

COUR CIVILE

Séance du 21 décembre 2011

Présidence de M. MULLER, président
Juges : Mme Carlsson et M. Bosshard
Greffière : Mme Umulisa Musaby

Cause pendante entre :

X. _____

(Me R. Schlosser)

et

S. _____ SÀRL

(Mes Ch. Piguet et S. Berger)

- Du même jour -

Délibérant à huis clos, la Cour civile considère :

Remarques liminaires :

En cours d'instruction quatorze témoins ont été entendus. Le témoin T._____ est impliqué dans le déroulement des faits de la présente cause et est opposé au demandeur dans un procès parallèle dont il sera question ci-dessous (ch. 1). Compte tenu de ces circonstances, son témoignage ne sera retenu que s'il est corroboré par d'autres éléments de preuve.

La même retenue s'impose à l'égard du témoignage de Q._____. En effet, ce dernier est le frère de l'ex-amie du demandeur; il connaît l'objet du litige et soutient le demandeur financièrement dans ses démarches judiciaires, de sorte qu'il a un intérêt à l'issue de la procédure.

Le témoin G._____ a été directeur et associé-gérant de la défenderesse et de la société C._____Sàrl, depuis la création de ces sociétés jusqu'à sa retraite au mois de juillet 2006. Il a gardé quelques contacts avec les organes de ces sociétés, a vu les écritures des parties et a parlé du litige avec P._____, l'un des directeurs, à la suite de sa convocation pour être entendu en qualité de témoin. Compte tenu de ces circonstances, sa déposition sera retenue dans la même mesure que les témoignages mentionnés ci-dessus.

En fait :

1. Le demandeur X._____, domicilié à [...] en Belgique, a exercé divers types d'activités, notamment dans le domaine de l'animation. Il a en particulier travaillé comme animateur pour la promotion de jeux distribués par la société Hasbro, entreprise qui commercialise entre autres les jeux Scrabble et Monopoly.

La défenderesse S. _____ Sàrl est une société qui a son siège à Vallorbe et qui a notamment pour but des travaux et opérations dans le domaine de l'injection de matières synthétiques. Elle est spécialisée dans la création et l'injection de pièces de précision en plastique. Jusqu'au 17 juillet 2006, les associés gérants de la défenderesse étaient P. _____ et G. _____, ce dernier ayant été remplacé comme gérant à cette date par Z. _____.

P. _____ et G. _____ étaient, par ailleurs, associés-gérants de la société C. _____ Sàrl, active et spécialisée notamment dans le domaine de la mécanique de précision et la fabrication de moules pour injection de thermoplastiques et de thermodurcisseurs. Cette société conçoit et fabrique des moules dans lesquels la défenderesse injecte des matières plastiques.

La défenderesse et C. _____ Sàrl, réunies sur le même site, occupent une quarantaine d'employés et pratiquent une technologie de pointe, notamment dans les domaines de l'industrie médicale et automobile. Il s'agit d'entreprises bénéficiant d'une expérience importante et d'un large personnel qualifié. La défenderesse est capable de créer une pièce très rapidement, par exemple sur la base d'un croquis fourni par le client. Elle dispose notamment de programmes informatiques en trois dimensions qui permettent de réaliser très rapidement une forme. La défenderesse et C. _____ Sàrl sont en mesure, de manière très rapide, de mener l'étude, d'établir les plans et de fabriquer des moules pour la mise au point d'une pièce.

P. _____ et G. _____ font également partie des associés de la société B. _____ Sàrl, dont le but social est : « conseils aux producteurs du marché médical ». Ils n'ont jamais été associés gérants de cette société, qui a aussi son siège à Vallorbe et qui a été fondée en l'an 2000 par T. _____ et R. _____, qui en sont les associés gérants.

Le demandeur est opposé à B. _____ Sàrl et à T. _____ dans le cadre d'une procédure parallèle actuellement pendante devant la cour de céans.

2. **a)** Entre les années 1996 et 1998, le demandeur a mis au point un produit d'abord appelé « xxx », rebaptisé « yyy » en 2003, puis « zzz » en 2004, nom sous lequel il sera en principe désigné dans le présent jugement.

Le « zzz » est constitué d'un ensemble de cubes et d'éléments de connexion indépendants permettant de réaliser des assemblages tridimensionnels. Chaque cube est creux, comprend six ouvertures, soit une ouverture sur chacune de ses faces et est formé de deux demi-cubes assemblés. Les pièces de connexion sont conçues de manière à permettre l'assemblage des cubes les uns aux autres par encliquetage. Le demandeur a en outre conçu une variante de son cube, dans laquelle les angles sont biseautés et comprennent une ouverture supplémentaire, portant le nombre total d'ouvertures à quatorze. Les pièces du jeu étaient présentées emballées dans un sac plastique et accompagnées d'un mode d'emploi détaillé.

b) Le design du zzz a été enregistré auprès de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. A ce titre, le design était protégé notamment en Suisse. La protection a été prolongée jusqu'au 25 avril 2007.

c) Le zzz peut tout d'abord être utilisé comme jeu. Selon un rapport du 14 août 2001 de l'Agence wallonne à l'exportation, si à la base les cubes et les liaisons sont les éléments d'un jeu de construction de style « Lego », ils offrent des possibilités plus grandes d'utilisation car ils permettent de rendre les pièces liées mobiles entre elles.

Le zzz peut aussi servir à des fins pédagogiques, par exemple dans l'enseignement ou la formation professionnelle. Dès le mois d'octobre 2001, le demandeur a animé, au moyen de son xxx, des ateliers

qui ont rencontré un écho très favorable au sein de l'Ecole polytechnique fédérale de Lausanne. Depuis l'année 2002, le demandeur a en particulier utilisé le zzz dans le cadre d'un travail effectué sur mandat de la Fondation de Verdeil avec des élèves de neuf à seize ans connaissant des difficultés d'apprentissage ou souffrant de troubles du comportement et de la personnalité. Selon le directeur de cette Fondation, l'approche du demandeur « a mis en évidence des compétences surprenantes parmi [ces] élèves », et le zzz "a suscité l'intérêt grandissant des enseignants spécialisés". Des observations similaires ont pu être faites à d'autres occasions. Ainsi, le demandeur a donné des cours de développement personnel chez [...], entreprise de formation commerciale, en utilisant le zzz. Ces cours ont été très appréciés. Le demandeur a également donné des conférences dans le domaine du développement personnel à l'Université de Genève en tout cas en 2002. Le jeu du demandeur a encore été utilisé par la Haute Ecole Pédagogique. Durant l'année académique 2002-2003, un travail de diplôme de la Haute école valaisanne a été réalisé sur le xxx. Le site internet consacré à cette étude renvoyait au site du demandeur <http://www.xxx.com>.

Le zzz peut encore être utilisé en tant qu'outil thérapeutique, notamment en ergothérapie, gérontologie, pédopsychiatrie ou logopédie. Il permet aussi de combattre le stress de certains patients. Le zzz peut enfin servir de support de marketing ou publicitaire.

d) Le jeu du demandeur a été commercialisé en Belgique, en France et en Suisse. Selon le plan d'affaires (Business Plan), établi en 2005 par B. _____ Sàrl, dont il sera question plus loin, il était disponible en tout cas dès l'année 1998 en Belgique et en France et dès l'année 2000 en Suisse. Toujours d'après ce document, la vente se faisait sans passer par des distributeurs et le prix du jeu sur le marché était de 100 fr. suisses. Il en était vendu environ cinq cents pièces par année. Selon l'ordonnance de mesures provisionnelles du 19 janvier 2005, dans la cause précitée opposant le demandeur à T. _____ et B. _____ Sàrl, le demandeur avait écoulé à cette date entre mille et mille cinq cents jeux. Le Journal « Médecin » (n° 1374) indique qu'en 2001, ce jeu était disponible dans une

dizaine de magasins en Belgique. En Suisse, il n'est pas établi qu'il ait été vendu dans des magasins ; il a été vendu à des personnes travaillant avec le produit dans le cadre de la formation et des écoles. Lors de l'audience d'appel du 23 février 2006, dans la cause susmentionnée opposant le demandeur à B. _____ Sàrl et T. _____, le témoin G. _____ a déclaré avoir cherché à se procurer un exemplaire du xxx mais n'en avoir trouvé aucun.

e) Le demandeur a présenté son jeu dans plusieurs salons, expositions et autres démonstrations. En 1996, il s'est vu décerner une médaille d'or avec mention par le Jury du 45^{ème} Salon mondial de l'invention, de la recherche et de l'innovation industrielle à Bruxelles. De même, à l'occasion du Salon international de l'invention de Paris 1997, le ministre délégué à la Jeunesse et aux Sports lui a délivré une médaille. En 2001, le demandeur a obtenu, toujours pour son produit, une médaille d'or lors du Salon international des inventions de Genève. Le jeu du demandeur a suscité à plusieurs reprises de l'intérêt chez des personnes contactées.

La presse a également publié plusieurs articles sur le sujet. En particulier, le 30 avril 2002, 24Heures lui a consacré un article mentionnant que le jeu était vendu 100 fr. le sac de pièces. Cet article faisait également de la publicité pour des tournois de xxx à Ouchy les 20 et 21 avril 2002 et invitait des lecteurs à s'y rendre également pour découvrir les « mille et une possibilités qu'offre ce jeu ».

f) Des jeux, du genre de celui mis au point par le demandeur, existaient avant le xxx. Ainsi le jeu « Plasticant Mobilo » (ci-après: Mobilo) existe depuis les années septante. Il s'agit d'un matériel de construction pour enfants permettant de construire des véhicules ou des personnages. Composé de blocs de construction, il est présenté comme un jouet à haute valeur pédagogique et utilisé dans les écoles maternelles. Quant au jeu « Multicubes », vendu chez Vivishop, à Lausanne, depuis en tout cas l'année 2002, il est composé d'éléments cubiques, dont cinq faces sont

creuses et une en relief, qui peuvent ainsi s'emboîter les unes dans les autres.

Un rapport d'Excel Development Group Inc. du 26 novembre 1998 (pièce 44), produit par le demandeur, met en évidence les autres jeux concurrents du produit du demandeur déjà sur le marché et indique que le xxx requiert un élément de différenciation supplémentaire pour renforcer son originalité (page 13). Le rapport de l'Agence wallonne cité plus haut mentionne lui aussi l'existence de jeux concurrents sur le marché américain, connus sous les noms de Googolplex, Zaks et Model 8.

3. a) Au mois de juin 2003, le demandeur a rencontré T._____. Ils ont décidé de collaborer en vue de la production et de la commercialisation du produit du demandeur. C'est à cette occasion que le « xxx » a été rebaptisé « yyy ». Dans le cadre du partenariat envisagé, ils ont prévu que la production et les séminaires seraient confiés au demandeur, alors que T._____ dirigerait en particulier les secteurs de la vente, du marketing et, ad interim, des finances. Il était en outre prévu que le demandeur cédât à B._____Sàrl l'exclusivité des droits de fabrication et de commercialisation du jeu yyy et octroyât à B._____Sàrl une licence portant sur les droits y relatifs. Des démarches ont été entreprises au cours de l'automne 2003 en vue de la réalisation de ce projet. T._____ a réservé le nom de domaine « yyy.com », un business plan a été établi et des investisseurs ont été recherchés.

b) Le demandeur et T._____ ont discuté de la fabrication des cubes. Le 21 janvier 2004, une réunion de travail réunissant ces derniers avec des représentants de la société M._____ s'est tenue à [...] en France. Il était prévu, en effet, que B._____Sàrl mandate M._____ pour le moulage par injection des pièces du yyy. Lors de cette séance qui a duré plusieurs heures, le demandeur a notamment fourni aux personnes présentes des indications détaillées à propos du moulage des pièces du yyy, notamment en relation avec les matières, les dimensions, les impératifs techniques induits par les développements futurs - connexions

par les coins et les côtés -, les injections et les éjections, la qualité, les coûts, les contre-dépouilles et l'option consistant à fabriquer deux connecteurs différents. Ils ont également abordé la question du prix de revient, qui était toutefois encore un peu floue.

c) Au mois de janvier 2004, l'Agefi a consacré un article au jeu yyy et à « son ancêtre » le xxx. L'article précisait que le jeu était disponible à la vente directement via B. _____ Sàrl.

d) A la même époque, le demandeur et B. _____ Sàrl ont décidé de présenter leur projet yyy dans le cadre de l'édition 2004 du « Prix Lausanne Région Entreprendre ». Ils ont déposé un dossier de participation, qui précisait que le yyy était présent depuis plus de deux ans sur quelques marchés et que le demandeur vendait environ cinq cents jeux par an. Dans une première sélection, leur dossier a été retenu avec quatre autres.

e) Au mois de février 2004, les relations entre le demandeur et T. _____ ont connu des difficultés. D'une part, les intéressés ne sont pas parvenus à se mettre d'accord sur les modalités de la poursuite de leur collaboration; d'autre part, ils ont constaté des divergences de vue importantes concernant la réalisation du projet.

Le 17 février 2004, B. _____ Sàrl a annoncé à la direction du Prix Lausanne Région Entreprendre qu'elle renonçait à maintenir sa candidature.

Dans un courriel du 26 février 2004, T. _____, s'exprimant au nom de B. _____ Sàrl, a soumis au demandeur trois propositions pour « recommencer ou terminer durablement [leur] relation ». La première et la seconde propositions consistaient dans le paiement par le demandeur à B. _____ Sàrl d'une certaine somme d'argent lui donnant le droit en particulier de conserver le nom yyy. Selon la troisième proposition, le demandeur accordait à B. _____ Sàrl une licence de production et de distribution exclusive au niveau mondial du produit yyy contre paiement

d'une redevance de 4 % calculée sur le chiffre d'affaires mondial. Le demandeur a décliné ces propositions.

f) Toujours au début de l'année 2004, T. _____ a contacté la défenderesse, par le biais de P. _____ et de G. _____, afin qu'elle réalise des cubes et des attaches. T. _____ n'a remis aucun document ni aucun plan aux organes ou aux employés de la défenderesse. Il n'a pas non plus parlé de sa collaboration avec le demandeur. T. _____ a fait quelques croquis avec G. _____ et H. _____, directeur, respectivement employé de la défenderesse, qui ont servi de base pour développer les pièces requises. C'est de cette manière que la société C. _____ Sàrl a modélisé un polyèdre de quatorze côtés ainsi que des pièces de connexion et réalisé les moules pour l'injection. Les pièces de connexion s'ouvriraient selon un système de « ciseaux ».

Le 2 mars 2004, C. _____ Sàrl, à Vallorbe, a adressé à B. _____ Sàrl, deux offres en vue de la fabrication de deux moules d'injection pour les pièces constitutives d'un jeu appelé "aaa". Le 8 mars suivant, B. _____ Sàrl a passé commande de ces moules. Il n'est pas établi que le demandeur ait été mis au courant de ces tractations.

g) Le 27 mars 2004, B. _____ Sàrl, sous la signature de R. _____ et T. _____, a écrit au demandeur qu'elle renonçait à poursuivre la collaboration envisagée, précisant qu'elle "[quittait] ce projet". L'une des raisons invoquées dans ce courrier était que le demandeur voulait un contrôle total du projet. Elle lui a alors écrit : "Nous pensons donc que tu peux le faire sans B. _____ Sàrl".

f) En raison de l'échec de la collaboration entre le demandeur et B. _____ Sàrl, la commercialisation d'yyy par des réseaux de distribution ne s'est jamais faite.

4. a) Le 1^{er} avril 2004, soit cinq jours après l'envoi de la lettre du 27 mars 2004, T. _____ a déposé deux designs de pièces de jeux auprès de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle. Ces designs

correspondent au jeu que B. _____ Sàrl a commercialisé dans le courant de l'été 2004 sous le nom de aaa. Le 26 avril suivant, T. _____ a déposé la marque internationale aaa.

Le jeu aaa a été vendu dans plusieurs magasins de jouets en Suisse romande, en particulier dans le magasin Davidson à Lausanne. B. _____ Sàrl a également offert son produit à la vente sur un site internet accessible à l'adresse "<http://www.aaa.com>".

Entre le 7 septembre 2004 et le 1^{er} janvier 2005, B. _____ Sàrl a commandé à la défenderesse au total 77'168 pinces carrées, 115'411 pinces rondes, 10'282 cubes verts, 19'526 cubes bleus, 13'050 cubes jaunes et 12'110 cubes rouges.

Lorsque le jeu aaa a fait l'objet d'un article paru dans l'illustré, un proche du demandeur, qui connaissait le jeu xxx, a cru que c'était celui-ci qui était présenté dans l'article.

b) Par lettre de son conseil du 4 novembre 2004, le demandeur a enjoint B. _____ Sàrl de mettre un terme à la commercialisation du jeu aaa. Cette lettre mentionne qu'elle est adressée en copie aux associés de B. _____ Sàrl.

Le 10 janvier 2005, le demandeur a déposé une requête de mesures provisionnelles et préprovisionnelles contre B. _____ Sàrl et T. _____. Le 12 janvier 2005, le Juge instructeur de la Cour civile, statuant par voie de mesures préprovisionnelles, a interdit aux intimés T. _____ et B. _____ Sàrl, ainsi qu'à leurs auxiliaires, sous la menace des sanctions prévues par l'article 292 CP, de fabriquer ou de faire fabriquer, d'importer ou d'exporter, de mettre en vente, de mettre en circulation et/ou de distribuer sous quelque forme que ce soit, en particulier sous la dénomination AAA, tout jeu composé de cubes en trois dimensions, ouverts sur les côtés, et d'éléments de connexion indépendants des cubes, permettant de les relier entre eux par clipage (I); le juge a en outre interdit aux intimés, ainsi qu'à leurs auxiliaires, sous la menace des

sanctions prévues par l'article 292 CP, d'utiliser de quelque manière que ce soit, en particulier sur des emballages, dans la promotion commerciale, les papiers commerciaux, les enveloppes, les étiquettes, les modes d'emploi et/ou tout autre document ou support informatique, notamment sur Internet, tout jeu composé de cubes en trois dimensions, ouverts sur les côtés, et d'éléments de connexion indépendants des cubes, permettant de les relier entre eux par clipage, en particulier sous la dénomination AAA (II). Cette ordonnance a été confirmée par une ordonnance de mesures provisionnelles du 19 janvier 2005.

Au mois de février 2005, le produit aaa figurait sur le site internet précité. Par lettre du 24 février 2005, le conseil du demandeur s'est plaint auprès du conseil des intimés d'une violation de l'ordonnance de mesures provisionnelles s'agissant de la présentation du produit sur ce site. Au mois de novembre 2005, le « yyy » demeurait annoncé sur le site de B. _____ Sàrl, même si, selon l'allégation du demandeur, le lien hypertexte prévu renvoyait à un site inactif.

A la suite de l'ordonnance susmentionnée, les jeux aaa ont été retirés des différents points de vente.

5. a) Vers la fin du mois de janvier 2005, la défenderesse a eu connaissance de l'interdiction prononcée à l'encontre du jeu de T. _____. A la lecture de l'ordonnance de mesures provisionnelles, et après discussion avec T. _____, la défenderesse en a déduit que c'était la pièce de connexion qui posait un problème. Elle a alors mis sur pied un jeu appelé bbb, doté d'un système de connexion différent, qui permettait l'assemblage des éléments par clipsage uniquement. Ce système comprend deux pinces, l'une ronde et rotative et l'autre carrée et fixe, qui ne peuvent pas s'ouvrir et se fermer aux extrémités (système de ciseau). Les pinces sont moulées d'un seul bloc, sans pivot. Elles sont dotées d'un « effet ressort » obtenu au moyen d'un mélange de matériaux plastiques disponibles sur le marché. Ces pinces diffèrent ainsi des éléments de connexion du zzz, qui fonctionnent selon le système du ciseau. Le bbb est en outre composé de polyèdres à assembler présentant quatorze faces,

dont six sont perforées et utilisables pour créer des assemblages. A la différence des éléments du zzz, les polyèdres du jeu bbb ne sont pas des cubes et sont plus gros que ces derniers.

Les pinces susmentionnées ont été conçues par la défenderesse et C. _____ Sàrl. Celle-ci les a par ailleurs dessinées ainsi que les moules nécessaires à leur réalisation. La défenderesse a ensuite effectué ou fait effectuer toutes les recherches concernant les matériaux, les couleurs, l'emballage, les règles et les autres éléments d'un jeu d'assemblage utilisant les éléments de connexion créés, ainsi que sur les normes en matière de sécurité pour un tel produit. Pour la fabrication des polyèdres du jeu bbb, la défenderesse a utilisé le même moule que celui utilisé précédemment pour la fabrication des polyèdres du jeu aaa. L'inventaire de la défenderesse du 1^{er} décembre 2005, produit dans le cadre des mesures provisionnelles dont il est question ci-dessous (ch. 7), mentionne deux sortes de pièces de connexion : celles du jeu aaa (anciennes pinces noires et blanches) et celles du jeu bbb (nouvelles pinces noires et blanches), mais ne fait état que d'une sorte de "cubes", ce qui permet de retenir que les polyèdres des deux jeux sont identiques.

La défenderesse a investi des moyens financiers pour le développement et la commercialisation du jeu bbb. Selon un rapport établi le 15 mai 2006 par [...] à l'intention des associés-gérants de la défenderesse, le total des coûts engagés pour ce produit s'est élevé à 116'330 fr. 09. Le coût de production au niveau mécanique pour la conception du système de connexion s'est monté à 80'600 francs hors TVA.

Le « bbb » se présente sous deux formes de plateaux de jeu : le « bbb Basic » et le « bbb Combi ». Le premier comprend trente-six polyèdres, septante-deux éléments de connexion et un mode d'emploi détaillé. Le « bbb Combi » comprend septante-deux polyèdres, cent vingt-six éléments de connexion ainsi qu'un manuel détaillé. Alors que les pièces du jeu du demandeur sont disponibles dans un sac monochrome, ces deux kits sont présentés dans deux boîtes entourées de plastique

transparent de différentes couleurs. Un dessin coloré figure sur le dessus des boîtes et le manuel. La défenderesse a également créé une mallette « bbb » destinée aux écoles. Celle-ci contient des fiches plastifiées décrivant des exercices précis à réaliser avec le bbb. Le mode d'emploi du bbb présente la défenderesse comme son fabricant et titulaire des droits d'auteur.

Le bbb a son site internet à l'adresse <http://www.bbbgame.com>. Dans la rubrique « présentation du jeu », le bbb est décrit comme ayant plusieurs applications possibles, notamment comme jeu et comme outil de formation.

Le 18 avril 2005, soit une semaine après l'envoi des motifs de l'ordonnance de mesures provisionnelles dans l'affaire divisant le demandeur d'avec B._____Sàrl et T._____, le nom de domaine « bbbgame.com » a été enregistré.

b) La défenderesse a commercialisé le jeu bbb à partir de la fin du mois d'août 2005 et l'a distribué auprès de différents points de vente en Suisse.

Les 2, 3 et 4 septembre 2005, le bbb a été exposé à la Vogue de Carouge.

c) Au mois de novembre 2005, le demandeur a découvert dans un magasin de Nivelles en Belgique le jeu appelé « bbb ». Il a aussi appris que ce jeu était en vente à Lausanne, dans le magasin Davidson. Un ami du demandeur a procédé à un achat test auprès de ce commerçant. Lorsqu'il a demandé à la vendeuse un jeu de cubes, celle-ci lui a spontanément présenté le bbb. Interpellée à propos du jeu aaa, la vendeuse a précisé qu'il s'agissait du même jeu, seul le nom ayant changé.

A la fin de l'année 2005, le demandeur a pris des contacts avec le distributeur belge du jeu bbb, la société J._____Sprl. Dans une

télécopie du 24 novembre 2005, V._____, cogérant de cette société, a décrit au demandeur les circonstances dans lesquelles il avait été amené à distribuer ce produit. Selon ce document, dont la teneur est confirmée par le témoignage de V._____ entendu par voie de commission rogatoire, T._____ a laissé un exemplaire du jeu aaa sur un stand de la Foire du jeu de Nuremberg au mois de février 2005, à l'attention de V._____, avec sa carte de visite. Ce dernier a par la suite fait savoir à T._____ que le jeu aaa lui rappelait le jeu xxx que le demandeur lui avait présenté auparavant. T._____ l'a alors rassuré, en affirmant qu'il n'y avait aucun problème de licence. Après que le nom du jeu eut été changé de aaa en bbb, J._____Spri a passé commande de deux cent soixante pièces. Les pièces livrées ont été facturées par la défenderesse en date du 22 septembre 2005. T._____ a présenté la défenderesse comme son partenaire fabricant.

6. Comme le zzz, le aaa et le bbb comprennent des polyèdres creux, ouverts sur six côtés. Comme ceux du zzz, les polyèdres du jeu aaa et du jeu bbb sont formés de deux demi-cubes assemblés. Comme celles du zzz, les pièces de connexion du jeu aaa et du jeu bbb sont conçues de manière à permettre l'assemblage des polyèdres les uns aux autres. Comme pour le zzz, le aaa et le bbb comprennent deux types de pièces de connexion : des connecteurs mobiles, qui assemblent les cubes de manière à leur permettre de pivoter dans tous les sens et des connecteurs fixes, qui assemblent les cubes sans permettre de rotation.

7. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 21 décembre 2005, le Juge instructeur de la Cour civile a interdit à la défenderesse, ainsi qu'à ses auxiliaires, sous la menace des sanctions prévues par l'article 292 CP, de fabriquer ou de faire fabriquer, de promouvoir, d'importer ou d'exporter, de vendre, de mettre en vente, de mettre en circulation et/ou de distribuer sous quelque forme que ce soit, en particulier sous la dénomination "bbb", tout jeu composé de cubes ou polyèdres, ouverts sur les côtés, et d'éléments de connexion indépendants des cubes ou polyèdres, permettant de relier ceux-ci entre eux par clipage ou encliquetage (I); le juge a en outre interdit à la défenderesse ainsi qu'à

ses auxiliaires, sous la menace des peines prévues à l'article 292 CP, d'utiliser de quelque manière que ce soit, en particulier sur des emballages, dans la promotion commerciale, sur les papiers commerciaux, les enveloppes, les étiquettes, les modes d'emploi et/ou tout autre document ou support informatique, notamment sur Internet, tout jeu composé de cubes ou de polyèdres, ouverts sur les côtés, et d'éléments de connexion indépendants des cubes ou polyèdres, permettant de relier ceux-ci entre eux par clipage ou encliquetage, en particulier sous la dénomination "bbb" (II); le juge instructeur a en conséquence confirmé les chiffres I et II du dispositif de l'ordonnance de mesures préprovisionnelles du 25 novembre 2005 (III); il a en outre ordonné à la défenderesse, sous la menace des peines prévues à l'article 292 CP, de retirer du marché tous les exemplaires du jeu commercialisé sous le nom de "bbb", en particulier auprès des distributeurs, détaillants et autres magasins qui les mettent en vente (IV) et a astreint le demandeur à déposer au greffe de la cour de céans, dans un délai de vingt jours dès la notification du dispositif, des sûretés de 10'000 fr. sous forme de dépôt en espèces ou de garantie bancaire, faute de quoi l'ordonnance de mesures provisionnelles deviendrait caduque (V); il a imparti au demandeur un délai de trente jours dès la notification du dispositif pour faire valoir son droit en justice (VI), a arrêté les frais de la procédure provisionnelle à 5'115 francs pour le demandeur et à 160 fr. pour la défenderesse (VII) et a condamné cette dernière à verser 10'365 fr. au demandeur à titre de dépens de la procédure provisionnelle (VIII).

Le demandeur a déposé en temps utile les sûretés d'un montant de 10'000 fr. pour assurer les dommages-intérêts qui pourraient résulter de cette procédure provisionnelle.

8. A la suite de l'ordonnance de mesures préprovisionnelles du 25 novembre 2005, la défenderesse a dû cesser toute commercialisation du jeu bbb. Ce n'est que lors de l'arrêt sur appel du 19 mai 2006 que l'interdiction a été levée. Le demandeur a toutefois déclaré recourir contre l'arrêt sur appel, requérant un délai à la fin du mois de septembre 2006 pour déposer un mémoire et payer l'avance de frais de recours.

La cessation de toute l'activité en rapport avec le jeu bbb a engendré des pertes pour la défenderesse. Il résulte des factures au dossier (pièce 93) qu'elle a réalisé un chiffre d'affaires de quelque 8'000 fr. entre le début du mois de septembre et le 25 novembre 2005. Elle pouvait compter sur une progression très rapide de ses ventes, notamment durant les mois de novembre et décembre, soit à l'approche de Noël, période propice à la vente de jeux. Il résulte également des témoignages concordants de G._____ et H._____ que la perte sur les ventes qui auraient dues être effectuées durant l'interruption de la production n'est pas inférieure à 20'000 francs. Il n'est en revanche pas établi que la marge bénéficiaire pour un produit tel que le bbb est d'au moins 30 % (all. 253). En effet, les témoignages de G._____ et de N._____, selon lesquels l'allégué de la défenderesse "est sans doute vrai", respectivement "la marge paraît réaliste", ne sont pas probants, puisqu'ils ne résultent pas de constatations de fait directes, mais d'appréciations de ces témoins.

De par l'ouverture de la présente action, la défenderesse a dû engager des frais de défense. L'arrêt sur appel du 19 mai 2006 a condamné le demandeur à payer des dépens à la défenderesse à hauteur de 3'310 fr. pour la procédure de mesures provisionnelles et de 14'200 francs pour la procédure d'appel. Le conseil de la défenderesse a invité à plusieurs reprises le demandeur à payer ces dépens. Ces démarches sont restées vaines.

9. Le demandeur invoque un dommage de 50'000 fr. du fait de la mise en vente du jeu bbb. Il dit avoir été freiné dans la recherche d'investisseurs pour la commercialisation de son produit zzz. Ce dernier allégué qui résulte du seul témoignage de Q._____ ne peut être retenu ; en outre, ce témoin n'a pas dit que le demandeur a essuyé des refus, mais qu'il a été freiné dans l'approche d'investisseurs par le fait qu'il a dû se consacrer à la défense de son produit.

10. En cours d'instruction, une expertise a été confiée à Philippe Addor, à Colombier-sur-Morges, qui a déposé un rapport le 29 août 2008 et un rapport complémentaire le 2 octobre 2009.

a) Interrogé à propos de l'originalité du produit développé par le demandeur, l'expert relève que la forme cubique est utilisée dans divers matériels ludiques pour constructions fixes ou mobiles (Pentamino, Tetris, Rubik's cube, Multicube, Modulo, Matador, etc.), que « le concept de jeu de construction avec des cubes est dans l'air depuis des décennies voire des siècles », que dès lors la forme cubique n'est pas originale comme élément de matériel ludique de construction. L'expert indique que les six faces du zzz sont dites "actives", en ce sens qu'elles comportent chacune un trou qui permet d'introduire un connecteur et ainsi de fixer les cubes les uns aux autres. Il remarque que le jeu "Modulo" comporte aussi des cubes à six faces actives avec des connecteurs indépendants fixes et mobiles et que le jeu "Multicube" a aussi six faces actives, mais que l'une d'entre elles comporte un connecteur fixé au cube. Il ajoute que des pastilles à fixer sur les faces permettent de faire figurer une couleur, un chiffre, un logo, etc. et de réaliser des constructions plus complexes avec un positionnement déterminé de chaque cube. Il relève que selon la notice du "xxx", le système des pastilles est encore artisanal. Toujours à ses dires, cet ajout d'élément sur chaque face d'un cube se retrouve dans divers autres jeux : "Quadro", "Rubik's cube" et "Multicube". L'expert conclut que « l'utilisation des six faces d'un cube pour réaliser des constructions n'est pas un concept original de même que l'utilisation de pastilles».

Toujours selon l'expert, le zzz a deux types de connecteurs : les connecteurs fixes permettant notamment de stabiliser deux ou plusieurs cubes dans un même plan ou dans des plans différents et les connecteurs mobiles permettant d'articuler, de développer la construction dans diverses directions de façon orthogonale ou non, donc avec des possibilités de rotation très nombreuses, le connecteur mobile pouvant faire office d'axe de rotation. L'expert indique encore ce qui suit :

« (...) Selon le demandeur, le « zzz » (...) doit permettre de représenter des concepts mathématiques et géométriques, animer, voire modéliser des réalités biologiques, techniques donc matérialiser, illustrer divers concepts scientifiques.

Le « zzz » permet d'explorer, de construire, d'expérimenter, de créer, de construire des concepts abstraits de dimension, rotation, symétrie, réunion, séparation, comptage, surface, volume, etc. Ce matériel semble donc un outil utile pour des enseignants, des éducateurs, des parents, des scientifiques, des spécialistes comme des physiothérapeutes, logopédistes, etc.

L'apport éducatif et scientifique de ce double système de connexion est clairement énoncé dans les notices et autres documents de présentation du « zzz » (Prix de Lausanne Entreprendre 2004) mais n'a pas été vraiment démontré et argumenté par le demandeur.

(...)

Avec le « Multicube », le connecteur n'est pas indépendant, ce qui est une différence d'avec le « zzz », mais les deux matériels permettent de réaliser des constructions similaires selon des démarches assez semblables. On peut faire l'hypothèse que les explorations et découvertes rendues possibles par le « Multicube » sont aussi structurantes, complexes, créatives et ludiques que celles effectuées avec le « zzz ».

Cette possibilité d'accolement et d'articulation de cubes les uns aux autres n'est pas vraiment originale, elle peut se pratiquer avec de nombreux autres jeux : « Mobilo »; « K'nex »; « Universal building blockx-box » (vers 1900), « Meccano » (1920); « Mobilo homme » (1920); « Matador » (1920), (Santi, F., Wasserfallen, A, 2002); « Polydron »; « Quadro »; « Rubik's cube »; « Fischer technique » (1980), (...).

On ajoutera à cette liste, les nombreux autres jeux de construction en trois dimensions avec des cubes et divers systèmes de connexion qui sont mentionnés dans le rapport de la Société Excel (...) : « 3D builder », « Lazy », « Archi forms » (...) (...)« Googolplex », « Zaks » et « Model 8 ».

Le jeu « Lego technique » a aussi développé une grande gamme de connecteurs-axes dont certains permettent d'articuler des pièces les unes aux autres dans plusieurs directions (Wiencek, H. 1987). Ce jeu propose des charnières qui permettent de faire pivoter des pièces ou des ensembles de pièces les unes par rapport aux autres.

Le jeu de construction « Mobilo » (...), comporte des cubes et des systèmes de connecteurs indépendants des cubes. Il comporte aussi deux types de fixation : fixes et mobiles.

(...)

Les connecteurs indépendants du « xxx » sont certes riches de potentialités mais pourraient être difficiles de manipulation pour des jeunes enfants, des personnes handicapées et des personnes âgées.

Ainsi le connecteur fixe ne résiste guère aux manipulations des utilisateurs un peu brusques.

Dans la notice du « xxx » (...), l'utilisateur est mis en garde de la façon d'introduire le connecteur : « Veuillez à ce que vos connecteurs soient pincés pour les placer dans vos cubes, sinon, vous ne pourrez pas le faire autrement qu'en forçant et en prenant le risque d'abîmer vos pièces!!! ». Ceci présente un inconvénient pour l'utilisateur.

De plus la manipulation de ces cubes montre qu'il convient de bien poser le connecteur sur le dessus du cube car si on le pose horizontalement sur la face verticale, il risque de tomber...

(...)

Il est bien évident que les divers jeux cités ci-dessus et leurs connecteurs ne sont pas identiques au matériel du demandeur mais ils fonctionnent sur des principes semblables pour la manipulation des objets dans l'espace : accollement, séparation, symétrie, miroir, « pavage », puzzles et casse-tête à deux ou trois dimensions, etc. Chacun de ces matériels, cubes et connecteurs, possède sa propre logique de fonctionnement souvent très semblable à celle de ses concurrents. Ils développent des compétences, aptitudes motrices, connaissances spatiales, etc. très semblables.

La réalisation des connecteurs, complexes et ingénieux, selon le brevet du demandeur, montre que la conception de la fixation doit encore être développée donc qu'il faut d'autres plans. Les petits ergots qui retiennent les connecteurs fixes semblent fragiles.

Le produit n'est donc pas encore fiable à ce stade du développement comme ceci est relevé dans la notice d'utilisation, il conviendrait d'améliorer ce système de fixation.

Le concept de fixation par pincage tel qu'il a été prévu et réalisé pour le «xxx» n'est pas vraiment encore approprié à ce matériel ludique pour le rendre opérationnel et adapté pour un outil pédagogique novateur.

L'originalité d'un matériel ludique consiste aussi à posséder des qualités de fonctionnement inédites, éprouvées, nouvelles qui facilitent les manipulations, les expérimentations, les découvertes, les surprises du joueur, etc.

La démonstration de la nouveauté de l'apport pédagogique du «xxx» par rapport à d'autres matériels du même type n'a pas vraiment été apportée.»

L'expert conclut qu'« au regard de leurs qualités intrinsèques, de l'activité ludique qu'ils induisent, ainsi que de l'existence des autres matériels déjà existants », les connecteurs du demandeurs « ne sont pas suffisamment innovateurs pour permettre de dire qu'il y a originalité ».

A dire d'expert, le demandeur « n'a pas vraiment démontré l'originalité de sa démarche pédagogique avec ce matériel ludique ». Toujours selon l'expert, « le xxx a certainement rencontré des succès avec les élèves de la Fondation de Verdeil mais ceci n'est pas une preuve de son originalité. Le produit, dans sa globalité, ne possède pas vraiment de cachet propre, une identité suffisamment forte, des caractéristiques suffisamment innovantes pour être considéré comme original ». Il conclut que « le produit créé par M. X. _____ ne peut pas être considéré comme original ».

Répondant à l'allégué selon lequel le design du jeu aaa et celui du jeu bbb sont très proches de celui du zzz, l'expert mentionne en particulier que les polyèdres des jeux aaa et bbb sont des cuboctaèdres, polyèdres réguliers à quatorze faces, dont huit sont des triangles et six sont des carrés et que les polyèdres du zzz sont proches de la forme géométrique d'un cube bien que les arêtes et les angles aient été fortement arrondis. Selon lui, géométriquement ces deux polyèdres sont donc différents. Si le nombre de trous pour les trois matériels est identique, les trous du zzz sont plus grands que ceux des aaa/bbb; en outre, les trous du jeu aaa et du jeu bbb sont carrés et ceux du jeu zzz ronds. Il ajoute que les trois matériels comportent des connecteurs fixes et mobiles, que la taille des connecteurs du jeu bbb et du jeu aaa est plus grande que celle du zzz, que le design des connecteurs du jeu bbb est différent de celui du zzz et que ceux-là comportent un système de clipsage. Toujours selon l'expert, les designs de l'emballage et de la notice du jeu aaa et du jeu bbb sont différents de celui du jeu zzz. A dire d'expert, « les designs de ces jeux ont certes de nombreux points communs mais ils ont suffisamment de différences pour que l'impression générale qui s'en dégage ne soit pas la même. » En conclusion, il considère que « le design des aaa et bbb ne sont pas très proches de celui du zzz ».

En réponse à l'allégué d'après lequel le concept et le fonctionnement des jeux aaa et bbb sont très proches de ceux du jeu zzz, l'expert indique que le système de construction apparaît, pour les trois

matériels, basé sur le concept d'accolement de formes cubiques, que pour les trois jeux, on retrouve le même concept d'utilisation de six trous avec des faces actives et deux connecteurs fixes et mobiles. Selon lui : le "concept des pièces de raccordement du "aaa" sont très proches de celles du «yyy » avec un système à pinces ou fuseaux pour le « aaa » et de clipsage pour le « bbb » ". Pour l'expert, "ces différences sont techniquement significatives, elles différencient les deux types de connecteurs. Cependant, pour l'utilisateur, elles ne sont guère significatives, si ce n'est que le système par clipsage fonctionne mieux que celui par ciseaux réalisé selon le brevet du demandeur". Du point de vue du fonctionnement, l'expert rappelle que "le fonctionnement du système de raccordement du « zzz » consiste en un système de pinces. Il a déjà été montré que ce fonctionnement n'est pas encore vraiment au point. Pour le « aaa » des améliorations ont été apportées, surtout pour le connecteur fixe. Enfin pour le « bbb » le système est différent puisqu'il s'agit d'un système de clipsage. Techniquement le fonctionnement des connecteurs du « aaa » (**recte**: bbb) est différent de celui du « zzz ». De l'avis de l'expert, "du point de vue de l'utilisateur-joueur, il y a vraisemblablement peu de différence entre le système de clipsage et de pinçage". S'agissant du "fonctionnement des activités", l'expert estime que « pour les trois matériels, les domaines de développement cognitif, affectif, moteur et social pourraient être stimulés, développés de manière semblable. Malgré des différences secondaires, le fonctionnement global des jeux aaa et bbb est très proche de celui du zzz ». Il en tire la conclusion que « le concept et le fonctionnement des jeux aaa et bbb est très proche de celui du jeu zzz. »

Interrogé au sujet de l'allégué affirmant que "comme le aaa, le bbb est très semblable au jeu zzz du demandeur", l'expert considère que « les tâches demandées, les compétences mobilisées, les comportements des joueurs sont (...) très semblables avec les trois matériels ». De même, le fonctionnement de l'attitude ludique, soit des possibilités de confrontations à soi-même ou aux autres joueurs, une grande liberté de choix de construction, une certaine gratuité, le plaisir de combiner et d'agir avec ces matériels pleins de potentialités, etc., est très semblable

pour les trois matériels ». Il indique encore que « l'animation ludique proposée pour des activités ludiques de ces trois matériels sont très semblables. Malgré certaines différences (design, types de connecteurs, etc.) ces matériels, dans leur globalité, peuvent être considérés comme très semblables ». En conclusion, l'expert considère que « comme le aaa, le bbb est très semblable au zzz du demandeur ».

Dans son rapport complémentaire du 2 octobre 2009, l'expert a été invité à réexaminer l'originalité et la nouveauté du jeu du demandeur par rapport aux produits déjà existants sur le marché. Sa réponse est résumée comme il suit :

"Le «zzz» fait partie de cette grande famille de jeux de construction, puzzle, casse-tête à base de cubes.

Comme certains, il possède des connecteurs indépendants qui sont fixes ou mobiles.

Ces connecteurs relient 5 ou 6 faces actives. Certains autres jeux possèdent des connecteurs intégrés au cube. Tous ces matériels, permettent de réaliser des constructions complexes dans l'espace qui comme nous l'avons vu sont assez ressemblantes les unes aux autres.

Tous ces jeux permettent de développer de très nombreuses compétences assez semblables les unes aux autres comme nous l'avons vu.

La spécificité qui fait l'originalité d'un jeu est parfois mince, elle est de l'ordre d'une pièce, d'un concept, d'un type d'emboîtement, d'un ensemble de ces caractéristiques qui font son individualité et son originalité.

Le «zzz» est un très bon matériel, ouvert, polyvalent, bien adapté aux compétences des enfants d'âges différents. Il permet de développer de multiples savoir, savoir-faire, savoir-être chez les enfants. Il est bien adapté au travail et aux jeux en classe.

Cependant, il n'a pas vraiment une identité suffisamment marquée avec une fonctionnalité suffisamment nouvelle et avec des animations suffisamment innovantes pour se distinguer vraiment des autres matériels.

Ceci n'empêche pas M. X. _____ de réaliser avec les enfants de très bonnes animations, de mettre en place des activités ludiques de qualité avec le matériel «zzz». Il maîtrise très bien ce matériel et ceci suite à un long travail de conception, de mise au point, d'essais, d'expériences et d'animations comme nous le verrons dans la troisième question."

b) En deuxième lieu, l'expert a été invité à compléter sa comparaison, toujours sur la question de l'originalité, entre le zzz et le jeu

Multicube, notamment compte tenu de la présence des connecteurs dans le premier. En substance, il apparaît clairement à l'expert que le Multicube, comme le Mobilo, permet des explorations et découvertes aussi structurantes, complexes, que le zzz. Le fonctionnement des deux matériels est différent vu qu'il n'y a pas de connecteur indépendant dans le second, ni de connecteur fixe. L'indépendance du connecteur n'est toutefois pas un élément original pour le zzz, dès lors que le «Mobilo» "a lui aussi un connecteur indépendant et de plus un connecteur fixe et un mobile tout comme le « zzz »". Pour l'expert, le fonctionnement de connexion est finalement assez proche pour les utilisateurs, vu que le joueur presse sur le cube du « Multicube » pour le fixer à un autre cube. Avec le « zzz », il s'agit d'un système de ciseaux avec pression d'un cube, une fois que le connecteur ouvert est engagé entre les deux éléments à assembler. Avec le « Multicube » il s'agit d'une pression d'un cube qui se fixe par clipsage. L'expert conclut toutefois qu'une « affirmation proche de la certitude des potentialités du matériel ne pourra être émise sans qu'une expérimentation approfondie puisse être effectuée ou alors puisse être validée après avoir été effectuée par le créateur du matériel ou d'autres personnes du métier si possible ».

En dernier lieu, l'expert a été invité à mener des investigations supplémentaires pour démontrer les propriétés du produit du demandeur dont il relevait dans son rapport principal qu'elles n'avaient pas été suffisamment démontrées. A ce titre, l'expert a interrogé à titre de renseignement [...], directeur de la Fondation de Verdeil, et a effectué une visite dans une classe d'enseignement spécialisé de cette fondation.

A la suite de sa rencontre avec M. [...], qui s'est déroulée le 6 mars 2009, l'expert relève en substance ce qui suit :

"(...)

M. [...] a beaucoup apprécié le travail de M. X. _____ lors de ses interventions dans le cadre de l'institution de Verdeil.

(...)

Pour lui, un intérêt principal du matériel est dans l'existence des deux types de connecteurs : l'un fixe et l'autre mobile.

Il ne peut, cependant pas se prononcer sur l'apport spécifique et l'originalité de ces deux types de connecteurs bien qu'il puisse bien concevoir qu'ils permettent de réaliser des constructions très diversifiées.

Il ne peut pas se prononcer sur l'apport spécifique du « zzz » en comparaison avec d'autres matériels. Il déclare qu'il « faudrait faire des tests comparatifs avec d'autres matériels, mais que dans le cadre de l'institution, il est difficile de réaliser de telles observations ».

(...)

En conclusion, M. [...] est très positif sur ce matériel et les activités qui l'accompagnent.

M. X. _____ a rencontré un bon accueil auprès des enseignants et des élèves.

M. [...] insiste encore sur les qualités d'animateur et sur la maîtrise de M. X. _____ avec ce matériel."

Le 24 septembre 2009 a eu lieu la visite d'une classe d'enseignement spécialisé qui a duré environ une heure et demie. A cette occasion, le demandeur a exposé le programme de son animation à huit élèves, âgés de huit à dix ans, et leur a montré le fonctionnement du zzz et de son connecteur, en utilisant les connecteurs mobiles uniquement. La conclusion de l'expert est la suivante :

"Tout ce savoir-faire pour gérer une activité ludique avec le « zzz » avec une classe d'élèves d'enseignement spécialisé apparaît comme le fruit d'un long travail et de nombreuses heures de pratique, d'expérimentation et de réflexions de la part de M. X. _____.

M. X. _____ a une bonne intuition pédagogique qui pourra déboucher sur un travail mieux explicité donc plus professionnel encore.

Le « zzz » s'est révélé un matériel bien adapté et capable de mobiliser les enfants dans le cadre d'activités ludiques bien structurées.

M. X. _____ a démontré la qualité de l'activité ludique conçue et réalisée avec le matériel « zzz ».

Cependant ce matériel doit compter avec des jeux très semblables qui génèrent aussi des activités très semblables".

11. Par demande du 20 janvier 2006, le demandeur X. _____ a conclu avec dépens à ce qu'il plaise à la Cour civile prononcer :

- "I.- Interdiction est faite à S. _____ Sàrl, ainsi qu'à ses auxiliaires, de fabriquer ou de faire fabriquer, de promouvoir, d'importer ou d'exporter, de vendre, de mettre en circulation et/ou de distribuer sous quelque forme que ce soit, en particulier sous la dénomination « bbb », tout jeu composé de cubes ou polyèdres, ouverts sur les côtés, et d'éléments de connexion indépendants des cubes ou polyèdres, permettant de relier ceux-ci entre eux par clipage, clipsage ou encliquetage.
- II.- Interdiction est faite à S. _____ Sàrl, ainsi qu'à ses auxiliaires, d'utiliser de quelque manière que ce soit, en particulier sur des emballages, dans la promotion commerciale, sur les papiers commerciaux, les enveloppes, les étiquettes, les modes d'emploi et/ou tout autre document ou support informatique, notamment sur Internet, tout jeu composé de cubes ou de polyèdres, ouverts sur les côtés, et d'éléments de connexion indépendants des cubes ou polyèdres, permettant de relier ceux-ci entre eux par clipage, clipsage ou encliquetage, en particulier sous la dénomination « bbb ».
- III.- Ordre est donné à S. _____ Sàrl de retirer du marché tous les exemplaires du jeu commercialisé sous le nom « bbb », en particulier auprès des distributeurs, détaillants et autres magasins qui le mettent en vente.
- IV.- Les injonctions figurant sous chiffres I à III ci-dessus sont assorties de la menace des peines d'arrêts ou d'amende prévues à l'article 292 du Code pénal en cas d'insoumission à une décision de l'autorité.
- V.- S. _____ Sàrl est la débitrice de X. _____ et lui doit prompt paiement d'une somme de CHF 50'000.-- (cinquante mille francs) plus intérêt à 5 % l'an dès le 15 octobre 2005.
- VI.- Les sûretés d'un montant de CHF 10'000.-- (dix mille francs) déposées par X. _____ en application du chiffre V de l'ordonnance de mesures provisionnelles du 21 décembre 2005 lui sont restituées dès que le jugement sera devenu définitif."

Dans sa réponse du 6 septembre 2006, la défenderesse S. _____ Sàrl a conclu au rejet des conclusions de la demande. Reconventionnellement, elle a conclu à ce qu'il plaise à la Cour civile prononcer :

- "I.- Le demandeur X. _____ doit verser à la défenderesse S. _____ Sàrl la somme de Fr. 20'000.- (vingt mille francs) avec intérêt à 5 % l'an dès le 25 novembre 2005 ainsi que la somme de Fr. 17'510.- (dix-sept mille cinq cent dix francs) avec intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} juillet 2006.
- II. Les sûretés de Fr. 10'000.- (dix mille francs) constituées par le demandeur auprès du Greffe de la Cour civile du Tribunal

cantonal sont libérées en faveur de la défenderesse S. _____ Sàrl, en réparation du dommage indiqué au ch. I ci-dessus."

Dans sa réplique du 15 janvier 2007, le demandeur a confirmé les conclusions de sa demande et conclu, avec dépens, au rejet des conclusions reconventionnelles de la réponse.

En droit :

I. Le demandeur fonde ses conclusions sur la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (loi sur le droit d'auteur, ci-après : LDA; RS 231.1), subsidiairement sur la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (ci-après : LCD; RS 241).

Il soutient principalement que le zzz (anciennement xxx et yyy) présente un degré d'individualité suffisant pour qu'il puisse être considéré comme une œuvre. Il fait également valoir que le concept du bbb est suffisamment proche de celui du zzz pour que l'on soit en présence d'un cas de violation du droit d'auteur. Subsidiairement, la défenderesse se serait rendue coupable d'une violation de la LCD, plus précisément de son art. 5 let. b, qui réprime le fait d'exploiter le résultat d'un travail confié ou rendu accessible de façon indue.

De son côté, la défenderesse conteste que le zzz constitue une œuvre au sens de la LDA en raison de son manque d'originalité, mis en évidence par l'expert judiciaire. Elle conteste de même une violation de la LCD et estime qu'elle a subi un dommage du fait des mesures provisionnelles, dont le demandeur doit répondre.

II. A titre préliminaire, il convient de préciser que le Code de procédure civile suisse applicable aux affaires civiles contentieuses (art. 1 let. a CPC, Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272) est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011. L'art. 404 al. 1 CPC dispose que les procédures en cours à l'entrée en vigueur de la présente loi sont régies

par l'ancien droit de procédure jusqu'à la clôture de l'instance. La présente procédure a été introduite par demande du 20 janvier 2006 et était toujours en cours le 1^{er} janvier 2011. Elle demeure donc régie par l'ancien droit de procédure.

III. Le demandeur étant domicilié en Belgique, le litige présente un élément d'extranéité. Il convient dès lors de vérifier d'office, même si cela n'est pas contesté, que le tribunal de céans est compétent et que le droit suisse, plaidé par les parties, s'applique (art. 57 al. 1 du Code de procédure civile vaudois du 14 décembre 1966 dans sa teneur au 31 décembre 2010 [ci-après : CPC-VD]).

a) L'art. 1^{er} al. 2 LDA, qui ne s'applique que si le litige présente des éléments d'extranéité, n'est qu'une réserve en faveur de dispositions internationales plus généreuses (Barrelet/Egloff, *Le nouveau droit d'auteur, Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, 3^{ème} éd., nn. 9 et 10 ad art. 1 LDA). Il ne règle pas les conflits de compétence (Barrelet/Egloff, *op. cit.*, n. 4 ad art. 64 LDA), qui relèvent de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP; RS 291), dont l'art. 1 al. 2 réserve les conventions internationales.

La Suisse et la Belgique sont parties à la Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dite Convention de Lugano; ci-après: CL), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992 pour la Suisse, qui s'applique pour déterminer le for s'agissant d'un litige né avant le 31 décembre 2010 (art. 63 al. 1 de la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 2011; RS 0.275.12). L'art. 2 al. 1 CL prévoit que sous réserve des dispositions de la convention, les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat. En l'espèce, le demandeur agit en Suisse, au for du siège de la défenderesse (ce qui correspond au for généralement reconnu, art. 109 al. 1 et 129 al. 1 LDIP;

art. 3 al. 1 let. a aLFors). La Cour civile est compétente, selon les règles du droit interne, en raison de la valeur litigieuse supérieure à 100'000 fr. et en sa qualité d'instance cantonale unique (art. 74 al. 2 et 3 de la Loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 dans sa version au 31 décembre 2010 et art. 64 aLDA; RO [Recueil officiel] 1993 II 1798, 1814).

b) Pour ce qui est du droit applicable, la Suisse et la Belgique sont parties à la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques révisée à Paris le 24 juillet 1971 (RS 0.231.15; ci-après : la Convention de Berne), entrée en vigueur pour la Suisse le 25 septembre 1993. En dehors des dispositions de la convention, l'étendue de la protection et les moyens de droit accordés à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est demandée (art. 5 ch. 2 de la Convention de Berne), soit en l'occurrence selon le droit suisse, plus particulièrement selon la LDA.

La Suisse et la Belgique sont également parties à la Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle révisée à Stockholm le 14 juillet 1967, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1970 (ci-après: CUP; RS 0.232.04). La protection de la propriété intellectuelle a notamment pour objet la répression de la concurrence déloyale (art. 1 ch. 2 CUP). Il résulte de l'art. 2 ch. 1 CUP, en vertu duquel les ressortissants de chacun des pays de l'Union jouiront dans tous les pays de celle-ci la même protection et les mêmes recours légaux que les nationaux, que les prétentions du demandeur fondées sur la concurrence déloyale sont régies par le droit suisse, soit par la LCD.

IV. La LDA protège notamment les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques (art. 1 al. 1 let. a). L'auteur a le droit exclusif sur son œuvre et le droit de faire reconnaître sa qualité d'auteur (art. 9 al. 1 LDA). Par auteur, on entend la personne physique qui a créé l'œuvre (art. 6 LDA). Le demandeur qui revendique la qualité d'auteur – point qui n'est pas contesté – du zzz, dont il prétend qu'il s'agit d'une œuvre au sens de la

LDA, a donc la légitimation active, le cas échéant, pour s'opposer à toute violation de son droit. Quant à la défenderesse, qui est désignée comme auteur d'une violation du droit d'auteur du demandeur sur la prétendue œuvre, elle a incontestablement la légitimation passive.

Sous l'angle de la LCD également, le demandeur qui s'estime victime d'un acte de concurrence déloyale a la légitimation active pour agir contre la défenderesse, supposée auteur dudit acte de concurrence déloyale, laquelle a donc la légitimation passive (art. 9 LCD).

V. a) L'œuvre est protégée par le droit d'auteur dès sa création. Cette protection prend fin septante ans après le décès de l'auteur (art. 29 al. 1 et 2 let. b LDA). Dès lors, à supposer que l'on soit en présence d'une œuvre, celle-ci est protégée.

b) Par œuvre au sens de la LDA, on entend toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel, quelles qu'en soient la valeur ou la destination (art. 2 al. 1 LDA). L'existence d'une œuvre au sens de la LDA suppose ainsi que trois éléments soient cumulativement réunis : il doit s'agir d'une *création de l'esprit* ; cette dernière doit être *littéraire ou artistique* et présenter un *caractère individuel* (Barrelet/Egloff, op. cit., n. 4 ad art. 2 LDA).

ba) Pour être une création de l'esprit, l'œuvre doit être le produit d'une activité intellectuelle, par opposition aux objets qui sont créés naturellement, les produits de la nature ou de la technique. Une activité intellectuelle même très modeste suffit pour accorder la protection du droit d'auteur. La qualité de la création n'a pas non plus d'importance. La création doit toutefois apporter quelque chose de nouveau, qui se distingue de ce qui était connu jusque-là. Ici aussi, le degré de nouveauté peut être faible. Il ne résulte pas seulement d'un jugement objectif. On doit aussi le considérer subjectivement, en fonction de ce que l'auteur lui-même en pense et de l'état des autres créations du domaine artistique en cause. Ainsi, la nouveauté peut résider dans le recours à des formes de style antérieures, ou dans la nouvelle combinaison d'éléments déjà

connus, sans que la qualité d'œuvre de l'esprit puisse être déniée (Barrelet/Egloff, op. cit., n. 6 ad art. 2 LDA et les références citées).

bb) En pratique, le principal critère permettant de qualifier un objet d'œuvre d'art, c'est son caractère individuel. Ce terme reprend l'ancien concept d'originalité, lequel demeure répandu dans la jurisprudence et la doctrine. La nouvelle terminologie a été choisie afin de manifester que l'exigence en question se rapporte à l'œuvre elle-même. On n'exige pas que l'œuvre reflète la personnalité de l'auteur (l'empreinte personnelle de l'auteur). Le caractère individuel, c'est-à-dire les caractéristiques qui distinguent une création d'autres créations - existantes ou possibles - ne doit se retrouver que dans l'œuvre elle-même. Est déterminante l'individualité de l'œuvre, non celle de l'auteur (Message du Conseil fédéral du 19 juin 1989 pour la LDA, FF [Feuille fédérale] 1989 III 465, 506; ATF 134 III 166 c. 2.1, rés. JT 2008 I 381; ATF 130 III 168 c. 4.4, JT 2004 I 285; Dessemontet, La propriété intellectuelle et les contrats de licence, 2^{ème} éd., n. 58 p. 44). L'œuvre de l'esprit est digne de protection seulement si elle a un cachet propre, le caractère individuel pouvant porter sur la forme particulière donnée à l'œuvre, soit sur son contenu ou son concept (Cherpillod, L'objet du droit d'auteur, Etude critique de la distinction entre forme et idée, Lausanne thèse 1985, p. 136).

Concrètement, l'œuvre est individuelle si elle est unique du point de vue statistique (ATF 130 III 168 c. 4.4, JT 2004 I 285). Pour juger de l'individualité au sens d'une singularité, qui peut également être décrite comme "unicité" ou "nouveauté", il faut apprécier l'œuvre dans son environnement. Pour la jurisprudence fédérale, l'unicité statistique suppose que la création se distingue de ce qui est usuel (ATF 134 III 166 c. 2.3.1, rés. in JT 2008 I 381 et les références citées). L'individualité se distingue de la banalité ou du travail de routine ; elle résulte de la diversité des décisions prises par l'auteur, de combinaisons surprenantes et inhabituelles, de sorte qu'il paraît exclu qu'un tiers confronté à la même tâche ait pu créer une œuvre identique (ATF 136 III 225 c. 4.2 (f); ATF 134 III 166 précité, rés. in JT 2008 I 381). Selon le Tribunal fédéral,

l'individualité dépend également de la liberté de manœuvre de l'auteur. Là où cette liberté est restreinte – par exemple pour les œuvres qui ont un usage pratique (arts appliqués notamment) pour lesquelles la liberté créatrice est limitée par des contraintes techniques – une activité indépendante réduite suffira à fonder la protection. Si l'originalité exigée n'est pas très élevée, les créations de l'esprit qui, bien que nouvelles, sont tellement proches de ce qui est connu qu'elles auraient pu être réalisées de la même manière par n'importe qui, n'ont pas de caractère individuel. La LDA n'accorde pas non plus sa protection à de simples activités artisanales, qui consistent uniquement à combiner et à modifier des formes et des lignes connues (ATF 125 III 328, rés. in SJ 2000 26 ; TF 4C.86/2000 du 13 juin 2000 c. 3 bb). Le Tribunal fédéral a notamment considéré qu'une photographie manque d'individualité lorsque sa création ne se distingue pas de l'ordinaire. Elle n'est pas réellement unique, parce que la probabilité est élevée que pour répondre à la même tâche, une autre photographie présenterait un résultat identique pour l'essentiel. De même, la rédaction d'un texte qui ne s'écarte pas de l'ordinaire n'atteint pas l'individualité requise. Même lorsque un texte est statistiquement unique, il ne sera pas protégé s'il apparaît dans l'ensemble comme une combinaison d'expressions courantes ou comme imposé par la logique des faits (ATF 134 III 166 précité, rés. in JT 2008 I 381).

bc) L'art. 2 al. 2 LDA donne une liste non exhaustive des créations de l'esprit pouvant être qualifiées d'œuvres, parmi lesquelles « les œuvres des arts appliqués » (let. f). Comme déjà relevé, ces dernières sont des objets conçus pour un usage matériel. Elles seront rangées parmi les œuvres protégées, pour autant qu'un caractère individuel déterminé soit malgré tout reconnaissable, et qu'il ne s'agisse ainsi pas d'un simple travail artisanal (Barrelet/Egloff, op. cit., n. 8 ad art. 2 LDA et les références citées, en particulier ATF 136 III 225 c. 4.2 et les références citées ; ATF 125 III 328 c. 4b, SJ 2000 26).

c) En l'espèce, le zzz est un jeu constitué d'un ensemble de cubes et d'éléments de connexion indépendants permettant de réaliser des assemblages tridimensionnels. Chaque cube est creux et comprend

six ouvertures, soit une ouverture sur chacune de ses faces. Chaque cube est formé de deux demi-cubes assemblés. Les pièces de connexion sont conçues de manière à permettre l'assemblage des cubes les uns aux autres par encliquetage, selon le système de la pince ou du ciseau. Le demandeur a en outre conçu une variante de son cube, dans laquelle les angles sont biseautés et comprennent une ouverture supplémentaire, portant le nombre total d'ouvertures à quatorze. On doit ainsi admettre que le zzz entre dans la catégorie des arts appliqués et qu'il est le produit d'une activité intellectuelle de son auteur, la quantité et la qualité de cette activité étant sans importance.

Pour être protégée, la création de l'esprit doit en outre représenter quelque chose de nouveau, qui se distingue de ce qui était connu jusque-là et d'individuel, avec un cachet propre. Il résulte de l'instruction que d'autres jeux basés sur l'assemblage d'éléments existaient avant le zzz : le Plasticant Mobilo, qui existe depuis les années septante et permet la construction de véhicules ou de personnages ; le Multicube commercialisé par Vivishop, qui est composé d'éléments cubiques, dont cinq faces sont creuses et une en relief et qui peuvent s'emboîter les uns dans les autres.

L'expert judiciaire retient que le zzz fait partie de la grande famille des jeux de construction à base de cubes. Il considère que la forme cubique n'est pas originale comme élément de matériel ludique de construction. D'autres jeux préexistants utilisaient déjà des cubes à six faces « actives », c'est-à-dire qui comportent chacune un trou pour introduire un connecteur et fixer les cubes les uns aux autres. C'est le cas du Modulo en particulier, mais aussi du Multicube (de Vivishop), ce dernier ayant toutefois une face des cubes qui comporte un connecteur fixe. L'expert relève aussi que l'utilisation de pastilles sur les cubes se retrouve dans divers autres jeux. Quant aux éléments de connexion qui font, selon le demandeur, l'originalité de son jeu, ils sont constitués de connecteurs fixes et de connecteurs mobiles, tous indépendants des cubes. Les connecteurs fixes permettent de stabiliser deux cubes, tandis que les connecteurs mobiles permettent d'articuler et de développer la

construction dans différentes directions et servent aussi d'axes de rotation. Le fonctionnement du système de raccordement des connecteurs consiste en un système de pinces (ou de ciseaux). Le Multicube, contrairement au zzz, n'a pas de connecteurs indépendants. En revanche, le Mobilo a des connecteurs indépendants, fixes et mobiles, qui se raccordent par clipsage. Le design des pièces est toutefois différent de celui du zzz. A dire d'expert, les cubes et connecteurs des divers jeux possèdent leur propre logique de fonctionnement souvent très semblable à celle de ses concurrents. Certes, l'expert admet que « la spécificité qui fait l'originalité d'un jeu est parfois mince, de l'ordre d'une pièce, d'un concept, d'un type d'emboîtement, d'un ensemble de ces caractéristiques qui font son individualité ou son originalité ». Il relève toutefois que la réalisation des connecteurs, complexes et ingénieux, du jeu du demandeur n'est toutefois pas totalement au point. Dans son complément d'expertise, l'expert reconnaît que si les connecteurs constituent la partie la plus originale du matériel, leur manipulation par des enfants s'est révélée un peu difficile. Toujours, à dire d'expert, l'originalité d'un matériel ludique consiste aussi à posséder des qualités de fonctionnement inédites, éprouvées, nouvelles qui facilitent les manipulations, les expérimentations, ce qui n'est pas le cas des connecteurs du jeu du demandeur, raison pour laquelle l'expert considère qu'ils ne présentent pas non plus un degré d'originalité suffisant. Ainsi, sous l'angle de la fonctionnalité déjà, l'expert considère que le jeu du demandeur n'est pas suffisamment innovant pour se distinguer des autres matériels déjà sur le marché. Sous l'angle du concept et des possibilités qu'il offre sur le plan ludique et éducatif, le jeu du demandeur ne présente pas non plus - à dire d'expert - une identité, une individualité suffisamment marquée. L'expert considère encore que le Mobilo et le Multicube, malgré leurs différences de fonctionnement, permettent des explorations et des découvertes aussi structurantes que le zzz, du moins sans une étude plus approfondie auprès des gens du métier.

Le demandeur critique l'approche de l'expert. Il estime que l'expert conclut à l'absence d'originalité du zzz, en partant d'une notion qui n'a rien de commun avec celle de l'individualité prévue par l'art. 2

LDA. L'expert placerait la barre de l'originalité à un niveau trop élevé par rapport aux exigences de la LDA. Le demandeur fait valoir à cet égard que la nouvelle loi sur le droit d'auteur a abandonné l'exigence du caractère original d'une œuvre pour opter pour celle de son caractère individuel, marquant par là un abaissement des exigences. Cette loi offrirait sa protection à ce qui est statistiquement unique et se satisferait d'un faible niveau d'exigences. A cet égard, le demandeur soutient que son jeu se distinguerait des autres jeux sur le marché « avant tout par la combinaison des polyèdres à six trous et des connecteurs mobiles sous forme de pinces ou de ciseaux », ce qui serait suffisant pour lui reconnaître la protection offerte par la LDA.

d) Il convient de relever que c'est ce même demandeur qui a fait porter l'expertise sur le caractère original de son œuvre, à l'allégué 41 auquel est consacré une très grande partie de l'expertise. Aussi, le juge ne saurait, sans motifs déterminants, substituer son appréciation à celle de l'expert (Bosshard, L'appréciation de l'expertise judiciaire par le juge, RSPC [Revue suisse de procédure civile] 3/2007 pp. 321 ss, pp. 324-325). En l'occurrence, l'expert a répondu à toutes les questions qui lui ont été posées et fourni les compléments requis. Son rapport sur le caractère original, nié, du jeu du demandeur est très convaincant. Il n'y a dès lors pas de motifs pour s'écarter de son rapport, de sorte que la cour de céans se rallie à ses considérations pour retenir que le zzz s'inscrit dans un ensemble de jeux qui présentent la même forme, le même concept et les mêmes potentialités ludiques et pédagogiques. A cet égard, il ne présente pas une originalité suffisamment marquée. Ne se distinguant pas nettement des autres "jeux de cubes", le caractère individuel doit lui être dénié.

Le demandeur prétend d'ailleurs que le caractère individuel de son jeu se situe au niveau du contenu du jeu et de sa fonctionnalité, critères auxquels le demandeur semble maintenant se raccrocher, contrairement à ce qu'il a invoqué pendant l'instruction, où il mettait en avant plutôt le concept et les potentialités du jeu. On ne saurait considérer que le seul fait que le jeu du demandeur offre des connecteurs

indépendants mobiles sous forme de pinces ou de ciseaux suffit à lui donner une individualité suffisante, motif pris que c'est statistiquement unique. En effet, l'individualité de tout le jeu ne saurait se résumer à une seule pièce, que si cette pièce apporte quelque chose de plus à l'objet par rapport à ce qui existe déjà. Or, en l'espèce, le connecteur en question n'apporte à dire d'expert absolument rien de plus. Non seulement ce connecteur n'est, selon l'expert, pas encore au point, mais il n'ajoute rien au concept : il ne permet pas une meilleure utilisation du jeu, ni n'offre davantage de facilités ou de possibilités aux utilisateurs. L'argument du demandeur selon lequel il travaille encore à l'amélioration du produit ne convainc guère, puisque les œuvres inachevées ou des parties d'œuvres ne sont protégées qu'à la condition de revêtir en elle-même un caractère individuel (Dessemontet, *La propriété intellectuelle et les contrats de licence*, n. 54 p. 42; Troller, *op. cit.*, § 19 n. 2.3). Pour ces motifs, les exigences de nouveauté et d'individualité ne sont pas remplies.

e) Par surabondance, si l'on devait reconnaître au jeu du demandeur la qualité d'œuvre, encore faudrait-il que ce dernier établisse que la défenderesse a violé son droit d'auteur. L'auteur jouit de droits exclusifs sur son œuvre (art. 9 et 10 LDA). Le plagiat est retenu non seulement en présence d'une copie conforme, mais également en cas d'imitation. Ce n'est que lorsque l'individualité de son œuvre est « considérablement plus marquée » que celle des éléments repris de l'œuvre préexistante que l'imitateur échappe au grief de violation du droit d'auteur (Dessemontet, *Le droit d'auteur*, n° 405, pp. 295-296 ; Le même, *La propriété intellectuelle et les contrats de licence*, n. 112 p. 81). Il en résulte que si, en raison d'un bas seuil d'exigences, on devait reconnaître au jeu du demandeur la qualité d'une œuvre, celui-ci ne peut s'opposer qu'à la reprise des éléments de son œuvre qui font précisément son originalité, son individualité. Il ne peut pas se plaindre de ce que le jeu de la défenderesse présente, à dire d'expert, le même concept et offre les mêmes possibilités d'utilisation. Or, ce qui fait la spécificité du jeu du demandeur et qui constituerait le cas échéant sa nouveauté et son individualité - qualité qui n'est toutefois pas reconnue - ce sont les connecteurs indépendants mobiles à pinces. Il est toutefois établi que les

connecteurs mobiles du jeu bbb sont différents, puisqu'ils relient les éléments par un système de clipsage et non de pinçage, de sorte que techniquement, le fonctionnement des connecteurs du bbb est différent. L'expert a en outre relevé les différences qui existent entre les deux jeux au niveau du design. En d'autres termes, si le zzz se distingue suffisamment des autres jeux du même type déjà sur le marché en raison de ses connecteurs, on doit admettre que le jeu de la défenderesse se distingue aussi suffisamment du zzz par les propriétés qui sont les siennes. On n'est donc pas dans un cas de plagiat ni même d'imitation.

Au vu de ce qui précède, le zzz n'est pas une œuvre au sens de la LDA et ne peut donc pas revendiquer la protection découlant de cette loi; subsidiairement, il n'y a pas de violation du droit d'auteur. Partant, les prétentions du demandeur, en tant qu'elles sont fondées sur cette loi, doivent être rejetées.

VI. Le demandeur invoque à titre subsidiaire la protection de la LCD, considérant que la défenderesse s'est rendue coupable d'une violation de son art. 5 let. b, qui réprime le fait d'exploiter le résultat d'un travail remis ou rendu accessible de façon indue. Il lui reproche d'avoir exploité les spécifications techniques et le savoir-faire qu'il avait transmis à T. _____ dans le cadre de leur collaboration, facilitant la fabrication et la commercialisation des cubes et des pièces de connexion.

a) Selon l'art. 5 let. b LCD, agit de façon déloyale celui qui, notamment, exploite le résultat du travail d'un tiers, par exemple des offres, des calculs ou des plans, bien qu'il sache que ce résultat lui a été remis ou rendu accessible de façon indue.

Les prestations non protégées par des lois spéciales de propriété intellectuelle peuvent en principe être librement copiées, sauf en présence de circonstances dénotant un comportement déloyal de l'imitateur (ATF 108 II 327 c. 5a). Tel est notamment le cas lorsqu'un concurrent se procure ou exploite de façon déloyale les informations nécessaires à la copie, soit en rompant un rapport de confiance (art. 5 let. a LCD), soit en profitant de la rupture d'un lien de confiance existant entre

des tiers (art. 5 let. b LCD; Golaz, L'imitation servile des produits et de leur présentation, thèse Lausanne 1992, pp. 273 ss; TF 4C.399/1999 du 18 mars 1999 c. 2b, in sic! [Revue suisse de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence] 1999, p. 300).

Ce qui a déterminé la prise en compte de la protection des prestations d'autrui dans la LCD, c'est le fait que celui qui imite en reprenant les prestations d'un tiers se crée un avantage concurrentiel sur l'auteur de la prestation : il fait l'économie des travaux et des frais de développement s'il acquiert cet avantage de façon déloyale par une reprise non autorisée (FF 1983 II 1037, 1056; BO CN 1985 III 840). De surcroît, l'imitateur peut priver l'auteur de l'innovation non protégée de l'avantage économique qu'offre la première mise sur le marché pour asseoir une position qui le distinguera de ses concurrents (ATF 77 II 263, c. 2c, JT 1952 I 200; Jecklin, Leistungsschutz im UWG?, p. 26). En effet, lorsqu'un nouveau produit est lancé sur le marché, l'on observe une phase initiale durant laquelle le fabricant jouit d'une exclusivité de fait. Ce n'est qu'après un certain laps de temps que les imitateurs lui emboîteront le pas, s'ils jugent le produit prometteur ou s'il a fait ses preuves. Cette phase initiale, durant laquelle l'innovateur n'est pas concurrencé, est appelé "time lag". En l'absence de protection spéciale par une loi de propriété intellectuelle, c'est ce "time lag" qui tient lieu d'incitation à innover. Si la copie par les concurrents intervenait simultanément à la première distribution, les entreprises ne retireraient pas suffisamment de bénéfice des investissements liés à la mise au point d'un nouveau produit : elles seraient nombreuses à couper court à leurs efforts d'innovation. Généralisée, une telle tendance se révélerait désastreuse pour la santé du marché. Un "time lag" suffisamment long est donc une prémisse essentielle au bon fonctionnement de la concurrence (Schlosser, La protection des secrets économiques, in *Entreprise et propriété intellectuelle*, publication CEDIDAC n° 84, p. 89 et les références citées aux notes infrapaginales nn. 86 à 90).

C'est aussi précisément durant la phase délicate qui précède la fabrication à l'échelle industrielle d'un nouveau produit que l'auteur de

l'innovation est amené à dévoiler celle-ci à des entrepreneurs ; le bon fonctionnement de la concurrence impose que l'acteur économique puisse se fier à de tels contractants sans craindre de perdre le bénéfice qu'il peut espérer tirer de sa création. En édictant l'art. 5 let. a et b LCD, le législateur a eu à coeur de sanctionner la rupture des rapports de confiance. Une concurrence saine suppose que les acteurs économiques puissent entrer en relations contractuelles ou précontractuelles sans craindre que leur partenaire accapare les connaissances acquises à l'occasion de leur collaboration pour les utiliser à son profit sans autorisation et sans bourse délier (Schlosser, op. cit., p. 90 et les références citées à la note infrapaginale n. 92, en particulier sic ! 1999 p. 300 c. 2b). Ainsi, il n'est pas admissible, car contraire au fonctionnement d'une saine concurrence, que des connaissances acquises auprès d'un concurrent à l'occasion de rapports privilégiés entretenus avec lui (relation contractuelle, pourparlers) soient utilisés en dehors du cadre convenu et d'une manière à priver le détenteur légitime du "time lag" lié à la première mise sur le marché (Schlosser op. cit., p. 90 et la référence citée à la note infrapaginale n. 93).

b) Par "résultat d'un travail", il faut entendre le produit d'un certain effort intellectuel et/ou matériel non protégé par la législation spéciale sur la protection des biens immatériels. Il peut s'agir d'une chose corporelle ou incorporelle, mais qui doit être matérialisée, dans la mesure où la prestation en question doit pouvoir être "remise" à un tiers ou lui être "rendue accessible" (Jecklin, op. cit., pp. 108-109; Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerbsrecht, nn. 26 et 27 ad art. 5 LCD; cf. en outre ATF 122 III 469 c. 8b, SJ 1997 129, qui souligne que la renommée d'un produit ne peut pas être considérée comme le résultat d'un travail). Le résultat du travail matérialisé peut porter aussi bien sur des informations commerciales que sur des prestations scientifiques ou intellectuelles, telles les découvertes (Baudenbacher, op. cit., n. 28 ad art. 5 LCD). En revanche, une simple idée - pour autant qu'elle ne soit pas protégée par un droit particulier - peut être exploitée par un tiers, même si elle est fixée par la suite (FF 1983 II 1037, 1103).

c) Le résultat du travail doit avoir été "confié" au concurrent et être exploité "de manière indue", c'est-à-dire sans l'autorisation de son auteur. Le concurrent doit donc l'exploiter contrairement aux accords passés, le détourner de la destination convenue (TF 4C.399/1999 c. 2b précité). Selon le Tribunal fédéral, l'art. 5 let. a LCD exige seulement que le résultat du travail soit "confié", et ne requiert pas que ce résultat soit secret ou d'une originalité particulière (TF 4C.399/1999 c. 2g précité). Toutefois, la doctrine critique cette jurisprudence, soulignant notamment qu'elle aboutit au "résultat curieux" consistant à empêcher celui qui s'est vu confier la réalisation d'un travail non secret de pouvoir l'exploiter pour son propre compte, alors que n'importe quel autre concurrent voulant imiter le produit mis sur le marché sera en droit de le faire (Cherpillod, note suivant l'arrêt précité, sic! 1999, p. 303). La doctrine s'accorde à dire que le terme "confié" suppose que le résultat du travail revête un certain degré de confidentialité (Cherpillod, *ibidem*). Celle-ci est en principe détruite par la mise sur le marché du produit (Jecklin, *op. cit.*, p 109; Pedrazzini/Pedrazzini, *Unlauterer Wettbewerb UWG*, n° 9.09; Baudenbacher, *op. cit.*, n. 30 ad art. 5 LCD; Golaz, *op. cit.*, p. 276). D'autres manières de rendre public le savoir concerné sont également concevables, telle sa description dans une publication largement diffusée.

Mais pour que la confidentialité soit détruite, il faut en tout cas que la divulgation ait rendu l'information aisément accessible aux milieux intéressés. Les communications publiques n'ont pas automatiquement pour effet de faire perdre à la connaissance son caractère (relativement) confidentiel; tout dépend de la nature et de leur contenu. En règle générale, si l'analyse d'un produit disponible sur le marché permet de le copier à moindre frais, il n'est plus confidentiel. Ainsi lorsque le résultat du travail se résume à ce qui peut être découvert par "reverse engineering", il ne peut plus être protégé par le biais de l'art. 5 let. a et b LCD. Deux réserves s'imposent toutefois : le "résultat du travail" doit se résumer à ce que le produit révèle; le savoir-faire "enfoui", non détectable par ingénierie inverse, demeure protégé. Ensuite, l'activité de l'ancien partenaire doit intervenir à un moment où l'innovateur a déjà profité du

"time lag" qui lui revient légitimement. L'avantage dont dispose l'ancien partenaire - par exemple parce qu'il détient les plans précis de la machine commercialisée - pourrait lui permettre d'emboîter le pas de trop près au concepteur du nouveau produit, alors que le commun des concurrents ne peut être aussi rapide. L'innovateur est en droit de prétendre à une phase initiale "ordinaire". Certes, l'ancien partenaire ne doit pas être défavorisé par rapport aux autres compétiteurs, mais il ne doit pas non plus mettre à profit ses connaissances privilégiées pour priver le créateur d'une part du "time lag" à laquelle il peut légitimement aspirer (Schlosser, op. cit., pp. 90-91 et les références citées aux notes infrapaginales, nn. 94 à 97). En principe, la protection dure aussi longtemps que le résultat du travail demeure confidentiel. Mais, le défendeur doit être admis à prouver qu'il a entrepris des activités de développement propres avant qu'il ait été mis en possession du savoir litigieux. S'il parvient à établir qu'il aurait développé le même savoir par ses propres travaux, l'interdiction prendra fin après l'écoulement de la période qui lui aurait été nécessaire pour achever ses travaux. Dans l'hypothèse où l'innovation n'est plus secrète à la date du jugement,, singulièrement parce que le demandeur a mis son produit sur le marché, l'interdiction doit être limitée à la durée du "time lag" naturel. Le jugement devra en pareil cas restreindre l'interdiction en conséquence. Lorsque le défendeur a mis ses produits sur le marché de manière prématurée, mais qu'il apparaît qu'au moment du jugement, la période de protection a pris fin, le juge pourra rétablir un juste équilibre en prononçant une interdiction limitée au laps de temps situé entre la date de commercialisation (par hypothèse prématurée) et celle à partir de laquelle les ventes sont devenues licites (par exemple par écoulement de la période de time lag), aux conditions de l'art. 43 CO (Schlosser, op. cit., pp. 98-99 et les références citées aux notes infrapaginales nn. 146 à 149).

d) L'exploitant n'agit de manière déloyale que lorsqu'il savait que le résultat du travail lui avait été confié de manière indue. Selon la doctrine, il n'y a pas lieu d'interpréter cette condition de manière trop stricte. Outre le dol éventuel, la négligence grossière suffit (Pedrazzini/Pedrazzini, op. cit., n. 9.14; Baudenbacher, op. cit., n. 35 ad

art. 5 LCD). Agit de façon déloyale celui qui peut discerner qu'il est entré indûment en possession du résultat du travail.

e) En l'espèce, on doit admettre que le zzz est le résultat d'un travail et ne relève pas de la simple idée. Le demandeur a travaillé à sa mise au point et a investi du temps, de l'énergie et de l'argent.

Le demandeur fait valoir que c'est T. _____ qui est à l'origine du jeu aaa, puis du jeu bbb. Il soutient que c'est bien son jeu qui a servi de modèle au jeu aaa, puis au jeu bbb. Il prétend enfin que la défenderesse a su que le résultat du travail lui avait été remis de façon indue. Il en veut pour preuve le fait que les organes de la défenderesse ont eu connaissance de l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 19 janvier 2005 à propos du jeu aaa et de l'interdiction faite à T. _____ de fabriquer et de commercialiser ce jeu.

Il est constant que la défenderesse avait pour associés gérants P. _____ et G. _____, également associés gérants de C. _____ Sàrl et associés de B. _____ Sàrl. Il est constant également que la défenderesse et C. _____ Sàrl ont, au cours de l'année 2004, à la demande de T. _____, réalisé des moules et fabriqué des cubes et des éléments de connexion selon un système de ciseaux pour le aaa. Il est constant encore que vers la fin du mois de janvier 2005, la défenderesse a eu connaissance de l'interdiction qui frappait le aaa. Il apparaît ainsi que, à cette époque au plus tard, la défenderesse a connu l'existence du jeu du demandeur.

Cela étant, il convient d'examiner si T. _____ a obtenu de la part du demandeur des informations confidentielles, et si ces dernières ont permis à la défenderesse de bénéficier d'un avantage concurrentiel, en ce sens qu'elles lui auraient épargné des travaux, donc du temps, et des coûts d'investissement pour la mise au point du jeu bbb.

L'instruction a révélé que le demandeur a discuté avec T. _____ de la fabrication des cubes et que le 21 janvier 2004 une

réunion de travail a eu lieu à Oyonnax, réunissant le demandeur, T._____ et les représentants de la société M._____. Au cours de cette séance qui a duré plusieurs heures et qui avait pour objet les possibilités de moulage et la production des pièces du yyy, le demandeur a en particulier fourni des indications détaillées à propos du moulage des pièces du yyy, notamment en relation avec les matières, les dimensions, les impératifs techniques induits par les développements futurs - connexions pour les coins et les côtés -, les injections et les éjections, la qualité, les coûts, les contre-dépouilles et l'option consistant à fabriquer deux connecteurs différents. Il est ainsi établi que le demandeur a livré à T._____ des informations techniques à caractère confidentiel.

La défenderesse objecte à cet égard qu'elle n'a reçu de T._____ aucun "résultat matériel". Il résulte en effet de l'instruction que T._____ ne lui a remis aucun plan, ni aucun document. Il a fait quelques croquis qui ont servi de base pour développer les pièces du jeu aaa. A supposer toutefois que ces croquis aient constitué ou contenu des informations confidentielles obtenues lors de la réunion du 21 janvier 2004, le demandeur n'a pas apporté la preuve que ces informations ont facilité la fabrication du jeu bbb, ni, partant, dans quelle mesure, sur le plan technique, financier ou temporel. Il s'agit là de questions techniques qu'il aurait dû soumettre à l'expertise, ce qu'il n'a pas fait. Le demandeur n'établit ainsi pas, notamment, quel pourrait être le terme (*dies ad quem*) de la période de protection contre la mise sur le marché d'un produit concurrent ("time-lag"). Or, le rôle des informations données le 21 janvier 2004 paraît d'autant moins évident que, d'une part, le bbb présente des différences par rapport au zzz. En effet, on constate certes des similitudes entre ces jeux, en ce sens que tous deux comprennent des polyèdres creux, ouverts sur six côtés ainsi que des pièces de connexion de deux types - fixes et mobiles - permettant l'assemblage des polyèdres les uns aux autres. Néanmoins, le bbb a une autre forme géométrique que le zzz et comprend un système de connexion qui diffère de celui du zzz ou aaa. Il est composé de deux pinces qui ne s'ouvrent pas aux extrémités comme un ciseau, mais sont dotées d'un effet ressort et se fixent par clipsage uniquement. D'autre part, il résulte de l'instruction que la défenderesse,

en collaboration avec C._____Sàrl a conçu et dessiné les pinces et les moules nécessaires à la réalisation de ces derniers, que la défenderesse a établi les éléments nécessaires à la fabrication de son jeu et qu'elle était dotée des connaissances et des moyens techniques pour le faire. Il est également établi que la défenderesse a investi des moyens financiers pour le développement, la production et la commercialisation du jeu bbb. On observe ainsi qu'elle a fourni un travail propre pour développer son jeu, sans que l'apport des informations issues de la réunion susmentionnée puisse être déterminé. Le demandeur n'a ainsi pas établi, notamment au moyen d'une expertise, que des informations à caractère confidentiel ont donné un avantage concurrentiel à la défenderesse et le cas échéant dans quelle mesure.

On pourrait tout au plus imaginer que l'idée du jeu bbb, lui a été transmise par T._____. Toutefois, cela ne suffirait pas pour réaliser un cas d'application de l'art. 5 let. b LCD.

Au vu de ce qui précède, les conclusions du demandeur fondées sur la LCD doivent également être rejetées.

En définitive, il convient de rejeter les conclusions I à IV du demandeur.

VII. Le demandeur réclame à la défenderesse des dommages-intérêts à hauteur de 50'000 francs. Il soutient que la commercialisation du jeu bbb a entraîné un manque à gagner pour lui et a perturbé le marché de son produit. Il fonde sa conclusion sur la violation par la défenderesse de droits de la propriété intellectuelle et de la loi sur la concurrence déloyale.

Les prétentions du demandeur relatives à l'interdiction du jeu bbb devant être rejetées pour le motif qu'il n'y a pas de violation de la LDA ni de la LCD, sa conclusion en paiement n'a pas à être examinée plus avant. En effet, l'une des conditions cumulatives - l'illicéité - justifiant l'octroi des dommages-intérêts (art. 41 CO [Code des obligations du 30

mars 1911; RS 220] par le renvoi de l'art. 9 al. 3 LCD; ATF 132 III 379, JT 2006 I 338) n'est pas remplie.

Au demeurant, le demandeur n'a pas établi à satisfaction de droit avoir subi le dommage prétendu. Le fait qu'il n'ait pas allégué ni établi les éléments factuels permettant de déterminer la durée d'un éventuel "time-lag" rend notamment impossible la détermination de son prétendu dommage lié à la commercialisation par la défenderesse de son propre produit durant cette période (rapport de causalité adéquate sur le plan temporel). On peut du reste sérieusement s'interroger, en amont, sur la possibilité pour un acteur économique d'invoquer la protection du "time-lag" - qui débute en principe avec le lancement d'un nouveau produit et trouve sa justification dans l'exclusivité de fait que cette première mise sur le marché doit procurer à son auteur - alors qu'il n'a jamais mis son produit sur le marché. La même question se poserait d'ailleurs du point de vue du respect de l'incombance de réduire son dommage. A cet égard, l'instruction a mis en lumière le fait que le demandeur est constamment à la recherche d'investisseurs, sans qu'il ne soit établi qu'il ait été freiné ou entravé dans cette recherche par le comportement de la défenderesse.

Ces motifs conduisent au rejet de la conclusion V du demandeur.

VIII. De son côté, la défenderesse conclut au paiement par le demandeur d'un montant de 20'000 fr. devant réparer le préjudice qu'elle aurait subi à la suite de l'admission de la requête de mesures provisionnelles du demandeur.

L'art. 28f aCC (Code civil du 10 décembre 1907; RS 210), applicable par le renvoi des art. 65 al. 4 aLDA et 14 aLCD, prévoit que le requérant est tenu de réparer le préjudice causé par les mesures provisionnelles, si la prétention qui les a motivées se révèle infondée. Il dispose également que le juge peut refuser d'allouer une indemnité ou la réduire lorsque le requérant n'a pas commis de faute ou n'a commis qu'une faute légère. Cette disposition institue une responsabilité causale

dépendant de la preuve libératoire (Meili, Basler Kommentar, 2^e éd., n. 1 ad art. 28f CC). D'après la doctrine, cette "solution de compromis entre la responsabilité objective et la responsabilité aquilienne" tend à éviter de dissuader la victime d'une atteinte à faire valoir ses droits (Jeandin, Commentaire romand, n. 2 *in fine* ad art. 28f CC et les références citées à la note infrapaginale n. 3; Bugnon, Les mesures provisionnelles de la protection de la personnalité, petit(s) commentaire(s), in La protection de la personnalité : bilan et perspectives d'un nouveau droit : contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, p 35 ss, p. 51).

En l'espèce, le rejet des conclusions en interdiction du demandeur permet de considérer que les prétentions du demandeur au bénéfice des mesures provisionnelles ordonnées le 19 janvier 2005 ne sont en définitive pas fondées. Toutefois, le bien-fondé de la prétention en dommages-intérêts de la défenderesse suppose encore que le demandeur ait commis une faute en introduisant sa requête. A cet égard, celle-ci a d'abord été admise par l'ordonnance des mesures provisionnelles. Si l'ordonnance de mesures provisionnelles a été révoquée par l'arrêt sur appel du 19 mai 2006 et si les conclusions au fond du demandeur sont finalement rejetées, c'est à la suite de mesures d'instruction complémentaires – pièces, témoins, expertise. Dès l'instant où la requête du demandeur soulevait des questions de fait et juridiques complexes et qu'elle n'était pas d'emblée vouée à l'échec, on ne saurait reprocher au demandeur d'avoir utilisé une voie prévue par le droit fédéral. Il en résulte qu'il n'a pas commis de faute en procédant par voie de mesures provisionnelles, ce qui justifie de ne pas allouer d'indemnité à la défenderesse.

IX. L'action de la défenderesse en réparation du dommage subi du fait des mesures provisionnelles devant être rejetée, les sûretés de 10'000 fr. déposées le 10 janvier 2006 par le demandeur au greffe de la cour de céans doivent être libérées en sa faveur, conformément à l'art. 107 al. 3 CPC-VD.

X. La défenderesse réclame enfin le paiement de 17'510 francs. Il s'agit des dépens de première et de deuxième instances alloués à la défenderesse et mis à la charge du demandeur par l'arrêt sur appel du 19 mai 2006.

La défenderesse a établi que ce montant ne lui a pas été payé. Elle est toutefois au bénéfice d'un jugement exécutoire qui vaut titre à la mainlevée définitive (Gilliéron, Poursuites pour dettes, faillites et concordat, 4^{ème} éd., n. 732 p. 144 et n. 750 p. 147), de sorte qu'il n'y a pas lieu de lui allouer une seconde fois ce montant.

XI. Obtenant gain de cause sur les principales questions litigieuses, la défenderesse a droit à des dépens réduits de 10 % (Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, nn. 1 et 3 ad art. 92 CPC-VD), à la charge du demandeur, qu'il convient d'arrêter à 31'576 fr. 50, savoir :

- a 18'00 fr à titre de participation aux honoraires de
) 0 . son conseil;
- b 900 fr pour les débours de celui-ci;
) .
- c) 12'67 fr 50 en remboursement partiel de son coupon
6 . de justice.

**La Cour civile,
statuant à huis clos
en application de l'art. 318a CPC-VD,
prononce :**

- I.** Les conclusions I à V prises par le demandeur X. _____ contre la défenderesse S. _____ Sàrl, selon demande du 20 janvier 2006, sont rejetées.

- II.** Les conclusions reconventionnelles prises le 6 septembre 2006 par la défenderesse à l'encontre du demandeur sont rejetées

- III.** Les sûretés par 10'000 fr. (dix mille francs) en espèces déposées le 10 janvier 2006 par le demandeur auprès du greffe de la Cour civile seront libérées en sa faveur dans un délai de trente jours dès que le présent jugement sera devenu exécutoire.

- IV.** Les frais de justice sont arrêtés à 18'040 fr. (dix-huit mille quarante francs) pour le demandeur, et à 14'085 fr. (quatorze mille huitante-cinq francs) pour la défenderesse.

- V.** Le demandeur versera à la défenderesse le montant de 31'576 fr. 50 (trente et un mille cinq cent septante-six francs et cinquante centimes) à titre de dépens réduits.

Le président :

P. Muller

La greffière :

E. Umulisa Musaby

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué aux parties le 6 janvier 2012, lu et approuvé à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, aux conseils des parties.

Le présent jugement 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).

La greffière :

E. Umulisa Musaby