

**TRIBUNAL
DE GRANDE
INSTANCE
DE PARIS**
3ème chambre 2^{ème} section

N° RG : 11/17210
Assignation du 29 Novembre 2011

ORDONNANCE DU JUGE DE LA MISE EN ETAT rendue le 15 Février 2013

DEMANDERESSE

Société BIGBEN INTERACTIVE agissant poursuites et diligences
de son Directeur Général, M. Alain FALC
CRT

2 rue de la Voyette, Lesquin
59818 LESQUIN

Représentée par Me Pascal LEFORT de la SCP DUCLOS THORNE MOLLET-VIEVILLE,
avocat au barreau de PARIS, vestiaire #P75

DEFENDERESSES

Société NINTENDO CO., LTD
11-1 Hokotate-Cho, Kamitoba
Minami-Ku Kyoto-shi
KYOTO 601-8501 (JAPON)

Société NINTENDO FRANCE SARL
Immeuble Le Montaigne
6 Boulevard de l'Oise
95000 CERGY

Représentée par Me Frédéric BENECH de la SELARL CABINET BENECH, avocat au
barreau de PARIS, vestiaire #P0324

MAGISTRAT DE LA MISE EN ETAT

Eric HALPHEN, Vice-Président
Assisté de Jeanine ROSTAL, FF Greffier

DEBATS

A l'audience du 24 Janvier 2013, avis a été donné aux avocats que l'ordonnance serait rendue
le 15 Février 2013.

ORDONNANCE

Prononcé par remise de la décision au greffe
Contradictoire en premier ressort

FAITS. PROCEDURE ET PRETENTIONS DES PARTIES

La SA BIGBEN INTERACTIVE (ci-après société BIGBEN), qui se présente comme le leader européen de l'accessoire et des périphériques de consoles de jeux vidéo, expose avoir reçu, le 26 octobre 2011, une mise en demeure émanant des avocats français de la société NINTENDO CO LTD, aux termes de laquelle cette dernière indiquait détenir un brevet européen n° 1 854 518 et considérait que les manettes de jeux commercialisées par elle contrefaisaient ledit brevet. Estimant que la partie française de ce brevet devait être déclarée nulle, notamment pour extension au-delà du contenu de la demande, absence de nouveauté et d'activité inventive et défaut de titularité, la société BIGBEN a, par acte du 29 novembre 2011, fait assigner cette dernière à cette fin.

Parallèlement, la société NINTENDO CO LTD et son distributeur exclusif la société NINTENDO FRANCE ont, par acte du 3 mai 2012, fait assigner la société BIGBEN en contrefaçon des brevets numéros 1 757 344, 1 854 518 et 1985 343.

Les deux instances ont été jointes par ordonnance du 7 juin 2012.

Par ordonnance du 25 septembre 2012, le Juge, des référés s'est déclaré incompétent pour statuer sur l'interdiction provisoire sollicitée par la société NINTENDO CO LTD au motif que le Juge de la mise en état, déjà saisi du litige au fond, était en vertu des dispositions de l'article 771 du Code de procédure civile seul compétent pour prononcer des mesures provisoires, raison pour laquelle les sociétés NINTENDO ont, par conclusions du 10 décembre 2012, soulevé le présent incident.

Par dernières conclusions d'incident du 7 janvier 2013, la société NINTENDO CO LTD (ci-après société NINTENDO) demande donc au Juge de la mise en état de :

- rejeter les exceptions soulevées par la société BIGBEN sur la prétendue nullité de l'assignation et le droit à agir,
- recevoir leurs demandes et les déclarer bien fondées,
- dire et juger vraisemblable l'atteinte portée à son droit du fait de l'importation, l'offre à la vente, la vente sur le territoire français par la société BIGBEN de télécommandes compatibles avec les consoles Wii mettant en oeuvre les revendications 1 à 10 du brevet 1 757 344 et 1 à 6 du brevet 1 854 518,
- constater le caractère non manifestement contestable du préjudice,

En conséquence,

- débouter la société BIGBEN de l'ensemble de ses demandes, fins et prétentions formulées dans le cadre du présent incident,
- faire défense à la société BIBGBEN d'importer, d'offrir à la vente et de vendre sur le territoire français les télécommandes de jeu compatibles avec la console Wii, vendues seules ou par packs avec accessoire et présentant des caractéristiques correspondant à celles décrites dans les revendications 1 à 10 du brevet 1 757 344 et 1 à 6 du brevet 1854518, et ce sous astreinte définitive et non comminatoire de 1.000 euros par infraction constatée à compter de la signification de l'ordonnance à intervenir, chaque jour d'offre à la vente, de vente ou de

commercialisation constituant une infraction, étant précisé que l'importation, l'offre à la vente ou la commercialisation d'une seule télécommande contrefaisante constitue une infraction distincte,

- dire et juger qu'il sera compétent pour ordonner la liquidation des astreintes prononcées,
- condamner la société BIGBEN à lui verser la somme de 1.000.000 d'euros à titre de provision,
- dire que l'exécution provisoire, qui est de droit, ne sera subordonnée à aucune constitution préalable d'une quelconque garantie personnelle ou réelle,
- condamner la société BIGBEN à lui payer la somme de 50.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

Par conclusions en réponse à incident signifiées le 12 décembre 2012, la société BIGBEN entend voir le Juge de la mise en état :

- dire et juger que l'assignation du 3 mai 2012 de la société NINTENDO est nulle en application des articles 117 et 648 du Code de procédure civile,
- dire et juger que la société NINTENDO est irrecevable à agir en contrefaçon en application des articles 60 CBE et L.611 -6 et L.615-2 du Code de la propriété intellectuelle, et en conséquence irrecevable à demander l'interdiction en application de l'article L.615-3 du même Code,
- dire et juger que les brevets 1 854 518 et L985 344 opposés sont manifestement nuls et en toute hypothèse que leur contrefaçon n'est pas vraisemblable,
- par conséquent débouter la société NINTENDO de l'intégralité de ses demandes à son encontre,
- condamner la société NINTENDO à lui payer la somme de 50.000 euros à titre de remboursement des peines et soins du procès en application de l'article 700 du Code de procédure civile, ainsi qu'aux dépens, dont distraction au profit de son conseil.

- Sur la nullité de l'assignation

La société BIGBEN fait valoir qu'aux termes des articles 117 et 648 du Code de procédure civile, si le requérant est une personne morale, l'assignation doit indiquer notamment l'organe qui représente cette personne, alors qu'en l'espèce l'assignation du 3 mai 2012 ne comporte pas l'identité de l'organe représentant la société NINTENDO CO LTD. Elle ajoute que cette omission ne permet pas de vérifier l'existence du pouvoir du représentant à agir de cette société, et qu'elle l'empêche de plus de s'assurer que l'ordonnance qui accueillera le cas échéant ses demandes pourra être exécutée au Japon. De fait, il apparaît que l'assignation indique que la requérante, la société de droit japonais NINTENDO CO LTD, agit « poursuites et diligences de ses représentants légaux domiciliés audit siège ».

Cette indication, liée à la production du certificat d'enregistrement de la société NINTENDO sur lequel sa forme sociale est donnée et ses représentants légaux, à savoir ses cinq directeurs, sont identifiés, permet amplement à déterminer l'organe habilité à la représenter dans la procédure.

La demande formée à ce titre sera donc rejetée.

- Sur le droit d'agir

La société BIGBEN soutient en outre que la société NINTENDO n'aurait pas qualité à agir en contrefaçon aux fins de lui faire interdire une importation et une commercialisation sur le territoire français. Elle relève que cette société n'est pas l'inventeur des inventions opposées, lesquels sont respectivement MM IKEDA, KURODA et URATA pour le brevet 1 757 344, et MM IKEDA, KUROD A, URATA et ITO pour le brevet 1 854 518, et que le transfert de ces droits au bénéfice de l'employeur des inventeurs, à savoir la société NINTENDO, serait conditionnée aux faits que l'invention soit une invention de service, et qu'une rémunération supplémentaire soit versée.

Elle conclut que rien n'indiquant que cette seconde condition a effectivement été remplie, et la date éventuelle de cession des droits ' n'étant pas indiquée, un « doute » subsisterait sur la titularité des droits.

Cependant, le nom de la société NINTENDO apparaît bien comme étant la titulaire des deux brevets en cause, les annuités y relatives ayant été acquittées. Par ailleurs, cette société produit un acte confirmatif des cessions, signé par les inventeurs, d'où il résulte manifestement qu'elle est bien devenue titulaire de ces deux brevets. Il s'ensuit que ce qui s'analyse comme étant une fin de non-recevoir sera rejeté.

Sur les demandes de la société NINTENDO

Selon l'article L.615-3 du Code de la propriété intellectuelle, « Toute personne ayant qualité pour agir en contrefaçon peut saisir en référé la juridiction compétente afin de voir ordonner, au besoin sous astreinte, (...) toute mesure destinée à prévenir une atteinte imminente aux droits conférés par le titre ou à empêcher la poursuite d'actes argués de contrefaçon (...) Saisie en référé ou sur requête, la juridiction ne peut ordonner les mesures demandées que si les éléments de preuve raisonnablement accessibles au demandeur rendent vraisemblable qu'il est porté atteinte à ses droits ou qu'une telle atteinte est imminente».

En vertu des dispositions de l'article 771 du Code de procédure civile, c'est le Juge de la mise en état, lorsque la demande est postérieure à sa désignation, qui est compétent pour ordonner, le cas échéant, les mesures prévues par le texte sus-visé.

En l'espèce, après avoir examiné les titres conférant à la société NINTENDO les droits auxquels elle estime qu'il a été porté atteinte, il y a lieu de déterminer si cette atteinte apparaît vraisemblable.

- Sur les brevets numéros 1 757 344 et 1 854 518

* Le brevet 1 757 344 intitulé « Dispositif d'opération de jeu », le brevet 1 757 344 a été déposé le 7 juin 2006 sous priorité de demande de brevet japonais du 22 août 2005, et délivré le 7 décembre 2011. L'invention porte sur un dispositif d'actionnement de jeu (télécommande) capable d'analyser ses propres mouvements par la détection d'une marque prédéfinie au moyen d'un dispositif d'imagerie. En particulier, son objet est de permettre une manipulation de cette télécommande par une seule main, la direction vers laquelle l'utilisateur la pointe étant facilement identifiée. Elle revendique à cet effet un dispositif d'actionnement de jeu formé par une télécommande qui comporte un boîtier longitudinal, comprenant une partie de maintien. La télécommande a une première surface plane avec une première partie

d'actionnement, et une seconde surface opposée et parallèle à la première dans sa longueur, comportant une deuxième partie d'activation. La télécommande comprend aussi des moyens d'imagerie, situés à l'extrémité du boîtier, à l'opposé de la partie de maintien. L'imagerie s'effectue dans la direction longitudinale, c'est-à-dire dans la direction vers laquelle point naturellement le pouce, de sorte que l'utilisateur reconnaît instinctivement la direction de visée comme étant celle vers laquelle pointe son pouce. Dans cette position, l'utilisateur peut actionner la première partie d'actionnement avec le pouce, et la seconde avec l'index. La surface supérieure permet l'ajout d'autres boutons actionnés par le pouce. La paume et tous les doigts soutiennent la télécommande de façon à obtenir un contrôle optimum. A cette fin, le brevet comporte 10 revendications, dont toutes sont opposées, ainsi rédigées :

1. Un dispositif d'actionnement de jeu comprenant : un boîtier longitudinal avec une première surface essentiellement plane et une seconde surface, qui est à l'opposé de, et essentiellement parallèle à, ladite première surface dans la direction longitudinale ; une première partie d'actionnement formée sur ladite première surface dudit boîtier le long d'une direction longitudinale à une extrémité dans la direction longitudinale ; une seconde partie d'actionnement formée à ladite extrémité de ladite seconde surface ; une partie de maintien formée dans une direction de l'autre extrémité le long de ladite direction longitudinale dudit boîtier à partir de ladite seconde partie d'actionnement ; et un moyen d'imagerie formé à ladite extrémité dudit boîtier d'une manière telle qu'il puisse effectuer une formation d'image dans une direction le long de ladite direction longitudinale.

2. Le dispositif d'actionnement de jeu de la revendication 1, dans lequel le boîtier longitudinal possède des dimensions lui permettant d'être tenu d'une main ; la seconde partie d'actionnement est formée en une position atteinte par un index de ladite main lorsqu'un pouce de ladite main est placé sur ladite première partie d'actionnement ; la partie de maintien est formée en une position où elle peut être tenue par une paume et les autres doigts de ladite main lorsqu'un pouce est placé sur ladite première partie d'actionnement et un index est placé sur ladite seconde partie d'actionnement ; et le moyen d'imagerie est formé d'une manière telle qu'il puisse effectuer une formation d'image dans une direction le long d'une direction dans laquelle le pouce fait face lorsque ledit pouce est placé sur ladite première partie d'actionnement et que ladite partie de maintien est tenue par ladite paume et les autres doigts.

3. Le dispositif d'actionnement de jeu de la revendication 1 ou 2 dans lequel ladite première partie d'actionnement et ladite seconde partie d'actionnement sont configurées en des positions correspondant l'une à l'autre sur ladite première surface et ladite seconde surface dudit boîtier, respectivement.

4. Le dispositif d'actionnement de jeu de l'une des revendications 1 à 3, dans lequel ladite première partie d'actionnement et ladite seconde partie d'actionnement sont formées dans un voisinage dudit moyen d'imagerie.

5. Le dispositif d'actionnement de jeu de l'une des revendications 1 à 4, comprenant en outre une partie concave formée dans ledit boîtier, ladite seconde partie d'actionnement étant formée dans ladite partie concave.

6. Le dispositif d'actionnement de jeu de l'une des revendications 1 à 5, dans lequel ladite seconde surface est essentiellement plane.

7. Le dispositif d'actionnement de jeu de l'une des revendications 1 à 5, dans lequel ladite seconde surface présente une section droite partiellement courbe.
8. Le dispositif d'actionnement de jeu de la revendication 7, dans lequel la section droite de ladite seconde surface est approximativement déformée ovale.
9. Le dispositif d'actionnement de jeu de l'une des revendications 1 à 8, comprenant en outre un vibreur disposé à distance dudit moyen d'imagerie à l'intérieur dudit boîtier.
10. Le dispositif d'actionnement de jeu de l'une des revendications 1 à 9, comprenant en outre une batterie disposée en une position correspondant à ladite partie de maintien à l'intérieur dudit boîtier.

*Le brevet 1 854 518 intitulé lui aussi « Dispositif d'opération de jeu », le brevet 1 854 518 a été déposé le 7 juin 2006, sous priorité de la demande japonaise du 22 août 2005, et délivré le 2 décembre 2009. L'objet de cette invention est dans le même domaine que l'invention précédente, puisque prévoyant également un dispositif d'actionnement de jeu aisément manipulable par une seule main et qui permet à l'utilisateur d'identifier facilement la direction vers laquelle il pointe la télécommande.

Mais, à la différence de la précédente, elle vise surtout l'imagerie, qui doit s'effectuer dans une direction où le pouce est vers l'avant, et propose des précisions sur les moyens d'imagerie et leur traitement. Il est ainsi précisé que la télécommande comprend des moyens processeurs d'image capables d'obtenir des informations sur la position de sources lumineuses infrarouges à partir de l'image capturée. La présence d'un capteur d'accélération permet de préciser encore la position et le mouvement de la télécommande, permettant ainsi une plus grande variété d'applications. Enfin, l'invention indique les types de données transmises par ondes radio de la télécommande à la console.

Selon la société NINTENDO, la transmission de données est notamment possible grâce d'une part à l'obtention de données grâce aux moyens d'imagerie, aux moyens processeurs d'image et à la présence d'un capteur d'accélération, d'autre part grâce à la possibilité de les transmettre simultanément. L'invention prévoit aussi une possibilité d'extension, en connectant une autre manette à la première télécommande. Le brevet prévoit à cette fin une revendication principale telle que délivrée, et cinq revendications dépendantes, étant précisé que, à la suite d'une procédure d'opposition initiée devant l'OEB par la société BIGBEN, la Chambre de recours, lors d'une audience orale tenue le 20 février 2012, a conclu à la validité du brevet mais à la nécessité d'une modification.

Ces revendications sont ainsi rédigées :

1. Un dispositif d'actionnement de jeu comprenant : un boîtier longitudinal ayant une épaisseur lui permettant d'être tenu d'une main ; une première partie d'actionnement prévue sur ledit boîtier, ladite première partie d'actionnement étant prévue sur un premier plan dudit boîtier dans une direction longitudinale ; des moyens d'imagerie pour capturer des données d'image ; une partie d'émission de données pour émettre des données par des ondes radio, une seconde partie d'actionnement prévue sur un second plan à l'opposé dudit premier plan sur ledit boîtier en une position atteinte par un doigt d'index de ladite main lorsqu'un pouce de ladite main est placé sur ladite première partie d'actionnement ; et une partie de maintien formée en une position où elle peut être tenue par une paume et les autres doigts de

ladite main lorsqu'un pouce est placé sur ladite première partie d'actionnement et un doigt d'index est placé sur ladite seconde partie d'actionnement, le dispositif étant caractérisé par : les moyens d'imagerie qui sont prévus à une extrémité à l'opposé de ladite partie de maintien dudit boîtier d'une manière telle qu'ils puissent effectuer l'imagerie dans une direction où le pouce est vers l'avant lorsque ledit pouce est placé sur ladite première partie d'actionnement et ladite partie de maintien est maintenue par ladite paume et les autres doigts ; des moyens processeurs d'image qui sont prévus d'une manière telle qu'ils puissent obtenir des données de partie à haute intensité sur la position d'une partie à haute intensité des données d'image produite par les moyens d'imagerie ; un capteur d'accélération qui est prévu à l'intérieur dudit boîtier (modifié en ce sens par la Chambre de recours : des moyens processeurs d'image qui sont prévus d'une manière telle qu'ils puissent obtenir des données de partie à haute intensité sur la position et la surface d'une partie à haute intensité des données d'image produites par les moyens d'imagerie) ; et lesdites données émises par ladite partie d'émission de données qui sont une séquence de données incluant des données d'actionnement provenant desdites première partie d'actionnement des données d'accélération provenant dudit capteur d'accélération et lesdites données de partie à haute intensité.

2. Un dispositif d'actionnement de jeu selon la revendication 1, prévoyant en outre un connecteur qui est prévu avec le boîtier, dans lequel lesdites données émises par ladite partie d'émission de données comprennent en outre des données entrées par l'intermédiaire dudit connecteur.
3. Un dispositif d'actionnement de jeu selon l'une des revendications précédentes, dans lequel ladite première partie d'actionnement et ladite seconde partie d'actionnement sont disposées dans des positions correspondant l'une par rapport à l'autre sur ledit premier plan et ledit second plan dudit boîtier, respectivement.
4. Un dispositif d'actionnement de jeu selon l'une des revendications précédentes, comprenant en outre une partie concave formée dans le boîtier, dans lequel la seconde partie d'actionnement est prévue dans ladite partie concave.
5. Un dispositif d'actionnement de jeu selon l'une des revendications 1 à 4, comprenant en outre un vibreur prévu en une position correspondant à ladite partie de maintien à l'intérieur dudit boîtier.
6. Un dispositif d'actionnement de jeu selon l'une des revendications 1 à 5, comprenant en outre une batterie prévue en une position correspondant à ladite partie de maintien à l'intérieur dudit boîtier.

- Sur l'atteinte vraisemblable au brevet 1 757 344

La société NINTENDO soutient que les télécommandes arguées de contrefaçon, qui sont toutes compatibles avec ses propres consoles, reprennent nécessairement les caractéristiques techniques couvertes par le brevet 1 757 344, ce que confirmeraient les opérations de saisie contrefaçon menées le 4 avril 2012 sur le site de LAUWIN-PLANQUE (59) par Maître LEMOINE, huissier de justice à DOUAI (59), lesquelles ont essentiellement porté sur la manette vendue par la société BIGBEN sous la référence « Controller LX ». S'agissant de la revendication 1, la société NINTENDO estime que cette manette, qui est bien un dispositif d'actionnement de jeu, comprend bien, comme le brevet le prévoit, un boîtier longitudinal,

avec une première surface essentiellement plane, et une seconde surface essentiellement parallèle, Maître LEMOINE ayant constaté que la télécommande présentait « en gros une forme parallélépipédique allongée », que sa face supérieure était « plane, à l'exception du relief des boutons et trous », alors que la face inférieure « est globalement parallèle à cette face supérieure ». Elle ajoute que la première partie d'actionnement de la manette litigieuse, qui se présente sous la forme d'une croix directionnelle, se situe sur la face supérieure, et à une extrémité du boîtier pris dans sa longueur, ce qui serait la reprise des caractéristiques suivantes de la revendication 1 de l'invention, l'huissier notant : « Sur la face, supérieure, je constate la présence (...) d'une croix directionnelle sur laquelle il est possible d'appuyer, disposée dans la partie supérieure de la télécommande, dans le milieu de sa largeur ».

Par ailleurs, il y aurait bien sur la manette litigieuse une seconde partie d'actionnement, à savoir une gâchette, formée sur l'extrémité de la seconde surface, ainsi qu'une partie qui part de cette gâchette qui se trouve dans la direction de l'autre extrémité.

Enfin, la société NINTENDO constate que les télécommandes litigieuses disposent d'une caméra de visée qui est bien selon elle un moyen d'imagerie tel que prévu au brevet, alors qu'il résulte du constat de Maître LEMOINE que « la face avant à l'extrémité avant présente une zone opaque noire de forme globalement rectangulaire », cette zone étant associée à un capteur optique, autre moyen d'imagerie situé à l'extrémité de la manette, la formation d'image ne pouvant s'effectuer que le long de la direction longitudinale, c'est-à-dire dans le prolongement de la manette.

Elle conclut donc que toutes les caractéristiques de la revendication 1 de ce brevet seraient reproduites par la manette litigieuse.

Cependant, comme le fait valoir à juste titre la société BIGBEN, la vraisemblance de la reprise de toutes ces caractéristiques n'est pas si manifeste qu'allégué.

En effet, alors que cette revendication prévoit qu'une « première partie d'actionnement » est située « le long d'une direction longitudinale à une extrémité dudit boîtier dans la direction longitudinale », il apparaît que la croix directionnelle de la manette litigieuse n'est pas située à l'extrémité du boîtier mais, ainsi que l'a relevé l'huissier, « dans la partie supérieure de la télécommande ». Même si la société NINTENDO argumente sur la traduction du mot anglais *end*, lequel ne signifierait pas forcément dans le cas présent extrémité, il n'en demeure pas moins, d'une part qu'elle reprend pourtant cette signification tout le long de ses écritures ce qui a pour effet de la valider, d'autre part que cette difficulté a au moins pour effet que la reprise éventuelle n'apparaît pas avec la vraisemblance requise en l'état de la procédure.

De même, il est prévu dans la revendication 1 du brevet « une seconde partie d'actionnement formée à une extrémité de ladite seconde surface ». Or la gâchette, seconde partie d'actionnement de la manette litigieuse, n'est pas davantage située à l'extrémité de la surface inférieure, puisque des mesures effectuées par la société BIGBEN la montrent à 3,7 cm de l'extrémité de la télécommandé, soit à 25% de sa longueur totale, ce qui explique que Maître LEMOINE ait simplement noté « dans la partie de la face inférieure s'incurvant en creux je constate la présence d'une gâchette », sans relever qu'elle pourrait se trouver « à l'extrémité » de la surface inférieure.

Même si un brevet est avant tout le reflet d'un fonctionnement, celui qui est opposé par la société NINTENDO prévoit des dispositions de forme, une attention étant portée aux emplacements de chaque dispositif, de sorte que la non-reprise de ces indications entraîne une absence de vraisemblance de la contrefaçon. Plus précisément, l'absence de similitude dans l'emplacement tant de la première partie d'actionnement, c'est-à-dire la croix directionnelle, que de la seconde partie d'actionnement, à savoir la gâchette, a pour conséquence qu'il n'est donc pas évident que la revendication 1 dudit brevet soit reprise dans toutes ses caractéristiques.

Surabondamment, il apparaît qu'il en va de même pour d'autres revendications du brevet en question. En effet, alors que la revendication 3 prévoit que les deux parties d'actionnement sont configurées en des positions correspondant l'une à l'autre sur les deux surfaces du boîtier, il apparaît au contraire que la croix directionnelle et la gâchette ne sont pas toutes les deux dans la même zone, l'une en haut, l'autre en bas, de la manette.

De plus, alors que la revendication 4 précise que les deux parties d'actionnement sont « formées dans un voisinage dudit moyen d'imagerie », lequel serait d'après la société NINTENDO situé sur la face avant de la télécommande de la société BIGBEN, il est manifeste que la croix directionnelle et la gâchette ne sont pas disposées à proximité de cette face avant. Enfin, alors que les revendications 6, 7 et 8 prévoient une alternative, la seconde surface étant selon les cas « plane », « partiellement courbe », ou « déforme ovale », la gâchette de la manette litigieuse, agencée dans une portion courbe, ne présente aucune partie plane.

En conséquence, le caractère vraisemblable de l'atteinte au brevet n°1 757 344 n'est pas démontré.

- Sur l'atteinte vraisemblable au brevet n° 1 854 518

La société NINTENDO soutient que la revendication 1 de ce brevet 1 854 518 a été reproduite par la manette commercialisée par la société BIGBEN. Pour ce qui est de la revendication 1, après avoir relevé que les manettes litigieuses sont bien des télécommandes de jeu compatibles avec la console Wii, elle constate avec l'huissier qu'elle est « tenue par [la] seule main droite », et que la croix directionnelle est bien prévue dans un premier plan du boîtier, dans la direction longitudinale, ainsi que le brevet le prévoit. Elle ajoute que les télécommandes litigieuses disposent effectivement d'une caméra de visée, soit les « moyens d'imagerie » prévus par le brevet qui comprennent en l'espèce le « capteur optique » identifié par l'huissier, lesdites télécommandes fonctionnant avec une puce Bluetooth et avec une antenne de communication radio, soit la « partie d'émission de données par des ondes radio » du brevet. Ces reprises ne sont pas contestées par la société BIGBEN, contrairement au point suivant.

En effet, s'il y a bien sur la manette une seconde partie d'actionnement à savoir une gâchette, ainsi qu'il a été dit plus haut, celle-ci serait prévue, selon la société NINTENDO, sur la face inférieure de la télécommande, qui constituerait alors « un second plan à l'opposé du premier plan », cette gâchette étant « dans une position atteinte par l'index lorsque le pouce est placé sur la première partie d'actionnement ».

Or, ainsi que le constate à juste titre la société BIGBEN, il résulte des constatations de Maître LEMOINE déjà rapportées que cette gâchette est située, non sur un plan c'est-à-dire sur une surface plane, mais au contraire « dans la partie de la face inférieure s'incurvant en creux », donc dans une portion courbe de la surface inférieure.

A cela, la société NINTENDO répond que le mot plan ne doit pas être interprété comme étant strictement une surface plane, voulant simplement signifier selon elle la face inférieure du boîtier, et oppose le fait que le Tribunal de MANNHEIM, confronté au même cas, a jugé que ce terme ne désignait pas « un plan au sens mathématique ».

Il n'en demeure pas moins que se pose la question de l'interprétation qu'il convient de donner à ce mot de plan, lequel ne se trouve pas par hasard dans une revendication de brevet, étant à ce titre remarqué qu'il est question de « seconde surface est essentiellement plane » dans le premier brevet, ce qui tend à montrer que plan peut effectivement signifier surface plane, et que cette interrogation a nécessairement pour effet que l'éventuelle atteinte est rien moins qu'évidente. Cette absence d'évidence est confortée par le débat relatif à la position du pouce sur la croix directionnelle.

Selon la société NINTENDO, alors que la revendication 1 du brevet prévoit notamment que les « moyens d'imagerie » sont disposés « d'une manière telle qu'ils puissent effectuer l'imagerie dans une direction où le pouce est vers l'avant », la formation d'image ne peut s'effectuer, dans la télécommande litigieuse, que dans le prolongement de la manette, ce qui « correspond également à la direction vers l'avant dans laquelle pointe le pouce ». Cependant, retenant une traduction, admise par la société NINTENDO, selon laquelle l'imagerie s'effectue dans le brevet dans une direction où le pouce est tourné, la société BIGBEN relève que les moyens d'imagerie, dans la télécommande litigieuse, sont prévus pour effectuer une formation d'image dans une direction le long de ladite direction longitudinale, c'est-à-dire dans le prolongement de la manette comme il a été dit dans l'étude de la contrefaçon du brevet 1 757 344. Ainsi, alors que cette question d'imagerie est mise en avant par la société NINTENDO comme étant justement ce qui distingue le second brevet du premier, il apparaît qu'une même manette ne saurait à la fois commander l'imagerie dans son prolongement, comme le prévoit le premier brevet, et dans la direction vers laquelle est tourné le pouce, ce que prévoit le brevet 1 854 518.

Même si la société NINTENDO affirme que les télécommandes de la société BIGBEN permettraient « sans aucune contradiction » que l'imagerie s'effectue à la fois dans les deux directions, il y a là manifestement un point qui ne permet pas de rendre vraisemblable l'atteinte alléguée. Enfin, la caractéristique concernant les « moyens processeurs d'images » prévus de telle manière qu'ils obtiennent « des données de partie à haute intensité » est celle qui a fait l'objet d'une limitation par l'OEB, de sorte que, même si l'appel qui a été interjeté contre cette décision, qui est suspensif, remet pour l'instant cette caractéristique en l'état, il n'en demeure pas moins que l'incertitude pesant sur elle a pour effet de rendre instable l'atteinte éventuellement constatée.

Dès lors, et sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres revendications, toutes dépendantes de la première, il apparaît également que le caractère vraisemblable de l'atteinte au brevet n°1 854 518 n'est pas démontré.

En conséquence, et l'examen de ce qui constituerait selon la société BIGBEN des causes de nullité manifeste des deux brevets opposés apparaissant dès lors sans objet, il convient de rejeter les demandes présentées à ce stade par la société NINTENDO.

Sur les autres demandes

Il y a lieu de réserver les dépens du présent incident.

En revanche, la société NINTENDO, qui succombe, doit être condamnée à verser à la société BIGBEN, qui a dû exposer des frais irrépétibles pour faire valoir ses droits, une indemnité au titre de l'article 700 du Code de procédure civile qu'il est équitable de fixer à la somme de 4.000 euros.

PAR CES MOTIFS

Nous, Juge de la mise en état, statuant publiquement par mise à disposition de l'ordonnance au greffe, par ordonnance contradictoire susceptible d'appel dans les conditions fixées par l'article 776 du Code de procédure civile ;

REJETONS l'exception de nullité de l'assignation du 3 mai 2012 ;

REJETONS la fin de non-recevoir tirée de l'absence de qualité à agir de la société NINTENDO CO LTD ;

REJETONS l'intégralité des demandes de la société NINTENDO CO LTD;

CONDAMNONS la société NINTENDO CO LTD à payer à la société BIGBEN INTERACTIVE la somme de 4.000 euros en application des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile ;

RESERVONS les dépens du présent incident ;

RENOYONS l'affaire au jeudi 23 mai 2013 à 10 heures pour conclusions sur le fond de la société BIBGBEN INTERACTIVE.

Fait à PARTS le 15 février 2013

Le Juge de la mise en état.