

A1 2004-39

I^e COUR D'APPEL

9 mai 2005

La Cour, vu le recours interjeté le 19 mai 2004 par

X, représenté par Me _____,

contre le jugement rendu le 26 avril 2004 par le Tribunal civil de l'arrondissement _____ dans
la cause qui l'oppose à

Y SA, représentée par Me _____;

[concurrency déloyale; art. 5 let. c LCD]

vu les pièces du dossier d'où ressortent les faits suivants :

A. Y SA fabrique des cartes de loto. Elle a commencé à imprimer des séries de 1'200 cartes. Elle est ensuite passée à l'impression de séries de 1'500, 2'100, puis, sur demande d'organiseurs de grands lotos, en particulier____, elle a mis au point une série de 3'000 cartes, en collaboration avec un mathématicien.

B. A la fin de l'année 2001, Y SA a constaté que X imprimait des séries de 3'000 cartes de loto identiques, pour ce qui avait trait aux chiffres, aux combinaisons chiffrées qu'elle avait mises au point; la seule différence consistait dans la mention de l'imprimerie éditrice et les pourtours. Y SA a soupçonné X d'avoir purement et simplement copié ses propres cartes de loto.

C. Sur requêtes de Y SA, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement____ a notamment, par ordonnances de mesures provisionnelles du 11 juillet 2002, puis du 7 octobre 2002, fait interdiction à X de vendre les séries de 3'000 exemplaires de ses cartons de loto.

D. Par mémoire du 7 novembre 2002, Y SA a ouvert action contre X devant le Tribunal civil de l'arrondissement____. Elle conclut à ce qu'interdiction soit faite à celui-ci, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 CP, de fabriquer et de commercialiser les séries de 3'000 exemplaires des cartes de loto réalisées selon le système mathématique qu'elle a mis au point; que la destruction des supports informatiques, fiches et/ou barres d'impression des films d'imprimerie des séries de loto de 3'000 exemplaires ainsi que la destruction desdites séries en stock auprès du défendeur soient ordonnées; que le défendeur soit astreint à lui verser, à titre de réparation du dommage, la somme 4'900 francs ainsi qu'une indemnité fixée ex æquo et bono à 15'000 francs. Les parties ont été entendues et des témoins interrogés en séances des 10 avril et 24 novembre 2003. Par jugement du 26 avril 2004, le tribunal a fait interdiction au défendeur, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 CP, de fabriquer et de commercialiser les séries de 3'000 exemplaires des cartes de loto réalisées selon le système mathématique mis au point par la demanderesse, ordonné la destruction des séries de loto de 3'000 exemplaires saisies par la police de sûreté auprès du défendeur et condamné ce dernier à payer 14'000 francs à la demanderesse.

E. Par mémoire du 19 mai 2004, le défendeur appelle de ce jugement, concluant à sa modification dans le sens du rejet de l'action. Dans sa réponse du 2 septembre 2004, la demanderesse a conclu au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité.

c o n s i d é r a n t

1. Le jugement attaqué ayant été notifié au défendeur le 24 avril 2004, le recours interjeté le 19 mai 2004 l'a été dans le délai légal de trente jours (art. 294 al. 1 CPC).

2. Selon le tribunal, le défendeur a purement et simplement copié les séries de 3'000 cartons de loto de la demanderesse. Le tribunal se fonde sur les preuves suivantes. Il a d'abord constaté que les séries de cartes des deux parties (bordereau demanderesse du 3.6.2002, pces 3 et 4, doss MP 2002-133), sont rigoureusement identiques. Ensuite, le témoin F., mathématicien engagé par la demanderesse pour élaborer les séries de 3'000 exemplaires de cartes de loto, a déclaré lors de la séance du 10 avril 2003 qu'il n'était pas possible que, lors du passage de 2'100 à 3'000 cartes de loto, ces nouvelles cartes soient les mêmes chez deux personnes qui n'ont pas travaillé ensemble; il y a forcément une des deux qui a copié l'autre. Enfin, le témoin M., responsable des lotos pour____, a déclaré qu'il n'avait jamais remis, contrairement aux affirmations du défendeur, une série de cartons de loto de celui-ci à la demanderesse; que lorsqu'il a eu besoin de séries plus élevées, la demanderesse pouvait offrir jusqu'à 3'000 cartons, ce qui n'était pas le cas du défendeur; que par la suite le défendeur l'a informé qu'il pouvait aussi offrir de telles séries; qu'il a reçu de la part du défendeur une disquette qu'il a refusée parce que les chiffres figurant sur les cartons du défendeur étaient les mêmes que ceux qu'on trouvait sur les cartons de la demanderesse (jugement consid. 3b p. 6).

Le défendeur se contente de contester avoir copié les séries de cartes élaborées par la demanderesse (recours p. 5 et 6 i.i), sans tenter de démontrer que l'appréciation des preuves du tribunal serait arbitraire. Sur ce point, son appel est irrecevable (art. 294 al. 2 let. c CPC; Tribunal cantonal *in* RFJ 1999 p. 268).

3. Le tribunal retient ensuite que le défendeur a agi de façon déloyale en copiant le travail de la demanderesse sans dépenses propres et en en tirant profit (jugement consid. 3b p. 6 s.). Pour ce faire, il se fonde d'abord sur le témoignage de F. qui a expliqué en détail comment il avait procédé pour augmenter, sur requête de la demanderesse, le nombre de cartons de loto par série : "J'ai été mandaté par Y SA pour effectuer le contrôle des doublons. Ce n'est pas moi qui ai indiqué quels numéros il fallait mettre sur les cartons. Je me suis limité à les contrôler. J'ai fait des routines, c'est-à-dire des petits programmes informatiques pour effectuer ce contrôle. J'ai mis moi-même au point ce programme. J'ai trouvé des doublons dans les listes de la demanderesse. ... Ce n'est pas mon travail principal. Je fais cela le soir. Pour passer de 2'100 à 3'000 cartes de loto, j'ai fait un programme. Il faut générer des emplacements pour les numéros par rapport aux critères du loto, soit 5 chiffres par ligne au maximum. Il y a aussi une disposition spécifique. Ensuite, il faut générer les numéros en tenant compte de ceux qui sont déjà dehors. C'est ma manière de faire; peut-être qu'il en existe d'autres. Je n'ai pas compté mes heures mais cela m'a pris quelques mois le soir". Le tribunal se base ensuite sur les déclarations du représentant de la demanderesse. Celui-ci a exposé que, pour le passage d'une série de 2'100 cartons à une série de 3'000 cartons, la demanderesse a mandaté un mathématicien qui a mis au point un système informatique de contrôle pour s'assurer qu'il n'y avait pas de cartes à double; que ce mandat lui a coûté 3'500 francs; que l'élaboration des cartons a nécessité deux mois et demi à trois mois de travail, puis le fichier a été confié au mathématicien pour le contrôle; qu'enfin, il faut encore compter un mois pour la composition des cartes. Enfin, le tribunal n'a pas été convaincu par les déclarations du défendeur qui, répondant très vaguement lorsqu'il a été interrogé sur la manière dont il s'était lui-même pris pour augmenter le nombre de cartons par série, affirme que c'est la demanderesse qui a copié ses propres séries (jugement consid. 3b p. 6 s.).

Pour le défendeur, il n'est pas établi que l'élaboration des séries de 3'000 cartons a coûté à la demanderesse un effort intellectuel et matériel correspondant à des investissements importants en temps et en argent (recours p. 6 à 9). Il s'agirait au contraire d'un procédé très facile, à la portée de tout le monde. Il produit à l'appui de cet allégué un rapport de K., diplômé fédéral, d'où il ressortirait que le passage d'une série de 2'100 cartons à une série de 3'000 cartons ne nécessiterait pas plus de 3 heures et 20 minutes de travail. On ne saurait ainsi lui reprocher un acte de concurrence déloyale (recours ch. II, p. 9 à 11).

a) Agit de façon déloyale celui qui reprend grâce à des procédés techniques de reproduction et sans sacrifice correspondant le résultat de travail d'un tiers prêt à être mis sur le marché et l'exploite comme tel (art. 5 let. c LCD). Conformément à sa note marginale, l'art. 5 LCD concerne l'exploitation d'une prestation d'autrui. La jurisprudence entend par prestation le résultat d'un travail, soit le produit d'un effort intellectuel et/ou matériel qui n'est pas protégé en tant que tel en dehors du champ d'application de la législation spéciale sur la protection des biens immatériels (ATF 117 II 199 / JdT 1992 I 376, consid. 2a/ee). En revanche, une simple idée peut être exploitée par un tiers, même si elle est fixée par la suite (ATF 122 III 469 consid. 8b p. 484). L'art. 5 let. c LCD sanctionne une forme de concurrence parasitaire, puisque le copieur tire profit ou s'efforce de tirer profit de réalisations personnelles d'autrui et du renom acquis légitimement par un tiers. La différence d'avec l'imitation servile réside dans l'absence de toute prestation du copieur : celui-ci s'approprie immédiatement et directement la prestation d'autrui grâce à la technique alors que dans l'imitation servile, le copieur doit fournir un certain effort pour façonner ou fabriquer lui-même la prestation concurrente. Trois conditions doivent être réunies pour que l'art. 5 let. c LCD trouve application : a) le résultat du travail d'un tiers prêt à être mis sur le marché, c'est-à-dire susceptible d'être exploité commercialement. Alors que les lois de la propriété intellectuelle ne protègent que la prestation intellectuelle, l'art. 5 let. c LCD n'a pour objet que le résultat matériel d'un travail réalisé par autrui. Il interdit l'utilisation par un concurrent d'un objet matériel corporel (cassettes, livres) ou incorporel (émissions d'ondes) réalisé par autrui; b) la reprise "sans sacrifice correspondant". Il faut que le copieur ne fournisse pas lui-même une prestation valable; c) la reprise au moyen d'un procédé technique de reproduction (F. CHAUDET, Droit suisse des affaires, Bâle 2004, n. 3272 ss; cf. également Tribunal fédéral, arrêt 4C.336/2004 du 4 février 2005, consid. 4).

b) Sous l'empire de la maxime des débats, chaque partie a la charge de contester les faits allégués par sa partie adverse et elle doit le faire dans le temps et selon la forme prévus par la procédure cantonale (art. 130 al. 1-2, 161 CPC). En vertu de l'art. 194 al. 1 CPC, tout fait allégué en justice qui n'y est pas formellement contesté par la partie adverse est considéré comme avoué et, selon l'art. 193 al. 3 CPC, il n'est pas nécessaire d'en administrer la preuve. Une contestation en bloc des allégués de la partie adverse ne suffit donc pas en droit fribourgeois; les allégués décisifs pour le sort du procès doivent être spécialement contestés (Tribunal cantonal *in* RFJ 2000 p. 269 consid. 7a/cc p. 275; Tribunal cantonal fribourgeois *in* Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence (sic !) 1997 p. 488 consid. 7b/aa; cf. également F. HOHL, Procédure civile, T. I, Berne 2001, n. 759; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3e éd., Zurich 1979, p. 168; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zurich 1997, n. 4-4a ad § 113).

En l'occurrence, la demanderesse a allégué que, dans le cadre de son activité, elle s'est spécialisée dans l'impression des cartes de loto selon un système mathématique qu'elle avait mis au point depuis de nombreuses années pour les séries de 1'200 cartons et qui sert de base aux développements ultérieurs. C'est ainsi que peu à peu elle a, sur la base de son système, mis au point des séries de plus en plus élevées, passant de 1'200 cartes à 1'500, 2'100, puis sur demandes des grandes salles de loto, en particulier de la salle de loto de _____, mis au point une série de 3'000 cartes, en collaboration avec F., qui a élaboré un système de contrôle. Le coût de réalisation de cette série de 3'000 exemplaires comprenant les frais de mise au point, soit d'une personne à plein temps pendant trois mois, l'établissement des films, les plaques de composition, le contrôle par F., correspond à un montant de 30'000 francs (demande, allégués 3, 4 et 14, p. 3 et 6).

Le défendeur, déchu du droit de répondre pour n'avoir pas fait l'avance de frais (art. 109 al. 3 CPC), est limité dans ses moyens d'attaque et de défense : il peut conclure au rejet total ou partiel des conclusions prises par le demandeur, contester les faits allégués par celui-ci et invoquer des moyens de preuve à l'appui de ses contestations (cf. Tribunal cantonal *in* RFJ 2000 p. 269 consid. 4a p. 272 s.). En l'espèce, il a conclu au rejet de la demande, au début de la séance du 10 avril 2003 (p.-v. p. 1, doss/26). Dans sa réponse (doss/17), il expose que le jeu de loto a été inventé bien avant Jésus-Christ, soit ni par la demanderesse, ni par lui; que la demanderesse n'a rien inventé, comme l'atteste une lettre de l'Office fédéral de la propriété intellectuelle qu'il produit, et que la plainte déposée antérieurement n'a pas abouti. Ce faisant, le défendeur ne conteste pas spécialement l'existence du travail de la demanderesse nécessaire à l'élaboration des séries de 3'000 cartes de loto. Dès lors qu'il n'a pas été valablement contesté, ce fait doit être considéré comme avoué.

c) Le défendeur peut également, s'il a payé l'avance de frais, introduire à partir de ce moment-là des faits nouveaux dont la production n'était pas possible avant l'échéance du délai de réponse et prendre des conclusions en rapport avec ces derniers (art. 130-131 CPC; Tribunal cantonal *in* RFJ 2000 p. 269 consid. 4a p. 272). En l'occurrence, faute de versement de l'avance requise en première instance, le défendeur ne peut pas produire en appel le rapport K. pour contester l'effort et le travail de la demanderesse. Au demeurant, il ne tente pas d'établir que ce document ne pouvait pas être produit auparavant.

Le recours doit dès lors être rejeté sur ce point.

4. S'agissant du dommage, le tribunal retient que le défendeur n'a pas contesté la marge bénéficiaire de 70 francs par série de 3'000 cartes, qui doit dès lors être admise. Par ailleurs, le défendeur a indiqué dix clients auxquels il a vendu de telles séries. Constatant que celui-ci d'une part n'a pas voulu indiquer combien de séries il avait vendues aux clients en question, d'autre part n'a pas été en mesure de préciser à combien d'autres clients il a vendu ces mêmes séries, le tribunal retient que la demanderesse est dans l'impossibilité de chiffrer exactement son dommage. Le défendeur n'a pas contesté l'allégué de la demanderesse selon lequel il avait vendu 70 séries de 3'000 cartes à _____, ce qui doit par conséquent être considéré comme admis. Compte tenu du nombre de dix clients indiqués par le défendeur, du fait que cette liste n'est pas exhaustive, que le représentant de la demanderesse relève toutefois ne pas connaître d'autres personnes auxquelles le défendeur aurait vendu des séries de 3'000

cartons de loto, du coût de la mise en place de cette série, par 30'000 francs, du manque à gagner de 70 francs par série et du fait que le défendeur n'aurait pas entrepris de copier la série de la demanderesse pour n'en vendre que quelques unités, le tribunal estime le nombre de séries de 3'000 cartes vendues en violation de la loi sur la concurrence déloyale à 200, soit 20 par client reconnu en moyenne, d'où un dommage de 14'000 francs (200 x 70 francs).

Le défendeur soutient n'avoir jamais réalisé un tel bénéfice, qui ne saurait être retenu pour base d'une créance en dommages-intérêts de la demanderesse. Celle-ci n'a pas rapporté la preuve du préjudice subi, ce qui doit conduire au rejet de l'action (recours p. 14).

a) Celui qui, par un acte de concurrence déloyale, subit une atteinte dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts économiques en général ou celui qui en est menacé, peut, conformément au code des obligations, intenter des actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, ainsi qu'exiger la remise du gain selon les dispositions sur la gestion d'affaires (art. 9 al. 3 LCD). Le dommage réside dans la diminution involontaire de la fortune nette. Il peut consister dans une réduction de l'actif, dans une augmentation du passif ou dans un gain manqué; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine et le montant que celui-ci aurait atteint si l'événement dommageable ne s'était pas produit (ATF 120 II 296 consid. 3b). Il incombe au lésé d'établir concrètement le montant de son dommage, conformément à l'art. 42 al. 1 CO (ATF 123 III 241 consid. 3a; 120 II 296 consid. 3b p. 299). Lorsque le montant du dommage ne peut être établi, l'art. 42 al. 2 CO, qui est une règle générale applicable en matière de propriété intellectuelle (K. TROLLER, Manuel du droit suisse des biens immatériels, 2e éd., tome II, p. 1042 et 1043; cf. aussi ATF 115 II 387 consid. 2; 98 II 325 consid. 5c p. 334), ne dispense pas le lésé d'alléguer et d'établir, autant que cela est possible, toutes les circonstances qui font apparaître la survenance du dommage comme une quasi certitude et permettent d'évaluer son importance (ATF 122 III 219 consid. 3a et les références; Tribunal fédéral, arrêt 4C.190/2000 du 10 novembre 2000, consid. 6c).

b) Le tribunal retient à juste titre que le gain de 70 francs par série de 3'000 cartes, allégué par la demanderesse, doit être considéré comme avoué, faute d'avoir été formellement contesté par le défendeur. Compte tenu de ce gain, du nombre d'acheteurs de séries de 3'000 cartes reconnu par le défendeur (10) et du nombre, non contesté, de séries de ce type vendues à _____ (70), l'estimation du préjudice par le tribunal ne prête pas le flanc à la critique. Le défendeur est malvenu de reprocher à la demanderesse de n'avoir pas fourni suffisamment d'indices probants quant à l'existence et à l'étendue de son préjudice, lui qui a refusé d'indiquer le nombre de séries qu'il a vendues à ses clients.

Le recours doit également être rejeté sur ce point.

5. Le recours étant manifestement mal fondé dans la mesure où il est recevable, la Cour statue sans débats (art. 300 al. 3 let. a et b CPC).

6. Les dépens d'appel seront mis à la charge du défendeur qui succombe (art. 111 al. 1 CPC).

a r r ê t e :

I. Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable. Partant, le jugement attaqué est confirmé. Il a la teneur suivante :

- "1. Interdiction est faite à X de fabriquer et de commercialiser les séries de 3'000 exemplaires des cartes de loto réalisées selon le système mathématique mis au point par Y SA.
2. Cette interdiction est faite sous la menace des peines pénales prévues à l'art. 292 CP qui dispose : "Celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents sera puni des arrêts ou de l'amende."
3. La destruction des séries de loto de 3'000 exemplaires saisies par la police de sûreté auprès d'X, est ordonnée.
4. X est condamné à payer à Y SA la somme de 14'000 francs.
5. Les dépens sont mis à la charge d'X.

Les frais judiciaires sont fixés à 1'350 francs (émolument : 1'000 francs; débours : 350 francs). Indépendamment de l'attribution des dépens, ils seront acquittés envers l'Etat par moitié par chaque partie."

II. Les dépens d'appel sont mis à la charge d'X.

III. Les frais judiciaires s'élèvent à 3'110 francs (émolument : 3'000 francs; débours : 110 francs). Indépendamment de l'attribution des dépens, ils seront acquittés par moitié par chaque partie.

IV. Les dépens de Y SA sont fixés, sur la base de la liste de frais de son mandataire, Me _____, au montant de 8'135,80 francs (honoraires : 5'032 francs; correspondance : 300 francs; débours : 156,65 francs; TVA : 417,15 francs; frais judiciaires : 2'230 francs) pour les deux instances.

Fribourg, le 9 mai 2005