

COUR CIVILE

Ordonnance de mesures provisionnelles dans la cause divisant **SOCIÉTÉ DES PRODUITS NESTLÉ SA**, à Vevey, et **NESTLÉ NESPRESSO SA**, à Lausanne, d'avec **ETHICAL COFFEE COMPANY (SUISSE) SA**, et **ETHICAL COFFEE COMPANY SA**, toutes deux à Fribourg.

Du 15 septembre 2014

Présidence de M. MICHELLOD, juge délégué
Greffier : Mme Umulisa Musaby

Statuant à huis clos, le juge délégué considère :

Remarques liminaires :

Le juge délégué fait entièrement sien l'état de fait de l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue entre les mêmes parties le 11 novembre 2011 - reproduit dans son intégralité sous lettre A ci-dessous (chiffres 1 à 13) - qu'il complète par les éléments résultant de l'expertise ordonnée à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral rendu le 26 juin 2012 (lettres B et D ci-dessous).

En fait :

A. L'ordonnance de mesures provisionnelles du 11 novembre 2011 retient les faits suivants :

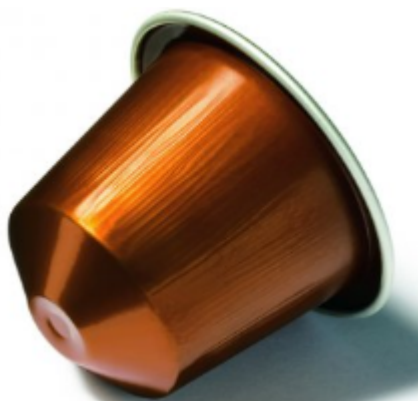
1. La requérante Société des produits Nestlé SA, dont le siège est à Vevey, est active notamment dans la fabrication, la vente et la distribution de tous produits essentiellement alimentaires. La requérante Nestlé Nespresso SA, à Lausanne, a pour but la fabrication et la vente de produits alimentaires et diététiques, notamment du café, et d'appareils permettant la distribution de tels produits et accessoires. Elle produit et distribue les articles Nespresso, en particulier le café moulu en capsules, au bénéfice d'une licence concédée par la Société des produits Nestlé SA, Nestlé SA et Nestec SA.

L'intimée Ethical Coffee Company (Suisse) SA, dont le siège est à Fribourg, fabrique et commercialise des produits alimentaires notamment dérivés du café. L'intimée Ethical Coffee Company SA, à Fribourg également, a pour but la participation dans tous types d'entreprises et pour tous domaines d'activités liés à la fabrication de produits alimentaires notamment dérivés du café, ainsi que l'acquisition et l'exploitation de droits de propriété intellectuelle et autres droits immatériels, notamment de brevets.

L'intimée Media Saturn Management SA, à Geroldswil, est active dans les services, en particulier des entreprises de commerce d'articles électroniques et d'appareils électroménagers. Elle gère en Suisse en tant que structure décentralisée les supermarchés Media Markt. La direction opérationnelle des supermarchés Media Markt est assurée par Media Saturn Management SA et par les gérants respectifs, qui détiennent une participation minoritaire dans leur magasin. En Suisse, les supermarchés sont implantés à Aigle, Bâle, Bienne, Coire, Conthey, Crissier, Genève, Lugano (Grancia), Fribourg (Granges-Paccot), Kriens, Lyssach, Meyrin, Berne (Muri), Oftringen, Pratteln, St-Gall et Zurich. Chaque magasin est exploité par une société anonyme intimée, savoir

Media Markt Aigle SA, Media Markt Basel SA, Media Markt Biel-Brügg SA, Media Markt Chur SA, Media Markt Conthey SA, Media Markt Crissier SA, Media Markt Genève SA, Media Markt Grancia SA, Media Markt Granges-Paccot SA, Media Markt Kriens SA, Media Markt Lyssach SA, Media Markt Meyrin SA, Media Markt Muri B. Bern SA, Media Markt Oftringen SA, Media Markt Pratteln SA, Media Markt St-Gallen SA et Media Markt Zürich SA (ci-après: les intimées Media Markt).

2.a) A partir des années 1970, Nestlé SA a développé un système de mise en capsule de café moulu, afin d'en faciliter l'utilisation pour les consommateurs. Le conditionnement est hermétique, en aluminium, et l'eau chaude y pénètre sous pression afin d'extraire le café. Ces cafés, commercialisés sous le nom Nespresso par Nestlé Nespresso SA depuis 1986, se déclinent en seize variétés ordinaires et chaque année des éditions limitées sont également proposées. La forme des capsules n'a pas changé depuis 1986, alors que les aspects techniques ont changé. Fabriquées en aluminium, les capsules Nespresso sont d'apparence brillante; elles se présentent comme suit:



b) Le 17 décembre 1976, la requérante Société des produits Nestlé SA a déposé, devant le Bureau fédéral de la propriété intellectuelle à Berne, une demande de brevet, sous n° 15913/76, pour une cartouche destinée à la confection de boissons. La revendication principale de ce brevet décrit une "cartouche contenant une substance pour la confection, avec un appareil, d'une boisson, caractérisée par le fait qu'elle se compose d'un corps étanche ayant la forme générale d'un tronc de cône aigu avec une bordure à la base et d'une membrane fermant la base,

pourvue d'une ligne d'affaiblissement déterminant un opercule". Ce brevet comporte également les huit sous-revendications suivantes:

- " 1. Cartouche selon la revendication, caractérisée par le fait qu'elle comporte un filtre voisin de la membrane.
2. Cartouche selon la revendication, caractérisée par le fait que la ligne d'affaiblissement n'est pas fermée.
3. Cartouche selon la revendication, caractérisée par le fait que le corps se termine à sa plus petite extrémité par un cône obtus.
4. Cartouche selon la revendication, caractérisée par le fait que la plus petite extrémité du corps présente un logement.
5. Cartouche selon la revendication, caractérisée par le fait qu'elle est en tôle d'aluminium.
6. Cartouche selon la revendication, caractérisée par le fait qu'elle contient du café moulu.
7. Cartouche selon la revendication, caractérisée par le fait que la membrane est pourvue de rainures radiales.
8. Cartouche selon la revendication, caractérisée par le fait que la membrane constitue une chambre collectrice."

Présentant l'état de la technique, le descriptif du brevet indique notamment ce qu'il suit:

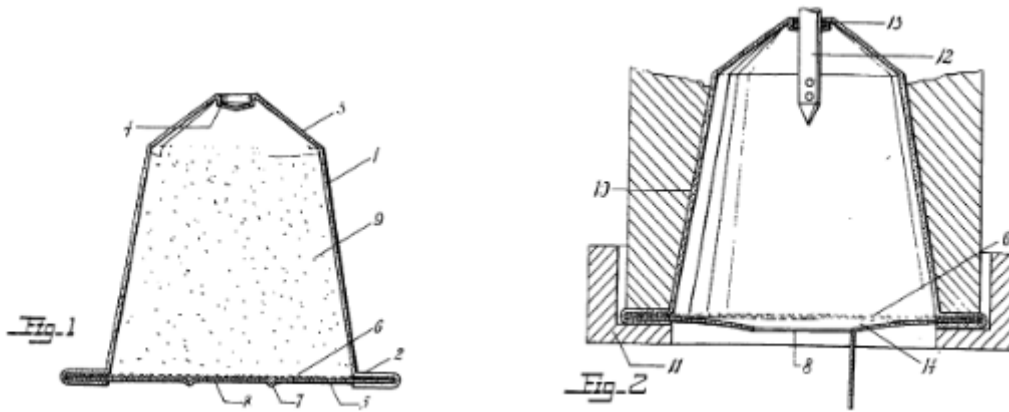
"La présente invention concerne une cartouche contenant une substance pour la confection, avec un appareil, d'une boisson.

Il existe des cartouches de ce genre, de forme générale cylindrique et plate, en matériau étanche pour mettre leur contenu à l'abri des influences extérieures, et destinées à être perforées sur leurs deux faces opposées lors de l'utilisation. Elles ont pour inconvénient que leur résistance à l'écrasement lors de leur perforation est faible.

On a également proposé de ne percer qu'une seule paroi, d'injecter d'un côté dans la cartouche le liquide destiné à la confection de la boisson et de faire se déchirer la paroi opposée sous la pression du liquide injecté. Cette manière de faire présente l'avantage d'un meilleur mélange avec le contenu de la cartouche et, le cas échéant, de faire pénétrer le liquide dans les granules qu'elle contient, dans le cas du café moulu par exemple. Toutefois, l'écoulement par le déchirure est aléatoire. En effet, les liquides étant pratiquement incompressibles, la moindre fissure suffit à faire tomber la pression interne, de sorte que la dimension de l'orifice n'augmente plus et que sa forme est irrégulière.

La cartouche selon l'invention obvie à ces inconvénients. Cette cartouche est caractérisée par le fait qu'elle se compose essentiellement d'un corps étanche ayant la forme générale d'un tronc de cône aigu avec une bordure à la base et d'une membrane fermant la base pourvue d'une ligne d'affaiblissement déterminant un opercule."

Le brevet est illustré par les figures 1 et 2 suivantes:



Les avantages de l'invention ressortent du descriptif du brevet en regard de ces figures. Ils sont notamment les suivants:

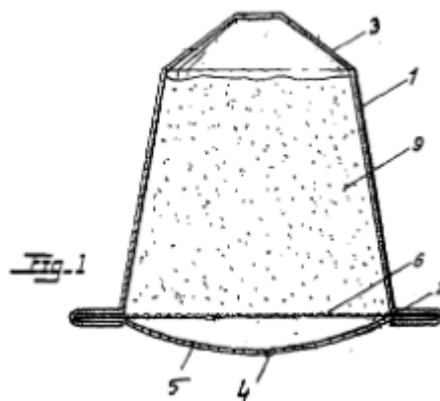
"(...)

Au dessin, la cartouche est constituée d'un corps 1 en tôle d'aluminium de 60 à 110µm d'épaisseur, de préférence 80µm, ayant la forme générale d'un tronc de cône aigu avec une bordure 2 à la base. La conicité par rapport à l'axe est de 2 à 20°, de préférence 10° environ (soit 20° d'angle au sommet). On obtient ainsi une meilleure résistance à l'écrasement et on facilite la sortie de la cartouche de son logement après utilisation.

"(...)"

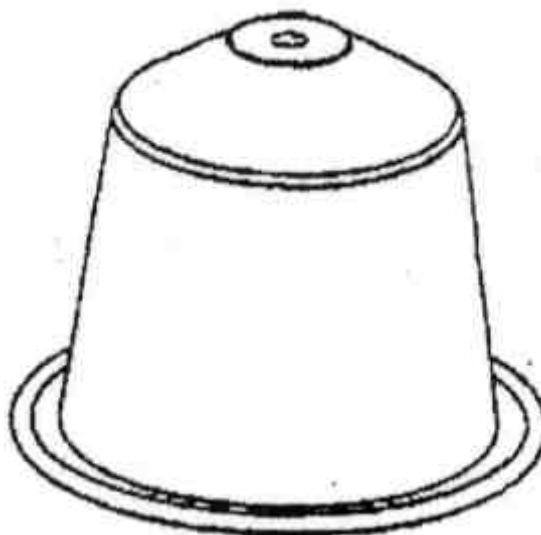
Le brevet a été délivré le 31 décembre 1977 par le Bureau fédéral de la propriété intellectuelle sous n° 605 293. Il a été radié le 16 décembre 1996 après la durée maximale de protection.

c) Le 28 janvier 1992, la requérante Société des produits Nestlé SA a déposé devant l'Office européen des brevets une demande de brevet européen, publiée sous n° 0 554 469 A1, pour une "cartouche fermée et son procédé d'extraction pour la confection d'une boisson". Le descriptif de l'invention est notamment le suivant: "Le corps principal de la capsule, de forme tronconique et de nature semi-rigide, peut être constitué d'aluminium d'une épaisseur de 20 à 100µm". L'invention est illustrée notamment par la figure suivante:



La treizième annuité a été payée jusqu'au 31 janvier 2005; le brevet a été radié à cette date.

3.a) Le 28 juin 2000, la requérante Société des produits Nestlé SA a déposé auprès de l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IFPI) une demande d'enregistrement d'une marque tridimensionnelle pour des produits de la classe 30 (selon la classification internationale instaurée par l'Arrangement de Nice du 17 juin 1957; RS 0.232.112.7; en vigueur en Suisse depuis le 20 août 1962), en particulier les cafés, extraits de café et préparations à base de café. La demande porte sur la forme suivante:



Le 23 octobre 2000, l'IFPI a informé la Société des produits Nestlé SA que l'enregistrement de la marque devait être refusé. En réponse à ce courrier, la requérante a adressé un courrier à l'IFPI le 13 février 2001 dans lequel elle faisait valoir notamment que:

- la forme revendiquée de la capsule ne représente pas la nature même du produit et n'est pas techniquement nécessaire,
- la forme proposée a un caractère au moins aussi distinctif que d'autres marques tridimensionnelle admises par l'IFPI,
- la forme s'est de toute manière imposée comme marque auprès des consommateurs suisses en raison de son long usage.

Cette marque a été inscrite le 15 juillet 2001 sous n° P-486889 comme marque imposée. L'IFPI a admis une prolongation de la protection de cette marque pour dix ans à partir du 29 juin 2010.

b) Bénéficiant de la priorité suisse, la Société des produits Nestlé SA a obtenu la protection de cette marque tridimensionnelle sous n° 763699 dans divers pays du monde au titre de l'Arrangement et du Protocole de Madrid (RS 0.232.112.3 et RS 0.232.112.4). Divers offices des Etats concernés ont toutefois opposé des refus provisoires d'inscription de la marque, mais ont finalement octroyé la protection; tel a ainsi été le cas au Danemark, en Allemagne, en Australie, au Portugal, en Turquie, en Pologne, en Iran et en Finlande. En revanche, le refus d'inscription a été définitif au Japon, en Espagne, en Norvège, en Egypte et à Singapour. La demande d'enregistrement a par ailleurs été retirée au Royaume-Uni, en Suède, en Chine, en Croatie, en Corée du Nord et au Vietnam.

Le 3 juillet 2000, la Société des produits Nestlé SA a déposé une demande de protection de la marque tridimensionnelle devant l'Office européen d'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI) au titre de marque communautaire. Cette demande a été retirée. Une nouvelle demande a été déposée le 12 avril 2002 devant l'OHMI. Elle a été refusée. L'art. 7 al. 1 du règlement CE n° 40/54 du Conseil de l'Union européenne du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire mentionne, parmi les motifs absolus de refus d'enregistrement, que sont refusées à l'enregistrement les marques qui sont dépourvues de caractère distinctif. Sur le site Internet de l'OHMI, il est indiqué que cette marque n'a pas acquis de caractère distinctif.

4.a) Les capsules Nespresso sont vendues par Internet ou dans une des dix-neuf boutiques Nespresso de Suisse, exploitées par Nestlé Nespresso SA. Les capsules connaissent un tel succès que la capacité de leur production a été augmentée à plusieurs reprises. Nestlé Nespresso SA est d'ailleurs le plus important distributeur de café en portions individuelles en Suisse. Ces capsules font l'objet d'une publicité soutenue, dont les dépenses en Suisse s'élèvent à plusieurs millions de francs par année. La forme de la capsule Nespresso apparaît sur la plupart du matériel publicitaire.

Les capsules Nespresso sont conçues pour être utilisées dans un type de machine à café. Ces machines peuvent accueillir d'autres capsules que celles Nespresso. A l'étranger, plusieurs capsules compatibles avec les machines à café Nespresso sont disponibles sur le marché. C'est notamment le cas des capsules "L'Or Espresso" distribuées en France par Sara Lee, dont la forme est la suivante:



C'est également le cas des capsules Ne-Cap et Brown Café, dont la reproduction est la suivante:

- Ne-Cap



- Brown Café



b) Il existe de nombreuses autres façons de conditionner le café moulu, par exemple dans des boîtes ou des sachets. Il peut d'ailleurs être portionné de manière individuelle, sous forme de sachets, de dosettes ou de capsules. Les produits Mellita, Illy Amici, La Semeuse, Chicco d'Oro, Mastro Lorenzi ou Trottet sont par exemple conditionnés en sachets ou dosettes, alors que le produit Tassimo se présente sous la forme d'un disque. Les capsules de café existent aussi dans différentes formes. Ainsi, on peut citer les produits Delizio (Migros), Martello (Coop), Illy Amici, Chicco d'Oro, Tchibo, Mocoffee, Monodor et Dolce Gusto. Tous emballages confondus, le café vendu en portions individuelles existe en Suisse depuis longtemps et le prix pour les sachets ou les dosettes s'échelonne de 19 centimes à 55 centimes la pièce, contre 32 centimes à 66 centimes la pièces pour les capsules.

5. D'après le témoin Alexandre Kollep, ingénieur au service de Nestlé SA depuis quinze ans et qui y avait travaillé sous la direction de l'administrateur des intimés ECC, la forme du compartiment à capsules

des machines Nespresso a évolué au fil du temps. Il y a eu quatre générations de capsules. La première génération intégrait, en plus du compartiment de capsules, un filtre et un entonnoir de sortie. Le porte-capsule qui venait enfermer la capsule dans la cage à capsules a changé lorsque les requérantes sont passées à la deuxième génération de capsules. La deuxième génération ne comportait plus de filtre et de collecteur de sortie dans la capsule. De ce fait, l'espace à disposition pour la capsule a été réduit. Dans une troisième phase, un filtre a été ajouté à l'intérieur de la capsule du côté "injection" pour des raisons de propreté. Le moyen de perçage a aussi été modifié : d'une aiguille creuse, il est passé à trois pointes. Dans cette génération, la cage à capsule était aussi en plastique. D'ailleurs toutes les cages à capsules jusqu'à ce moment-là pouvaient être démontées. Les première et deuxième générations pouvaient l'être par une clef qui venait de l'extérieur de la cage à capsule. Avec la troisième génération, c'était depuis l'intérieur. Des espaces creux ont ainsi été créés pour permettre l'insertion d'un outil pour dévisser la cage à capsule. Avec la quatrième génération, le joint mis en troisième génération a été supprimé. Des rainures anti-vacuum ont en outre été ajoutées à la cage à capsules. Le passage de la première à la deuxième génération s'est fait avant 1992. En d'autres termes, la forme de la cage à capsules a changé en ce sens qu'elle pouvait avoir des orifices ou pas.

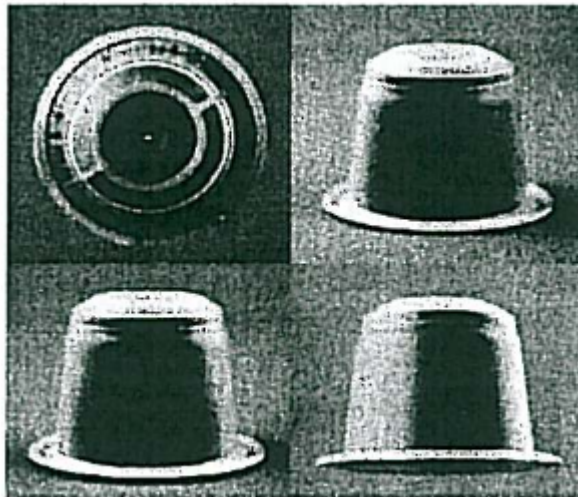
La forme de la capsule a également légèrement changé avec le temps : la partie conique (à 7 degrés) est restée la même, par contre l'arrondi prononcé de la partie basse est devenu plus faible car le poids d'aluminium a été réduit de moitié. La cage à capsules a en revanche subi des modifications qui n'ont pas influencé la capsule. La forme de la cage à capsules a ainsi changé avec les éléments de percement, notamment l'aiguille centrale remplacée par un élément à trois pics, un trident, qui prend moins de volume. La forme est restée compatible avec la capsule.

6. Dès le 15 décembre 2010, la chaîne de magasins Denner SA a offert sur le marché des capsules de café, produites par la société Alice Allison SA, dans le cadre d'une campagne publicitaire de lancement.

L'offre de lancement de ces capsules comportait une représentation des capsules et des emballages par douzaine. Elle était la suivante:



Les requérantes ont déposé par devant le Président du Tribunal de Commerce de Saint-Gall (ci-après: le président) une requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles fondée sur le droit des marques et la concurrence déloyale contre Alice Allison SA et Denner SA. Les conclusions prises tendaient notamment à faire interdire à ces intimées d'offrir, de diffuser, de vendre, de promouvoir, d'exporter, de mettre sur le marché de toute autre manière ou d'entreposer les capsules litigieuses, ainsi que d'inciter, de participer, de favoriser ou de faciliter de tels agissements, pour le motif notamment qu'une telle commercialisation violerait en particulier, selon les requérantes, la marque P-486889. Les requérantes faisaient notamment valoir que la marque P-486889 se serait imposée dans le commerce et que la forme protégée par cette marque ne serait pas techniquement nécessaire au sens de l'art. 2 let. b LPM. Sont visées par cette procédure saint-galloise les capsules de café suivantes:



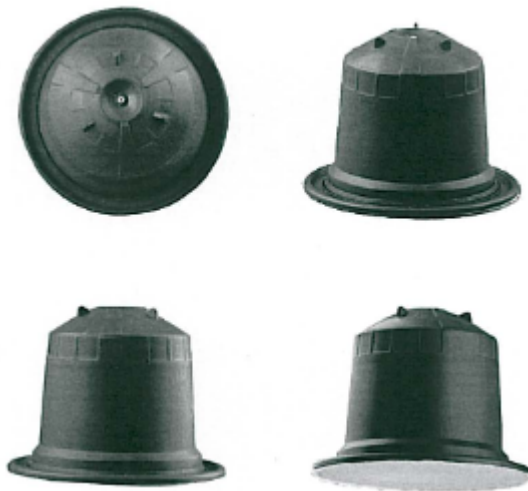
Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 10 janvier 2011, le président saint-gallois a fait interdiction à Alice Allison SA et à Denner SA de distribuer ou commercialiser ces capsules. Cette décision a été partiellement rapportée dans une ordonnance de mesures provisionnelles du 4 mars 2011. A ce stade, le président avait considéré que la marque P-486889 était exclue de la protection des marques au sens de l'art. 2 let. b LPM, la forme du produit étant techniquement nécessaire. Les requérantes ont recouru au Tribunal fédéral contre cette ordonnance. Par arrêt du 28 juin 2011, la Haute Cour a admis le recours et annulé la décision attaquée, considérant en particulier comme contraire au droit d'être entendu le refus du président de mettre en œuvre une expertise en relation avec les formes alternatives de capsules. Le recours a ainsi été admis pour violation de l'interdiction de l'arbitraire dans l'appréciation des preuves et violation du droit d'être entendu. Le Tribunal fédéral ne s'est en revanche pas prononcé sur la validité de la marque P-486889.

Le 29 juin 2011, Denner SA et Alice Allison SA ont requis du Tribunal de commerce de Saint-Gall la levée de l'interdiction de vendre prononcée dans l'ordonnance du 10 janvier 2011. Par ordonnance du 29 août 2011, le Tribunal a rapporté les chiffres I et II de l'ordonnance du 10 janvier 2011. Le Tribunal a également ordonné la mise en œuvre d'une expertise.

7.a) Ethical Coffee Company (Suisse) SA a mis en vente en France des capsules individuelles biodégradables de café moulu compatibles avec le système Nespresso (ci-après: capsules ECC) à partir du mois de mai 2010 par l'intermédiaire des supermarchés Casino, ce qui a conduit Nestec SA et Nespresso France à introduire une procédure fondée sur les deux brevets dont elles sont titulaires; cette procédure est toujours pendante.

Le groupe Nestlé SA a également initié une procédure en contrefaçon de brevets contre Ethical Coffee Company (Suisse) SA et ses partenaires commerciaux en France, savoir Casino, Vegeplast et Café Folliet devant le Tribunal de Grande Instance de Paris. Il n'a pas été rendu vraisemblable que le groupe Nestlé SA ait agi en France contre Ethical Coffee Company (Suisse) SA sur la base d'un droit à une marque tridimensionnelle.

b) Au mois de février 2011, les intimées ECC ont mis ces capsules en vente en Suisse par l'intermédiaire de certains commerces appartenant au groupe Casino. Elles ont été retirées des magasins quelques jours seulement après leur mise sur le marché. Elles avaient la forme suivante:

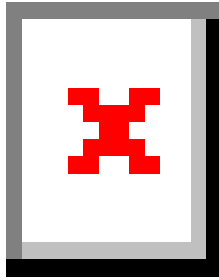


Après le retrait de ces capsules des commerces du groupe Casino, l'administrateur président des intimées ECC, Jean-Paul Gaillard, a déclaré aux médias que ces mêmes capsules seraient mises en vente au mois de septembre 2011 dans les supermarchés Coop, ce qui n'a pour finir

pas eu lieu. Dans un article de presse paru le 26 septembre 2011, le président du conseil d'administration des intimées Media Markt a annoncé la commercialisation, dès la semaine suivante, de capsules ECC compatibles avec les machines à café Nespresso. Ces capsules ont une forme légèrement modifiée par rapport aux capsules vendues précédemment par le groupe Casino: les picots et les stries qui ornaient la partie supérieure de ces dernières ont été supprimés et le renforcement a été affaibli. Elles ont l'aspect suivant:



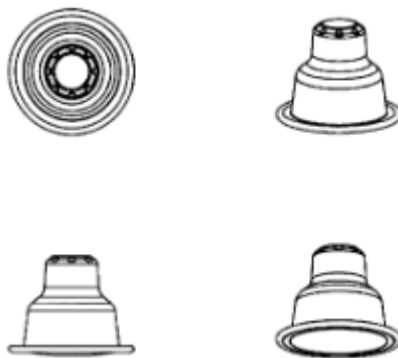
Le 28 septembre 2011, ces capsules ont été trouvées dans le magasin Media Markt Crissier SA. Elles ont été vendues sous le nom "Espresso" dans cinq variétés - *indiad'oro*, *armonioso*, *decarabica*, *cremoso* et *espressivo* - conditionnées dans des emballages de dix pièces. On peut y lire au *recto* la mention "compatibles machines Nespresso" en français et en allemand. Au *verso* des emballages, la même mention figure également en anglais. Ces emballages ont la forme suivante:



Le nom du fabricant, savoir Ethical Coffee Company SA et la marque "Espresso" sont mentionnés sur les emballages de la manière suivante:

ESPRESSO 
ETHICAL COFFEE COMPANY

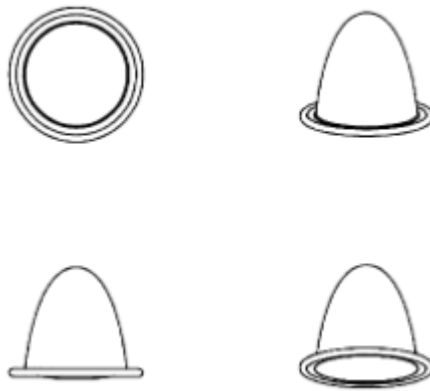
8.a) Dans le cadre de la procédure menée devant les autorités saint-galloises, les requérantes ont conçu des exemples de capsules alternatives compatibles avec leur système Nespresso. Entendu comme témoin-expert à l'audience du 11 novembre 2011, Thomas Kaeser, employé de Nestlé SA, a présenté ces capsules à la cour. La première d'entre elles a la forme suivante:



Thomas Kaeser a expliqué que le volume de cette capsule est différent de la capsule Nespresso, mais qu'il faut distinguer le volume de la capsule et le grammage de café qu'elle contient. En effet, le grammage dépend de la taille des particules de café moulu: plus les particules sont fines, plus le volume de café que l'on peut mettre dans une capsule est élevé. La taille des particules de café peuvent varier entre 200 et 500 microns environ. Chaque fournisseur - pour qui la taille des particules est secrète - cherche à atteindre une taille "cible" selon une courbe de Gauss. La capsule reproduite ci-dessus peut contenir environ 5 grammes de café et la taille des particules est d'environ 280-300 microns, ce qui correspond à une qualité standard. La forme de la courbe de Gauss dans ce cas est ainsi : une partie en dessous de 290 et une partie en dessus de 290 ou 300. Pour cette capsule-là, le témoin-expert n'a pas pu indiquer quelle est la forme exacte de la courbe de Gauss, puisqu'il s'agit d'un prototype. Il a ajouté que le phénomène de tassage - qui ne change pas la taille des particules - était également un paramètre à prendre en compte pour connaître le volume de café que peut contenir une capsule. Le café contenu dans le prototype en question, savoir 5 grammes dont les particules sont de taille égale à celles contenues dans une capsule

Nespresso, n'a pas été tassé plus fort que dans une capsule Nespresso. Thomas Kaeser a encore précisé que le prototype reproduit ci-dessus a été élaboré dans le cadre de l'affaire opposant les requérantes à Alice Allison SA et Denner SA devant les autorités saint-galloises. Pour cette raison, cette capsule comporte des trous à son sommet, comme la capsule mise en vente par Denner SA. Ceci implique qu'elle n'a pas de pression interne, alors qu'il en existe une dans les capsules Nespresso, non perforées à leur sommet.

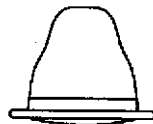
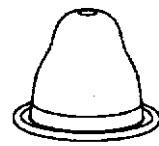
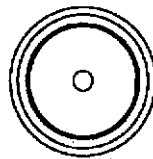
b) La seconde capsule prototype présentée à la cour par le témoin-expert a la forme suivante:



Thomas Kaeser a confirmé que cette capsule fonctionne avec une machine Nespresso; elle est également prépercée comme la précédente, puisqu'elle a aussi été développée en vue de la procédure saint-galloise contre Denner SA. Les capsules Nespresso ne sont en revanche pas prépercées. Le matériau utilisé, l'aluminium, est 100% étanche contre l'oxygène et l'eau. Elles ont été développées ainsi pour donner la meilleure qualité finale dans la tasse pour le consommateur. Si une capsule Nespresso était prépercée, il faudrait alors un deuxième sachet ou étui autour de la capsule pour la rendre étanche à l'oxygène et à l'eau car le café s'oxyderait avec le temps et le goût ne serait plus le même. Le témoin-expert a précisé que la capsule ECC n'est en soi pas 100% étanche contre l'oxygène et l'eau avec le temps, de sorte qu'une protection autour de cette capsule est nécessaire. C'est justement ce que ECC fait avec ses capsules, ce qui augmente les coûts.

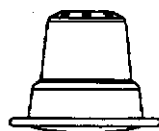
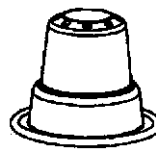
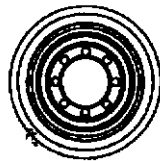
c) Les requérantes allèguent encore - sans que les prototypes ne soient présentés à l'audience de ce jour - que trois autres formes de capsules compatibles avec les machines Nespresso sont envisageables. Diverses variantes de ces capsules pourraient être envisagées. Le témoin-expert Thomas Kaeser a confirmé leur compatibilité avec les machines Nespresso. Il s'agit des formes suivantes:

1.



2.

3.



d) Selon Thomas Kaeser, toutes ces capsules ne sont pas moins commodes ou moins résistantes que les capsules Nespresso. Il a précisé, en parlant des capsules prototypes en plastique, que l'aluminium utilisé pour les capsules Nespresso coûte plus cher à la tonne que le plastique,

mais la capsule en aluminium est toutefois plus légère car les parois sont plus fines que le plastique. Selon ce témoin-expert, si l'on fabrique une capsule avec la forme de celle d'ECC, mais en plastique, les coûts de cette capsule seraient moins élevés que ceux de la capsule Nespresso. Thomas Kaeser n'a toutefois pas pu se prononcer sur le prix de production de la capsule ECC, car il ignore en quel matériau celle-ci est fabriquée.

Lors de l'audience, le témoin-expert a procédé à une démonstration de la possibilité d'utiliser dans une machine Nespresso des capsules Nespresso déformées à un point tel que leur forme n'est plus conique mais presque carrée. Il a apporté avec lui, en vue de son audition, une machine standard qu'il a prise du laboratoire de Nestlé SA où il travaille. Comme cette machine ne correspondait pas exactement aux modèles actuellement vendus en Suisse, l'audience a été suspendue pour permettre aux requérantes de se procurer rapidement une telle machine. Après la suspension d'audience, Thomas Kaeser a procédé à la démonstration avec la machine que les requérantes ont apportée, qui est un modèle standard vendu actuellement dans les commerces en Suisse. Il a tout d'abord déformé une capsule Nespresso en enfonçant sa partie conique supérieure et en aplatissant ses côtés pour la rendre presque carrée. Il l'a ensuite prépercée, comme c'est le cas pour les capsules mises en vente par Denner SA, en expliquant que si l'on insérait la capsule déformée dans la machine sans préperçage, il n'y aurait probablement pas de café qui en serait extrait, car les trois couteaux dans la cage à capsule ne perceraient pas cette capsule. Une fois cette opération effectuée, il a inséré la capsule déformée et prépercée dans la machine Nespresso et enclenché le processus d'extraction du café; un café en a été extrait. Le témoin-expert a ensuite déformé une autre capsule uniquement sur les côtés pour la rendre à peu près carrée et l'a insérée dans la machine. Il n'a donc pas enfoncé sa partie conique supérieure et ne l'a pas prépercée. Une fois insérée dans la machine et celle-ci enclenchée, un café a été extrait. Thomas Kaeser a confirmé qu'après l'extraction du café, cette dernière capsule déformée s'est légèrement regonflée pour épouser sous pression la forme de la cage à capsule. Il a expliqué que cela est dû au fait que la capsule est en aluminium, mais que l'effet serait

certainement différent si la capsule était en une autre matière, notamment en plastique ou en aluminium plus épais.

9.a) Sur demande des intimées Ethical Coffee Company (Suisse) SA et Ethical Coffee Company SA, la société Compliant Systems Sàrl a établi une étude de faisabilité des formes de capsules compatibles Nespresso. Le constat de cette étude est en abrégé le suivant:

"a) La capsule compatible doit utiliser la tonne du compartiment (chambre conique avec fond conique) de la machine NNO pour permettre de:

- I. disposer d'un volume utile de 9.8 cm³ au minimum, quantité nécessaire pour contenir 5g de poudre de café pour 1 tasse préparée;
- II. limiter la quantité d'eau perdue en fin d'extraction liée au volume mort (différence entre le volume de la capsule et le volume du compartiment à capsule), avec le risque de débordement de l'égouttoir;
- III. guider correctement la capsule lors de la fermeture du compartiment de la machine contre la contre-pièce, afin de garantir l'étanchéité;
- IV. garantir la perforation suffisante par les aiguilles de perforation logées au fond du compartiment de la machine, pour permettre le passage de l'eau dans la capsule et limiter la perte de pression.

b) Les formes de capsules avancées par NNO n'ont pas les propriétés géométriques requises pour:

- I. contenir un volume utile de 9.8 cm³ au minimum pour contenir la poudre nécessaire à une préparation d'un café de qualité;
- II. guider correctement la capsule lors de la fermeture du compartiment contre la contre-pièce, afin de garantir l'étanchéité et empêcher le blocage du mécanisme;
- III. garantir la perforation suffisante par les aiguilles, pour permettre le passage de l'eau dans la capsule et limiter la perte de pression;
- IV. la fabrication avec d'autres matériaux, par exemple des matériaux biodégradables par procédés d'injection;
- V. les machines à système d'injection d'eau par une aiguille pénétrante à l'intérieur de la capsule, il y a risque d'éclatement de la capsule.

c) la déformation des capsules telles que dites essayées par NNO n'est pas un argument valable, car:

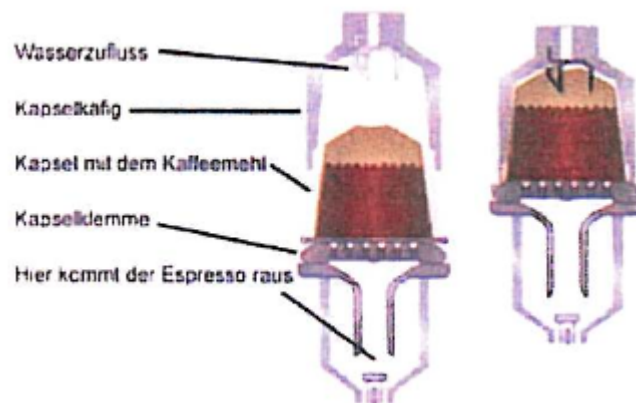
- I. la capsule doit contenir un volume utile de 9.8 cm³ au minimum, impossible avec une capsule déformée;
- II. le positionnement de la capsule n'est possible qu'à condition de maintenir une section inscrite dans un cône circulaire de longueur identique à la capsule NNO) (qui correspond au logement existant);
- III. selon le matériau utilisé pour la capsule, elle n'est pas déformable;
- IV. une capsule déformée présente un risque de blocage du mécanisme ou d'impossibilité de son extraction.

d) la forme intérieure du compartiment à capsule des machines a effectivement évolué, mais pour des raisons à notre sens non nécessaires au fonctionnement du système NNO, car:

- I. les capsules NNO les plus récentes fonctionnent parfaitement dans des machines fabriquées il y a plusieurs années, le volume de la capsule NNO n'a pas changé;
- II. mis à part le dispositif d'étanchéité par ajout de silicone sur la face arrière de la collerette de la capsule, la capsule NNO n'a pas évolué; il n'y a donc pas eu nécessité d'adaptation géométrique de la machine;
- III. les harpons constituent une complication coûteuse et non nécessaire tant pour l'utilisation de capsules NNO que les capsules concurrentes (voir viennent entraver certaines capsules concurrentes);
- IV. le volume interne du compartiment de la machine n'a pas changé."

b) Les éléments suivantes ressortent en outre de cette étude:

ba) La majorité des capsules compatibles avec le système Nespresso sont prépercées à leur sommet, alors que les capsules Nespresso et ECC sont hermétiques. En effet, celles-ci sont percées lors de la fermeture du mécanisme de la machine par des aiguilles, alors qu'une membrane côté sortie du liquide éclate sous l'effet de la pression de l'eau. L'étude contient le schéma suivant:



bb) Le fonctionnement d'une machine Nespresso est décrit de la manière suivante:

"La préparation de café requiert le processus d'extraction suivant:

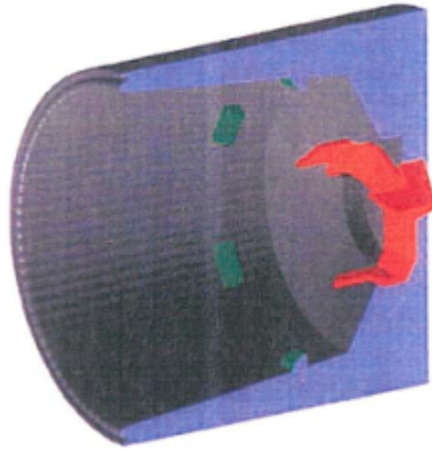
- 1) La capsule est orientée et insérée dans le mécanisme de la machine par une ouverture sur le dessus. La capsule tombe - Le transit vertical de la capsule dans la machine se fait essentiellement sous l'effet de la

gravitation – dans une position bloquée et légèrement inclinée vers le bas (axe de la capsule non horizontal). Le centrage est approximatif.

- 2) Le mécanisme est armé (dispositif à genouillère précontrainte ou autre) en abaissant le levier d'une position ouverte (inclinée) en position fermée (horizontale). Lors de cette manipulation, la capsule est redressée et centrée, et en même temps, perforée par trois aiguilles logées au fond du compartiment, voir Figure 9. La collerette est comprimée pour obtenir l'étanchéité.
- 3) L'eau est chauffée à 86 - 92 °C puis injecté à travers le compartiment à capsule pour s'écouler par une plaquette perforée. Pour cela, le couvercle en aluminium (capsule NNO) rompt sous la pression (pic d'éclatement) en appui sur la plaquette de retenue. La capsule ECC contient une membrane qui éclate lorsque le seuil de pression est atteint. Une membrane retient alors la poudre compactée s'accumulant sous le gradient de pression.
- 4) La pression statique de la pompe peut atteindre 19 bar (débit nul) – La pression statique maximale ainsi que le rapport entre le débit et la pression dépendent de la performance de la pompe à eau installée dans la machine. Le débit maximal est de moins de 6 cm³/s (pression nulle). Le débit des capsules NNO se situe entre 1.4 et 3 cm³/s celui des capsules ECC entre 0.35 et 1 cm³/s. La pompe s'éteint lorsque le débit tombe en dessous du seuil de 0.35 cm³/s – La "limite de shutdown" est effectivement imposée de par la construction de la machine, qui comprend un débitmètre avec roue à deux palettes (paddlewheel flowmeter) permettant de détecter le seuil de 0.35 cm³/s et d'arrêter la machine. Le système fut introduit avec Pixie, pour tirer profit (par NNO) du fait de la perte de charge accrue des capsules ECC. Le fonctionnement du "shutdown" est documenté dans [2]. La pression de travail varie entre 11 et 15 bar – L'analyse des courbes d'extraction volumétrique mesurées par REG confirme le constat sur notre machine Nespresso Koenig Capri d'un débit réduit avec les capsules ECC comparé à celui des capsules NNO. L'observation de la diminution progressive du débit en fonction du temps est perceptible.
- 5) En fin d'extraction, le levier est remonté et la capsule (chaude et remplie de café humide) tombe dans le bac. Le compartiment est longitudinalement rainuré pour éviter l'adhésion de la capsule pour la libérer par glissement induit par gravitation.

(...)"

bc) Le volume du compartiment des machines Nespresso se présente de la manière suivante:



Les aiguilles de perforation des capsules sont représentées en rouge dans la reproduction ci-dessus. Durant l'extraction du café, le compartiment et la capsule sont remplis d'eau. Lors du remplacement d'une capsule utilisée, l'eau résiduelle contenue à l'extérieur de la capsule (à l'intérieur du compartiment) s'échappe dans l'égouttoir à l'avant de la machine. Une capsule "sous-optimale" (ayant un volume réduit) augmente la quantité d'eau évacuée (donc perdue) et accélère le remplissage du bas de l'égouttoir et son débordement.

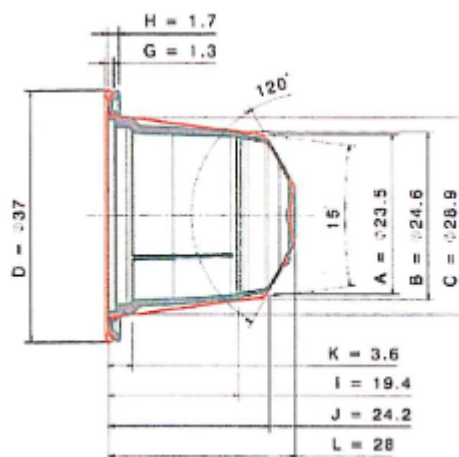
bd) La capacité volumique d'une capsule doit être au minimum de $9,8 \text{ cm}^3$. Ce volume équivaut à la quantité requise de poudre de 5 grammes minimum par capsule, nécessaire à la préparation d'une tasse d'un café de qualité. Toute variation de forme par rapport à la forme conique du compartiment entraîne une réduction du volume utile de la capsule. S'agissant des capsules ECC en particulier, elles sont fabriquées en un matériau biodégradable conçu essentiellement de fibres végétales et d'amidon. Elles sont fabriquées par injection dans un moule avec une épaisseur de paroi moyenne de 0,6 à 0,9 millimètres. Chaque capsule ECC contient un volume net de $9,8 \text{ cm}^3$. Si l'on considère les tolérances de fabrication de la capsule et de remplissage de poudre, il s'agit là de dimensions minimales requises. Toute forme de capsule à dimensions inférieures ne dispose pas d'un volume suffisant.

be) Afin de garantir un positionnement correct dans le compartiment de la machine, les conditions géométriques suivantes

doivent être réunies et respectées pour toutes les capsules compatibles avec les machines Nespresso:

"(...)

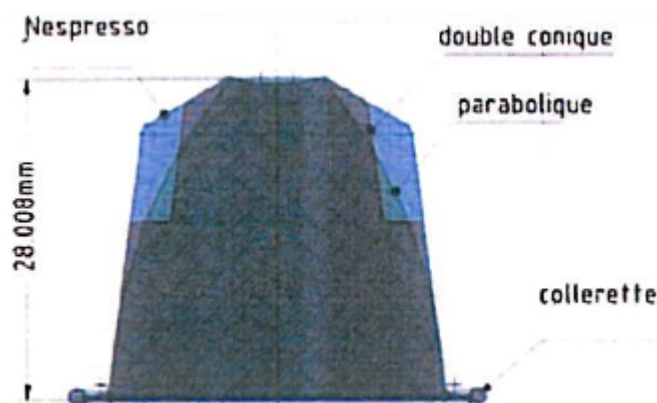
- Le diamètre extérieur $D = 37$ mm doit être respecté à typiquement ± 0.1 mm ou mieux, pour garantir le blocage puis le centrage de la capsule [...]. La capsule doit présenter une souplesse radiale suffisante - Cette condition limite l'épaisseur de la collerette en fonction du module d'élasticité du matériau choisi, y compris celui du couvercle. Le couvercle massif de la capsule ECC a l'inconvénient de rigidifier la capsule et par conséquent d'augmenter l'effort nécessaire (constaté) à faire passer la capsule dans la jauge. Une autre forme de couvercle pourrait remédier à cette difficulté - au niveau de la collerette pour franchir l'étape de dégagement [...].
- L'épaisseur de la collerette, G et H pour la capsule NNO et ECC respectivement, est adaptée à la largeur de rainure dans la jauge et au procédé de fabrication (matériau) choisi.
- La longueur nominale hors tout est de $L \approx 28$ mm.
- La conicité de 15° de l'enveloppe est identique à celle du compartiment.
- La conicité du fond de 120° est imposée par la forme conique du fond du compartiment, et nécessaire à la rigidité et au centrage de la capsule afin de permettre la pénétration des aiguilles perforatrices.
- La longueur $I \approx 19.4$ mm et le diamètre $B \approx 24.6$ mm sont imposés par la présence de harpons saillants (machines récentes) dans le compartiment d'une part, et la nécessité de précentrer la capsule lors de son approche vers les aiguilles. Cette longueur est à maximiser.
- La longueur $J \approx 24.2$ mm et le diamètre $A \approx 23.5$ mm correspondent aux dimensions de la capsule NNO et délimitent le contour permissible pour le compartiment donné.
- Le diamètre $C \approx 28.9$ mm, la longueur K et la conicité de l'épaulement sont fonction de système d'étanchéité retenu, mais le centrage en position finale doit être respecté.
- Le centre de gravité de la capsule (complète et remplie, non représentée) doit se situer à l'intérieur de la longueur I pour garantir le guidage et le centrage de la capsule dans le compartiment.



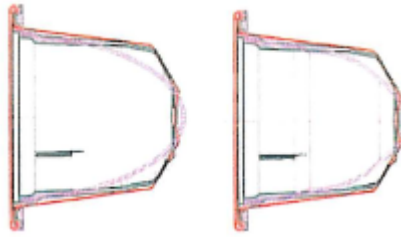
"(...)"

bf) Un bon centrage de la capsule dans le compartiment doit survenir à la force de résistance des aiguilles pénétrant légèrement excentrées simultanément au redressement de la capsule lors de la fermeture du mécanisme. Si les capsules concurrentes ne peuvent pas se centrer correctement dans la machine, il y a des risques d'un mauvais fonctionnement de la machine, les perforations de la capsule ne se faisant pas correctement. Pour l'obtention de l'étanchéité, la capsule doit être correctement logée dans le compartiment et la collerette non déformée.

bg) Il faut classer les capsules compatibles avec le système Nespresso en deux catégories: formes paraboliques et formes doubles coniques. Indépendamment de la forme de la capsule considérée, la longueur de celle-ci est un paramètre important et déterminant pour la perforation efficace de la capsule hermétique. Les aiguilles doivent pénétrer au minimum de 2 mm dans la capsule pour être efficaces et dépasser le tranchant oblique de l'aiguille, mais pas plus de 4,2 mm pour ne pas déformer le fond de la capsule. Si la capsule est perforée de manière insuffisante, la perte de charge sera plus élevée à l'entrée de la capsule et il faudra une plus grande pression pour que l'eau puisse entrer dans la capsule. Si la capsule n'est pas perforée, la pression de l'eau déforme la capsule par écrasement. Ce schéma illustre la condition de la longueur minimale nécessaire à la perforation de la capsule:

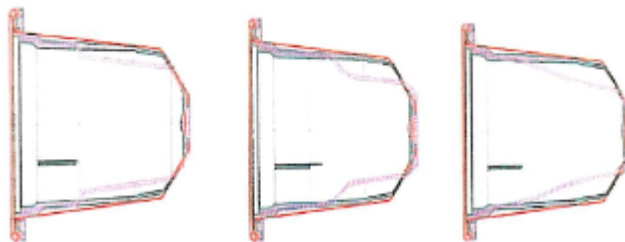


i) Le schéma suivant illustre les formes paraboliques envisageables pour être compatibles avec les machines Nespresso:



Le volume de ces capsules est de 9,3 et 9,6 cm³, calculé avec une épaisseur de paroi de 0,6 mm. Ce volume, inférieur à 9,8 cm³, est insuffisant pour contenir le minimum requis de café en poudre. Le volume "mort" à l'extérieur de la capsule est trop important, la capsule "sous-optimale" (ayant un volume réduit) augmente la quantité d'eau évacuée (donc perdue) et accélère le remplissage du bac de l'égouttoir. Si le diamètre de la collerette de la capsule n'est pas optimal, il est possible que la capsule se déforme trop et se déchire, ou se déforme trop et la collerette ne fait plus étanchéité. Quant à la perforation de la capsule, la forme parabolique pose problème car elle est insuffisante, voire nulle selon la forme choisie.

- ii)* Le schéma suivant illustre les formes doubles coniques envisageables pour être compatibles avec les machines Nespresso:



Le volume de ces capsules est de 8,1 et 9 cm³, calculé avec une épaisseur de paroi de 0,6 mm. Ce volume, inférieur à 9,8 cm³, est insuffisant pour contenir le minimum requis de café en poudre. Le volume "mort" à l'extérieur de la capsule est trop important, la capsule "sous-optimale" (ayant un volume réduit) augmente la quantité d'eau évacuée (donc perdue) et accélère le remplissage

du bac de l'égouttoir. La perforation d'une capsule de cette forme peut être insuffisante.

10.a) Au mois de mai 2010, la requérante Nestlé Nespresso SA a commandé un sondage à l'Institut GFK Switzerland afin d'évaluer la notoriété de la marque P-486889. A ainsi été montré à 600 personnes le dessin reproduit ci-dessus (cf. ch. **3.a**), sans aucune autre indication; spontanément, 50% des sondés ont reconnu la capsule Nespresso ou ont fait un lien avec Nespresso. Ce taux est de 73% lorsque les personnes interrogées reçoivent l'indication selon laquelle il s'agit d'un produit issu de l'univers du café. Ces résultats s'élèvent respectivement à 60% et 82% parmi les 324 propriétaires de machines à café interrogés. La conclusion du sondage est la suivante (traduction de l'anglais): "...les capsules revêtant la forme de la marque CH P-486889 sont attribuées à Nespresso/Nestlé par une proportion importante de 73% de la population en Suisse".

b) Au début de l'année 2011, les requérantes ont commandé à l'Institut GFK Switzerland un nouveau sondage portant sur la forme des capsules ECC. Une image de cette capsule sous différents angles a été présentée aux sondés, sans faire allusion au groupe de produit ou au produit lui-même. Spontanément, 50,2% des sondés ont attribué cette forme à Nespresso et 6,4% à Nestlé. Au total, cela signifie donc que 56,6% des sondés ont attribué spontanément la capsule ECC à Nespresso/Nestlé.

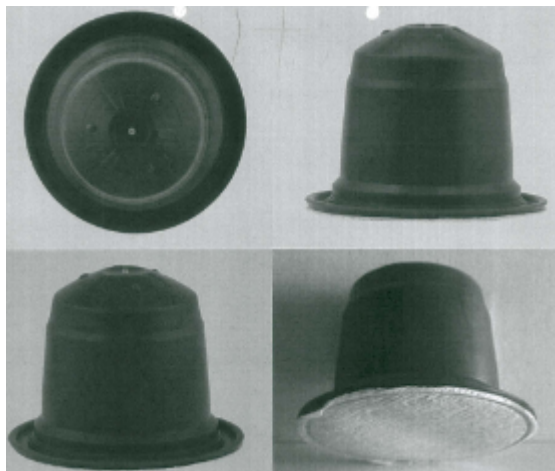
La conclusion de ce sondage est la suivante:

"Si l'on cumule les citations spontanées et assistées, la forme de la capsule de café ETHICAL COFFEE COMPANY est attribuée par 52,6% des interviewés à NESPRESSO et/ou NESTLÉ. Cette valeur cumulée est encore légèrement plus élevée chez les buveurs/acheteurs de café (54,3%) et chez les possesseurs de machines à café (56,0%).

Du point de vue de l'institut, on peut constater que ces attributions à NESPRESSO/NESTLÉ se situent à un niveau élevé."

11. Le Groupe Nestlé SA a réalisé en 2010 un bénéfice avant impôt de 16,2 milliards de francs. Dans le courant de l'année 2009, 6 milliards de capsules auraient été vendues de par le monde pour un total de 3,2 milliards de francs. Selon un extrait du site Internet de Nestlé Nespresso SA, cette société a bénéficié d'une croissance organique supérieur à 20% pour l'année 2010.

12. Par requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles du 30 septembre 2011, les requérantes ont conclu à ce qu'interdiction soit faite aux intimées d'offrir, commercialiser, distribuer, vendre, promouvoir, exporter, entreposer ou utiliser de quelque autre manière dans le commerce des capsules de café présentant la forme reproduite ci-dessous, en particulier les capsules commercialisées sous le désignation "Espresso Ethical Coffee Company" (I):



Les requérantes ont également conclu à ce que l'interdiction qui précède soit assortie de la menace aux intimées, par leurs organes, de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937; RS 311.0) en cas d'insoumission à une décision de l'autorité (II), à ce que cette interdiction soit en outre assortie de la menace aux intimées de l'amende d'ordre de 1'000 fr. pour chaque jour d'inexécution prévue par l'art. 343 al. 1 let. c CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008; RS 272) (III) et à ce que les intimées

soient condamnées solidairement entre elles aux frais et dépens de l'instance (IV).

Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 30 septembre 2011, le juge délégué a fait droit aux conclusions I et II mentionnées ci-dessus. Il a également astreint les requérantes à déposer au greffe de la Cour civile, dans un délai de dix jours dès la notification du dispositif, des sûretés d'un montant de 30'000 francs, en espèces ou sous la forme d'une garantie bancaire à première demande, émise par une banque autorisée par la FINMA à exercer une activité bancaire en Suisse, pour assurer le paiement aux intimées d'éventuels dommages-intérêts pouvant résulter des mesures ordonnées, faute de quoi l'ordonnance de mesures superprovisionnelles deviendrait caduque (III). Le juge a en outre laissé les frais suivre le sort des mesures provisionnelles (IV), déclaré son ordonnance immédiatement exécutoire (V) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VI).

Par courrier du 13 octobre 2011, les intimées Media Saturn Management SA et les magasins du groupe Media Markt ont conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions prises contre elles par les requérantes. Elles ont en outre informé le juge délégué qu'elles avaient remis aux requérantes une déclaration contenant notamment le passage suivant:

"nous vous informons que jusqu'à la fin de la procédure de mesures provisionnelles devant le Tribunal cantonal vaudois (CM11.036478), nous renonçons à offrir, commercialiser, vendre, réaliser et entreposer des capsules de café sous la dénomination "Espresso Ethical Coffee Company" selon le ch. I de l'ordonnance du 30 septembre 2011. Cette déclaration de renonciation est faite volontairement et sans reconnaissance d'une responsabilité juridique; elle vaut sans conditions jusqu'au terme de la procédure de mesures provisionnelles susmentionnée."

Par déterminations déposées par porteur au greffe du Tribunal cantonal le 10 novembre 2011, les intimées Ethical Coffee Company (Suisse) SA et Ethical Coffee Company SA ont conclu, sous suite de frais et dépens et par la voie des mesures superprovisionnelles, à ce que l'ordonnance de mesures superprovisionnelles du 30 septembre 2011 soit levée immédiatement (I). A titre provisionnel, ces intimées ont conclu à ce

que les conclusions de la requête de mesures provisionnelles soient purement et simplement rejetées (II) et à ce que l'ordonnance du 30 septembre 2011 soit immédiatement levée (III). Subsidiairement, ces intimées ont conclu à ce que les requérantes soient astreintes à la fourniture de sûretés à concurrence d'un montant de 15'000'000 francs (IV).

A l'audience, les requérantes ont sollicité la mise en œuvre d'une expertise, à titre subsidiaire et dans l'éventualité où le juge de céans ne serait pas convaincu de la validité de la marque invoquée au titre de la vraisemblance.

13. Interrogé comme partie au sens de l'art. 191 CPC à l'audience du 11 novembre 2011, l'administrateur président des intimées Ethical Coffee Company (Suisse) SA et Ethical Coffee Company SA, Jean-Paul Gaillard, a fait notamment la déclaration suivante:

"Je confirme que les capsules prototypes permettent de faire du café dans les machines Nespresso à titre expérimental.

(...)

S'agissant des capsules blanches conçues en vue de la procédure devant le Tribunal de commerce de St. Gall, cela peut fonctionner, mais pour moi cela donne du moins bon café et cela dépend de leur matière. J'ajoute encore que leur fabrication avec préperçage amène un surcoût de production non négligeable, ce qui amènera à la production d'une capsule chère et pas bonne. En outre il faudra trouver le matériau qui tient la pression. Pour moi c'est la façon la plus compliquée de faire une capsule; l'homme de l'art ne prendrait jamais cette solution. (...)"

14. Par ordonnance sur mesures provisionnelles du 11 novembre 2011, dont les motifs ont été envoyés pour notification le 16 décembre 2011, le juge délégué du Tribunal cantonal vaudois a fait interdiction aux sociétés Ethical Coffee Company (Suisse) SA et Ethical Coffee Company SA (ci-après : ECC) ainsi qu'aux sociétés du groupe Media Markt d'offrir, commercialiser, distribuer, vendre, promouvoir, exporter, entreposer ou utiliser de quelque autre manière, dans le commerce, des capsules de café correspondant à la forme de celles commercialisées par les sociétés Nestlé et Nespresso (I), sous menace des peines prévues par l'art. 292 CP (II). Il a astreint par ailleurs Société des Produits Nestlé SA et Nestlé Nespresso SA (ci-après : Nestlé et Nespresso) à déposer une garantie à première

demande de deux millions de francs pour l'hypothèse où ces sociétés seraient condamnées à des dommages-intérêts pour le motif que la mesure serait injustifiée (III). Il a fixé aux parties requérantes un délai au 29 février 2012 pour déposer une demande au fond sous peine de caducité des mesures provisionnelles (IV). Il a statué par ailleurs sur les frais et dépens (V à VII) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VIII).

Dans ses considérants, le juge délégué a retenu que l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle avait enregistré la marque P- 486889 comme marque imposée et que les intimées avaient fait valoir le motif d'exclusion absolu prévu par l'art. 2 let. b LPM (loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance; RS 232.11). Le juge a considéré qu'un rapport d'expertise judiciaire indépendant était nécessaire lorsqu'était en jeu comme élément central du litige un fait technique aprêment disputé entre les parties, qu'il ne pouvait dès lors se fonder ni sur les explications des intimées ni sur le rapport d'expertise privée qu'elles avaient produit pour retenir que la forme de la marque était techniquement nécessaire et détruire la vraisemblance de la validité de la marque acquise par l'inscription de celle-ci au registre des marques. Sur la base du résultat d'un sondage réalisé en 2001, selon lequel plus de 52 % des sondés attribuait la forme de la capsule des intimées aux requérantes et ces attributions se situaient à un niveau élevé, et considérant que la marque des requérantes, une marque imposée, devait jouir d'une protection plus étendue, le juge a retenu que le risque de confusion était rendu vraisemblable tant sous l'angle de l'art. 3 al. 1 let. e LPM que sous l'angle de l'art. 3 let. d LCD (loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale; RS 241), que ce risque de confusion rendait vraisemblable la menace d'une atteinte à la marque des requérantes et que cela était suffisant pour octroyer les mesures provisionnelles requises, sans qu'il fût nécessaire de trancher la question de savoir si les intimées exploitaient la réputation des requérantes.

15. Le 29 février 2012, dans le délai imparti par l'ordonnance du 11 novembre 2011, les requérantes ont déposé une demande au fond, qui a été suivie d'échanges d'écritures dont les dernières en date sont les déterminations sur nova ainsi que les nova déposées respectivement le 19 juin 2014 et le 3 septembre 2014 par les intimées et les défenderesses au fond.

16. Le 6 mars 2012, le juge délégué, se référant à un courrier du 24 février 2012 des conseils des sociétés requérantes et des sociétés du groupe Media Markt, a pris acte que les requérantes avaient transigé avec les intimées Média Saturn Management AG et les sociétés du groupe Media Markt. Il a donné avis que la cause se poursuivait entre les requérantes et demanderesses d'une part et les intimées et défenderesses Ethical Coffee Company (Suisse) SA et Ethical Coffee Company SA d'autre part, les intimées Media Saturn Management AG et Media Markt étant hors de cause et de procès.

B. L'arrêt du Tribunal fédéral du 26 juin 2012

17. Les intimées ECC ont interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'ordonnance rendue le 11 novembre 2011 par le juge délégué. Se plaignant d'arbitraire (art. 9 Cst.) et d'une violation du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), elles ont conclu à l'annulation de l'ordonnance attaquée et au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour que l'instruction soit complétée et qu'une nouvelle décision soit rendue. Les requérantes ont conclu à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet du recours avec suite de frais et dépens.

Par arrêt du 26 juin 2012, le Tribunal fédéral a admis le recours, a annulé l'ordonnance attaquée et renvoyé la cause à l'autorité de céans pour nouvelle décision. En substance, la Haute cour a considéré que le juge cantonal ne pouvait pas éluder la question préjudicielle qui lui avait été posée en se retranchant derrière le fait que la marque avait été enregistrée au registre suisse tenu par l'Institut fédéral de la Propriété intellectuelle ; il lui incombait de statuer sur la validité d'une marque et, saisi d'une requête de mesures provisionnelles, il devait examiner la

question sous l'angle de la vraisemblance. Toujours pour le Tribunal fédéral, le juge cantonal ne pouvait pas non plus se retrancher derrière la constatation selon laquelle la capsule Nespresso s'était imposée dans l'esprit des consommateurs comme marque. Cette circonstance ne pouvait justifier la protection que s'il s'agissait d'un signe appartenant au domaine public (art. 2 let. a LPM); en revanche, si la forme est techniquement nécessaire, sa protection est absolument exclue par l'art. 2 let. b LPM, sans qu'il y ait à examiner si elle s'est imposée comme marque. Le Tribunal fédéral a rappelé que pour respecter la volonté du législateur une invention tombée dans le domaine public après l'expiration de la durée de monopole doit pouvoir être réalisée par un concurrent. S'il n'est pas possible de fabriquer une capsule de forme différente pour la même utilisation (absence de forme alternative) ou si une autre forme présenterait des inconvénients empêchant une concurrence efficace, il faudrait en déduire que la protection de la capsule Nespresso comme marque est exclue par l'art. 2 let. b LPM. Il a ajouté que la question à examiner n'est pas seulement de savoir s'il est possible de produire une capsule différente qui soit utilisable de la même manière (donc dans les mêmes machines) et avec la même efficacité. La capsule de forme différente ne peut être considérée comme une forme alternative au sens de la jurisprudence que si elle n'entre pas dans le champ de protection (*Schutzumfang*) de la capsule Nespresso. Il convient donc aussi de se demander si la ou les autres formes se distingueraient suffisamment dans l'esprit du public acheteur, de la capsule Nespresso pour éviter d'entrer dans sa sphère de protection conformément à l'art. 3 LPM (consid. 2.3). Si la forme d'une capsule est techniquement nécessaire, les art. 2 et 3 LCD ne sauraient faire interdiction à un concurrent d'utiliser, en soi, une même capsule, puisque toute concurrence deviendrait alors impossible et puisqu'on ne saurait accorder à la marque litigieuse, par le détour de la LCD, une protection que la législation sur les marques lui refuse expressément, étant précisé que la LCD pourra être appliquée si la mise sur le marché des mêmes capsules procède d'un comportement déloyal, notamment si les insertions publicitaires accompagnant leur vente sont de nature à faire naître une confusion avec les éventuels slogans déjà utilisés par le concurrent. S'agissant d'une question technique controversée et

décisive, le juge cantonal se devait de demander une expertise sommaire à un technicien indépendant. Pour le Tribunal fédéral, l'expertise constituait le moyen de preuve adéquat pour élucider, au moins sous l'angle de la vraisemblance, le point technique déterminant et la décision du juge cantonal, qui avait clos l'administration des preuves et avait tranché sans disposer d'aucun élément de preuve sérieux, était entachée d'arbitraire (consid. 2.4).

C. L'ordonnance sur mesures superprovisionnelles du 21 août 2012

18. Le 18 juillet 2012, les sociétés ECC ont requis le juge délégué de lever avec effet immédiat l'ordonnance superprovisionnelle du 30 septembre 2011.

Le 21 août 2012, le juge délégué a rendu une ordonnance de mesures superprovisionnelles, par laquelle il a modifié le chiffre III de l'ordonnance de mesures superprovisionnelles du 30 septembre 2011 en ce sens que le montant des sûretés à fournir par les sociétés Nestlé et Nespresso passait de 30'000 fr. à deux millions de francs (I). Le juge délégué a confirmé sa précédente décision de mesures superprovisionnelles du 30 septembre 2011 en tant qu'elle prononçait l'interdiction, sous menace de sanction pénale, de commercialiser les capsules des sociétés ECC (confirmation des ch. I et II du dispositif du 30 septembre 2011) et a déclaré que l'ordonnance du 21 août 2012 était immédiatement exécutoire et qu'il resterait en vigueur jusqu'à droit connu sur le sort des mesures provisionnelles (III). Il a enfin arrêté les frais judiciaires et compensé les dépens (IV et V).

Les Sociétés ECC ont interjeté un recours en matière civile contre cette ordonnance. Il résulte de l'arrêt rendu le 9 janvier 2013 par le Tribunal fédéral que les sociétés ECC avaient conclu en toutes hypothèses à l'annulation de l'ordonnance du 21 août 2012. A titre principal, elles entendaient faire constater que la décision superprovisionnelle du 30 septembre 2011 avait définitivement cessé de déployer ses effets au plus

tard le 16 décembre 2011, en raison de la décision sur mesures provisionnelles consécutive à l'audience du 11 novembre 2011. Subsidiairement, elles demandaient la levée de l'ordonnance superprovisionnelle du 30 septembre 2011, avec effet immédiat. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours dans la mesure où il était recevable.

D. L'expertise judiciaire

19. A la suite de l'arrêt rendu le 26 juin 2012 par le Tribunal fédéral, une expertise a été confiée à Pierre Gendraud, expert en propriété industrielle près la Cour d'Appel de Paris et expert agréé par la Cour de Cassation française, qui a déposé son rapport le 30 novembre 2013. Les constatations et conclusions de l'expert sont en substance les suivantes :

L'expert indique que les capsules des intimées sont présentées aux consommateurs dans des emballages pouvant contenir chacun une dizaine de capsules, que ces emballages sont revêtus de la marque « Espresso » et du nom de la société Ethical Coffee Company avec l'indication apparente que ces capsules sont biodégradables et qu'elles sont compatibles avec les machines Nespresso. L'expert explique qu'elles sont biodégradables, car réalisées à partir de matière végétale - à la différence des capsules de Nespresso qui sont en aluminium. Leur compatibilité avec les machines Nespresso vient du fait qu'elles sont susceptibles d'être perforées par les buses d'introduction de l'eau sous pression et haute température de cette machine et qu'elles puissent être mises sous pression et température à des conditions identiques à celles des capsules Nespresso et ainsi de produire un café présentant des qualités acceptables pour un consommateur d'attention moyenne du marché européen. Selon l'expert, les capsules des intimées présentent la même forme que celle qui fait l'objet de la protection de la marque en cause. Il indique que d'autres capsules compatibles, telles que les capsules « Café Royal » étaient présentes dans les rayons de l'enseigne de distribution Migros et que d'autres distributeurs, tels que Sara Lee, Vergnano, Aldi ou Denner distribuaient également diverses autres

capsules compatibles avec ces mêmes machines Nespresso, en assez grand nombre. L'expert déclare que toutes les capsules qu'il a vues chez les distributeurs étaient pré-percées et ne présentaient pas la même forme. A sa meilleure connaissance, il n'existait à ce jour que très peu d'autres capsules non pré-percées et compatibles, seules les capsules « Best Espresso » et « Gimoka » lui avaient été signalées comme n'étant pas pré-percées et un exemplaire de chacune de ces capsules lui avaient été communiqué par les requérantes.

Pour l'expert, les fonctionnalités requises pour la fabrication d'un café à partir d'une capsule comprennent une paroi de la capsule apte à permettre la perforation par une buse, en vue du passage de l'eau sous haute pression et haute température, et un moyen d'extraction de la capsule du compartiment de la machine à l'issue du procédé de production du café.

A la question de savoir quelles dimensions les capsules doivent respecter pour garantir un bon positionnement dans le compartiment de la machine Nespresso, en particulier un bon centrage, l'expert dit qu'une capsule parfaitement compatible doit pouvoir entrer dans le compartiment, être bien centrée dans le compartiment, être retenue à l'entrée du compartiment par un épaulement, pénétrer jusqu'au fond du compartiment et occuper le volume maximum du compartiment pour contenir suffisamment de café. De l'avis de l'expert, un bon positionnement de la capsule doit respecter ces cinq contraintes qui se traduisent par des conditions géométriques suivantes :

Le diamètre extérieur de la capsule doit être aussi proche que possible du diamètre interne du compartiment de la machine Nespresso, afin de permettre à une capsule de pénétrer dans le compartiment et de permettre un bon centrage de cette capsule. Cela se traduit par l'expression $\Phi_{\text{int}}=29 \text{ mm} \pm 0,1 \text{ mm}$.

La conicité de la capsule doit être aussi proche que possible de celle du compartiment, afin de permettre un bon centrage ; or, le

compartiment a une forme double tronconique et conique, avec un premier tronc de cône présentant une conicité α_1 de 15 ° environ et un second cône présentant une conicité α_2 de 120 ° ; ces angles doivent être approchés à 0,5° près.

La collerette de la capsule doit être adaptée à l'épaulement prévu dans la machine Nespresso afin d'assurer la retenue de la capsule ; soit un diamètre extérieur maximal Φ_{ext} de 37 mm \pm 0,1 mm, et un épaulement E_p de 1,5 mm \pm 0,1 mm.

La longueur de la capsule doit être adaptée à la profondeur du compartiment, afin de permettre la pénétration des aiguilles ; soit une longueur maximale L_{max} de 28 mm \pm 0,1 mm.

En conclusion, l'expert considère qu'une capsule doit respecter les dimensions suivantes ($\Phi_{int}=29$ mm \pm 0,1 mm ; $\alpha_1=15$ ° \pm 0,5° ; $\alpha_2=120$ ° \pm 0,5° ; Φ_{ext} de 37 mm \pm 0,1mm ; E_p de 1,5 mm \pm 0,1 mm ; L_{max} de 28 mm \pm 0,1 mm) pour garantir un bon positionnement dans le compartiment de la machine Nespresso, en particulier un bon centrage.

L'expert précise que lorsque la capsule ne remplit pas l'intégralité du compartiment de la machine Nespresso, de l'eau s'introduit entre la paroi de la capsule et la paroi du compartiment. Lorsque la capsule usagée est retirée, cette eau résiduelle s'écoule dans un bac prévu à cet effet, dénommé bac égouttoir. Lorsqu'il y a un faible volume d'eau résiduelle, du fait que la capsule épouse sensiblement la forme du compartiment, cette eau agit comme un coussin, utile à la tenue de la capsule, et elle n'est pas perceptible par le consommateur. Lorsqu'il y a un fort volume d'eau résiduelle, du fait que la capsule n'épouse pas la forme du compartiment, alors cette eau résiduelle est importante et le consommateur peut penser que sa machine est défectueuse ou que la capsule qu'il utilise n'est pas compatible. A la question de savoir ce qu'advient de l'eau résiduelle contenue à l'extérieur de la capsule, mais à l'intérieur du compartiment, soit dans ce qu'on appelle le volume mort,

l'expert répond que cette eau finit dans le bac d'égouttoir de la machine Nespresso, lorsque la capsule usagée est retirée.

A dire d'expert, les aiguilles qui introduisent l'eau chaude sous pression dans le café doivent avoir perforé la capsule et être introduites à l'intérieur de la capsule sur une distance telle que le tranchant oblique des aiguilles soit entièrement contenu dans la capsule. La longueur de la capsule est donc un paramètre important pour la perforation efficace des capsules. Le profil des aiguilles et la longueur des tranchants sont de la responsabilité du fabricant de la machine utilisée et largement variable. On ne peut donc que se positionner à la longueur maximale, pour pouvoir répondre à toutes les formes de machine. Il conclut que la longueur de la capsule est un paramètre important pour la perforation efficace des capsules et que la longueur (recte : maximale) d'une capsule doit être de $28 \text{ mm} \pm 0,1 \text{ mm}$.

L'expert indique que la capsule Nespresso a une forme tronconique - avec un angle de conicité voisin de 15° se terminant par un cône obtus, avec un angle de conicité voisin de 120° et que cette forme très spécifique présente l'avantage de contenir beaucoup de café, car la partie tronconique représente plus de 90% du volume, et d'offrir une résistance à la pression hydrostatique importante, car la partie conique obtus présente l'avantage d'augmenter le volume de café en contact avec le flux d'eau amenée sous pression. En outre, la partie tronconique assure un pré-centrage et la partie conique obtus un centrage très précis de la pointe de la capsule par rapport aux aiguilles (ou buses) de perforation. En conséquence, l'expert confirme l'allégué selon lequel une forme tronconique se terminant par un cône obtus offre une stabilité mécanique accrue à la pression hydrostatique et au moment de la perforation par les aiguilles dans le compartiment et assure un centrage correct de la capsule dans le compartiment de la machine Nespresso.

Pour l'expert, aucune des capsules alternatives proposées par Nespresso, sous les chiffres 85 (L'or Espresso), 88 (Ne-cap), 90 (Brown café) et 92 à 96 du bordereau des pièces des requérantes du 30

septembre 2011 (soit les capsules représentées ci-dessus aux chiffres 8a à 8c de l'état de fait) n'a :

- le volume net utile minimum d'environ dix centimètres cubes ($10 \text{ cm}^3 \pm 0,2 \text{ cm}^3$) pour contenir la quantité de poudre de café nécessaire à la préparation d'un « espresso » de qualité, pour un consommateur d'attention moyenne sur le marché européen ;
- les dimensions, et notamment la longueur suffisante, pour une perforation suffisante de la capsule par les aiguilles ;
- la forme adéquate pour être guidée correctement lors de la fermeture du compartiment contre la contre-pièce, pour garantir l'étanchéité et empêcher le blocage du mécanisme ;
- la forme adéquate pour assurer l'auto-extraction de la capsule usagée.

Il en conclut qu'aucune des capsules alternatives proposées par les requérantes n'a les propriétés requises pour un bon fonctionnement dans les machines Nespresso.

A la question de savoir si une capsule pouvant être utilisée avec une machine Nespresso, et comprenant les fonctionnalités requises pour la fabrication d'un café au moyen d'un processus d'extraction, doit avoir la même forme géométrique qu'une capsule Nespresso, en particulier une forme tronconique, l'expert répond que le volume maximal que peut occuper une capsule est borné supérieurement par l'espace intérieur présent dans le compartiment d'une machine ; et que c'est la machine - et donc le fabricant de la machine - qui définit cette borne supérieure. Il ajoute que la forme géométrique de la capsule Nespresso - une forme double tronconique & conique - s'approche au maximum de la paroi du compartiment de la machine Nespresso. Elle est très proche de la borne supérieure et toute autre forme est inscrite à l'intérieur de cette forme ; toute autre forme possible de capsule aura nécessairement un volume inférieur et contiendra nécessairement moins de café. L'expert conclut qu'une capsule pouvant être utilisée avec une machine Nespresso

et comprenant les fonctionnalités requises pour la fabrication d'un café au moyen d'un processus d'extraction peut avoir d'autres formes géométriques que celles d'une capsule Nespresso. Il indique que « la question posée ici ne parle pas de la qualité du café obtenu par le procédé d'extraction ». Pour pouvoir obtenir un café de qualité acceptable pour un consommateur d'attention moyenne, il faut des grains de café de bonne origine, une quantité minimale de poudre de café d'environ cinq grammes, avec la granulométrie et la densité usuelles, pour produire un café « espresso » d'environ quarante millilitres, ce qui nécessite un volume minimum de poudre de café d'environ dix centimètres cubes ainsi que des conditions pression-température de l'eau adéquates. De l'avis de l'expert, la question posée n'est pas complète.

L'expert a été amené à préciser si une capsule Nespresso déformée (par exemple par une pression des doigts) à un point tel qu'elle n'aurait plus une forme tronconique peut être utilisée avec une machine Nespresso. L'expert indique que les capsules Nespresso étant réalisées en une matière métallique - en aluminium - d'une épaisseur très fine, elles sont ductiles ; elles peuvent se déformer sous la pression sans se rompre. L'expert a constaté que sous la pression des doigts, la capsule se déformait légèrement et qu'elle restait déformée pendant un certain temps, ce qui indique une certaine rémanence de la déformation. Selon l'expert, une fois déformée, on peut prétendre qu'elle a une autre forme, en particulier qu'elle n'a plus la forme double tronconique & conique qui caractérise les capsules Nespresso. Lorsqu'elle est utilisée, ainsi légèrement déformée, dans une machine Nespresso, on peut extraire un café de qualité identique à celui extrait d'une capsule non déformée. En retirant la capsule, l'expert a constaté que la capsule avait repris sa forme initiale. L'expert explique ce phénomène par le fait que la pression très élevée de l'eau qui est introduite dans la capsule lors du procédé de production de café par percolation la regonfle à l'image d'un ballon contre la paroi interne de la machine Nespresso. Il conclut qu'une capsule Nespresso déformée (par exemple par une pression des doigts) à un point tel qu'elle n'aurait plus une forme tronconique peut souvent être utilisée avec une machine Nespresso. L'expert réserve les cas extrêmes : lorsque

la déformation de la capsule est trop importante, il est possible qu'elle puisse se rompre ; il est possible également qu'elle ne puisse plus être utilisée dans une machine Nespresso, par exemple si la déformation est exercée sur la pointe du cône, de telle sorte qu'elle ne puisse plus être perforée par les buses de perforation de la machine.

Invité à préciser si une capsule de forme non tronconique pouvant être utilisée avec une machine Nespresso (et comprenant les fonctionnalités requises pour la fabrication d'un café au moyen d'un processus d'extraction) est moins commode ou moins résistante qu'une capsule Nespresso, l'expert indique que la commodité et la résistance sont des facteurs d'usage importants pour le consommateur. Celui-ci est très sensible aux conditions d'usage des produits, « la notion de commodité comprenant la conservation des capsules, la préhension des capsules, l'introduction de la capsule dans le compartiment, le temps requis pour extraire le café et l'extraction de la capsule usagée du compartiment de la machine ». Le consommateur est également sensible à la résistance des produits. Celle-ci « participe à la conservation des capsules, à la préhension des capsules, à la perforation de la capsule dans le compartiment, à la tenue de la capsule pendant le procédé de production d'un café et à l'extraction de la capsule usagée du compartiment de la machine ». Pour l'expert, la qualité du café obtenu ne participe ni à la fonction commodité, ni à la fonction résistance. En revanche, la forme de la capsule est une caractéristique qui participe à ces deux fonctions, même si elle n'est pas la seule caractéristique. Le matériau utilisé et l'épaisseur de ce matériau sont également des caractéristiques qui participent à ces deux fonctions.

A dire d'expert, les capsules Nespresso sont tout à la fois commodes et résistantes. La forme double tronconique, le matériau utilisé en aluminium et l'épaisseur très fine de la paroi participent tous ensemble à ces deux fonctions commodité et résistance. D'autres capsules présentant des formes différentes sont compatibles avec une machine Nespresso ; elles appartiennent globalement à deux catégories : celle des capsules pré-percées et celle des capsules fermées. L'expert précise que

les capsules pré-percées conservent moins bien le café. Elles doivent donc être disposées dans une pochette étanche à l'air que le consommateur vient déchirer avant usage ; elles sont donc moins commodes à l'usage, car cela induit pour le consommateur une opération supplémentaire de déchirement et n'est pas pratique lors de la conservation et/ou de la présentation des capsules. Les capsules fermées conservent mieux le café ; elles appartiennent globalement à deux sous-catégories, celle des capsules en matière métallique et celle des capsules en matière biodégradable. Pour l'expert, il existe de nombreux types de capsules, dont au moins une pour chaque catégorie ou sous-catégorie. Ces capsules présentent des formes diverses, dont des formes non tronconiques ; certaines sont moins commodes, d'autres moins résistantes qu'une capsule Nespresso, d'autres enfin sont tout aussi commodes et résistantes.

L'expert indique que les capsules reproduites sous chiffres 92, 95 et 96 du bordereau des pièces des requérantes du 30 septembre 2011 (cf. les capsules reproduites dans l'état de fait ci-dessus sous chiffres 8a, 8c n° 2 et 8c n° 3) ont une forme sensiblement double tronconique & conique et appartiennent à la catégorie des capsules pré-percées ; elles sont commercialisées sous pochette étanche et sont donc moins commodes que les capsules Nespresso. L'expert ajoute que la paroi de ces capsules est en un matériau bio-dégradable et présente une épaisseur importante. De l'avis de l'expert, leur forme n'est pas identique à celle des capsules Nespresso, mais inscrite à l'intérieur de cette forme, de sorte que le volume utile de ces capsules est sensiblement inférieur à celui des capsules Nespresso. Aussi, la paroi de ces capsules présente-t-elle un angle important à la jonction du tronc de cône et du cône, si bien qu'elle présente une amorce de rupture. Ces capsules sont donc moins résistantes que les capsules Nespresso.

L'expert poursuit en déclarant que les capsules sous chiffre 93 et 94 (cf. l'état de fait sous chiffres 8b et 8c n°1) ont une forme sensiblement parabolique et appartiennent à la catégorie des capsules fermées. Ces capsules sont aussi commodes que les capsules Nespresso.

La paroi de ces capsules est en un matériau bio-dégradable et présente une épaisseur importante ; leur forme n'est pas identique à celle des capsules Nespresso, mais inscrite à l'intérieur de cette forme ; le volume utile de ces capsules est donc inférieur à celui des capsules Nespresso. La paroi de ces capsules ne présente pas d'angle important et donc pas d'amorce de rupture. Ces capsules sont donc aussi résistantes que les capsules Nespresso. De l'avis de l'expert, le café obtenu avec les capsules présentées sous chiffre 92 à 96 doit également être de moins bonne qualité, pour un consommateur d'attention moyenne, mais « ce résultat n'est pas présent dans les questions » qui lui ont été posées.

Selon l'expert, les capsules sous chiffres 85 (L'or Espresso), 88 (Ne-cap) et 90 (Brown Café) du bordereau précité ainsi que les capsules Café Royal commercialisées par Migros appartiennent à la catégorie des capsules pré-percées, elles sont donc moins commodes à l'usage. La paroi de ces capsules ne présente pas d'angle important ; il n'y a donc pas d'amorce de rupture. Pour l'expert, ces capsules sont aussi résistantes que les capsules Nespresso.

L'expert indique que les capsules Nespresso sont réalisées par emboutissage d'une feuille d'aluminium d'une épaisseur très fine de moins de 100 μm ; ce type de procédé (emboutissage) et ce type de matériau (aluminium) sont peu onéreux. Il ajoute que la fabrication d'une capsule en une matière bio-dégradable par injection est possible mais que les coûts de fabrication par ce type de procédé (injection) à partir de ce type de matériau (matière bio-dégradable) sont légèrement supérieurs à ceux de la fabrication des capsules Nespresso. En outre, de l'avis de l'expert, l'épaisseur de la paroi de la capsule est plus importante, d'environ 0,6 mm, ce qui induit une diminution du volume net utile dans la capsule et donc une diminution de la masse de poudre de café. Le café obtenu avec ces capsules doit également être de moins bonne qualité, pour un consommateur d'attention moyenne, car la quantité de café est moindre. L'expert conclut que la fabrication d'une capsule revêtant une des formes alternatives proposées par Nespresso avec un matériau biodégradable par injection est possible, que cela entraîne des coûts de

fabrication légèrement supérieurs à ceux de la capsule Nespresso et a une incidence sur le volume net utile minimum pour contenir la quantité de poudre de café nécessaire à la préparation d'un « espresso » de qualité.

L'expert affirme que le coût de production d'une capsule de forme non tronconique pouvant être utilisée avec une machine Nespresso (et comprenant les fonctionnalités requises pour la fabrication d'un café au moyen d'un processus d'extraction) est plus onéreux que celui d'une capsule Nespresso. Il indique que les déterminants du coût de production sont principalement le procédé de fabrication et accessoirement le coût de la matière première et que le coût du procédé de fabrication des capsules Nespresso est relativement modéré, car la forme tronconique & conique, quoique élaborée, n'est pas trop complexe et le coût de la matière première peu onéreux.

Pour l'expert, toutes les autres formes de capsules non tronconique visées ci-dessus ont des coûts de production plus élevés, soit parce que la forme est plus complexe et nécessite des moules à tiroirs, soit parce que le matériau est bio-dégradable et plus onéreux. En particulier la forme des capsules, présentées sous chiffres 92, 95 et 96 de type pré-percé et commercialisées sous pochette étanche, typiquement en un matériau de type tri-couche, est plus complexe que celle d'une capsule Nespresso. Le coût de revient de ces capsules, et de leurs pochettes, est donc sensiblement plus élevé. Les capsules présentées sous chiffres 93 et 94 sont des capsules de type fermé ; la paroi de ces capsules est obtenue par un procédé d'injection ou de thermoformage ; le coût de production de ces capsules doit être équivalent à celui d'une capsule Nespresso.

20. Le 13 janvier 2014, les requérantes ont adressé au juge délégué leurs demandes d'explications et questions complémentaires à l'expert judiciaire.

Par avis du 19 février 2014, le juge délégué a informé les parties qu'il refusait d'ordonner le complément d'expertise requis par les requérantes, pour les motifs que s'agissant d'une procédure

provisionnelle, le degré de précision requis d'une expertise ne saurait être le même que dans le cadre d'une procédure au fond, qu'il n'apparaissait pas que le rapport d'expertise était lacunaire, peu clair ou insuffisamment motivé au sens de l'art. 188 al. 2 CPC et que dans la mesure où les parties elles-mêmes avaient pu poser les questions qu'elles entendaient soumettre à l'expert et se déterminer dans le courant de la mise en œuvre de ce dernier, le juge délégué estimait que les questions complémentaires sortaient du cadre de l'expertise telle que fixée.

Le juge délégué a par ailleurs informé les parties que conformément à leur requête commune et sous réserve d'un avis contraire de l'une d'elles dans un délai au 28 février 2014, il renonçait à la tenue d'une audience. Il leur a enfin fixé un délai commun échéant le 28 avril 2014 en application analogique de l'art. 317a CPC-VD pour déposer un mémoire de droit.

E. Les mémoires de droit dans la procédure provisionnelle

21. Le 30 mai 2014, dans le délai prolongé à la requête commune des parties, les requérantes ont déposé un bordereau de pièces ainsi qu'un « mémoire final dans la procédure provisionnelle » au pied duquel ils ont conclu à l'admission des conclusions de la requête de mesures provisionnelles du 30 septembre 2011.

Les requérantes ont en particulier soutenu qu'il existait d'autres capsules - en particulier les capsules « 100% Espresso » d'Aldi, les nouvelles capsules commercialisées par Denner, les capsules « Best Espresso », « Gimoka », les capsules « Jacobs Momente », ainsi que les capsules commercialisées depuis peu par la chaîne Lidl - qui ne tombaient pas dans le champ de protection de leur marque et constituaient des alternatives au sens de la jurisprudence.

Dans leur mémoire du 30 mai 2014, les intimées ont déclaré confirmer avec suite de frais et dépens les conclusions prises au pied de

leur déterminations du 10 novembre 2011, en vue de l'audience du 11 novembre 2011.

Le 11 juin 2014, les requérantes ont déposé une « réplique dans la procédure provisionnelle ».

Par courrier du 12 juin 2014, les intimées ont demandé le retranchement du mémoire en réplique, faisant valoir qu'aucune écriture supplémentaire n'était admissible après le dépôt simultané des mémoires de droit. Dans leur détermination à ce sujet, les requérantes ont invoqué le droit de réplique consacré par la jurisprudence en application des art. 29 al. 2 Cst et 6 CEDH. Par avis du 13 juin 2014, le juge délégué a informé les parties qu'il refusait de retrancher du dossier le mémoire de réplique. Il a considéré que si le dépôt de cette écriture ne correspondait pas à ce qui avait été convenu entre les parties, il convenait de tenir compte du fait que l'art. 317a CPC-VD n'avait été appliqué que par analogie, la présente procédure étant soumise au CPC suisse, que compte tenu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, et, surtout, de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit de réplique, il n'apparaissait pas envisageable de dénier à une partie la faculté de répondre par écrit, à bref délai, aux arguments de son adversaire. Il a ajouté que cela était d'autant plus vrai que les parties avaient renoncé à la tenue d'une audience au cours de laquelle elles pourraient compléter leurs argumentations tant factuelles que juridiques. Le juge délégué a par ailleurs informé les parties que les intimées disposaient de la possibilité, à bref délai, de déposer à leur tour un mémoire responsif, si elles l'estimaient utile et qu'il se réservait la possibilité, si nécessaire, d'ordonner la tenue d'une audience à très bref délai et fixée d'office afin de clore l'instruction.

F. Autres faits

22. A la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral du 28 juin 2011 (ATF 137 II 324), le président du Tribunal de commerce de Saint-Gall a mis en œuvre une expertise sommaire dans le cadre du procès parallèle qui

opposait les sociétés requérantes aux sociétés Denner SA et Alice Allison SA (cf. ci-dessus ch. 6 et 8 de l'état de fait). Il résulte de l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 21 mai 2013 - publiée sur internet et résumée in *Droit pour le praticien* 2012/2013 pp. 294-295 et 301-303 - que sur la base de cette expertise, le président a considéré qu'il n'était pas rendu vraisemblable qu'un motif absolu excluait des capsules de café Nespresso d'un enregistrement comme marque (art. 2 al. 1 let. b LPM). S'intéressant aux motifs relatifs d'exclusion - signes similaires à une marque antérieure et destinés à des produits ou services identiques ou similaires (art. 3 al. 1 LPM) -, le président a en revanche considéré qu'il n'était pas rendu vraisemblable qu'un risque de confusion existait entre les capsules Nespresso et les capsules Denner. Pour ces motifs, le président a rejeté la requête de mesures provisionnelles.

23. Par lettre du 3 septembre 2014, les intimées ont informé le juge délégué que l'Office allemand des brevets et des marques (*Deutsches Patent-und Markenamt*) avait révoqué en Allemagne la marque des requérantes pour les produits de la classe 30, savoir « café, extraits de café et préparations à base de café ; succédanés du café et extraits de succédanés du café », selon décision du 10 juillet 2014. Interpellées, les requérantes ont déclaré, le 4 septembre 2014, que cet élément, intervenu après la clôture de l'instruction des mesures provisionnelles, était non seulement tardif mais aussi sans pertinence. Elles ont soutenu que la décision de l'Office allemand des brevets et des marques a été rendue en application des principes fondamentalement différents de ceux qui ont cours en droit suisse.

24. Il ressort d'un communiqué de presse et de la décision n° 14-D-09 rendue le 4 septembre 2014 par l'Autorité de la concurrence de la République française (ci-après : l'Autorité de la concurrence), disponibles sur internet, que la société intimée Ethical Coffee Company SA ainsi que les sociétés DEMB Holding BV et Maison du Café France SNC (anciennement Sara Lee NV et Sara Lee Coffee and Tea France SNC) ont saisi l'autorité précitée en faisant valoir que des pratiques mises en œuvre

par les sociétés Nestlé SA, Nestec SA, Nestlé Nespresso SA et Nespresso France SAS dans les secteur des machines à expresso et des capsules compatibles étaient susceptibles de constituer des abus de position dominante. Lors de l'instruction de la cause, l'autorité précitée a relevé que plusieurs pratiques d'ordre technique, juridique et commercial avaient incité les consommateurs à n'utiliser avec les machines Nespresso que les capsules de la marque Nespresso. Plus précisément, entre 2007 et 2013, quatre modifications successives apportées aux machines Nespresso avaient eu pour effet de rendre les capsules de fabricants concurrents incompatibles avec les nouveaux modèles. En outre, des mentions restrictives d'usage, de qualité ou de garantie en cas d'utilisation d'autres capsules que les capsules Nespresso portées sur les emballages ou les modes d'emploi des machines Nespresso ainsi que des déclarations des dirigeants ou des employés de Nespresso avaient incité les consommateurs à considérer que leur machine Nespresso ne fonctionnerait pas ou fonctionnerait moins bien avec les capsules concurrentes. L'Autorité de la concurrence avait considéré que ces pratiques, tendant à l'éviction des fabricants de capsules concurrents, étaient susceptibles de constituer des abus de position dominante. En vue de répondre aux préoccupations de l'autorité précitée, les sociétés attaquées ont pris en substance les engagements suivants :

- de communiquer aux fabricants de capsules concurrents des informations sur les modifications techniques susceptibles d'avoir un impact sur l'interaction entre la capsule et la machine Nespresso, cette transmission d'informations devant intervenir dès l'adoption par Nespresso de la décision de mise en production de la machine modifiée et, au minimum, dix-huit semaines avant le lancement commercial des machines ;
- de désigner un tiers de confiance jouant un rôle d'intermédiaire afin d'éviter tout transfert d'informations confidentielles entre les concurrents et elle-même à l'occasion de la communication sur les informations techniques ;
- de mettre à disposition des concurrents via le tiers de confiance au minimum quinze prototypes de nouvelles machines, afin qu'ils

puissent faire procéder aux tests de compatibilité de leurs capsules ;

- à être plus transparente sur l'origine des modifications techniques apportées aux machines et sur les nouvelles spécifications techniques, notamment en communiquant à l'autorité précitée un dossier exposant les raisons qui motivent des changements techniques ;
- de mettre en œuvre de nouvelles conditions de garantie, laquelle s'appliquerait également en cas d'utilisation de capsules autres que de marque Nespresso ;
- de ne plus formuler tout commentaire sur les capsules des concurrents, tant dans la presse qu'au sein du Club Nespresso.

Considérant que ces engagements étaient de nature à enlever des obstacles à l'entrée et au développement des autres fabricants de capsules fonctionnant avec les machines Nespresso, tout en préservant la capacité d'innovation des sociétés attaquées, l'Autorité de la concurrence a décidé de les rendre obligatoires et de clôturer la procédure ouverte devant elle.

En droit :

I. Par arrêt du 26 août 2012, le Tribunal fédéral a annulé l'ordonnance sur mesures provisionnelles du 11 novembre 2011 et a renvoyé la cause à l'autorité de céans pour nouvelle décision.

Il convient d'examiner la portée de cet arrêt de renvoi.

a) Le renvoi a pour effet de reporter la cause devant l'autorité cantonale dans l'état où elle se trouvait immédiatement avant que celle-ci statue. Cela ne signifie pas toutefois que l'autorité cantonale soit dans la même situation et jouisse de la même liberté qu'avant de rendre son premier jugement, car elle est liée par les considérants de l'arrêt de

renvoi. Le principe de l'autorité de l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral - que prévoyait expressément l'art. 66 al. 1 aOJ [loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire] et qui valait également en cas d'annulation sur recours de droit public, pour violation des droits constitutionnels (ATF 122 I 250 consid. 2) - est un principe juridique qui demeure applicable sous la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (art. 107 al. 2 LTF). En vertu de ce principe, l'autorité cantonale à laquelle une affaire est renvoyée est tenue de fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt du Tribunal fédéral; sa cognition est limitée par les motifs de l'arrêt de renvoi, en ce sens qu'elle est liée par ce qui a déjà été tranché définitivement par le Tribunal fédéral ainsi que par les constatations de fait qui n'ont pas été critiquées devant lui; des faits nouveaux ne peuvent être pris en considération que sur les points qui ont fait l'objet du renvoi, lesquels ne peuvent être ni étendus, ni fixés sur une base juridique nouvelle. La portée de l'arrêt de renvoi dépend donc du contenu de cet arrêt (TF 5A_488/2013 du 4 avril 2014 c. 3.1; ATF 135 III 334 c. 2 p. 335 et les arrêts cités; ATF 131 III 91 c. 5.2 et les références citées; Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, vol. II, nn. 1.2 et 1.3 ad art. 66 aOJ).

b) En l'espèce, l'arrêt de renvoi est explicite quant à sa portée. Saisi d'un recours pour violation de droits constitutionnels (art. 9 et 29 al. 2 Cst.), le Tribunal fédéral a annulé l'ordonnance sur mesures provisionnelles du 11 novembre 2011 aux fins que le juge délégué juge à nouveau la cause en intégrant des éléments résultant d'une expertise judiciaire sur le point technique déterminant. Le Tribunal fédéral a enjoint à l'autorité cantonale de demander une expertise sommaire à un technicien indépendant, destinée à déterminer s'il est possible de fabriquer une capsule de forme différente pour la même utilisation (absence de forme alternative) ou si une autre forme présenterait des inconvénients empêchant une concurrence efficace.

En droit, la Haute cour a également jugé que la protection d'un signe techniquement nécessaire est absolument exclue par l'art. 2 let. b LPM, sans qu'il y ait à examiner si le signe s'est imposé dans l'esprit des

consommateurs comme marque. De même, si la forme est techniquement nécessaire, les art. 2 et 3 LCD ne sauraient entrer en considération pour interdire à un concurrent d'utiliser en soi une même capsule, l'application de la LCD étant toutefois envisageable si la mise sur le marché des mêmes capsules procède d'un comportement déloyal, notamment si les insertions commerciales accompagnant la vente sont de nature à faire naître un risque de confusion.

Il convient d'examiner si les éléments résultant du rapport d'expertise judiciaire du 30 novembre 2013 et les considérants de droit posés par le Tribunal fédéral conduisent à une décision différente de celle de l'ordonnance du 11 novembre 2011.

II. A teneur de l'art. 261 al. 1 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire remplit les conditions suivantes : cette prétention est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (let. a) et cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (let. b). Saisi d'une requête de mesures provisionnelles, le juge doit examiner d'abord si le requérant est titulaire d'une prétention au fond, puis s'il est atteint ou menacé d'une atteinte illicite dans ses droits. A ce titre, il faut qu'il y ait urgence, c'est-à-dire qu'il y ait une nécessité d'une protection immédiate en raison d'un danger imminent qui menace les droits du requérant. Il faut encore que l'on soit en présence d'un préjudice difficilement réparable et que la partie ne fournisse pas de sûretés adéquates (Hohl, Procédure civile, t. II, 2^{ème} éd., nn. 1755 ss et les références citées).

III. Devant le juge délégué, les requérantes avaient en premier lieu invoqué la loi sur la protection des marques. De leur côté, les intimées avaient fait valoir le motif d'exclusion absolu de l'art. 2 let. b LPM.

a) Le droit à la marque confère au titulaire le droit exclusif de faire usage de la marque pour distinguer les produits ou les services enregistrés et d'en disposer (art. 13 al. 1 LPM).

L'art. 1 al. 1 LPM définit la marque comme un signe propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises. Le but de la marque est d'individualiser les marchandises et de les distinguer d'autres marchandises, pour permettre au consommateur de retrouver un produit qu'ils ont apprécié dans la masse des produits offerts (ATF 122 III 382, JT 1997 I 231 c. 1; ATF 119 II 475, JT 1994 I 358; Cherpillod, *Le droit suisse des marques*, publication CEDIDAC n° 73, p. 60). D'après l'art. 1 al. 2 LPM, les mots, les lettres, les chiffres, les représentations graphiques, les formes en trois dimensions, seuls ou combinés entre eux ou avec des couleurs, peuvent en particulier constituer des marques. Les marques en trois dimensions sont ainsi admises. Il peut s'agir d'une forme distincte du produit ou du service ou de la forme du produit lui-même ou de son emballage. La forme en trois dimensions doit cependant être distinctive (Cherpillod, *op. cit.*, p. 63).

L'art. 2 LPM énumère un certain nombre de signes qui sont exclus de la protection. Ainsi, aux termes de l'art. 2 let. a LPM, sont exclus de la protection les signes appartenant au domaine public, sauf s'ils se sont imposés comme marques pour les produits ou les services concernés. L'art. 2 let. b LPM vise spécialement les marques de forme, c'est-à-dire les signes réalisés directement par la forme donnée au produit lui-même ou à son emballage. Cette disposition exclut de la protection légale les formes constituant la nature même du produit, ainsi que les formes du produit ou de l'emballage qui sont techniquement nécessaires (ATF 131 III 121 c. 2, *rés. in* JT 2005 I 426 arrêt "Nestlé c. Masterfood"). L'art. 2 let. b LPM circonscrit, dans le domaine des marques de forme, les signes pour lesquels il existe un besoin absolu de libre disposition (Noth, *Markenschutzgesetz*, *op. cit.*, n. 3 ad art. 2 let. b LPM). Cette règle n'a pas de portée propre par rapport à la clause générale de l'art. 2 let. a LPM, dans la mesure où ce qui ressort déjà de cette dernière y est simplement répété pour les marques de forme. La portée propre de l'art. 2 let. b LPM consiste en ce que les formes inhérentes à la nature même du produit, ou les formes du produit ou de l'emballage qui sont techniquement nécessaires, demeurent exclues de la protection légale même si leur

utilisation comme marque a pu s'imposer dans le commerce (TF 4A-36/2012 du 26 août 2012 c. 2.3 ; Noth, Markenschutzgesetz, op. cit., n. 5 ad art. 2 lit. b LPM). A la différence des autres signes appartenant au domaine public, une utilisation même prolongée et exclusive d'une forme de ce genre ne permet pas d'en obtenir le monopole dans le cadre du droit des marques (TF 4A-36/2012 du 26 août 2012 c. 2.3 ; ATF 131 III 121 c. 2 précité, rés. *in* JT 2005 I 426; ATF 129 III 514 c. 2.3, JT 2003 I 372).

L'exclusion de la protection légale pour les marques de forme est réalisée seulement lorsque, pour des raisons techniques, aucune autre forme n'est disponible ou ne peut être raisonnablement utilisée. La forme techniquement nécessaire correspond à la seule possibilité de réaliser un produit ou un emballage doté des fonctions et aptitudes voulues. Une forme est techniquement nécessaire aussi s'il existe, certes, une autre possibilité, mais que celle-ci implique une exécution moins commode, moins résistante ou plus onéreuse: on ne peut alors pas raisonnablement attendre des concurrents qu'ils renoncent à la forme la plus évidente et adéquate (ATF 137 III 324 c. 3.2.2; ATF 131 III 121 c. 3.1 précité, rés. *in* JT 2005 I 426; ATF 129 III 514 cc. 3.2.1, 3.2.2, 3.2.3 et 3.2.4, JT 2003 I 372; Cherpillod, op. cit, p. 93). Ainsi, contrairement aux marques tridimensionnelles, les marques de forme, à savoir celles dont la forme se confond avec le signe, ne doivent pas uniquement ne pas être techniquement nécessaires ou constituer la nature même du produit. Pour de telles marques, on doit poser des exigences plus élevées quant à leur caractère distinctif: elles doivent se différencier nettement de toutes les formes usuelles dans le segment des produits revendiqués et rester gravées à long terme dans la mémoire des acheteurs (sic! 2011 p. 34 c. 2.3).

L'exclusion des formes constituant la nature même du produit, prévue également par l'art. 2 let. b LPM, a pour but d'empêcher qu'une entreprise puisse se réserver le monopole d'un produit par le biais d'un enregistrement, à titre de marque, de la forme propre de ce produit. Une forme ne peut bénéficier de la protection du droit des marques que si elle se différencie des caractéristiques fonctionnelles ou esthétiquement

nécessaires du produit concerné. La forme dictée par de telles caractéristiques n'est pas susceptible de protection et elle demeure, au contraire, à la libre disposition de tous les concurrents (TF 4A-36/2012 du 26 août 2012 c. 2.3 ; ATF 137 III 324 c. 3.2.2 ; ATF 131 III 121 c. 3.2 précité, rés. *in* JT 2005 I 426; ATF 129 III 514 c. 2.4.1 et 3.1.1, JT 2003 I 372, avec références; Willi, Kommentar zum Markenschutzgesetz, Zurich 2002, n. 212 ad art. 2 LPM, qui mentionne les exemples de l'atomiseur ou du bâton applicateur; sic! 2004 p. 829, sp. pp. 835 ss).

A cet égard, s'agissant de la capsule des requérantes, le Tribunal fédéral a jugé que s'il n'est pas possible de fabriquer une capsule de forme différente pour la même utilisation (absence de forme alternative) ou si une autre forme présenterait des inconvénients empêchant une concurrence efficace, il faudrait en déduire que la protection de la capsule Nespresso comme marque est exclue par l'art. 2 let. b LPM. Il a ajouté que la question à examiner n'est pas seulement de savoir s'il est possible de produire une capsule différente qui soit utilisable de la même manière (donc dans les mêmes machines) et avec la même efficacité. La capsule de forme différente ne peut être considérée comme une forme alternative au sens de la jurisprudence évoquée plus haut que si elle n'entre pas dans le champ de protection (Schutzumfang) de la capsule Nespresso; il convient donc aussi de se demander si la ou les autres formes se distingueraient suffisamment, dans l'esprit du public acheteur, de la capsule Nespresso pour éviter d'entrer dans sa sphère de protection (cf. art. 3 LPM). Au stade de la procédure sur mesures provisionnelles, les intimées doivent seulement rendre vraisemblable le caractère non protégeable de la marque (TF 4A-36/2012 du 26 août 2012 c. 2.3).

b) aa) En l'espèce, les requérantes font en premier lieu valoir que le rapport d'expertise au dossier n'est pas utilisable. Il ne répondrait pas aux exigences légales en la matière, selon lesquelles l'expertise doit être complète, compréhensible et convaincante.

Selon l'art. 188 al. 2 CPC, si le rapport du premier expert est lacunaire, peu clair ou insuffisamment motivé, le juge peut le faire compléter ou même faire appel à un autre expert. Savoir si le rapport est peu clair ou insuffisamment motivé est essentiellement une question d'appréciation des preuves. A cet égard, doctrine et jurisprudence admettent que le tribunal qui apprécie librement les preuves (art. 157 CPC) ne saurait, sans motifs déterminants, substituer sa propre appréciation à celle de l'expert. De tels motifs existent, par exemple, lorsque l'expert n'a pas répondu aux questions posées, si son rapport n'est pas compréhensible par n'importe quelle personne ne possédant pas de compétences spécifiques dans le domaine en question, si les conclusions de l'expert sont contradictoires ou si, de quelque autre façon, l'expertise est entachée de défauts à ce point évidents et reconnaissables que, même sans connaissances spécifiques, le juge ne peut tout simplement pas les ignorer (TF 4A_22/2013 du 31 juillet 2013 c. 2.2; Schweizer, in CPC Commenté, n. 19 ad art. 157 CPC et n. 11 ad art. 188 CPC; Bosshard, La «bonne» expertise judiciaire, in RSPC 2009 pp. 207 ss).

bb) Ainsi que le Juge délégué l'a relevé dans sa décision du 19 février 2014, le degré de précision requis d'une expertise en mesures provisionnelles ne saurait être le même que dans le cadre d'une procédure au fond, étant rappelé que le Tribunal fédéral n'a ici exigé qu'une expertise sommaire. Il apparaît en outre que le rapport d'expertise judiciaire n'est pas lacunaire, peu clair ou insuffisamment motivé. L'expert a répondu à toutes les questions à lui soumises dans les questionnaires des parties et a recueilli des explications et observations de celles-ci dans le courant de la mise en œuvre de l'expertise, y compris sur son projet de rapport. Les griefs relatifs à la non prise en considération de certaines capsules, telles que les capsules « Gimoka » et « Best Espresso », apparaissent dénués de fondement. L'expert a dit clairement que ces capsules lui avaient été signalées comme n'étant pas pré-perçées et qu'un exemplaire de chacune lui avait été mis à disposition. On ne saurait critiquer le fait que les réponses de l'expert ne se rapportent pas spécialement à ces capsules, puisqu'aucune question en rapport avec celles-ci ne lui avait été soumise. Le rapport d'expertise apparaît complet,

dès lors qu'il répond à toutes les questions des parties. On ne saurait non plus suivre les requérantes lorsqu'elles prétendent que le rapport de l'expert Gendraud n'est pas compréhensible. L'expert s'est exprimé de manière accessible à chacun sur les questions qui lui ont été posées. Ses réponses sont motivées et, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, l'expert a indiqué les sources de ses constatations, en particulier, qu'avec l'accord des parties, il avait interrogé les «sachants techniques» de celles-ci sur des points techniques ou économiques, tels que la quantité minimale de café ou le coût de fabrication des capsules (pp. 4 et 5 de l'expertise). Quant à la question de la qualité du café, l'expert a avoué que cette question dépassait le cadre des questions posées. Les requérantes reprochent également à l'expert Pierre Gendraud de n'avoir pas livré les mêmes constatations et conclusions que l'expert Ingo Büren mandaté dans le cadre de la procédure parallèle opposant les requérantes à Denner SA et Alice Allison SA. Il apparaît toutefois que les deux expertises ne portent pas sur les mêmes capsules ; l'expert Ingo Büren était amené à se prononcer sur les capsules des requérantes, hermétiques et en matière métallique, et les capsules de Denner, pré-perçées et en matière plastique. L'expert Pierre Gendraud devait en revanche particulièrement examiner les capsules des requérantes et celles des intimées, hermétiques et en matière biodégradable. Dans ces circonstances, on peut comprendre que les deux experts puissent aboutir à des constatations et conclusions différentes, sans qu'il y ait forcément contradiction entre les deux rapports.

Pour ces motifs, le rapport d'expertise judiciaire n'apparaît pas entaché de défauts qui puissent justifier de s'en écarter.

c) Il résulte clairement de l'arrêt de renvoi que l'autorité de céans doit en premier lieu examiner « s'il est possible de produire une capsule différente qui soit utilisable de la même manière (donc dans les mêmes machines) et avec la même efficacité ». On en déduit que, contrairement à l'opinion des requérantes, les formes alternatives qui entrent en ligne de compte sont des formes de capsules compatibles avec le système de la machine Nespresso : les autres façons de conditionner le

café (dans des boîtes ou des sachets) tout comme les capsules non compatibles avec la machine Nespresso ne sont pas prises en considération.

A dire d'expert judiciaire, la capsule Nespresso des requérantes a une forme tronconique - avec un angle de conicité voisin de 15° - se terminant par un cône obtus, avec un angle de conicité voisin de 120° . L'expert déclare par ailleurs que la capsule des intimées présente la même forme. Cette forme présente l'avantage de contenir beaucoup de café, car la partie tronconique représente plus de 90% du volume. Elle offre par ailleurs « une résistance à la pression hydrostatique importante », car la partie conique obtus présente l'avantage d'augmenter le volume de café en contact avec le flux d'eau amenée sous pression. Puis, la partie tronconique assure un pré-centrage et la partie conique obtus un centrage très précis de la pointe de la capsule par rapport aux aiguilles de perforation. L'expertise judiciaire rend ainsi vraisemblable l'importance technique de la forme tronconique et conique caractérisant la capsule des requérantes.

Il est vrai que la forme double tronconique et conique n'est pas la seule qui garantisse la compatibilité d'une capsule avec une machine Nespresso : « une capsule pouvant être utilisée avec une machine Nespresso et comprenant les fonctionnalités requises pour la fabrication d'un café au moyen d'un processus d'extraction peut avoir d'autres formes géométriques que celles d'une capsule Nespresso ». L'expert affirme toutefois que la forme litigieuse est indispensable pour obtenir une quantité de café déterminée. L'expert explique cela de manière convaincante, en ce sens que le volume maximal que peut occuper une capsule est borné supérieurement par l'espace intérieur présent dans le compartiment d'une machine et qu'en l'occurrence la forme géométrique de la capsule Nespresso s'approche au maximum de la paroi du compartiment de la machine Nespresso. « Elle est très proche de la borne supérieure et toute autre forme est inscrite à l'intérieur de cette forme ; toute autre forme possible de capsule aura nécessairement un volume inférieur et contiendra nécessairement moins de café ». Ainsi, en

analysant des capsules de forme non tronconique proposées comme alternatives, l'expert a trouvé deux capsules - présentées sous chiffres 93 et 94 - dont le coût, la commodité et la résistance étaient équivalents à ceux d'une capsule Nespresso. L'expert a toutefois observé que la forme de ces deux capsules - une forme sensiblement parabolique - était inscrite à l'intérieur de la forme de la capsule Nespresso. Il en a déduit que le volume utile des capsules proposées comme alternatives était inférieur à celui des capsules Nespresso. A cet égard, les requérantes ont objecté que la mouture du café et le tassement de celui-ci influence la quantité minimale de poudre contenue dans une capsule. Même dans l'hypothèse où cette affirmation serait exacte, elle n'enlèverait rien *prima facie* aux constatations et appréciations de l'expert. En effet, il paraît aussi vrai qu'à mouture et tassement égaux, la quantité de café d'une capsule demeure dépendant du volume de celle-ci, lequel varie, à dire d'expert, selon la forme choisie. Il en découle que la forme tronconique et conique litigieuse est la seule qui permette d'obtenir un volume utile optimal d'une capsule. Indépendamment de la question de savoir si la quantité de poudre à café influence la qualité de celui-ci, il n'apparaît pas que les requérantes puissent revendiquer, par le biais du droit des marques, le monopole d'exploiter une forme décisive sur le volume net maximal d'une capsule pouvant être utilisée dans une machine Nespresso.

A cela s'ajoute - ce point est aussi déterminant - que l'expert a conclu qu'aucune des capsules alternatives proposées par les requérantes n'a les propriétés requises pour un bon fonctionnement dans les machines Nespresso. Elles n'ont pas la longueur suffisante pour une perforation suffisante de la capsule par les aiguilles, la forme adéquate pour être guidée correctement lors de la fermeture du compartiment contre la contre-pièce, pour garantir l'étanchéité et empêcher le blocage du mécanisme ni la forme adéquate pour assurer l'auto-extraction de la capsule usagée. Compte tenu de ces aptitudes fonctionnelles, on ne saurait *prima facie* reprocher aux intimées d'avoir recouru à la forme double tronconique et conique, dans la mesure où il n'est pas rendu vraisemblable qu'une forme alternative était à leur disposition. Au stade des mesures provisionnelles, on ne peut raisonnablement exiger des

intimées qu'elles renoncent à la forme nécessaire pour atteindre un certain volume de capsule et pour avoir un bon fonctionnement de la capsule dans la machine.

En définitive, la forme de la capsule Nespresso apparaît comme une forme techniquement nécessaire au sens de l'art. 2 let. b LPM ; elle ne peut être protégée comme marque.

IV. Devant le Juge délégué, les requérantes avaient également invoqué la LCD. Elles soutenaient que les intimées avaient violé l'art. 3 al. 1 let. d LCD, soit qu'il y aurait un risque de confusion avec leur capsule. Dans leur requête du 30 septembre 2011, les requérantes n'avaient pas étayé leur grief, mais à la lecture de cette requête, on comprend qu'elles se référaient aux motifs exposés sous l'angle de l'art. 3 al. 1 let. c LPM, soit que les capsules des intimées constituaient une copie servile de la marque des requérantes, que les différences minimales existantes entre les deux capsules ne suffisaient pas à écarter le risque de confusion et que d'ailleurs un sondage d'opinion avait établi l'existence de ce risque.

Les requérantes avaient également fait valoir qu'il y aurait lieu en tous les cas de retenir un parasitisme au sens de la jurisprudence. En optant délibérément pour une forme de capsule faisant l'objet de la marque de forme bien connue des requérantes, les intimées auraient cherché à profiter de la réputation attachée aux capsules Nespresso. A leurs yeux, si l'objectif des intimées avait simplement consisté dans la recherche d'une forme de capsule compatible avec les machines Nespresso, il eût été aisé d'opter pour l'une des nombreuses formes alternatives possibles s'écartant nettement de la marque en cause

Les intimées avaient en revanche soutenu que l'utilisation, pour la fabrication de leurs capsules, de matériaux biodégradables et non d'aluminium, suffisait à différencier l'apparence des deux capsules, l'une étant brillante et l'autre pas, de sorte qu'il n'existait pas de risque de confusion. Elles avaient également prétendu avoir pris toutes les précautions nécessaires pour éviter tout risque de confusion en indiquant

les termes "Ethical Coffee Company" de façon claire sur les emballages de leurs capsules, ce qui démontrerait leur bonne foi.

a) Le droit de la concurrence ne remplit pas le même but que les droits de la propriété intellectuelle. Il tend à garantir un fonctionnement correct de la libre concurrence entre les différents acteurs présents sur le marché, ce fonctionnement étant perturbé lorsque l'un d'entre eux adopte un comportement déloyal (ATF 117 II 199 c. 2, JT 1992 I 376). La LPM ne constitue pas une *lex specialis* par rapport à la LCD, de telle sorte que l'on ne peut pas en déduire que la première devrait prévaloir sur la seconde (sic! 2009 p. 431 c. III; Brauchbar Birkhauser, Stämpflis Handkommentar UWG, Introduction n. 43). Il n'y a en effet pas de hiérarchie entre ces normes, qui s'appliquent de manière cumulative en considération des objectifs différents qu'elles poursuivent. Les dispositions de la LCD ont en effet pour but de garantir une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée, dans l'intérêt de toutes les parties concernées (art. 1 LCD); le droit des marques tend pour sa part à protéger un signe qui distingue un produit ou un service de sa copie ou de son imitation (ATF 129 III 353 c. 3.3, JT 2003 I 382; ATF 127 III 33 c. 3a, JT 2001 I 340 et les références citées; Cherpillod, Propriété intellectuelle : nouveautés et curiosités *in* publication CEDIDAC n° 36, 2003, p. 6). Le Tribunal fédéral a ainsi admis que l'utilisateur antérieur d'une marque pouvait non seulement invoquer son droit d'employer le signe à l'avenir dans la même mesure que par le passé, mais également requérir une interdiction de toute atteinte à son encontre fondée sur la LCD, si le titulaire utilise sa marque de manière déloyale (ATF 129 III 353 c. 3.4, JT 2003 I 382).

La LCD fournit d'abord une définition générale du comportement déloyal et illicite : aux termes de l'art. 2 LCD, est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commercial qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. Puis la loi dresse, à ses articles 3 à 8, une liste exemplative de cas de concurrence déloyale. Il n'est plus nécessaire de faire appel à la clause générale de l'art. 2 LCD si le comportement reproché tombe sous le coup

de l'une des dispositions spéciales précitées, pour autant qu'il ait une influence réelle sur la concurrence (ATF 132 III 414 c. 3.1, rés. in JT 2006 I 359). Pour que l'on soit en présence d'une violation des règles relatives à la concurrence déloyale, il faut que le concurrent utilise une prestation d'autrui d'une manière qui ne soit pas conciliable avec les règles de la bonne foi. Dans la mesure où aucune prétention du droit des brevets, du droit d'auteur ou du droit des modèles ne s'y oppose, l'imitation des produits d'un tiers est en principe admise (ATF 131 III 384 c. 5.1, JT 2005 I 434; ATF 116 II 471 c. 3a/aa, JT 1991 I 594). Il ne suffit pas que les marchandises puissent être confondues ensuite de l'imitation. Il faut qu'à l'imitation s'ajoutent encore d'autres circonstances faisant apparaître le comportement de l'imitateur comme étant déloyal. (ATF 116 II 471 c. 3, JT 1991 I 594). Peu importe le but poursuivi par le défendeur lorsqu'il a choisi la marque ou sa raison sociale : la concurrence déloyale ne suppose ni mauvaise foi ni faute, mais simplement un acte objectivement contraire aux règles de la bonne foi en affaires (ATF 109 II 483 c. 5, JT 1984 I 295).

Selon l'art. 3 al. 1 let. d LCD, agit de façon déloyale celui qui prend des mesures qui sont de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les œuvres, les prestations ou les affaires d'autrui. Tel est notamment le cas lorsque l'imitateur a recouru à un comportement incorrect ou astucieux pour parvenir à ses fins, lorsqu'il cherche de façon systématique ou raffinée à tirer profit de la bonne réputation d'un concurrent ou exploite cette renommée de façon parasitaire, lorsqu'il imite la forme d'une marchandise dépourvue de force distinctive alors qu'il aurait pu lui donner une autre forme sans modification de la construction technique et sans que cela ne porte atteinte à la destination du produit (sic! 2009 p. 431 c. IV/d; ATF 131 III 384 c. 5.1, JT 2005 I 434). Le principe de la liberté de copie ne justifie pas que le consommateur soit induit en erreur de manière évitable sur la provenance d'une marchandise ou que l'imitateur exploite de façon parasitaire la bonne renommée d'autrui; l'imitateur doit prendre, dans les limites raisonnables, les mesures propres à écarter ou à diminuer le risque de confusion du public sur la provenance des produits (ATF 116 II 471 c. 3, JT 1991 I 594). Ainsi, lorsqu'un commerçant a le droit de vendre des produits d'une certaine marque, il

n'est pas possible de le condamner pour avoir créé un risque de confusion, à moins que les insertions commerciales accompagnant la vente soient de nature à faire naître un tel risque avec les éventuels slogans déjà utilisés par un concurrent (Dessemontet, La propriété intellectuelle et les contrats de licence, 2^{ème} éd, p. 549 ; TF 4A-36/2012 du 26 août 2012 c. 2.4).

Le Tribunal fédéral a jugé (ATF 135 III 446 c. 7.1, JT 2010 I 665) que les comportements par lesquels un concurrent se rapproche sans nécessité de la prestation d'autrui ou en exploite la renommée sont déloyaux indépendamment du risque éventuel de confusion. Il suffit pour ce faire qu'un signe similaire à celui d'autrui se trouve utilisé d'une manière telle que ceci ne puisse être compris autrement que comme une concurrence parasitaire et qu'il suscite auprès du public une association d'idées avec la marque ou le produit d'autrui. Il en va également ainsi, selon la jurisprudence, lorsque le rapprochement avec une marque antérieure constitue sans aucune ambiguïté un message dont la signification sera "produit de remplacement pour..." ou "aussi bon que..." (voir aussi ATF 126 III 315 c. 6b/aa sous l'angle de l'art. 3 let. d LCD et sic! 2007 p. 374 c. 3.1; Marbach, Markenrecht, op. cit., n° 971). Un comportement analogue peut tomber sous le coup de l'art. 3 al. 1 let. e LCD proscrivant le comportement de celui qui compare, de façon inexacte, fallacieuse, inutilement blessante ou parasitaire sa personne, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations et ses prix avec celles ou ceux d'un concurrent ou qui, par de telles comparaisons, avantage des tiers par rapport à leurs concurrents (ATF 135 III 446 c. 7.1, JT 2010 I 665; sic! 2008 p. 461). Cette comparaison peut également intervenir au moyen de méthodes publicitaires et de marketing qui se rapprochent de l'emballage des produits du concurrent; elle n'a pas besoin d'être explicite (ibid.; TF 4A_103/2008 c. 6 du 7 juillet 2008).

b) En l'espèce, les requérantes soutiennent que le Juge délégué ne saurait revenir sur sa considération, selon laquelle les requérantes avaient rendu vraisemblable l'existence d'un risque de confusion entre leur capsule et celle des intimées (pp. 42-43 et 47 de l'ordonnance du 11 novembre 2011). Il y a toutefois lieu d'observer que ce

risque de confusion avait été retenu, motif pris qu'un sondage d'opinions avait abouti à la conclusion qu'une majorité des sondés avait attribué « la forme de la capsule de café des intimées » aux requérantes. A la lecture de cette ordonnance, il apparaît que le public avait confondu les deux capsules en raison de l'identité de leur forme. Or, au vu de l'arrêt de renvoi, lorsque la forme est techniquement nécessaire, l'imitation de celle-ci n'est pas déterminante pour juger de l'existence d'un risque de confusion. Dès lors que le Juge délégué vient de considérer, sur la base d'une expertise sommaire, que la forme querellée est techniquement nécessaire, l'identité de forme des capsules en cause n'est pas suffisante pour retenir l'existence d'un risque de confusion. Il convient au contraire d'examiner si les intimées ont adopté une autre attitude constitutive d'un comportement déloyal au sens de la LCD.

Les requérantes ne l'ont pas prétendu - ni ne le prétendent. Leurs griefs, sous l'angle de la LCD, tenaient au fait que les intimées avaient reproduit la forme double tronconique et conique de leur capsule. L'instruction ayant rendu vraisemblable qu'aucune autre forme exigible ne saurait remplir des fonctionnalités techniques de la forme litigieuse, la copie de cette forme n'est pas déloyale. Cela d'autant moins que, d'une part, les requérantes n'allèguent aucun comportement déloyal dans la mise en vente des capsules, que, d'autre part, les intimées ont rendu vraisemblable qu'elles ont pris des mesures de nature à distinguer leurs capsules des capsules des requérantes dans la vente : le nom des sociétés intimées « Ethical Coffee Company SA » et la marque « Espresso » sont mentionnés sur les emballages de conditionnement.

En définitive, il n'est pas rendu vraisemblable que les intimées ont violé la LCD.

V. Au vu des considérations qui précèdent, les requérantes n'ont pas rendu vraisemblable qu'elles sont titulaires d'une prétention fondée sur la LPM ou sur la LCD. L'une des conditions cumulatives d'octroi de mesures provisionnelles fait ainsi défaut, de sorte que leur requête doit être rejetée, sans qu'il y ait besoin d'examiner si les autres conditions -

l'urgence ou la menace d'un préjudice difficilement réparable – demeurent réalisées à la suite de l'arrêt de renvoi.

VI. **a)** Les mesures provisionnelles et superprovisionnelles, qui sont accordées sur la simple vraisemblance, et sans audition de l'adversaire pour les secondes, peuvent engendrer un dommage pour la partie contre laquelle elles sont ordonnées. L'art. 264 CPC prévoit dès lors que le requérant peut être astreint à déposer des sûretés si les mesures provisionnelles risquent de causer un dommage à la partie adverse (al. 1). Cette disposition détermine également de quelle manière les sûretés peuvent être libérées (al. 3). Les sûretés ne sont pas libérées d'office en cas de caducité des mesures ou de jugement entré en force. L'art. 264 al. 3 CPC dispose que les sûretés ne sont restituées que lorsqu'il est établi qu'aucune action en dommages-intérêts ne sera intentée (Bohnet, CPC Commenté nn. 1, 3 et 8 ad art. 264 CPC).

b) En l'espèce, les requérantes ont été condamnées à déposer les sûretés d'un montant de deux millions – par l'ordonnance de mesures superprovisionnelles du 21 août 2012 modifiant celle du 30 septembre 2011. Si le rejet des mesures provisionnelles requises doit entraîner la caducité des mesures d'interdiction prises à titre superprovisionnel, les sûretés ne doivent toutefois pas être libérées. En effet, à ce stade de la procédure on ne peut pas exclure une action en dommages-intérêts des intimées du fait des mesures superprovisionnelles. Les requérantes ayant conclu à leur libération dans la procédure au fond, la question pourra être examinée dans le cadre du jugement au fond.

VII. Les frais judiciaires de la présente ordonnance sont arrêtés à 27'047 francs 50 , soit 14'000 fr. à titre d'émolument des mesures provisionnelles (art. 28 et 31 du tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils ; RSV 270.11.5 ; ci-après : TFJC), 350 fr. à titre d'émolument pour les mesures superprovisionnelles (art. 30 TFJC), 510 fr. à titre de frais de témoins (art. 87 TFJC) et 12'187 fr. 50 à titre de frais d'expert (art. 91 al. 1 TFJC).

En application des art. 104 al. 1 et 106 al. 1 CPC, ces frais sont mis à la charge de la partie succombante, les requérantes en l'occurrence.

A teneur de l'art. 111 al. 1 CPC, les frais sont compensés avec les avances fournies par les parties. La partie à qui incombe la charge des frais verse le montant restant, restitue à l'autre partie les avances qu'elle a fournies et lui verse les dépens, qui comprennent le défraiement d'un représentant professionnel et les débours nécessaires (art. 95 al. 3 let. a et b CPC). Ces derniers, qui sont en principe estimés à 5 % du défraiement du mandataire professionnel et s'ajoutent à celui-ci, incluent notamment les frais de déplacement, de téléphone, de port et de copie (art. 19 du Tarif du 13 novembre 2010 des dépens en matière civile [TDC]; RSV 270.11.6).

En l'espèce, les intimées, qui obtiennent entièrement gain de cause, ont droit à des dépens. Ces dépens doivent être fixés en tenant compte des opérations effectuées par le conseil des intimées tant dans le cadre de la procédure superprovisionnelle - dont l'ordonnance devient caduque sous réserve du chiffre relatif aux sûretés - que dans le cadre de la procédure consécutive à l'arrêt du Tribunal fédéral. Cela justifie de leur allouer un montant de 25'000 fr. à titre de participation aux honoraires et débours de leur conseil (art. 6, 19 et 20 TDC).

VIII. Les décisions prises en instance cantonale unique selon les art. 5 ss CPC doivent, d'après l'art. 112 LTF, être communiquées par écrit. Une communication orale suivie d'une motivation écrite selon les art. 239 al. 1 et 2 CPC est exclue. La réserve du droit cantonal prévue à l'art. 112 al. 2 LTF ne s'applique pas non plus, car le domaine de la procédure civile n'est plus du droit cantonal (Staehelin, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Sutter-Somm, Hasenböhler, Leuenberger éd., n. 38 ad art. 239 CPC; Oberhammer, Basler Kommentar, n. 10 ad art. 239 CPC; Hofmann/Lüscher, Le Code de procédure civile, Berne 2009, p. 150). La présente ordonnance est dès lors motivée d'office.

**Par ces motifs,
le juge délégué,
statuant, sur renvoi du Tribunal fédéral, à huis clos et
par voie de mesures provisionnelles :**

- I. Rejette** la requête de mesures provisionnelles déposée le 30 septembre 2011 par les requérantes Société des Produits Nestlé SA et Nestlé Nespresso SA contre les intimées Ethical Coffee Company (Suisse) SA et Ethical Coffee Company SA.
- II. Révoque** en conséquence les chiffres I et II du dispositif de l'ordonnance de mesures superprovisionnelles du 30 septembre 2011 en tant qu'ils concernent les intimées.
- III. Maintient** le chiffre III de cette ordonnance, tel que modifié par l'ordonnance de mesures superprovisionnelles du 21 août 2012.
- IV. Met** les frais judiciaires de la procédure provisionnelle, arrêtés à 27'047 fr. 50 (vingt-sept mille quarante-sept francs et cinquante centimes), à la charge des requérantes, solidairement entre elles.
- V. Dit** que ces frais sont compensés avec les avances versées à l'Etat.
- VI. Condamne** les requérantes, solidairement entre elles, à verser aux intimées, solidairement entre elles, le montant de 25'000 fr. (vingt-cinq mille francs) à titre de dépens.
- VII. Déclare** la présente ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant recours ou appel.

Le juge délégué :

X. Michellod

Le greffier :

E. Umulisa Musaby

Du

L'ordonnance qui précède, lue et approuvée à huis clos, est notifiée, par l'envoi de photocopies, aux conseils des parties.

La présente ordonnance peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF et 90 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :

E. Umulisa Musaby