apparaît que la demanderesse, sur qui repose le fardeau de l'allégation (art. 8 CC), articule ses prétentions autour du non-respect de l'accord de confidentialité, invoqué d'entrée de cause, et de la violation du rapport de confiance lié au partenariat mis en place entre les parties. Elle voit dans l'existence de ce rapport de confidentialité un motif rendant déloyal le dépôt du brevet de la défenderesse. Elle a valablement abandonné les conclusions en nullité du brevet de la défenderesse. Parmi les allégués de la demande, on n'en trouve pas qui décrivent exactement en quoi il y aurait contrefaçon (hormis le fait que les descriptions sont identiques, avec comme offre de preuve des fascicules des brevets en question et une demande d'expertise). A vrai dire, on peine même à discerner si la demanderesse soutient que la technologie brevetée par elle (all. 5) est identique ou non à celle de la défenderesse (all. 27 de la réplique). Dans ces conditions, il y a lieu, en application du critère du fondement prépondérant, de retenir que la cause relève avant tout de la concurrence déloyale et que la Cour civile est compétente pour s'en saisir, y compris en ce qui concerne la requête de mesures provisionnelles. Cela ne préjuge naturellement pas du bien-fondé des prétentions de la demanderesse.

E. 21

Vu le sort de la cause, la défenderesse sera condamnée à prendre à sa charge les 4/5 èmes des frais de la procédure sur moyen séparé, le 1/5 ème étant à la charge de la demanderesse et à verser une indemnité de dépens légèrement réduite en faveur de la défenderesse (cf. art. 106 al. 1 CPC).

E. 40

OJN, la Cour civile est compétente pour connaître du présent litige. A la fin de sa plaidoirie, la demanderesse conclut au rejet du moyen séparé et à la recevabilité de la demande de X. SA, sous suite de frais et dépens.

La défenderesse débute par un bref rappel chronologique des faits, lequel lui permet de mettre en exergue que la demanderesse n'a réagi que 5 ans après le dépôt du brevet de la défenderesse en introduisant sa requête en mesures provisionnelles, respectivement sa demande, le 20 août 2014. Selon la défenderesse, la Cour civile est incompétente tant à raison de la matière que du lieu. La demanderesse a abandonné ses conclusions 2 à 4, lesquelles visaient la constatation de la nullité du brevet de la défenderesse ainsi que de tous les droits qui y étaient liés. En revanche, la demanderesse a maintenu sa première conclusion, laquelle tend à la constatation que le brevet de la défenderesse viole le brevet de la demanderesse. Pour la défenderesse, cette compétence appartient exclusivement au TFB en vertu de l'article 26 al. 1 let. a LBI (cf. Message concernant la loi sur le TFB, FF 2008 p. 388). En conséquence, toujours selon la défenderesse, la première conclusion de la demanderesse est irrecevable. Par ailleurs, il n'est pas possible de cumuler devant le tribunal cantonal deux actions, dont une relève de la compétence exclusive du TFB (cf. art. 90 CPC ; Muhlstein, La mise en œuvre judiciaire du droit suisse de la concurrence déloyale : pièges et stratégies, in : Défis du droit de la concurrence déloyale/Challenges of Unfair competition Law, p. 169). Avant d'examiner une éventuelle application de l'article 9 LCD, il

faut déterminer si le comportement de la défenderesse est constitutif d'un acte de concurrence déloyale. Autrement dit, il s'agit de déterminer si la défenderesse a violé le brevet de la demanderesse, ce qu'elle conteste fermement. Pour la défenderesse, aussi longtemps qu'elle peut se fonder sur un brevet différent, elle ne peut agir de manière illicite. Ainsi, il n'existe pas, dans ce cas, de fondement indépendant de la LCD, de sorte que les conclusions de la demande, respectivement de la requête en mesures provisionnelles, sont caduques. Au surplus, le TFB peut appliquer des normes de droit connexes à la LBI, de sorte qu'il existe une attraction de compétence objective en sa faveur (Hilti/Henneberger-Sudjana, Kompetenzattraktion vor Bundespatentgericht in Fällen objektiver Klagenhäufung und/oder Anspruchsgrundlagenkonkurrenz ?, sic ! 2013 p. 88). La défenderesse soutient également que, dans ce litige, l'aspect brevet est prépondérant et indissociable et que la priorité doit être donnée au tribunal spécial, lequel est le TFB (Wey, in : Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm and co. (éd.), 2014, ad art. 5). La Cour civile est par conséquent incompétente. Par ailleurs, la prorogation de for est inefficace et ne change rien à la compétence matérielle du TFB. Les parties ne peuvent pas, en effet, valablement renoncer à cette compétence judiciaire. En ce qui concerne la requête de mesures provisionnelles, cette dernière relève également de la compétence exclusive du TFB (cf. art. 26 al. 2 let. b LTFB). Au demeurant, la condition de l'urgence nécessaire à la prise de mesures provisionnelles n'est pas remplie. En conséquence, la requête de mesures provisionnelles doit être déclarée irrecevable, subsidiairement mal fondée. Finalement, il convient de fixer les frais et dépens en fonction de l'importante valeur litigieuse, laquelle n'est pas limitée aux dommages-intérêts. En outre, il convient de retenir que la demanderesse s'est partiellement désistée de ses conclusions. En conséquence, la défenderesse conclut à l'irrecevabilité de la demande de X. SA, subsidiairement à son mal fondé, sous suite de frais et dépens.

C O N S I D E R A N T

1. Le tribunal n'entre en matière que sur les demandes et les requêtes qui satisfont aux conditions de recevabilité de l'action. Le tribunal doit être compétent à raison de la matière et du lieu (art. 59 CPC). Il examine d'office si les conditions de recevabilité sont remplies (art. 60 CPC). Les traités internationaux et la LDIP sont réservés (art. 2 CPC).

2. La défenderesse a son siège à l'étranger. La cause revêt donc un caractère international (ATF 141 III 294, 131 III 76). La Suisse et l'Allemagne sont parties à la Convention de Lugano relative à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après : CL (RS. 0275.12)), qui trouve application.

3. La détermination de la compétence judiciaire dépend du fondement de l'action. La demanderesse invoque la concurrence déloyale, la protection du droit de la propriété intellectuelle et un acte illicite. Dans les trois cas, au niveau international, la compétence des tribunaux suisses est donnée, ce que la défenderesse ne conteste pas. Les actes de concurrence déloyale constituent en effet une matière délictuelle (ATF 117 II 204). Ce rattachement inclut les prétentions pécuniaires découlant du droit de la propriété intellectuelle, qui sont soumises aux règles régissant les actes illicites (ATF 132 III 379). En l'occurrence, la demanderesse ayant son siège en Suisse et le dommage qu'elle allègue, soit la perte financière, s'étant produit à ce siège, les tribunaux suisses sont compétents selon l'article 5 al. 3 CL qui consacre une compétence alternative à celle des tribunaux de l'Etat du domicile du défendeur de l'article 2 CL (Ducor, in : Commentaire romand sur la Loi sur le droit international privé et la Convention de Lugano, n. 144 et 148 ad art. 5 CL). L'article 22

ch. 4 CL n'est pas applicable en la matière, car on n'est pas en présence d'une action tenant à la validité du brevet (« Bestand »), au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'article 16 ch. 4 a CL, toujours valable (ATF 132 III 579; sur ces questions, voir Stieger, Die Zuständigkeit der Schweizer Gerichte für Prozesse über und im Zusammenhang mit Patenten ab 2011, sic! 2010 p. 3ss, p. 6 à 9; Ducor, op. cit., n° 57 ss ad art. 22 CL).

4. L'article 5 ch. 3 CL pose une règle de for désignant directement le tribunal compétent en matière interne (Ducor, op. cit., n° 147 ad art. 5 CL), de sorte que la LDIP (art. 1 LDIP ; ATF 124 III 509) ne s'applique pas, même si parfois la jurisprudence du Tribunal fédéral a mentionné conjointement aussi l'article 109 LDIP (arrêt du TF du 18.04.2001 [4P.17/2001]; cf. aussi l'article 129 LDIP, indépendamment de la prorogation de for (art. 23 CL ; 5 LDIP)).

5. Le droit applicable s'identifie en se fondant sur le droit international privé en tant que lex fori (arrêt du TF du 24.04.2013 [4A_689/2012]; ATF 137 III 481; 132 III 661). Les parties se réfèrent toutes deux au droit suisse. Que l'on examine le litige sous l'angle de la propriété intellectuelle ou sous celui de la concurrence déloyale, le droit suisse trouve en effet à s'appliquer selon les articles 110 et 136 LDIP (mêmes arrêts).

6. En ce qui concerne la compétence matérielle, c'est essentiellement le droit cantonal qui s'applique (Guillaume, Droit international privé ■ Principes généraux, 3e éd., n° 24 p. 29). L'article 41 al. 1 de la loi d'organisation judiciaire neuchâteloise (OJN ; RSN 161.1) prévoit que la Cour civile du Tribunal cantonal connaît en instance unique des actions directes et des litiges pour lesquels le CPC ou d'autres loi prévoient une juridiction cantonale unique. Énumérées à l'article 5 al. 1 CPC, ces causes sont notamment celles qui portent sur des droits de propriété intellectuelle, y compris en matière de nullité, de titularité et de licences d'exploitation ainsi que de transfert et de violation de tels droits (let. a), ainsi que celles qui relèvent de la LCD lorsque la valeur litigieuse excède 30'000 francs (let. d). Il est constant en l'espèce que la valeur litigieuse est supérieure à ce seuil, puisque la demanderesse a chiffré son dommage à hauteur de 2'500'000 francs.

En dérogation au principe de l'instance cantonale unique, le législateur a institué un TFB, compétent pour statuer sur les litiges en matière de brevets. Dans certains cas, cette compétence est exclusive, dans d'autres elle est concurrente à celle des tribunaux cantonaux (art. 26 LTFB).

7. La présente affaire pose plusieurs types de questions, dont certaines, délicates, qui sont encore débattues en jurisprudence et en doctrine : celle du fondement de l'action ■ et dans ce cadre la latitude laissée au demandeur de choisir le fondement qu'il invoque ou d'en changer (à ce sujet cf. Tappy, Le concours d'actions dans le cadre de la nouvelle procédure civile suisse, RDS 2012 p. 529 à 534), celle de la compétence pour les actions à double fondement ou en cas de cumul d'actions, celle des faits de double pertinence dès lors que les faits allégués dans la demande sont pertinents pour trancher non seulement le fond du litige, mais aussi en amont le fondement de la demande et partant la compétence matérielle.

8. L'objet du litige est déterminé par les conclusions et le complexe de faits à propos desquels celles-ci sont arrêtées (Tappy, Le concours d'actions, p. 544-545). Ainsi, l'objet du litige au sens large est constitué par l'objet au sens étroit (ce qui est demandé) et la cause (la base factuelle sur laquelle on demande quelque chose). Le fondement juridique sur lequel la demande repose n'entre pas dans la définition de l'objet du litige, ce qui découle du principe *jura novit curia*. Si tous les faits pertinents sont allégués (cause), au soutien de

conclusions inchangées (objet au sens étroit), une partie pourra, par exemple, basculer en cours de procédure d'une argumentation à fondement contractuel à une réclamation délictuelle sans qu'il y ait modification de la demande au sens de l'article 227 CPC (Schweizer, in CPC commenté, 2011, n°11 ad art. 227 CPC). Si le demandeur a spécifié dans ses conclusions le titre juridique de celles-ci, le juge ne peut examiner d'office un autre fondement possible des prétentions du demandeur (ATF 139 III 126; arrêt du TF du 16.12.2011 [4A_307/2011]). Le juge est lié par le principe de disposition consacré à l'article 58 CPC. Si tel n'est pas le cas, le juge applique le droit d'office même si les conclusions sont explicitées par rapport à des fondements particuliers dans les allégués ou une motivation juridique expresse, selon l'article 57 CPC (Tappy, *Le concours d'actions*, p. 532ss). En vertu d'un principe général de procédure, il faut se baser en premier lieu sur le contenu et le fondement juridique de la prétention élevée par le demandeur. L'objet de la demande est défini par celui qui la fait valoir en justice, si bien que la partie défenderesse n'a pas le pouvoir de le modifier ni de contraindre le demandeur à en changer le fondement. Le demandeur détermine la question qu'il pose au juge et celui-ci statue sur la réponse à donner à cette question (ATF 137 III 32; arrêt du TF du 06.10.2015 [4A_34/2015]; notons que certains auteurs préconisent une application moins automatique de ce principe, comme le relève le Tribunal fédéral dans l'ATF 137 III 311).

9. Il y a concours d'actions lorsque la même prétention peut s'appuyer sur plusieurs fondements juridiques différents et que la reconnaissance en justice peut être obtenue, certes une seule fois, mais sur la base de l'un ou l'autre (par exemple lorsqu'un dommage a été causé à la fois en violation d'un contrat mais aussi d'une manière remplissant les conditions d'une responsabilité délictuelle). La notion de concours d'actions n'apparaît nulle part en tant que telle dans le code de procédure civile. Il s'agit d'une notion avant tout de droit matériel : c'est de l'interprétation de celui-ci que dépendra en principe le point de savoir si, lorsqu'un état de fait pourrait être examiné sur la base de plusieurs fondements, la volonté du législateur ou le sens de la loi impliquent que seul l'un d'eux soit pertinent, ou au contraire s'ils doivent entrer en concours (Tappy, *Le concours d'actions*, p. 527). Procéduralement, l'admission du concours d'actions doit se combiner avec la règle *novit curia*, codifiée à l'article 57 CPC : si plusieurs fondements juridiques sont envisageables, le juge saisi d'une prétention ne peut la rejeter qu'après avoir examiné, au besoin d'office, tous les fondements envisageables, ce qui oblige cas échéant une juridiction à examiner même des fondements possibles ne relevant pas de sa compétence matérielle (ATF 125 III 82 cons. 3 ; 92 II 305 rendus avant l'entrée en vigueur du CPC).

En cas de concours d'actions proprement dit, si les divers fondements en concours relèvent en eux-mêmes de fors ou de tribunaux distincts, il faudra donc déterminer un for ou une compétence matérielle d'ensemble.

Ratione loci, la solution dépend du droit fédéral (Tappy, *Cumul objectif et concours d'actions selon le nouveau CPC*, in *Nouvelle procédure civile et espace judiciaire européen*, Genève 2012, p. 220). L'ATF 137 III 311 pose comme règle qu'il faut se baser sur la nature prépondérante du litige ; il importe de relever que le Tribunal fédéral, dans cet arrêt, prend soin de préciser qu'il privilégie une approche circonstancielle qui tient compte de la nature des responsabilités invoquées et des éléments factuels allégués par le demandeur, s'agissant d'un litige de droit du travail ; de même, le Tribunal fédéral observe qu'il renonce à un réexamen général de la théorie du concours d'actions (ou action à double fondement), qui n'est pas restée incontestée.

Ratione materiae, le choix doit être résolu selon le droit cantonal lorsque la compétence matérielle des diverses juridictions entrant en considération dépend de celui-ci (Tappy, *Cumul objectif et concours*, p. 221, qui estime que la solution pourra probablement être transposée de celle de ATF 137 III 311, de sorte que le juge compétent à raison de la matière devrait le plus souvent dépendre aussi de la nature prépondérante du litige ; c'est la solution qu'applique la Cour civile vaudoise (jugements des 26 août 2015 et 28.06.2013 ; la jurisprudence neuchâteloise retenait aussi la même solution : RJN 1993, p. 105). Pour Haldy (CPC commenté, n°5 ad art. 5 CPC), si l'un des fondements relève de l'instance cantonale unique au sens de l'article 5 CPC, celle-ci pourra être saisie pour l'intégralité de la prétention. Cela fait dire à Tappy que l'article 5 CPC paraît exclure une attraction devant un juge inférieur (*Cumul objectif et concours*, p. 222). Le même est d'ailleurs d'avis, sans être toutefois catégorique, que le TFB peut seul être saisi dès lors qu'un des fondements possibles des prétentions litigieuses relève impérativement de celui-ci, alors que si la compétence du TFB est seulement facultative, la juridiction cantonale ordinaire pourra être saisie selon le caractère prépondérant du litige (*Le concours d'actions...*, p. 536 et la note de pied de page 55). Selon cet auteur, tant pour le for que pour la compétence matérielle, le caractère prépondérant doit s'apprécier cas échéant sur la base des allégations des deux parties, sans qu'il y ait à privilégier un fondement expressément invoqué par le demandeur (*ibidem*).

10. On parle de cumul (objectif) d'actions lorsque le demandeur choisit de faire valoir plusieurs prétentions dans la même demande contre le même défendeur ; le cumul peut être simultané ou alternatif (Tappy, *Cumul objectif et concours*, p. 170). Les prétentions simultanément réclamées peuvent l'être en vertu de la même cause juridique ou sur la base de fondements juridiques distincts (ATF 137 III 311). Elles peuvent être généralement accordées indépendamment du sort réservé aux autres et elles doivent donc toutes être examinées. En droit interne, les conditions auxquelles un cumul d'actions est possible sont réglées aux articles 15, pour la compétence à raison du lieu, et 90 CPC pour la compétence à raison de la matière. Les trois exigences cumulatives suivantes doivent être remplies pour que le demandeur puisse réunir deux prétentions contre le même défendeur dans la même demande : le même tribunal doit être compétent à raison de la matière, les deux prétentions doivent être soumises à la même procédure, le même tribunal doit être compétent à raison du lieu ■ ce qui peut être le cas en vertu simplement des règles générales de for applicables à chacune des prétentions concernées, ou alors résulter d'une connexité permettant une attraction (art. 15 al. 2 CPC). Selon une partie de la doctrine, les actions qui relèvent de la juridiction cantonale unique au sens de l'article 5 CPC, si elles peuvent être cumulées devant celle-ci, ne peuvent l'être avec une action entrant dans la compétence exclusive du TFB ; devant le TFB non plus, il n'est pas possible de faire valoir une action en contrefaçon d'un brevet cumulée à une action fondée sur le droit d'auteur ou un autre droit de propriété intellectuelle (Stieger, *op. cit.*, p. 18-19 ; Muhlstein, *La mise en œuvre judiciaire du droit suisse de la concurrence déloyale*, in *Défis du droit de la concurrence déloyale*, Genève, 2014, p. 169). Certains auteurs, invoqués par la partie défenderesse, estiment toutefois qu'une attraction de compétence par le TFB est possible notamment en appliquant l'article 90 et l'article 15 al. 2 CPC par analogie, et en s'inspirant de l'article 26 al. 4 LTFB, du moins en cas de cumul objectif d'actions en validité ou en contrefaçon de brevets et d'actions en lien évident avec le droit des brevets dont les conclusions ne relèvent pas impérativement et exclusivement de la compétence matérielle d'une autre instance (Hilti/Henneberger-Sudjana, *Kompetenzattraktion vor*

Bundespatentgericht in Fällen objektiver Klagenhäufung und/oder Anspruchsgrundlagenkonkurrenz ?, sic ! 2013 p. 84ss).

11. Concours et cumul d'actions peuvent coexister dans un même procès (ATF 137 III 311; notamment en matière de LBI et de LCD, cf. Hilti/Henneberger-Sudjana, op. cit., p. 88, pour qui ces notions juridiques ne sont probablement pas les plus indiquées pour définir la compétence matérielle).

Dans un procès international, il se peut que la CL, voire d'autres instruments internationaux, empêchent une attraction permettant de cumuler objectivement des actions qui ne relèverait pas du même for (Tappy, Cumul objectif et concours, p. 180-181) ou d'étendre la cognition d'un tribunal saisi à raison de la nature particulière de l'affaire à d'autres fondements juridiques possibles (Tappy, Le concours d'actions, p. 531). Ni l'une ni l'autre des parties ne s'est souciée en l'espèce de cette problématique internationale.

12. Lorsqu'il doit statuer d'entrée de cause sur sa compétence (art. 59 al. 2 let. b CPC), le tribunal doit d'abord examiner si le ou les faits pertinents de la disposition légale applicable (celle qui fixe la compétence) sont des faits simples ou doublement pertinents. Si les faits déterminants pour la compétence du tribunal le sont également pour le bien-fondé de l'action, la théorie de la double pertinence s'applique. Selon cette théorie, le juge saisi examine sa compétence sur la base des allégués, moyens et conclusions de la demande, sans tenir compte des objections de la partie défenderesse. L'administration des preuves sur les faits doublement pertinents est renvoyée à la phase finale du procès au cours de laquelle est examiné le bien-fondé de la prétention au fond. Tel est le cas notamment lorsque la compétence dépend de la nature de la prétention alléguée (ATF 141 III 294 et les nombreux arrêts cités; Bucher, Vers l'implosion de la théorie des faits doublement pertinents, in SJ 2015 II p. 72, qui relève de nombreux arrêts du TF qui ignorent la théorie des faits de double pertinence alors qu'elle aurait dû s'appliquer: par exemple arrêt du TF du 07.07.2008 [5A_230/2007] cité à la note de pied de page 15, qui examine les motifs invoqués par le défendeur). Le TFB applique la théorie des faits de double pertinence (décisions du 07.06.2012 02012_21 et du 13.06.2013 S2012_005).

Il est fait exception à l'application de la théorie des faits de double pertinence si la thèse du demandeur se trouve réfutée immédiatement et sans équivoque (ATF 136 III 486) ou dans l'hypothèse d'abus de droit (arrêt du TF du 10.12.2014 [4A_28/2014]), par exemple lorsque la demande est présentée sous une forme destinée à en déguiser la nature véritable, lorsque les allégués sont manifestement faux (ATF 136 III 486; 137 III 32 et les arrêts cités), ou encore si la compétence d'un tribunal arbitral est contestée (arrêt du TF du 06.10.2015 [4A_34/2015]).

13. a) Selon la jurisprudence, la LCD ne revêt pas un caractère subsidiaire par rapport aux diverses lois qui protègent la propriété intellectuelle, son but est simplement différent. Chaque disposition en matière de propriété intellectuelle ou de concurrence déloyale a son propre champ d'application. Il est parfaitement possible qu'un même comportement puisse tomber sous le coup de plusieurs dispositions différentes. Dès le moment où les conditions d'application d'une disposition sont réunies et justifient la mesure prise, il n'y a plus d'intérêt à se demander si la même mesure pourrait être prise également sur la base d'une autre disposition (arrêt du TF du 24.04.2013 [4A_689/2012] et les nombreuses références citées; ATF 129 III 353 et les références).

A teneur de l'article 2 LCD, est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commercial 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. L'acte de concurrence déloyale doit être objectivement propre à influencer le marché (ATF 136 III 23). Il n'est toutefois pas nécessaire que l'auteur de l'acte soit lui-même dans un rapport de concurrence avec la ou les entreprises qui subissent les effets de la concurrence déloyale (ATF 126 III 198). La règle générale exprimée à l'article 2 LCD est concrétisée par les cas particuliers énoncés aux articles 3 à 8 LCD, mais elle reste applicable pour les hypothèses que ces dispositions ne viseraient pas (ATF 132 III 414). Les articles 5 et 6 LCD visent l'exploitation d'une prestation d'autrui et la violation des secrets de fabrication ou d'affaires. En particulier, l'article 5 let. a LCD concerne l'exploitation indue du résultat d'un travail dont la personne est entrée en possession dans le cadre d'une relation contractuelle. Il y a comportement déloyal dans le fait que l'« exploitant » viole le rapport de confiance qui le lie à son partenaire économique, lequel n'a pas donné le travail à faire dans le but d'être par la suite plagié (pour un exemple : ATF 113 II 319). Selon l'article 5 let. c LCD, agit de façon déloyale celui qui reprend grâce à des procédés techniques de reproduction et sans sacrifice correspondant le résultat d'un travail d'un tiers prêt à être mis sur le marché et l'exploite comme tel. Cette disposition définit le caractère déloyal de l'exploitation des prestations d'autrui en se référant à la manière dont la reprise a lieu. Elle ne vise pas à instituer la protection d'une nouvelle catégorie de biens juridiques, mais à prohiber un certain comportement en raison de sa déloyauté (ATF 118 II 459; 131 III 384; 139 IV 17). La LCD prévoit à son article 9 trois actions défensives (en prévention de l'atteinte, en cessation de l'atteinte et en constatation du caractère illicite de l'atteinte ; article 9 al. 1 LCD) et trois actions réparatrices (en dommages-intérêts, en réparation du tort moral et en remise du gain ; art. 9 al. 3 LCD) (Chaudet, Droit suisse des affaires, 2^{ème}éd. p. 671). Il est aussi possible de demander qu'une rectification ou le jugement soit communiqué à des tiers ou publié (art. 9 al. 2 LCD).

b) Selon l'article 1 LBI, les brevets d'inventions sont délivrés pour les inventions nouvelles utilisables industriellement. Les brevets sont délivrés sans garantie de l'Etat. On peut définir le brevet d'invention comme un titre officiel délivré par l'administration nationale (en Suisse : l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle) ou par une institution régionale ou internationale ■ telle l'organisation européenne des brevets par l'Office européen des brevets ■ qui confère au titulaire le droit d'exclure autrui de l'utilisation professionnelle de l'invention (art. 8 LBI ; ATF 126 III 129). Ce titre officiel publie l'exposé de l'invention et c'est grâce à cette publication que sont divulguées les informations utiles sur les développements techniques les plus récents. En assurant la diffusion rapide et approfondie des connaissances techniques, le brevet d'invention contribue directement au progrès industriel et social (CR-PIScheuchzer, n° 6 ad art. 1 LBI).

L'article 26 LBI permet aux tiers intéressés d'attaquer l'existence d'un brevet. Il s'agit d'une action négatoire de droit (ATF 125 III 241), pendant de l'action déclaratoire positive de l'article 74 al. 1 ch. 1 LBI, permettant de faire constater qu'un brevet déterminé existe à bon droit (Scheuchzer, op. cit., n° 11 et 12 ad art. 26 LBI). A côté de ces actions existent, notamment, encore les actions en nullité partielle (art. 27 LBI), les actions en constatation de la violation de l'interdiction de la double protection et les actions en déchéance du brevet (art. 38 LBI), de même que les actions en contrefaçon, qui recouvrent l'action en cessation de l'acte ou en suppression de l'état de fait (art. 72 al. 1 LBI), l'action en dommages-intérêts

(art. 73 LBI), l'action en remise de gain, en réparation du tort moral, l'action tendant à la communication de certaines informations (art. 66 let. b LBI), l'action tendant à la publication du jugement (art. 70 al. 1 LBI), l'action tendant à la confiscation et à la réalisation ou celle tendant à la destruction des produits fabriqués illicitement ou des moyens destinés principalement à leur fabrication (art. 69 al. 1 LBI), l'action en constatation de la violation ou de la non violation d'un brevet (art. 74 ch. 2 et 3 LBI) et l'action en constatation de ce que le brevet ne peut être opposé au demandeur en application d'une disposition légale (art. 74 ch. 4 LBI). Ces actions relèvent de la compétence exclusive du TFB (Stieger, *die Zuständigkeit der Schweizer Gerichte für Prozesse über und im Zusammenhang mit Patenten ab 2011*, sic! 2010 p. 3ss ; Killias/de Selliers, CR-PI, n°21-23 ad art. 76 LBI), comme les actions en octroi d'une licence sur un brevet (art. 36, 37, 40ss LBI (mêmes auteurs)).

La LBI confère encore des actions en cession de licence (art. 29 à 31 LBI), qui, elles, ressortent concurremment à la compétence des tribunaux cantonaux (art. 26 al. 2 LTFB), ce qui est critiqué en doctrine (par exemple : Killias/de Selliers, op. cit., n° 39 ad art. 76 LBI et les références ; cette question n'est cependant pas déterminante dans le présent litige). Entrent aussi dans la compétence concurrente du TFB et des tribunaux cantonaux les « autres actions civiles qui ont un lien de connexité avec les brevets », au sens de l'article 26 alinéa 2 LTFB, soit les actions contractuelles relatives à un brevet, par exemple les actions portant sur l'exécution d'un contrat de cession ou d'un contrat de licence et les actions portant sur la titularité d'une invention de service (arrêt du TF [4A_691/2011] ; du 06.11.2012 [4A_415/2012]).

Selon le message du Conseil fédéral, eu égard à la compétence des tribunaux cantonaux, la compétence exclusive du TFB se limite aux actions impliquant l'application du droit matériel des brevets. Afin de rendre les connaissances spécialisées du TFB accessibles aux tribunaux cantonaux saisis d'une procédure, l'article 26 al. 3 LTFB prévoit que ceux-ci peuvent saisir le TFB d'une question préjudicielle ou d'une exception de validité ou de contrefaçon d'un brevet (Message, FF 2007, p. 400).

Les dispositions relatives à la compétence du TFB doivent se lire en relation avec les articles 5 et 6 CPC. En particulier, l'article 5 let. a CPC impose aux cantons d'instituer une juridiction cantonale unique pour statuer sur les litiges portant sur des droits de propriété intellectuelle, y compris en matière de nullité, de titularité et de licences d'exploitation ainsi que du transfert et de la violation de tels droits. Pour la doctrine majoritaire, la compétence de l'instance cantonale unique s'étend aussi aux litiges contractuels relatifs à des contrats de transfert de droits de propriété intellectuelle et particulièrement de brevets (CR-PI Werran°18 ad art. 33 LBI et les références ; Stieger, op. cit., p. 17).

14. On trouve plusieurs exemples de litiges mêlant droit des brevets et concurrence déloyale dans la jurisprudence. Nombre de ces précédents, qui concernent aussi d'autres droits de propriété intellectuelle, ont été rendus avant l'entrée en vigueur de la LTFB, et même du CPC, ou encore en matière pénale, de sorte que l'on ne peut en déduire grand-chose en ce qui concerne la compétence matérielle en cas de concours ou de cumul d'actions selon le droit positif (ATF 108 II 225; 116 II 471 ; sic! 2007 p. 458 ; arrêt du TF du 12.01.2010 [4A_203/2009]). Récemment, il a été soutenu reconventionnellement devant le TFB que le fait d'invoquer un brevet pouvait constituer un acte de concurrence déloyale (décision du TFB du 30 janvier 2014 dans la cause Richemont International contre De Grisogno S.A. 02013 033). Dans un cas où la reprise déloyale du travail au sens de l'article 5 let. c LCD a

été examinée, la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois a jugé sa compétence douteuse pour le cas où l'invention aurait été protégée par un brevet (arrêt du 09.01.2014) ; elle a admis sa compétence dans un cas où le grief d'exploitation indue du résultat d'un travail confié au sens de l'article 5 let. a LCD avait été soulevé en présence de dépôts de brevets, mais sans allégation d'atteinte concrète à la propriété intellectuelle (ordonnance du 02.07.2015). Pour sa part, le TFB a admis sa compétence matérielle pour statuer sur une conclusion tendant à ce qu'interdiction soit faite à la défenderesse de se prétendre propriétaire d'un brevet en vertu de la LCD (jugement du 13.6.2013 S 2012_2005, cf. à ce sujet Fehlbaum, op. cit., p. 316, qui voit dans cette jurisprudence un argument qui pourrait conduire le TFB à admettre une attraction de compétence en sa faveur pour trancher des questions de design, marques voire de droit d'auteur en lien avec un litige en matière de brevets; contra :Stieger, op. cit., p. 18 ; hésitants :Killias/de Selliers, op. cit, n°40 ad art. 76 LBI). La Cour d'appel du canton de Bâle-Ville a considéré qu'elle ne voyait pas pourquoi en cas de concours d'actions fondé à la fois sur le droit des brevets (dans ce cas principalement) et la LCD, le TFB ne pourrait pas concurremment appliquer la LCD, précisant qu'en cas de cumul d'actions prohibé par l'article 90 CPC, au pire le TFB n'entrerait pas en matière sur les conclusions hors de sa compétence (sic ! 2013, p. 307).

15.En l'espèce, la demanderesse invoque une violation de la LCD, une violation des règles légales sur l'utilisation de brevets, ainsi qu'un acte illicite au sens de l'article 41 CO. Dans sa réplique, après avoir abandonné ses conclusions 2 à 4, elle soutient que sa prétention relève principalement de la LCD. Les conclusions de la requête de mesures provisoires n'ont pas été modifiées. Selon l'article 13 let. a CPC, elles sont de la compétence impérative du tribunal compétent pour statuer sur l'action principale (l'article 26 al. 1 let b LBI ne trouvant application que pour les mesures provisionnelles requises avant litispendance).

16.D'emblée, il y a lieu de constater que le désistement est valable au regard de l'article 227 al. 3 CPC, ce que la défenderesse ne conteste pas. Un changement d'argumentation juridique ■ sauf si le fondement juridique est expressément mentionné dans les conclusions, ce qui n'est pas le cas ici ■ ne constitue pas une modification de la demande au sens de l'article 227 CPC (cons. 8 ci-dessus).

17.Par ailleurs, on est en présence d'un cumul d'actions. Chaque chef de conclusion constitue en effet une action distincte. Les chefs de conclusions n°5 à 7 peuvent chacun reposer sur deux fondements juridiques différents, tirés soit de la LBI, soit de la LCD, de sorte qu'il y a concours d'actions.

18.Dans la conclusion n°1, la demanderesse invite la Cour civile à constater que le brevet déposé par Y. GmbH et portant référence [aaa] viole le brevet de X. SA portant référence [bbb]. Dans la mesure où ils'agit d'une question impliquant purement le droit matériel des brevets, la compétence du TFB est exclusive. Cette conclusion, prise isolément, est irrecevable devant la Cour civile. Elle peut éventuellement, selon une partie de la doctrine, fonder une attraction de compétence en faveur du TFB (cons. 10 ci-dessus). Si elle avait été formulée de manière à constituer une question préjudicielle ou avait été soulevée par voie d'exception, il aurait fallu impartir un délai approprié aux parties pour agir devant le TFB (art.26 al. 3 LTFB).

19. Les conclusions qui restent tendent à ce qu'■il soit interdit à la défenderesse d'exploiter et de commercialiser le limiteur de couple objet du brevet portant référence [aaa], et ceci sous la menace des sanctions prévues à l'article 292 CP (5), à ce que la

défenderesse soit condamnée à payer à la demanderesse 2'500'000 francs à titre de dommages intérêts, plus 5 % d'intérêts dès le dépôt de la demande (6) et à ce qu'il soit ordonné la publication du dispositif du jugement dans les journaux () et ceci aux frais de Y. GmbH (7). Elles sont, si on les envisage sous l'angle de la LBI, des actions en contrefaçon de la compétence exclusive du TFB (art. 26 al. 1 let. a LBI), et, si on les envisage sous l'angle de la LCD (art. 9), de la compétence de la juridiction cantonale unique en matière de droit de la concurrence déloyale (art. 5 al. 1 let. d LCD).

En cas de concours d'actions, la jurisprudence constante du Tribunal fédéral élaborée avant l'entrée en vigueur du CPC imposait aux cantons de prévoir la compétence d'un seul et même tribunal qui pourrait envisager les prétentions de la défenderesse dans tous leurs fondements juridiques possibles, dès lors que ceux-ci n'étaient pas précisés dans les conclusions (cons. 9 ci-dessus, Hilti/Henneberger-Sudjana, op. cit., p. 88 et note de pied de page 41).

En l'occurrence, pour déterminer quel tribunal est compétent matériellement, on peut raisonner en estimant que le tribunal fédéral spécialisé doit avoir la préférence (Tappy, cité au consid. 9 ci-dessus), ou alors en recherchant, comme le soutient la demanderesse, quel est le fondement prépondérant de la demande.

Notons que si la demanderesse avait d'emblée agi devant le TFB (dont elle semble avoir perdu de vue l'existence en début de procédure), celui-ci se serait sans doute (on ne peut le dire de façon certaine, et quoi qu'il en soit il n'appartient pas à la Cour civile de statuer sur la compétence du TFB) saisi de l'ensemble des prétentions, y compris celles se fondant sur la LCD, au vu de la doctrine mentionnée plus haut et des premières décisions rendues par cette juridiction fédérale (cons. 13 et 14).

20. Dans son mémoire de demande, la demanderesse a allégué avoir fourni, dans le cadre de la collaboration entre les parties, quantité d'informations sur la composition et le design intérieur du limiteur de couple « B. [bbb] », protégé par son brevet (all. 15). Outre que de s'inscrire dans le cadre du rapport de confiance créé entre la demanderesse et la défenderesse, ces informations tombaient évidemment sous le coup de l'accord de confidentialité (all. 16). La demanderesse a été très surprise de s'apercevoir que la défenderesse avait, grâce aux informations confidentielles fournies, produit et commercialisé son propre limiteur de couple (all. 18). Elle a également découvert que la défenderesse avait déposé le 15 octobre 2009 un brevet portant sur un limiteur de couple dont la description était identique à celui produit par la défenderesse (all. 19). Le limiteur de couple produit et commercialisé par la défenderesse est quasiment identique à celui produit et commercialisé par la demanderesse (all. 23). La défenderesse a sciemment breveté son propre limiteur de couple en utilisant le brevet déposé par la demanderesse et les informations confidentielles qu'elle a obtenues dans le cadre de sa collaboration avec la demanderesse (all. 24). Le design est similaire, la fonctionnalité identique (all. 25). La défenderesse a utilisé le savoir-faire développé par la demanderesse pour produire et commercialiser des limiteurs de couples identiques à des prix largement inférieurs à ceux pratiqués par la demanderesse ; elle a même cru bon de déposer un brevet (all. 26). Les parties sont actives sur le même marché (all. 30). En utilisant les informations confidentielles fournies par la demanderesse dans le cadre de l'accord de confidentialité, la défenderesse a rompu le rapport de confiance existant avec la demanderesse. En produisant puis en utilisant un limiteur de couple similaire au produit de la demanderesse, la défenderesse s'est rendue coupable de concurrence déloyale et a utilisé sciemment une

invention brevetée (all. 31 et 32). Dans sa réplique, la demanderesse allègue qu'elle fonde son raisonnement juridique uniquement sur la violation de la LCD (all. 20). La « copie » de son produit par la défenderesse a « avant tout » un caractère déloyal (all. 21). Le litige porte « avant tout » sur l'utilisation déloyale d'un objet qui est effectivement breveté pour créer un autre objet qui sera également breveté, dont l'utilité et l'apparence sont similaires alors que le fonctionnement interne est quelque peu différent, et non pas principalement sur la violation du brevet lui-même (all. 26). La défenderesse utilise donc une autre technologie pour arriver à un même but, tout en profitant de l'excellente réputation de la demanderesse, en créant une confusion manifeste avec le produit de cette dernière (all. 27).

Au vu de ce qui précède, il apparaît que la demanderesse, sur qui repose le fardeau de l'allégation (art. 8 CC), articule ses prétentions autour du non-respect de l'accord de confidentialité, invoqué d'entrée de cause, et de la violation du rapport de confiance lié au partenariat mis en place entre les parties. Elle voit dans l'existence de ce rapport de confidentialité un motif rendant déloyal le dépôt du brevet de la défenderesse. Elle a valablement abandonné les conclusions en nullité du brevet de la défenderesse. Parmi les allégués de la demande, on n'en trouve pas qui décrivent exactement en quoi il y aurait contrefaçon (hormis le fait que les descriptions sont identiques, avec comme offre de preuve des fascicules des brevets en question et une demande d'expertise). A vrai dire, on peine même à discerner si la demanderesse soutient que la technologie brevetée par elle (all. 5) est identique ou non à celle de la défenderesse (all. 27 de la réplique). Dans ces conditions, il y a lieu, en application du critère du fondement prépondérant, de retenir que la cause relève avant tout de la concurrence déloyale et que la Cour civile est compétente pour s'en saisir, y compris en ce qui concerne la requête de mesures provisionnelles. Cela ne préjuge naturellement pas du bien-fondé des prétentions de la demanderesse.

21. Vu le sort de la cause, la défenderesse sera condamnée à prendre à sa charge les 4/5èmes des frais de la procédure sur moyen séparé, le 1/5ème étant à la charge de la demanderesse et à verser une indemnité de dépens légèrement réduite en faveur de la défenderesse (cf. art. 106 al. 1 CPC).

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