

VD_GERICHTE CM12.020421 vom 7. Juni 2012

VD Tribunal cantonal, 2012-06-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_CM12.020421

FR: VD_GERICHTE CM12.020421 du 7 juin 2012

IT: VD_GERICHTE CM12.020421 del 7 giugno 2012

Erwägungen

E. 2

let. a LPM. L'utilisation sporadique de signes semblables, par des concurrents, est alors inapte à démentir cette constatation car celle-ci n'est pas déduite du volume d'affaires important et de la publicité intense; elle résulte au contraire d'une élucidation directe du sens reconnu par le public à la forme en cause, en relation avec un produit déterminé (ATF 131 III 121 c. 7.2 précité, rés. in JT 2005 I 426). Ainsi, une reconnaissance par 60% des personnes interrogées, sans aucune aide, du produit en cause, voire de 70% lorsqu'une aide était fournie, a été considérée comme suffisante (ATF 131 III 121 c. 7.4 précité, rés. in JT 2005 I 426; voir aussi: sic! 2009 p. 167 c. 6.4.1; sic! 2002 p. 834, sp. p. 835). Une partie de la doctrine considère en outre que le cercle déterminant des personnes à interroger est constitué de clients actuels et non de clients potentiels (Müller, Unterscheidungskraft, Freihaltebedürfnis, Verkehrsdurchsetzung in Marke und Marketing, Berne 1990, p. 211; Rohner, Die notorisch bekannte Marke in der Schweiz, Berne 2002, p. 200). Le Tribunal fédéral a jugé que, en cas de doute, l'IFPI doit enregistrer une marque et laisser la décision finale au juge civil. Ceci signifie pour une marque enregistrée en tant que marque imposée, que la preuve qu'elle s'est imposée sur le marché ne doit pas entièrement être apportée. Il suffit, lors de la procédure d'enregistrement, que le fait qu'elle s'est imposée sur le marché soit rendu vraisemblable (ATF 131 III 121 c. 8 in fine précité, rés. in JT 2005 I 426; ATF 130 III 328 c. 3.2, JT 2004 I 307; sic! 2006 p. 579 c. 15). Selon un auteur, une telle procédure d'inscription doit suffire pour fonder la vraisemblance de sa validité dans le cadre d'une procédure provisionnelle (art. 261 al. 1 lit. a CPC; David, Anmerkung zum Entscheid "Lernstudio" in PJA 2004 p. 1429 [cité: David, PJA 2004], sp. pp. 1431 et 1432). Ainsi, dans la procédure probatoire d'une action portant sur la violation du droit à la marque, ce ne sera pas au titulaire de la marque de prouver que celle-ci s'est imposée dans le commerce, mais ce sera à son adversaire de prouver la nullité de la marque (Müller, Zur verstärkten Rechtskraft des Markenregisters in PJA 2007 p. 26, sp. pp. 29 et 30). c) En l'espèce, la requérante Société des produits Nestlé SA est

- 45 - titulaire de la marque inscrite le 15 juillet 2001, dont la protection a été prolongée de 10 ans à partir du 29 juin 2010. Quant à la requérante Nestlé Nespresso SA, elle est au bénéfice d'une licence pour la production et les articles Nespresso, en particulier le café moulu en capsules, concédée par la première. Elles paraissent donc titulaires d'une prétention au fond, en protection de cette marque. Le fait que cette marque ait été enregistrée comme marque imposée ne permet pas de considérer qu'elle jouirait d'une protection plus étendue ou plus restreinte qu'une autre marque (sic! 2000 p. 361; TAF B-7017/2008 du 10 février 2010 c. 5.2). Certes, le juge civil n'est pas lié par l'appréciation de l'IFPI et, dans un procès au fond, le titulaire de la marque devra apporter la preuve qu'elle s'est effectivement imposée (Aschmann, Markenschutzgesetz, op. cit., n. 244 ad art. 2 let. a

LPM; ATF 130 III 478 c. 3.3, JT 2004 I 315; sic! 2004 p. 767); toutefois, au stade des mesures provisionnelles, le juge peut se contenter de la simple vraisemblance des faits (art. 261 CPC; Alder, *Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht*, thèse Zurich 1993, pp. 100 ss). Ce degré de preuve est le même pour l'obtention de mesures provisionnelles que pour l'enregistrement d'une marque imposée (cf. sur le degré de preuve requis dans cette procédure: ATF 130 III 328 c. 3.2 précité, JT 2004 I 307). Les intimées soutiennent que la forme protégée par la marque litigieuse serait nécessaire en raison des contraintes matérielles spécifiques. La forme conique de la capsule, l'embout situé sur sa face inférieure, le couvercle légèrement convexe fixé sur le pourtour de sa coque, la forte déclivité de son tronc de cône et ses proportions seraient autant d'éléments couverts par le brevet, donc techniquement nécessaires. Les formes alternatives présentées par les requérantes ne présenteraient pas les qualités nécessaires à l'extraction correcte d'un café de qualité, notamment en raison du fait que le volume de ces capsules serait insuffisant. Le test auquel s'est livré le témoin-expert H. _____ à l'audience de ce jour tend à démontrer que le volume de café que peut contenir un des prototypes produits par les requérantes serait moins important que celui effectivement contenu dans une capsule F. _____ ordinaire; en effet, il est apparu que du café débordait de la

- 46 - capsule prototype lorsqu'il a tenté de la remplir avec le café contenu dans une capsule F. _____. Toutefois, le résultat n'a été que très partiellement différent lorsqu'il a tenté de remplir une capsule de café F. _____ avec le café contenu dans une autre capsule de café F. _____: il est en effet apparu que la quantité de café débordant était légèrement moindre que celle qui a été observée lors du même exercice avec la capsule prototype. Cela rend vraisemblable que le procédé de tassage est un critère essentiel pour déterminer la quantité de café que peut contenir une capsule. Or, au stade de la vraisemblance, on ne peut affirmer que les prototypes proposés par les requérantes peuvent contenir suffisamment de café afin d'extraire un produit de qualité. Il est vrai que dans une procédure visant à l'octroi de mesures provisionnelles, l'intimé doit simplement rendre vraisemblable que la marque est nulle ou le brevet invalide, mais lorsqu'est en jeu comme élément central du litige un fait technique âprement disputé entre les parties, le juge ne peut, sans verser dans l'arbitraire, se fonder sur sa seule appréciation de ce caractère technique, lorsqu'il ne possède pas lui-même les connaissances techniques spécialisées. Dans ce cas, il doit avoir recours à un expert judiciaire indépendant (ATF 132 III 83 c. 3.5, JT 2006 I 334). Par conséquent, les explications sur les caractéristiques du brevet antérieur ne permettent pas de retenir à ce stade que la forme de la marque serait techniquement nécessaire et de détruire la vraisemblance acquise par l'inscription au registre des marques. Au surplus, le sondage de l'[...] du mois de mai 2010 aboutit à la conclusion qu'une proportion importante de 73% de la population en Suisse attribue aux requérantes les capsules revêtant la forme de la marque P-4[...]. En outre, Nestlé Nespresso SA est le plus important distributeur de café en portions individuelles en Suisse; ces capsules font l'objet d'une publicité soutenue pour des dépenses de plusieurs millions de francs par année, la forme de la capsule apparaissant sur la plupart du matériel publicitaire. Les requérantes rendent donc vraisemblable à ce stade que leur marque s'est imposée en Suisse (ATF 131 III 121 c. 6, rés. in JT 2005 I 426 et les références citées).

- 47 - Par conséquent, les requérantes rendent vraisemblable leur droit à la marque. V.a) En application de l'art. 13 LPM, le droit à la marque confère au titulaire le droit exclusif de faire usage de la marque pour distinguer les produits ou les services enregistrés et d'en

disposer (al. 1). Il peut interdire à des tiers l'usage des signes dont la protection est exclue en vertu de l'art. 3 al. 1 LPM (al. 2). A teneur de cette dernière disposition, sont ainsi exclus de la protection les signes identiques à une marque antérieure et destinés à des produits ou services identiques (let. a), les signes identiques à une marque antérieure et destinés à des produits ou services similaires, lorsqu'il en résulte un risque de confusion (let. b), et les signes similaires à une marque antérieure et destinés à des produits ou services identiques ou similaires, lorsqu'il en résulte un risque de confusion (let. c). Par marques antérieures, on entend notamment les marques déposées et enregistrées qui donnent naissance à un droit de priorité au sens des art. 6 à 8 LPM (art. 3 al. 2 let. a LPM). D'après la jurisprudence, la notion de risque de confusion est identique dans l'ensemble du droit des biens immatériels (ATF 127 III 160 c. 2a, JT 2001 I 345; ATF 126 III 239 c. 3a, JT 2000 I 543; RSPI 1995, p. 139 c. 3). Le risque de confusion signifie qu'un signe distinctif, à considérer le domaine de protection que lui confère le droit des raisons de commerce, le droit au nom, le droit des marques ou le droit de la concurrence, est mis en danger par des signes identiques ou semblables dans sa fonction d'individualisation de personnes ou d'objets déterminés (ATF 131 III 572 c. 3, rés. in JT 2006 I 365; ATF 128 III 146 c. 2a, JT 2002 I 495; ATF 127 III 160 c. 2a, JT 2001 I 345). Le risque de confusion peut englober également les cas dans lesquels la réputation d'autrui est indûment exploitée par la création d'un risque de confusion (TF 4A_103/2008 c. 6 du 7 juillet 2008). Ainsi des personnes qui ne sont pas titulaires du droit exclusif à l'usage d'un signe peuvent provoquer, en utilisant des signes identiques ou semblables à celui-ci, des méprises en ce sens que les destinataires vont

- 48 - tenir les personnes ou les objets distingués par de tels signes pour ceux qui sont individualisés par le signe protégé en droit de la propriété intellectuelle (confusion dite directe). La confusion peut également résider dans le fait que, dans le même cas de figure, les destinataires parviennent certes à distinguer les signes, par exemple les raisons sociales, mais sont fondés à croire qu'il y a des liens juridiques ou économiques entre l'utilisateur de la raison et le titulaire de la raison valablement enregistrée (confusion dite indirecte) (ATF 131 III 572 c. 3, rés. in JT 2006 I 365; ATF 128 III 146 c. 2a, JT 2002 I 495; ATF 127 III 160 c. 2a, JT 2001 I 345; Cherpillod, op. cit., p. 108). La jurisprudence retient un risque de confusion au sens de l'art. 3 al. 1 let. c LPM dès que l'on peut craindre que les milieux intéressés se trouvent induits en erreur à cause de la similitude des marques et attribuent les produits qui portent l'une ou l'autre des marques au faux producteur ou lorsque le public distingue les marques mais, du fait de leur similitude, présumera des relations en réalité inexistantes (ATF 128 III 96 c. 2a, JT 2002 I 491; ATF 122 III 382 c. 1, JT 1997 I 231 et les références citées). Les différences minimales que l'on peut observer qui ne restent pas gravées dans la mémoire des consommateurs ne suffisent pas à écarter le risque de confusion (sic! 1999 p. 646 c. 4c). En revanche, même lorsqu'il s'agit de marchandises quasi identiques, la simple possibilité éloignée d'une confusion ne crée pas encore un risque de confusion au sens de l'art. 3 al. 1 let. c LPM. Il ne peut en être question que s'il est probable que le public confonde les marques (ATF 121 III 377 c. 2a, JT 1996 I 232; ATF 119 II 473 c. 2, JT 1994 I 358). La question de savoir si deux marques se distinguent suffisamment l'une de l'autre s'apprécie au regard de l'impression d'ensemble qu'elles laissent auprès du public intéressé par le produit ou le service concerné (ATF 128 III 441 c. 3.1, JT 2002 I 498; sic! 2002 p. 605 c. 7.2). Pour voir si une forme d'utilisation diffère de celle qui est enregistrée par des éléments essentiels ou non, il faut se demander si les milieux intéressés y voient toujours le même signe, et s'ils n'attachent pas d'effet distinctif propre aux éléments modifiés, ajoutés ou omis (Cherpillod, op.

- 49 - cit., pp. 189-190). Il y a lieu de se fonder sur le degré d'attention que l'on peut attendre des clients concernés. Ainsi, en cas de produits ou services destinés à une clientèle spécialisée, on peut attendre de celle-ci qu'elle examine de plus près les signes distinctifs et soit attentive à des différences relativement faibles (sic! 1997 p. 488; ATF 122 III 382 c. 3a, JT 1997 I 231; ATF 92 II 270, JT 1967 I 614). Le fait qu'il s'agisse de produits de consommation courante, tels des denrées alimentaires, est une circonstance propre à accroître le risque de confusion, car il y a lieu de s'attendre à une attention moindre et à une faculté de différenciation plus modeste qu'en présence de produits spéciaux, dont le marché demeure limité à un cercle plus ou moins fermé de spécialistes (ATF 126 III 315 c. 6b/bb; ATF 122 III 382 c. 3a, JT 1997 I 231; Cherpillod, op. cit., p. 119). En outre, le plus souvent, le consommateur n'a pas les deux signes devant lui en même temps. Le signe directement perçu est bien plutôt confronté avec le souvenir plus ou moins diffus de l'autre signe, dont il avait pris connaissance précédemment. Lors de la comparaison des marques, il convient dès lors de s'en tenir aux éléments propres à rester gravés dans une mémoire moyennement constituée. La capacité de mémoriser les marques et de les distinguer sera influencée entre autres par les circonstances dans lesquelles se déroule d'ordinaire le commerce des marchandises en cause (ATF 121 III 377 c. 2a, JT 1996 I 232; Cherpillod, op. cit., pp. 110-111). Le risque de confusion doit être jugé de manière plus stricte lorsque l'entreprise première inscrite jouit d'une notoriété importante (ATF 127 III 160 c. 2b, JT 2001 I 345; ATF 122 III 382 c. 5b, JT 1997 I 231). La protection de la marque dépend donc de sa force distinctive. Les marques fortes résultent d'un acte créatif ou d'un patient travail pour se constituer un marché. Elles méritent donc un périmètre de protection plus étendu contre les signes similaires. Il faut en particulier tenir compte du fait que les marques munies d'un fort pouvoir distinctif imprègnent fortement la mémoire. Des associations d'idées erronées s'en trouvent favorisées, car une identité même partielle d'un autre signe avec la marque antérieure suffit à susciter une association d'idées chez le consommateur (sic! 2002 p. 756; ATF 122 III 382 c. 2a, JT 1997 I 231). Les marques imposées

- 50 - jouissent à cet égard d'une protection étendue (ATF 128 III 441 c. 3.3, JT 2002 I 498; ATF 122 III 382 c. 2a, JT 1997 I 231). Le risque de confusion doit également être jugé plus strictement lorsqu'il s'agit de deux entreprises qui se trouvent en concurrence ou sont actives dans la même branche (sic! 2003 p. 142 c. 1; ATF 121 III 377 c. 2a, JT 1996 I 232). En effet, plus les produits sont proches, plus le risque de confusion s'accroît et plus la marque postérieure devra se distinguer de la marque antérieure pour bannir le risque. L'appréciation est encore plus rigoureuse lorsque les deux sortes de produits sont identiques (ATF 126 III 315 c. 6b/bb; ATF 122 III 382 c. 3a, JT 1997 I 231). Le but de l'entreprise inscrite au registre du commerce n'est pas déterminant pour décider si les produits ou services d'une société sont identiques ou similaires à ceux d'une autre société et s'il existe un risque de confusion entre eux. Pour trancher ces questions, il faut s'en tenir à des critères concrets, tels que l'activité effectivement déployée et les produits ou services effectivement produits par la société en cause (sic! 1997 p. 488 c. 5b précité). b) En l'espèce, les capsules litigieuses ont aussi une forme légèrement tronconique, avec une collerette à la base et un sommet de cône aplati. D'une manière générale cependant, le dôme de la capsule F._____ a un angle plus abrupt et semble ainsi plus proéminent que celui des capsules litigieuses. En outre, le sommet aplati du cône est bien plus grand sur les capsules litigieuses que sur les capsules F._____. Il s'agit là toutefois d'une impression générale qui ne suffit pas à elle seule à établir ou exclure un risque de confusion. Contrairement à la cause qui opposait les requérantes aux sociétés [...] et [...] par-devant le juge de céans, les

requérantes n'ont pas produit dans le cas d'espèce un sondage d'opinion qui viendrait établir un potentiel risque de confusion entre les capsules litigieuses et celles qui font l'objet de la marque P-4[...]. Leur argumentation selon laquelle il existerait une possibilité non négligeable que les capsules litigieuses puissent être confondues avec les capsules F._____ n'est dès lors pas

- 51 - soutenue par cet élément probant fort, de sorte que les requérantes ne rendent pas vraisemblable que le public confondrait les capsules. Sous cet aspect-là, le risque de confusion n'est pas rendu vraisemblable. Les intimées soutiennent qu'il n'y aurait pas de risque de confusion en l'espèce car le consommateur n'achète pas une capsule, mais un emballage dans lequel se trouve des sachets fraîcheur qui contiennent eux-mêmes les capsules litigieuses. Elles invoquent ainsi la jurisprudence selon laquelle la capacité de mémoriser les marques et de les distinguer est influencée par les circonstances dans lesquelles se déroule d'ordinaire le commerce des marchandises en cause (ATF 121 III 377 c. 2a, JT 1996 I 232; Cherpillod, op. cit., pp. 110-111). Il est constant que c'est bien au moment de l'achat du produit en question que le consommateur est confronté à un risque de confusion. Or, les requérantes commercialisent leurs capsules F._____ dans des emballages qui n'ont pas la même forme que ceux que les intimées offrent de mettre dans le commerce. En effet, les capsules litigieuses sont vendues dans des emballages en carton fin, qui n'ont pas du tout la même forme que ceux dans lesquels les requérantes vendent leurs capsules. En outre, le logo M._____ figure sur cet emballage sur cinq de ses faces, alors qu'il en comporte six (cf. ch. 4.a et 8.a ci-dessus). Sous l'angle de l'emballage visible pour le consommateur au moment de son achat, le risque de confusion paraît ainsi pouvoir être écarté. En outre, les capsules F._____, du fait qu'elles sont en aluminium, et donc étanches, ne sont pas contenues dans des sachets fraîcheur, mais se retrouvent immédiatement dans les mains du consommateur une fois l'emballage en carton ouvert. Or, ce n'est justement pas le cas des capsules M._____ qui sont commercialisées dans des sachets fraîcheur, eux-mêmes contenus dans l'emballage en carton fin; ce n'est qu'une fois l'emballage en carton et le sachet fraîcheur ouverts que le consommateur tient dans sa main la capsule litigieuse. Une fois ces étapes franchies, le consommateur ne semble ainsi plus pouvoir confondre les capsules litigieuses avec les capsules F._____: non seulement l'emballage en carton était différent – comme on vient de le

- 52 - voir – mais le sachet fraîcheur se distingue clairement de la présentation "nue" de la capsule F._____ en aluminium (cf. ch. 4.a et 8.a ci-dessus). Ainsi, si l'on considère la manière dont sont commercialisées et consommées les capsules en cause, force est de constater que le risque de confusion apparaît, au stade de la vraisemblance, très ténu voire inexistant. En outre, un examen détaillé de la capsule M._____ permet de constater d'emblée que celle-ci est transparente, de sorte que l'on voit le café qui se trouve à l'intérieur, contrairement aux capsules F._____, qui sont en aluminium coloré. Même si le logo M._____ incisé sur les capsules litigieuses n'apparaît pas aussi nettement sur le spécimen versé au dossier que sur les photos insérées par les intimées dans leurs écritures, il s'agit tout de même d'une différence importante par rapport à l'aspect général de la capsule: en effet, non seulement l'œil du consommateur est attiré par les quatre logos incisés sur le pourtour de la capsule litigieuse, mais il peut en outre ressentir, au toucher, que le logo est légèrement rugueux et saillant. Là encore, ces caractéristiques ne se retrouvent pas sur les capsules à café F._____, qui sont parfaitement lisses et ne comportent aucun logo. La marque P-4[...] ne mentionne d'ailleurs ni l'existence d'un signe écrit sur le pourtour de la

capsule, ni la présence d'une aspérité en relation avec un logo. La capsule litigieuse présente en outre une fente circulaire profonde à son sommet qui – comme l'ont expliqué les parties à l'audience de ce jour – permet de loger le trident perceur des machines à café F._____ sans endommager la capsule M._____. Enfin, le couvercle fermé par la collerette à la base de la capsule litigieuse n'est pas en aluminium brillant et lisse, comme c'est le cas de la capsule F._____, mais en plastique transparent, couverts de neuf picots et d'autant de renforcements carrés. Il s'agit là d'éléments visuels forts qui se distinguent considérablement de la capsule F._____ (cf. ch. 4.a et 8.a ci-dessus). Au vu de ces éléments, il apparaît que le mode de commercialisation des capsules M._____ se distingue de celui des capsules F._____, en ce sens que la méthode d'emballage de ces deux

- 53 - types de capsules est différent. Ce n'est en outre qu'une fois que le consommateur a ouvert l'emballage en carton fin, puis le sachet fraîcheur, qu'il tient dans sa main la capsule litigieuse dont on peut aisément supposer que la consommation en sera immédiate. Les capsules F._____ sont en revanche immédiatement dans la main du consommateur et peuvent être conservées de la sorte sans risque de perte de qualité. Enfin, une fois la capsule M._____ en main, il n'apparaît pas, au stade de la vraisemblance, qu'elle puisse créer un risque de confusion pour le consommateur, averti ou non, avec les capsules F._____. Au vu de ce qui précède, les requérantes ne rendent ainsi pas vraisemblable le risque de confusion entre les capsules M._____ et la marque P-4[...] dont elles sont titulaires.

VI.a) Les requérantes soutiennent également que le comportement des intimées tomberait sous le coup de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (ci-après: LCD; RS 241). En optant délibérément pour une forme de capsule presque identique, les intimées chercheraient à profiter de la réputation attachée aux capsules Nespresso. Selon les requérantes, si tel n'avait pas été le but des intimées, celles-ci auraient alors conçu des capsules compatibles avec les machines Nespresso tout en choisissant une des formes alternatives de capsules ne prêtant pas à confusion avec les capsules Nespresso. Les intimées soutiennent en revanche que leurs capsules se distinguent suffisamment de celles des requérantes, en ce sens qu'elles sont transparentes, qu'elles sont en plastique, qu'un logo y est incisé quatre fois, ce qui le rend rugueux, qu'elles comportent une importante fente circulaire au sommet du cône et que le couvercle à la base de leur capsule est pourvu de neuf picots et d'autant de renforcements. Les intimées prétendent avoir pris toutes les précautions nécessaires pour éviter tout risque de confusion en indiquant les termes M._____ de façon claire sur les emballages en carton fin, sur les sachets fraîcheur et sur les capsules elles-mêmes, ce qui démontrerait leur bonne foi.

- 54 - b) Le droit de la concurrence ne remplit pas le même but que les droits de la propriété intellectuelle. Il tend à garantir un fonctionnement correct de la libre concurrence entre les différents acteurs présents sur le marché, ce fonctionnement étant perturbé lorsque l'un d'entre eux adopte un comportement déloyal (ATF 117 II 199 c. 2, JT 1992 I 376). La LPM ne constitue pas une *lex specialis* par rapport à la LCD, de telle sorte que l'on ne peut pas en déduire que la première devrait prévaloir sur la seconde (sic! 2009 p. 431 c. III; Brauchbar Birkhauser, Stämpfli Handkommentar UWG, Introduction n. 43). Il n'y a en effet pas de hiérarchie entre ces normes, qui s'appliquent de manière cumulative en considération des objectifs différents qu'elles poursuivent. Les dispositions de la LCD ont en effet pour but de garantir une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée, dans l'intérêt de toutes les parties concernées (art. 1 LCD); le droit des marques tend pour sa part à protéger un signe qui

distingue un produit ou un service de sa copie ou de son imitation (ATF 129 III 353 c. 3.3, JT 2003 I 382; ATF 127 III 33 c. 3a, JT 2001 I 340 et les références citées; Cherpillod, Propriété intellectuelle : nouveautés et curiosités in publication CEDIDAC n° 36, 2003, p. 6). Le Tribunal fédéral a ainsi admis que l'utilisateur antérieur d'une marque pouvait non seulement invoquer son droit d'employer le signe à l'avenir dans la même mesure que par le passé, mais également requérir une interdiction de toute atteinte à son encontre fondée sur la LCD, si le titulaire utilise sa marque de manière déloyale (ATF 129 III 353 c. 3.4, JT 2003 I 382). La LCD fournit d'abord une définition générale du comportement déloyal et illicite : aux termes de l'art. 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. Puis la loi dresse, à ses articles 3 à 8, une liste exemplative de cas de concurrence déloyale. Il n'est plus nécessaire de faire appel à la clause générale de l'art. 2 LCD si le comportement reproché tombe sous le coup de l'une des dispositions spéciales précitées, pour autant qu'il ait une influence réelle sur la concurrence (ATF 132 III 414 c. 3.1, rés. in JT 2006 I

- 55 - 359). Pour que l'on soit en présence d'une violation des règles relatives à la concurrence déloyale, il faut que le concurrent utilise une prestation d'autrui d'une manière qui ne soit pas conciliable avec les règles de la bonne foi. Il faut qu'à l'imitation s'ajoutent encore d'autres circonstances faisant apparaître le comportement de l'imitateur comme étant déloyal. Il ne suffit pas que les marchandises puissent être confondues ensuite de l'imitation. La liberté de copie ne justifie en revanche pas que le consommateur soit induit en erreur de manière évitable sur la provenance de la marchandise ou que l'imitateur exploite de façon parasitaire la bonne réputation du produit du concurrent (ATF 116 II 471 c. 3, JT 1991 I 594). Peu importe le but poursuivi par le défendeur lorsqu'il a choisi la marque ou sa raison sociale : la concurrence déloyale ne suppose ni mauvaise foi ni faute, mais simplement un acte objectivement contraire aux règles de la bonne foi en affaires (ATF 109 II 483 c. 5, JT 1984 I 295). Selon l'art. 3 let. d LCD, agit de façon déloyale celui qui prend des mesures qui sont de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les œuvres, les prestations ou les affaires d'autrui. La LCD ne s'oppose à la reprise de prestations d'autrui ou à leur copie qu'en présence de circonstances particulières conduisant à admettre un comportement déloyal. Tel est notamment le cas lorsque l'imitateur a recouru à un comportement incorrect ou astucieux pour parvenir à ses fins, lorsqu'il cherche de façon systématique ou raffinée à tirer profit de la bonne réputation d'un concurrent ou exploite cette renommée de façon parasitaire, lorsqu'il imite la forme d'une marchandise dépourvue de force distinctive alors qu'il aurait pu lui donner une autre forme sans modification de la construction technique et sans que cela ne porte atteinte à la destination du produit (sic! 2009 p. 431 c. IV/d; ATF 131 III 384 c. 5.1, JT 2005 I 434). Dans la mesure où aucune prétention du droit des brevets, du droit d'auteur ou du droit des modèles ne s'y oppose, l'imitation des produits d'un tiers est en principe admise (ATF 131 III 384 c. 5.1, JT 2005 I 434; ATF 116 II 471 c. 3a/aa, JT 1991 I 594). Le principe de la liberté de copie ne justifie cependant pas que le consommateur soit induit en erreur de manière évitable sur la provenance d'une marchandise ou que l'imitateur exploite de façon parasitaire la bonne renommée d'autrui;

- 56 - l'imitateur doit prendre, dans les limites raisonnables, les mesures propres à écarter ou à diminuer le risque de confusion du public sur la provenance des produits (ATF 116 II 471 c. 3, JT 1991 I 594). Le risque de confusion consiste dans le fait que la marchandise d'un concurrent peut être tenue pour le produit d'une autre entreprise déjà existant sur le marché,

à cause de son apparence extérieure. Il n'est pas nécessaire que la confusion soit relative aux marchandises; il suffit qu'elle ait pour objet l'entreprise en tant que telle. Peut donc être constitutif de concurrence déloyale le fait de susciter un risque de confusion, même indirect, par lequel le public aurait l'impression que les marchandises dont les signes distinctifs ou la présentation prêtent à confusion proviennent d'entreprises étroitement liées entre elles. La création d'un danger de confusion n'est cependant pertinente en matière de concurrence déloyale que si la forme contrefaite possède une certaine force distinctive, par laquelle elle est comprise comme une indication de provenance par le public, que ce soit par son originalité ou son utilisation (ATF 135 III 446 c. 6.1 et 6.2, JT 2010 I 665; ATF 116 II 365 c. 3a, JT 1991 I 613) Plus les produits sont proches, plus le risque de confusion s'accroît et plus la marque postérieure devra se distinguer de la marque antérieure pour bannir le risque. Un critère spécialement rigoureux sera appliqué lorsque les deux sortes de produits sont identiques. Pour les articles de masse d'usage quotidien, il faut compter avec une attention et un pouvoir de discernement des consommateurs plus réduits que pour les produits spécialisés, dont les acheteurs se recrutent dans un cercle plus ou moins fermé de professionnels (ATF 135 III 446 c. 6.2, JT 2010 I 665; ATF 122 III 382 c. 3a, JT 1997 I 231). Le danger de confusion entre des produits semblables s'évalue sur la base de la présentation concrète des marchandises en fonction de l'ensemble des circonstances qui constituent l'empreinte individuelle des produits en cause pour l'attention portée par un acheteur moyen. L'impression que produit la forme dans son apparence globale pour la clientèle est déterminante. Il n'est ainsi pas admissible de fractionner les signes et éléments et de les analyser isolément (ATF 135 III 446 précité c. 6.2, JT 2010 I 665).

- 57 - Dans un arrêt du 26 mai 2009 (ATF 135 III 446 précité c. 7.1, JT 2010 I 665), le Tribunal fédéral a jugé que les comportements par lesquels un concurrent se rapproche sans nécessité de la prestation d'autrui ou en exploite la renommée sont déloyaux indépendamment du risque éventuel de confusion. Il suffit pour ce faire qu'un signe similaire à celui d'autrui se trouve utilisé d'une manière telle que ceci ne puisse être compris autrement que comme une concurrence parasitaire et qu'il suscite auprès du public une association d'idées avec la marque ou le produit d'autrui. Il en va également ainsi, selon la jurisprudence, lorsque le rapprochement avec une marque antérieure constitue sans aucune ambiguïté un message dont la signification sera "produit de remplacement pour..." ou "aussi bon que..." (voir aussi ATF 126 III 315 c. 6b/aa sous l'angle de l'art. 3 let. d LCD et sic! 2007 p. 374 c. 3.1; Marbach, Markenrecht, op. cit., n° 971). Un comportement analogue peut tomber sous le coup de l'art. 3 let. e LCD proscrivant le comportement de celui qui compare, de façon inexacte, fallacieuse, inutilement blessante ou parasitaire sa personne, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations et ses prix avec celles ou ceux d'un concurrent ou qui, par de telles comparaisons, avantage des tiers par rapport à leurs concurrents (ATF 135 III 446 c. 7.1, JT 2010 I 665; sic! 2008 p. 461). Cette comparaison peut également intervenir au moyen de méthodes publicitaires et de marketing qui se rapprochent de l'emballage des produits du concurrent; elle n'a pas besoin d'être explicite (ibid.; TF 4A_103/2008 c. 6 du 7 juillet 2008). b) En l'espèce, comme cela a déjà été relevé, les requérantes n'ont pas produit à l'appui de leur requête un sondage d'opinion tendant à démontrer que la majorité du public attribue les capsules litigieuses par erreur aux capsules F._____. Il faut donc se livrer à un examen fondé sur la vraisemblance du risque de confusion prétendument créé par la commercialisation des capsules litigieuses. Il est constant que les capsules F._____ et les capsules M._____ visent le marché des capsules de café et, par conséquent, les consommateurs de café en dosettes. Le cercle des

consommateurs potentiels est dès lors le même. Cela ne suffit cependant pas à rendre

- 58 - vraisemblable que le consommateur serait induit en erreur uniquement parce que d'autres capsules de café sont en vente dans le commerce. A ce jour, les requérantes allèguent d'ailleurs elles-mêmes que d'autres capsules de café compatibles avec leurs machines à café sont en vente et que, en outre, les emballages de celles-ci mentionnent qu'elles fonctionnent avec le système des machines à café F._____. Force est dès lors de constater que la simple similitude du cercle de consommateurs visé n'est pas un critère pertinent. Le danger de confusion entre ces capsules s'évalue notamment sur la base de la présentation concrète des marchandises en fonction de l'ensemble des circonstances qui constituent l'empreinte individuelle de ces capsules pour l'attention portée par un acheteur de café moyen. L'impression que produit la forme dans son apparence globale pour la clientèle étant déterminante, il ne faut ainsi pas fractionner les signes et éléments et les analyser isolément. Or, ce que l'acheteur moyen de capsules de café voit, sur les étagères d'un commerce ou sur une publicité, c'est l'emballage du produit. On l'a vu, l'emballage des capsules litigieuses se distingue fondamentalement de celui des capsules F._____. En outre, figure sur la face antérieure de ces emballages une image de la capsule litigieuse transparente couchée sur le côté avec, en lumière, le couvercle en plastique à la base de celle-ci, recouvert de neuf picots et d'autant de renforcements. Au premier coup d'œil, il n'apparaît pas que le consommateur moyen puisse confondre ces capsules avec celles de F._____, qui sont lisses, brillantes, colorées et en aluminium. Pourrait être considéré comme un comportement déloyal le fait pour les intimées de se rapprocher sans nécessité du produit des requérantes ou d'exploiter leur renommée, et ce indépendamment du risque éventuel de confusion, dont on a vu qu'il n'apparaissait pas vraisemblable in casu. Il suffit pour ce faire qu'un signe similaire à celui que les requérantes utilisent soit utilisé par les intimées d'une manière telle que ceci ne puisse être compris autrement que comme une concurrence parasitaire et qu'il suscite auprès du public une association d'idées avec le produit des requérantes. Or, aucun sondage n'a été mené

- 59 - dans le cas d'espèce pour étayer la réalité de cette concurrence parasitaire. En outre, on ne voit pas quel signe les intimées utiliseraient pour tirer profit de la renommée des requérantes. Certes, les capsules litigieuses ont également un couvercle à leur base et ont une forme légèrement tronconique. Il existe cependant d'autres capsules de café sur le marché qui se rapprochent de ces caractéristiques. En outre, les capsules litigieuses se distinguent en de nombreux points des capsules F._____ (cf. c. V.c ci-dessus). Enfin, il n'apparaît aucun élément sur l'emballage, les sachets fraîcheur ou les capsules litigieuses elles-mêmes qui pourrait laisser penser qu'elles ont un quelconque rapport avec les capsules des requérantes. Il est d'ailleurs indiqué, sur la face antérieure de l'emballage des capsules litigieuses, que la marque F._____ n'est ni de la propriété des intimées, ni d'aucune entreprise liée à ces dernières. Au stade de la vraisemblance, on ne voit pas en quoi le comportement des intimées serait constitutif d'un acte de concurrence déloyale. Compte tenu de ce résultat, il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir si les intimées exploitent la réputation des requérantes. Au vu de ce qui précède, les requérantes ne rendent ainsi pas vraisemblable qu'il existe un risque de confusion entre leurs capsules et celles litigieuses ou que les intimées tenteraient de parasiter la concurrence de sorte à induire le consommateur en erreur. VII. Comme on l'a vu plus haut, les requérantes ont rendu vraisemblable leur droit à la marque. En revanche, elles n'ont pas rendu vraisemblable qu'elles étaient menacées d'une atteinte à leurs droits. Les capsules M._____ ne

représentent en effet pas, à ce stade, de risque de confusion avec les capsules des requérantes, de sorte que le risque de préjudice difficilement réparable de par la commercialisation des capsules litigieuses n'a pas été rendu vraisemblable, tant sur le plan de la LPM que de la LCD. En outre, il n'a pas non plus été rendu vraisemblable que les intimées tenteraient de mauvaise foi de parasiter la concurrence pour

- 60 - induire le consommateur en erreur. Les conditions pour ordonner les mesures provisionnelles requises ne sont donc pas remplies et les conclusions de la requête du 29 mai 2012 doivent être rejetées. VIII. Les intimées soutiennent que les mesures provisionnelles requises devraient être rejetées pour le motif que les requérantes abuseraient, en les requérant, de leur position dominante sur le marché, invoquant ainsi la LCart. Compte tenu du rejet de la présente requête, il n'est pas nécessaire d'examiner ce point. IX. Les frais judiciaires de la présente ordonnance sont arrêtés à 13'200 fr., soit 12'000 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), 350 fr. à titre d'émolument pour le mémoire préventif (art. 30 TFJC) et 500 fr. à titre de frais de témoins (art. 87 TFJC). Les intimées, qui ont conclu à l'irrecevabilité de la présente requête et, subsidiairement, à ce qu'elle soit transmise au Tribunal de commerce du Canton d'Argovie, succombent sur ces points de procédure. Elles obtiennent en revanche gain de cause en ce sens que les conclusions des requérantes tendant à ce qu'interdiction leur soit faite de commercialiser les capsules M._____ doivent être rejetées. Les requérantes perdent l'essentiel du litige en ce sens que l'interdiction prononcée par voie de mesures superprovisionnelles doit être rapportée. Elles supporteront ainsi une grande partie des frais de justice (art. 106 CPC; Tappy, CPC commenté, n. 35 ad art. 106 CPC). L'autre partie sera mise à la charge des intimées (Tappy, CPC commenté, n. 35 ad art. 106 CPC).

- 61 - Les intimées, qui obtiennent gain de cause sur le principe, ont droit à des dépens réduits d'un quart, arrêtés à 9'450 fr., soit 9'000 fr. à titre de défraiement de leurs conseils (art. 6 du tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010; RSV 270.11.6; ci-après: TDC) et 450 fr. de débours (art. 19 al. 2 TDC), à la charge des requérantes B._____ SA et C._____ SA (art. 95 al. 3 let. a et b CPC). X. 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 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, ZPO-Kommentar, 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; Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Zurich 2010, n. 4 ad art. 239 CPC; contra: Tappy, CPC commenté, nn. 24-25 ad art. 239 CPC, p. 930). La présente ordonnance est dès lors motivée d'office. Par ces motifs, le juge délégué, statuant à huis clos et par voie de mesures provisionnelles : I. rejette la requête de mesures provisionnelles déposée le 29 mai 2012 par les requérantes B._____ SA et C._____ SA. II. rapporte en conséquence l'ordonnance de mesures superprovisionnelles rendue le 29 mai 2012. III. met les frais judiciaires de la procédure provisionnelle, arrêtés à 13'200 fr. (treize mille deux cents francs), à la charge des requérantes B._____ SA et C._____ SA, solidairement entre

- 62 - elles, à raison de 9'900 fr. (neuf mille neuf cents francs), et à la charge des intimées D. _____ SA et E. _____ SA, solidairement entre elles, à raison de 3'300 fr. (trois mille trois cents francs). IV. condamne les requérantes B. _____ SA et C. _____ SA, solidairement entre elles, à verser aux intimées D. _____ SA et E. _____ SA, solidairement entre elles, la somme de 9'450 fr. (neuf mille quatre cent cinquante francs) à titre de dépens. V. rejette toutes autres ou plus amples conclusions. Le juge délégué : Le greffier : P. - Y. Bosshard G. Intignano Du L'ordonnance qui précède, lue et approuvée à huis clos, prend date de ce jour. Elle 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.