

54. Arrêt du 7 juillet 1911 dans la cause
Baumann & Kleiner, déf. et rec., et J.-A. Moser & Cie, en liq.,
intervenante et rec.,
contre H. Moser & Cie., dem. et int.

Qualité de l'intervenant pour recourir en réforme (art. 66 OJF et Cpc neuchâtelois). — La **raison de commerce**, employée comme marque de fabrique et de commerce, **d'une Société** en nom collectif **étrangère** avec succursale en Suisse, bien que **non conforme à la disposition de l'art. 871 CO**, est **protégée en Suisse**, si elle est valable d'après la législation étrangère du siège principal de la Société et qu'elle n'ait pas été choisie afin de tourner la loi suisse. Marque composée d'une raison de commerce encadrée d'un rectangle: cet encadrement rectangulaire n'en constitue pas un élément essentiel dont le manque de nouveauté entraîne la nullité de la marque. — **Acte de concurrence déloyale** constitué par **l'emploi**, comme marque de fabrique et de commerce, d'une **raison sociale régulière en la forme** mais choisie dans le **but frauduleux** de produire une confusion avec une raison déjà existante afin de profiter de la bonne réputation de cette dernière (le porteur du nom qui figure dans la raison en question ne participant pas réellement au commerce, mais ne faisant que prêter son nom pour atteindre ce but illicite). **Responsabilité d'un tiers** qui **favorise sciemment cette concurrence** par la vente des marchandises portant la marque frauduleuse.

A. — La maison d'horlogerie H. Moser & C^{ie}, avec siège principal à Saint-Pétersbourg et succursale au Locle, est une société en nom collectif composée de Ottilie-Cornelieona Winterhalter et de Cornélius-Adolphowitch Winterhalter, successeurs de Henri Moser, qui a fondé la maison en 1832. Elle a déposé le 19 août 1902 au Bureau fédéral de la propriété intellectuelle la marque N° 14 915 qui est composée de la raison sociale H^r Moser & C^{ie}, encadrée d'un rectangle formé d'un seul trait. Cette marque est destinée à figurer sur des montres ou parties de montres.

Le 13 février 1908 la société H. Moser & C^{ie} a fait saisir en mains de H. Baumann, à La Chaux-de-Fonds, un certain nombre de montres portant la marque J.-A. Moser & C^{ie}.

H. Baumann et son associé en nom collectif S. Kleiner ont déclaré que ces montres leur avaient été remises par la maison J.-A. Moser & C^{ie} à Charquemont, dont ils achetaient les produits pour les revendre soit sur place soit en Russie.

Cette société J.-A. Moser & C^{ie} est une société en nom collectif composée de Ch. Brulard fils, horloger, et de Jean-André Moser, électricien, à Charquemont. Elle a été constituée par acte sous seing privé du 1^{er} mai 1907; aux termes de cet acte, l'apport de chaque associé était de 1000 fr.; Brulard avait seul la direction de la fabrication et la signature sociale. Par contrat du même jour (1^{er} mai 1907), la société J.-A. Moser & C^{ie} a concédé le monopole de sa fabrication à Baumann & Kleiner, ceux-ci s'engageant à acheter la totalité de la production de la maison; toutes les montres devaient porter la raison commerciale J.-A. Moser & C^{ie}. Postérieurement à ces contrats, l'acte de constitution de la société fait sous seing privé a été remplacé par un acte notarié du 4 février 1908 qui a été régulièrement déposé en France; les publications légales ont eu lieu le 12 février 1908. Aux termes de cet acte, chacun des deux associés a la signature sociale.

J.-A. Moser est décédé le 2 juillet 1909 et actuellement la société est en liquidation.

B. — Sur plainte de la société H. Moser & C^{ie}, Baumann a été condamné le 23 octobre 1908 par le jury correctionnel de La Chaux-de-Fonds à 1000 fr. d'amende pour contrevention à la loi fédérale sur les marques. Cette décision a fait l'objet de recours en cassation* et de recours de droit public** auprès du Tribunal fédéral de la part de J.-A. Moser & C^{ie} et de Baumann. Ces recours ont été écartés.

En date du 30 juin 1909, la société H. Moser & C^{ie} a ouvert action à Baumann & Kleiner, en concluant à ce qu'il plaise au Tribunal:

1. condamner les défendeurs à 10 000 fr. de dommages-intérêts;

* Voir RO 35 I n° 27 p. 172 et suiv. — ** Cet arrêt n'est pas public au RO. (Notes du réd. RO).

2. ordonner la confiscation des montres saisies chez Baumann ;

3. ordonner la saisie et la destruction de la marque J.-A. Moser & C^{ie} et des instruments qui ont servi à l'imitation ;

4. ordonner la publication du jugement dans 5 journaux aux frais des défendeurs.

A l'appui de ces conclusions, la demanderesse a soutenu qu'une entente frauduleuse était intervenue entre la maison J.-A. Moser & C^{ie}, d'une part, et Baumann & Kleiner, d'autre part, pour voiler l'usurpation de marque de fabrique et les actes de concurrence déloyale commis par ces derniers. Ceux-ci ont cherché et réussi à s'approprier le bénéfice de la marque H^r Moser & C^{ie} en faisant un emploi abusif du mot Moser qui constitue la raison sociale et l'élément essentiel de la marque de la demanderesse.

Baumann & Kleiner ont conclu à libération et, reconventionnellement, à l'annulation de la marque 14 915 de la demanderesse.

La société J.-A. Moser & C^{ie} est intervenue au procès, à la demande des défendeurs, et elle s'est jointe à ceux-ci.

Les défendeurs et l'intervenante ont motivé leurs conclusions libératoires et reconventionnelles en résumé de la façon suivante :

Ils contestent qu'il y ait eu imitation de la marque de la demanderesse. Quant à l'emploi de la raison J.-A. Moser & C^{ie} il était absolument licite, car la différence entre cette raison et la raison H. Moser & C^{ie} est suffisante ; enfin la demanderesse n'a subi aucun dommage.

Quant à la marque H^r Moser & C^{ie}, elle est illicite comme contraire à l'art. 871 CO ; de plus elle est nulle parce qu'elle se compose d'un encadrement rectangulaire qui lui enlève le caractère de nouveauté.

C. — Par jugement du 6 janvier/13 février 1911, le Tribunal cantonal de Neuchâtel a alloué à la demanderesse une indemnité de 1500 fr., plus une indemnité de procédure de 500 fr. Il a écarté toutes autres conclusions préjudicielles et reconventionnelles.

Ce jugement est motivé comme suit : La marque n° 14 915 de la demanderesse est valable ; malgré la simplicité du cadre elle se distingue suffisamment des autres marques analogues. On ne saurait pas non plus prétendre qu'elle ait fait un usage illicite de la raison H. Moser & C^{ie}, l'art. 871 CO n'étant pas applicable à la demanderesse qui a son siège en Russie et qui, d'après la législation russe, a le droit d'employer cette raison.

D'autre part, les défendeurs n'ont pas imité la marque de la demanderesse et la demande en tant que basée sur la loi sur les marques n'est pas fondée. Par contre elle est fondée en tant que basée sur l'art. 50 CO, car il est illicite de constituer une société, régulière en la forme, mais qui est créée dans le but de profiter indûment de la notoriété d'une maison connue, l'un des associés de la nouvelle maison n'étant qu'un prête-nom. C'est ce qui a eu lieu en l'espèce. J.-A. Moser n'a fait que prêter son nom pour que J.-A. Moser & C^{ie} pussent profiter de la réputation de la demanderesse ; Baumann & Kleiner ont pris une part active à ces actes déloyaux, s'ils ne les ont même pas provoqués.

Quant aux dommages-intérêts, le Tribunal n'a pu déterminer exactement le chiffre des pertes que la concurrence déloyale des défendeurs a fait subir à la demanderesse. *Ex aequo et bono* le Tribunal les arbitre à 1500 fr.

D. — Ce jugement a fait l'objet de deux recours en réforme formés en temps utile auprès du Tribunal fédéral par Baumann & Kleiner et par J.-A. Moser & C^{ie}.

Baumann & Kleiner concluent à ce que le jugement soit réformé en tant qu'ils ont été condamnés à des dommages-intérêts.

Quant à J.-A. Moser & C^{ie}, ils reprennent non seulement les conclusions libératoires mais encore les conclusions reconventionnelles de la réponse.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — La société demanderesse n'ayant pas recouru contre le jugement du Tribunal cantonal de Neuchâtel, celui-ci est définitif en tant qu'il a écarté les conclusions fondées sur la pré-

tendue imitation de la marque n° 14 915. Les seules questions dès lors qui soient encore en discussion sont celles de savoir, d'une part, si la condamnation prononcée en vertu de l'art. 50 CO contre les défendeurs est justifiée et, d'autre part, si c'est à bon droit que l'instance cantonale a écarté les conclusions tendant à l'annulation de la marque de la demanderesse. Dans leur acte de recours les défendeurs Baumann & Kleiner n'ont pas maintenu cette dernière conclusion ; par contre elle a été reprise par la société J.-A. Moser & C^{ie} ; comme partie intervenante au procès, celle-ci avait qualité pour le faire ; en effet, aux termes de l'art. 66 OJF, les intervenants ont le droit de recourir en réforme si la législation cantonale leur confère les mêmes droits qu'aux parties ; or, tel paraît bien être le cas d'après la procédure civile neuchâteloise (Cpc art. 47, 51 et 39).

2. — A l'appui de leur demande d'annulation de la marque n° 14 915 les défendeurs ont invoqué les deux moyens suivants : ils prétendent que la raison de commerce H. Moser & C^{ie} qui sert de marque à la demanderesse n'est pas admissible en droit fédéral (art. 871 CO) parce qu'elle contient un nom — H. Moser — qui n'est celui d'aucun des associés indéfiniment responsables ; ils ajoutent que d'ailleurs cette marque n'est pas nouvelle.

Ces deux moyens sont dénués de tout fondement. Il est indifférent que la raison de commerce de la demanderesse ne soit pas conforme aux prescriptions de la loi suisse ; il s'agit en effet d'une maison étrangère et l'on a toujours admis que le choix de la raison de commerce est réglé par la législation du pays où la maison a son siège principal et que par conséquent une raison valable d'après la loi de ce pays est aussi valable en Suisse, même si elle est contraire aux prescriptions du CO (v. notamment SIGMUND, *Guide des préposés au registre du commerce*, p. 877 ; A. MEILI, *Internat. Zivil- und Handelsrecht II*, p. 262 ; PASQUALE FIORE, *Protection du nom commercial*, dans *Journal de droit int.* X, p. 19). Il ne pourrait en être autrement que si la raison de commerce étrangère avait été choisie dans le but de tourner les dispositions de la loi suisse. Or en l'espèce il est cons-

tant que l'emploi dans la raison du nom du fondateur de la maison est licite d'après la loi russe et que ce n'est pas dans un but de fraude que les successeurs de Henri Moser ont conservé son nom dans leur raison. Celle-ci est donc valable et doit être protégée en Suisse, quoique les associés actuels ne portent pas le nom de Moser.

Quant au prétendu défaut de nouveauté de la marque, on doit reconnaître avec l'instance cantonale que l'élément figuratif — encadrement rectangulaire — est d'ordre absolument secondaire, l'élément essentiel étant constitué par la raison « H^r Moser & C^{ie} », peu importe dès lors que cet encadrement manque de nouveauté ; le contenu de ce cadre distingue suffisamment la marque de la demanderesse des autres marques encadrées de la même façon et exclut toute possibilité de confusion.

3. — Au jugement qui les a condamnés à des dommages-intérêts en application de l'art. 50 CO les recourants objectent que la société J.-A. Moser & C^{ie} a été régulièrement constituée en France, que sa raison de commerce est donc protégée en Suisse et que par conséquent l'emploi de cette raison comme marque ne saurait constituer un acte illicite ; ils invoquent en particulier un considérant de l'arrêt rendu le 23 mars 1909 par la Cour de cassation du Tribunal fédéral dans la cause pénale pendante entre parties, considérant qui porte que « la différence entre les deux raisons de commerce — H^r Moser & C^{ie} et J.-A. Moser & C^{ie} — peut être considérée comme suffisante au regard de l'art. 2 LF sur les marques et de l'art. 868 CO, étant donné que les initiales des prénoms ne sont nullement semblables ». Ils en concluent qu'ils n'ont fait qu'user de leur droit en faisant apposer sur les produits de la maison J.-A. Moser & C^{ie} une marque de fabrique qui, d'après le Tribunal fédéral lui-même, ne constitue pas une imitation de la marque de la demanderesse.

On doit observer tout d'abord que le considérant cité est contenu dans un arrêt du Tribunal fédéral statuant sur la question pénale d'imitation de la marque de la demanderesse. Tout en écartant le recours de Baumann dirigé contre la condamnation prononcée contre lui par le Jury correctionnel

de La Chaux-de-Fonds, le Tribunal fédéral a exposé incidemment que cette condamnation ne pourrait être basée sur le fait que, contrairement à l'art. 868 CO, la raison de commerce J.-A. Moser & C^{ie} ne se distingue pas suffisamment de la maison H^r Moser & C^{ie} pour être valable en Suisse. Mais il n'a pas eu à examiner la question de savoir si l'emploi de cette raison, régulière en la forme, constitue un acte de concurrence déloyale; cette question avait été expressément réservée par le recourant Baumann lui-même (v. arrêt cité, consid. 5 1^{er} al. *) et c'est elle qui se pose actuellement.

Si en principe chaque individu a le droit de faire le commerce sous son propre nom, de se servir de ce nom comme raison de commerce et marque de fabrique, il y a cependant des cas où l'usage de ce nom revêt un caractère frauduleux et devient par conséquent illicite. Il en est ainsi notamment lorsqu'une personne qui porte le même nom qu'un commerçant connu entre dans une société uniquement pour que celle-ci puisse faire figurer son nom dans la raison sociale et profiter de la confusion qui s'établira dans l'esprit du public entre les produits des deux maisons grâce à la similitude des deux raisons. Aussi bien celui qui prête ainsi son nom que le commerçant qui se le fait prêter et les tiers qui favorisent ou provoquent cette combinaison se rendent coupables de concurrence déloyale. C'est ce qui est admis aujourd'hui d'une façon très générale par la doctrine et la jurisprudence (v. entre autres, POUILLET, *Marques de fabrique*, p. 545 et suiv., arrêts du RG dans BOLZE, XVIII n° 114 et XXI n° 149; TH. WEISS, *Concurrence déloyale*, p. 39; J. VALLOTTON, *Concurrence déloyale*, p. 74 et suiv.; cf. RO 30 I p. 123) et il ne saurait en effet y avoir d'hésitation au sujet du caractère illicite d'un procédé aussi évidemment contraire à la bonne foi qui doit régir les relations commerciales.

En l'espèce, si l'on considère que J.-A. Moser n'était nullement horloger et a continué, après la fondation de la Société à laquelle il a prêté son nom, à exercer sa profession d'ingénieur-électricien, que le rôle essentiel dans cette

* RO 35 I p. 180.

(Note du réd. RO).

société était joué par Brulard, dont le nom cependant ne figure pas dans la raison sociale, que — d'après le contrat primitif tout au moins — J.-A. Moser n'avait pas même la signature sociale, qu'il ne faisait apport à la société ni de son activité, ni d'une somme d'argent de quelque importance, on acquiert la conviction que la seule raison qui ait motivé la constitution de la société c'est le fait que Moser portait un nom fort réputé dans l'horlogerie et dont on entendait se servir pour faire une concurrence déloyale à la maison demanderesse qui lui a donné cette notoriété. Il est également indiscutable que c'est d'accord avec Baumann & Kleiner que cette combinaison a été imaginée; ceux-ci se sont assurés le monopole d'achat des produits de la société J.-A. Moser & C^{ie} par un contrat conclu le jour même où la société s'est fondée; ils ont eu soin d'exiger que toutes les montres porteraient la raison commerciale J.-A. Moser & C^{ie}; ils se sont eux-mêmes occupés de la faire graver sur les cadrans et ils ont exporté ces montres en Russie, soit dans le pays où la maison H. Moser & C^{ie} est avant tout connue. Les actes de concurrence déloyale ont donc été commis ou à leur instigation ou, dans tous les cas, avec leur complicité; ils sont responsables du dommage causé par ces manœuvres déloyales à la maison demanderesse.

Le chiffre exact de ce dommage n'a pas pu être établi; mais étant donnée l'importance des ventes faites en Russie par les défendeurs, l'indemnité de 1500 fr. fixée *ex aequo et bono* par l'instance cantonale ne peut certainement pas être regardée comme excessive.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce:

Les recours exercés par Baumann & Kleiner et par la société J.-A. Moser & C^{ie} contre le jugement du Tribunal cantonal de Neuchâtel du 6 janvier/13 février 1911 sont écartés et ce jugement est confirmé en son entier.