

die Unübertragbarkeit lediglich für den Genugtuungsanspruch aus Verlöbnißbruch in Art. 93 Abs. 2 ZGB vorgesehen ist, muss hierin eine Sondervorschrift erblickt werden, die auf die übrigen Fälle der Genugtuung nicht anwendbar ist. Übrigens lässt die Praxis auch die Abtretung des Genugtuungsanspruchs aus Verlöbnißbruch zu, sobald er eingeklagt oder anerkannt ist. Solange das nicht der Fall ist, bestehen jedoch entgegen der Auffassung von Tuhrs auch sachliche Gründe für die Sonderbehandlung. Der Anspruch weist infolge der mit ihm verbundenen besonders Gefühlsmomente mehr als andere Genugtuungsansprüche einen stark persönlichen Charakter auf, der erst dahinfällt, wenn der Verletzte seinen Willen, den Anspruch geltend zu machen, kundgegeben und diesen damit gewissermassen in eine gewöhnliche Forderung umgewandelt hat (BGE 41 II 339 f). Im gleichen Sinne äussern sich zu diesen Fragen BECKER, N 10 zu Art. 47, OSER-SCHÖNENBERGER, N 15 zu Art. 164, STREBEL, Kommentar zum MFG, N 3 zu Art. 42.

34. Arrêt de la I^{re} Section civile du 16 juin 1937 dans la cause **Masson** contre **Taverney S. A.**

Art. 48 CO. Concurrence déloyale reprochée à une manufacture de cigares dans le choix d'un emballage. Ressemblance générale avec l'emballage utilisé par le demandeur, mais différence de certains éléments caractéristiques. Différence suffisante vu le degré de discrimination élevé des acheteurs.

A. — Le demandeur Marius Masson exploite à Vevey, sous son nom, une manufacture de cigares, de cigarettes et de tabac. En 1928, il a lancé sur le marché suisse des cigares fabriqués avec un mélange contenant du tabac brésilien.

La vente se fait en paquets de dix pièces, dans un emballage rouge, qui présente l'aspect suivant : sur une des faces et sur toute la longueur du paquet ressort le

mot « BRESILIENNE », en grandes capitales noires ombrées d'or ; ce mot est cintré à sa base. Soulignant le mot « Brésilienne », une bande or bordée de noir, incurvée, porte l'inscription en petites capitales rouges : « cigarettes sans papier » ; au-dessous, les lettres B. C. en or, et ensuite, sur trois lignes, en petits caractères noirs, la mention : « est contrefait tout paquet ne portant pas notre marque et la signature Masson Marius ». La marque de fabrique dessinée en noir, et représentant une mouette qui tient une feuille de tabac sur laquelle figurent les lettres M. F., surmonte le mot Brésilienne ; elle est encadrée de reproductions de récompenses industrielles, en or. Sur l'autre face du paquet sont représentées les armoiries du Brésil, en or et noir ; au-dessous, les mots « Vevey-Suisse ». Enfin, une bande de papier blanc, de 2,5 cm. de largeur, qui lie les cigares en paquet par le milieu, apparaît par transparence sous le papier d'emballage.

Le prix du paquet est de 50 centimes. De 1931 à 1935, la vente a dépassé 60.000 paquets par an, en moyenne.

La défenderesse, Taverney S. A., exploite, elle aussi, une manufacture de cigares à Vevey. Depuis 1887 cette maison vend des cigares dits « Brésiliens » dans des paquets de dix pièces, à l'emballage beige-chamois portant la mention : « cigares Taverney Brésiliens ». Le prix du paquet est de 70 centimes.

Au début de 1934, la Société défenderesse a mis dans le commerce des cigares d'une qualité inférieure, au prix de 50 centimes le paquet de dix pièces. Ces paquets ont la même longueur, mais sont plus gros que ceux des « Brésilienne » Masson. Leur emballage est rouge. Sur la face du paquet et sur toute sa longueur figure le mot « BRESILIENS » en grandes capitales noires ombrées d'or ; le mot est rectiligne ; au-dessus, le mot « Taverney's », en capitales noires, et au-dessous, sur deux lignes, en capitales noires également, la mention : « cigares de tabacs supérieurs ». Ces deux inscriptions encadrant le mot

« Brésiliens » sont très visibles, tandis que sur les paquets de « Brésilienne » Masson, seuls ressortent le mot Brésilienne et la bande or. Sur la tranche supérieure du paquet, au-dessus de « Taverney's » sont reproduites en or des récompenses industrielles. Sur la tranche opposée figure la marque de fabrique, dessinée en or : un buste d'homme, encadré de rameaux et flanqué des mots : « Planteur » et « Pflanze ». Sur l'autre face du paquet, en capitales noires, la mention : « On reconnaîtra la bonne qualité à la marque de fabrique ». Au dessous, en or, la signature « H. Taverney », et soit les lettres « B C », soit la lettre « C ». La bande de papier blanc liant les cigares apparaît également sous l'emballage rouge ; elle est plus large d'un centimètre environ que celle des emballages du demandeur.

La défenderesse a d'abord employé pour ses « Brésiliens » le même papier rouge foncé que pour ses cigares « Flora ». Depuis la fin de l'année 1934 elle utilisa pour les Brésiliens BC un papier d'un rouge plus pâle, identique à celui de ses cigares « Vater Rhin » et identique aussi à celui des paquets de « Brésilienne » Masson. La qualité C des Brésiliens Taverney continue à être vendue dans l'emballage plus foncé et la qualité supérieure dans l'emballage chamois. La maison Taverney emploie du papier rouge pour certains articles depuis 1934 (notamment pour ses cigares « Alpina » et « Flora »). De nombreuses autres manufactures suisses ont choisi le même papier rouge.

L'étiquette des cigares « Brésiliens » Taverney rappelle celle des cigares « Flora ». L'arrangement des deux vignettes est le même, sauf que le mot « Brésiliens » en lettres moins ombrées d'or remplace le mot « Flora » et que les mots « cigares de tabacs supérieurs » sont sur deux lignes au lieu de trois.

Estimant que la Société Taverney avait imité sa marque « Brésilienne », Masson porta plainte pénale le 10 mai 1935 pour contravention à la loi fédérale. Le Juge d'instruction du Canton de Vaud rendit une ordonnance de non-lieu

que la Chambre d'accusation confirma parce que le mot brésilien indique la provenance du tabac utilisé et sert à plus de 50 fabriques en Suisse pour désigner une certaine espèce de cigares.

B. — Marius Masson a alors intenté contre Taverney S. A. le 22 novembre 1935 une action civile pour concurrence déloyale (art. 48 CO). Il a demandé à la Cour civile vaudoise d'interdire à la défenderesse « de faire usage des papiers d'emballage portant la mention « Taverney's BRÉSILIENS », et il a réclamé 4000 francs de dommages-intérêts.

La défenderesse a excipé de l'irrecevabilité de la demande et conclu, au fond, au déboutement de Masson.

Par jugement du 22 avril 1937, la Cour civile a rejeté la demande avec suite de frais et dépens.

Le demandeur a recouru en réforme au Tribunal fédéral contre ce jugement et il a repris ses conclusions.

L'intimée a conclu au rejet du recours.

Considérant en droit :

Dans le procès civil le demandeur ne se plaint plus d'une imitation de sa marque, mais bien d'une imitation de l'emballage de ses « cigarettes sans papier » (cigares) « Brésilienne ». Il se place ainsi exclusivement sur le terrain de la concurrence déloyale et intente la double action prévue par l'art. 48 CO en demandant : a) la « cessation des manœuvres » illicites et b) la « réparation du préjudice causé ».

Ad a) L'action « en cessation » du trouble institué à l'art. 48 est une application spéciale du principe général inscrit à l'art. 28 CC selon lequel « celui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser ».

L'exercice de cette action suppose dans le cas du demandeur que celui-ci possède un droit individuel à l'utilisation de l'emballage en faveur duquel il invoque la protection du juge. D'après la jurisprudence, un tel droit n'existe

que si, par sa forme originale et son aspect particulier, l'emballage dont il s'agit se distingue des autres emballages communément employés pour une certaine marchandise et constitue un signe caractéristique qui individualise cette marchandise aux yeux du public (RO 46 II p. 153 et 427).

L'exercice de l'action suppose en outre qu'une maison concurrente adopte pour des produits du même genre que ceux du demandeur un emballage de nature à créer dans l'esprit de l'acheteur une confusion entre les deux concurrents (RO 61 II p. 385 et la jurisprudence citée p. 386 consid. 1).

La Cour civile vaudoise estime que ni l'une ni l'autre de ces deux conditions n'est réalisée.

En effet, l'emballage imaginé par le demandeur ne présente guère d'originalité. Il se compose d'éléments communs dont le pouvoir d'individualisation est très faible et dont même l'ensemble n'est pas bien caractéristique. Un industriel ou un commerçant qui utilise un pareil emballage s'expose d'emblée au risque de confusion, car il ne peut s'en prendre qu'à lui-même si l'emballage choisi par un concurrent ne laisse pas dans le souvenir du public une impression très différente.

Le juge du fait relève ainsi avec raison que la forme des paquets de « cigarettes Brésilienne » est due à la forme même de la marchandise ; elle répond uniquement à un besoin pratique (ce n'était pas le cas dans l'affaire Gaba c. Keller, RO 61 II p. 381, dont le recourant a invoqué plus particulièrement l'analogie avec son propre procès) ; elle est généralement adoptée pour les paquets de cigares de cette catégorie et est en quelque mesure imposée aux fabricants par le goût du public. Il en est de même pour le papier rouge brillant, plus ou moins foncé et légèrement transparent, qui est actuellement d'un usage très répandu pour les cigares de moindre qualité ; les nombreuses vignettes produites par la défenderesse le prouvent. Le texte et sa disposition sur les

paquets du demandeur n'ont aucune originalité : le mot « Brésilien » ou « Brésilienne » est une désignation générique ; il indique la provenance du tabac, si bien que plus de cinquante fabriques, en Suisse, vendent des cigares sous ce nom ; au surplus, la défenderesse a utilisé cette dénomination plusieurs années avant le demandeur, et il est d'usage de mettre le mot Brésilien en évidence par de grandes lettres pour lesquelles on adopte fréquemment des caractères noirs ombrés d'or. La seule particularité de la vignette du demandeur, la forme cintrée du mot « Brésilienne » souligné par une bande or, ne se retrouve pas dans la vignette de la défenderesse. Quant à la combinaison des éléments, elle est banale, en sorte que l'emballage de Masson n'a pas ce minimum d'originalité nécessaire pour justifier la protection légale. Or c'est précisément l'ensemble de ces éléments-là qui donne à première vue aux paquets en question des deux parties une certaine ressemblance générale, laquelle ne provient donc pas de l'imitation de signes distinctifs originaux par la défenderesse. Au reste, une pareille ressemblance existe entre de très nombreux emballages utilisés en Suisse par les fabricants de cigares qui tous s'adaptent plus ou moins aux fluctuations de la mode pour les différentes catégories d'articles qu'ils mettent dans le commerce.

Mais voulût-on même accorder au demandeur le droit individuel auquel il prétend, que les différences entre les deux emballages suffiraient à écarter le danger de confusion étant donnée la clientèle des marchands de cigares. Comme la Cour civile le remarque et comme le Tribunal fédéral l'a déjà reconnu dans son arrêt du 6 décembre 1910 en la cause Ormond c. Ermatinger, qui concernait aussi des cigares dits « brésiliens », les fumeurs, qui forment la majeure partie des acheteurs, attachent une grande importance à la marque du cigare ; ils ne s'en tiennent pas à l'aspect tout général des emballages et ne se contentent pas d'un simple coup d'œil donné aux paquets qu'ils achètent, mais en vérifient les indica-

tions ou tout au moins constatent quel en est le fabricant. Il en est de même pour les marchands de détail lorsqu'ils s'approvisionnent. Aussi bien — circonstance établie par le juge du fait — les acheteurs ont-ils coutume de préciser par le nom du fabricant l'article qu'ils demandent : des Brésiliens Taverney, des Brésiliennes Masson, etc. Cette discrimination particulière des acheteurs de cigares n'existe pas au même degré chez les acheteurs des tablettes « Gaba », formés de toute sorte de gens. Ce fait permet au juge de se montrer moins exigeant dans la présente cause et de trouver suffisantes les différences notées par les premiers juges entre les deux emballages en question. Sur les paquets du demandeur, le mot « Brésilienne » est seul mis en vedette, tandis que sur les paquets de la défenderesse, outre le mot « Brésilien » ceux de « Taverney's » et de « cigares de tabacs supérieurs » ressortent nettement. La forme cintrée du nom « Brésilienne » et la bande or caractéristique qui le souligne ne figurent pas sur l'emballage Taverney. Les paquets du demandeur sont sensiblement plus petits que ceux du concurrent. Leur contenu est désigné comme « cigarettes sans papier » alors que la défenderesse mentionne que ses paquets renferment des « cigares ».

Dès lors, tout bien considéré, la ressemblance des emballages n'apparaît pas de nature à créer chez les marchands de détail et chez le public acheteur une confusion entre les produits des deux maisons concurrentes.

En outre, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire « Gaba », il résulte des constatations de la Cour civile que la défenderesse n'a pas cherché à tromper le public par des procédés contraires à la bonne foi. C'est d'après les vignettes de ses propres cigares « Flora » et « Vater Rhin » qu'elle a composé celles des « Brésiliens ».

Ad b) L'absence de « manœuvres illicites » enlève d'emblée toute base à l'action en « réparation du préjudice causé ». Au surplus, le demandeur n'a pas fourni la preuve d'un dommage. Il a fait entendre deux marchands de

tabacs au sujet des confusions qui se seraient produites. Mais l'un des témoins, dit le juge cantonal, « connaissait ces deux marques (Brésiliens Taverney et Brésilienne Masson) et les distinguait ». Quant à l'autre témoin, il s'est borné à déclarer au voyageur de Masson, en lui montrant un paquet de Taverney, qu'il avait déjà des « brésiliens ». Or il a pu faire cette réponse, sans confondre les deux emballages, simplement parce que les brésiliens Taverney lui suffisaient.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

rejette le recours et confirme le jugement attaqué.

35. Extrait de l'arrêt de la 1^{re} Section civile du 23 juin 1937 dans la cause Banque populaire valaisanne S. A. contre Fleury.

Notion fédérale de l'ouverture d'action :

La citation en conciliation constitue une ouverture d'action même si elle n'est pas obligatoire mais simplement possible d'après la procédure cantonale.

Libération de la caution qui s'est engagée dans l'idée que d'autres cautions s'obligeraient avec elle, lorsque, à son insu, le créancier renonce à certaines cautions ou en accepte d'autres que les cautions prévues (art. 497 al. 3 CO).

Résumé des faits :

Cautionnement consenti dans l'idée que cinq autres cautions s'engageraient également. — Au dernier moment, renonciation de la Banque créancière à l'une des cautions et substitution d'une nouvelle caution à l'une des cinq autres. Validité de son engagement contesté par la première caution, qui ouvre action en répétition de la somme indûment payée par elle à la Banque (art. 86 LP, 497 CO). Moyen libératoire de la défenderesse tiré du fait que seulement une tentative de conciliation non prévue par la procédure cantonale et non introductive d'instance d'après le droit cantonal a eu lieu dans le délai d'une année fixé par l'art. 86 LP. Mais instance introduite en temps utile