

(aus Vertrag oder Gesetzesvorschrift), wo sie durch Art. 51 OR implizite abgelehnt wird, ansonst ja für den gegenseitigen Rückgriff kein Raum wäre.

6. — Die Haftung beider Beklagter ist zwar nicht solidarisch, aber doch insofern von einander abhängig, als durch Zahlung von 5000 Fr. seitens des einen oder anderen Beklagten oder beider je zu einem Teile die Schuld des einen und des anderen erlischt. Dies ist auch im Urteilsdispositiv zum Ausdruck zu bringen, ansonst es den Schein erweckt, jeder Beklagte habe 5000 Fr. zu zahlen, und der Kläger erhalte von beiden zusammen also 10,000 Fr.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufungen werden abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 28. Juni 1930 im Sinne der vorstehenden Erwägung 6 bestätigt.

VII. MARKENSCHUTZ

PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE

69. Extrait de l'arrêt de la 1^{re} Section civile du 23 septembre 1930

dans la cause **Société des Etablissements Mousset et Coron, S. A.**
contre **Champagne Strub, Mathiss & C^{ie}.**

Ne sont pas « d'une nature totalement différente » deux marchandises qui ont entre elles une parenté suffisante pour que le public puisse raisonnablement admettre qu'elles proviennent du même fabricant (art. 6 al. 3 de la loi fédérale sur les marques de fabrique).

A. — La Société Champagne Strub, Mathiss & C^{ie}, demanderesse et intimée, est inscrite au registre du com-

merce de Bâle-Ville. Elle a pour objet la fabrication de vins mousseux au moyen de vins de champagne et le commerce de vins de champagne provenant de la Champagne. Elle a succédé à plusieurs autres sociétés (entre autres la société Blankenhorn & C^{ie}) également inscrites au registre du commerce de Bâle-Ville et ayant le même objet.

Soit la demanderesse, soit les sociétés auxquelles elle a succédé ont fait inscrire au Bureau de la propriété intellectuelle à Berne, les marques suivantes :

a) le 16 avril 1910, n° 27 385, « *Strub Sportsman Da Capo* », marque verbale pour vins naturels et mousseux (y compris les vins sans alcool), vins de fruit, bière, etc.

b) le 16 mars 1917, n° 39 681 (renouvellement du n° 8653), marque combinée qui figure une place publique au fond de laquelle s'élèvent des maisons et, sur la place, une charrette anglaise à deux chevaux attelés en tandem et conduite par un gentleman derrière lequel un groom est assis, dos à dos. Au-dessous du dessin, on lit, à droite, les mots : « Blankenhorn & C^{ie} Bâle » et, à gauche, un peu plus bas : « *Sportsman's demi-sec* ».

c) le 12 avril 1920, n° 46 579 (renouvellement du n° 12 002), « *Sport* », marque verbale pour bouteilles de vins de champagne remplies à Bâle.

d) le 5 juin 1928, n° 67 423, « *Sportsman* », marque verbale pour vins, vins mousseux, vins sans alcool, etc.

B. — De son côté, la Société anonyme des Etablissements Mousset et Coron, ayant son siège à Oullins (France) et une succursale à Carouge (canton de Genève), a fait inscrire au Bureau fédéral de la propriété intellectuelle, à Berne, le 5 mai 1923, sous le n° 54 082, une marque verbale « *Le Sportif* », pour tous vins apéritifs, soit apéritifs à base de vin et de quinquina.

C. — Mathiss & C^{ie} ont ouvert action à la Société des Etablissements Mousset et Coron, en concluant à la radiation de la marque « *Le Sportif* » n° 54 082.

D. — Par jugement du 13 mai 1930, la Cour de Justice civile de Genève a ordonné la radiation de cette marque.

E. — Par acte déposé en temps utile, la Société des Etablissements Mousset et Coron a recouru en réforme au Tribunal fédéral en reprenant ses conclusions libératoires.

Extrait des considérants :

5. — Les différentes marques litigieuses pouvant être confondues entre elles, il reste à examiner si la recourante doit néanmoins être libérée parce que ses produits sont différents de ceux des demandeurs. A ce propos, il faut remarquer que le droit moderne ne restreint pas le monopole du titulaire d'une marque aux seules marchandises auxquelles celle-ci est destinée. Au contraire, les lois étrangères étendent cette protection à l'égard des marchandises *du même genre* (loi allemande, §§ 4, 5, 9, 15 : « gleichartige Waren » ; cf. loi autrich., § 7 ; droit français : industries « similaires », POUILLET, Traité des marques de fabrique, 6^e édit., n° 964). Le législateur suisse est allé encore plus loin : parti du principe de la protection, il n'a fait d'exception qu'à l'égard des produits ou marchandises « d'une nature *totale*ment différente de ceux auxquels la marque déposée se rapporte » (all. : « ...die ihrer Natur nach von den mit der schon hinterlegten Marke versehenen gänzlich abweichen ») (art. 6 al. 3 LMF).

a) Pour déterminer si deux produits ou deux marchandises sont de nature totalement différente, au sens de cette disposition, il ne faut pas considérer leur substance même, mais s'en tenir à leur fonction économique. Il ne faut pas tenir compte des classifications scientifiques, ni des catégories établies par les spécialistes, fabricants et grossistes, voire même par les commerçants de détail. C'est au public que les produits sont destinés ; c'est son choix qui importe au producteur. Seules donc seront déterminantes sa manière de voir et d'apprécier, les dis-

tinctions qu'il fait, les classifications commerciales qu'il connaît et emploie (cf. RO 33 II 451 ; 38 II 709 ; 47 II 236 ; JdT 1921 522-523 ; DUNANT, p. 148). Ces principes sont aussi suivis par la pratique et la doctrine allemandes, lorsqu'il s'agit d'établir si deux produits sont semblables (gleichartig) ; malgré l'existence d'une classification officielle des marchandises, cette question est toujours résolue en Allemagne du point de vue du consommateur (cf. SELIGSOHN, Gesetz zum Schutz der Warenzeichen, 3^e édit. (1925), p. 101 ; HAGENS, Warenzeichenrecht (1927), p. 121).

Se plaçant à ce point de vue, la recourante prétend que jamais le public moyen ne prendra un apéritif pour un champagne. Présentée sous cette forme, cette affirmation ne paraît pas contestable : les consommateurs habituels de boissons alcooliques ne courent guère le risque de confondre celles dont il s'agit ici, car elles sont très différentes par leur goût, leur consistance, leur qualité et leur prix ; de plus, elles sont généralement servies à des moments et dans des occasions différentes et dans des verres de formes distinctes. Mais — indépendamment du fait que toutes les marques des demandeurs ne sont pas exclusivement destinées à des vins de champagne, mais aussi en partie à des boissons très diverses — la différenciation entre champagne et apéritif n'est pas encore suffisante pour permettre à la recourante d'exciper victorieusement de l'art. 6 al. 3 LMF.

b) L'application d'une même marque à deux objets distincts peut en effet donner lieu à des confusions non pas entre les produits, mais entre les *producteurs*. En pareil cas, le titulaire de la marque est exposé à un préjudice d'une nature un peu particulière, mais néanmoins très sensible. Ce préjudice ne consiste pas dans un détournement de sa clientèle, mais en ce que le public, trompé par l'identité des marques, attribuera à l'un des fabricants les produits de l'autre ; et si ceux-ci sont de mauvaise qualité, c'est au titulaire de la première marque qu'il

imputera leur défectuosité. Une réputation commerciale justement acquise pourra ainsi être ébranlée et le discrédit rejallir sur les produits qui portent la marque imitée, quand même ceux-ci seraient différents des produits de l'imitateur (cf. FAUCHILLE, dans Annales de droit comp., 1894 II p. 267 s.).

Mais il est clair que la confusion entre les producteurs n'est à craindre que lorsque les deux marchandises, sans être pareilles, ont cependant entre elles une parenté suffisante pour qu'il soit vraisemblable de supposer qu'elles ont été produites par le même fabricant. Tel n'était pas le cas dans la cause Yale & Towne Manufactory Cy. contre Jakob Laib & C^{ie}, jugée par le Tribunal fédéral le 18 octobre 1927 (RO 53 II 355, JdT 1928 p. 72). Mais, dès le moment où une semblable parenté existe entre deux marchandises, on ne peut plus dire que celles-ci soient de nature totalement différente (ihrer Natur nach gänzlich abweichend), au sens de l'art. 6 al. 3 de la loi. En d'autres termes, l'application de cette disposition est exclue dès que les deux industries sont assez voisines pour que le public puisse raisonnablement admettre qu'elles sont exercées par un seul et même producteur (cf. RO 33 II 451 : papier simple et papier sensible pour la photographie ; 34 II 376 : articles de métal, etc., et ustensiles de ménage, instruments agricoles, etc. ; 38 II 709 : laine et coton ; — ADLER, System des österreichischen Markenrechts (1909), p. 199-200 ; HAGENS, p. 121 ; FINGER, Das RG z. Schutze der Warenbezeichnungen, 3^e édit. (1926), p. 159 ; PINZGER & Heinemann, Das d. Warenzeichenrecht, p. 99).

c) Il faut donc examiner si une confusion du genre qui vient d'être indiqué est possible en l'espèce, en d'autres termes, s'il est à craindre que le public attribue à la demanderesse la fabrication de l'apéritif de la recourante. La réponse à cette question ne saurait être douteuse. Il suffit de relever qu'en fait, de nombreux apéritifs — et parmi les plus réputés — sont fabriqués par des maisons dont la

principale production est celle de vins mousseux assimilables en tous points au champagne. Tel est notamment le cas de certains vermouths, dont les fabricants sont en même temps les producteurs des grands mousseux d'Italie. Si les demandeurs eux-mêmes ne fabriquent pas d'apéritif, il est constant que leurs marques n° 27 385 et 67 423 sont destinées à toute une variété de boissons alcooliques et non alcooliques. Il est donc parfaitement possible que les consommateurs s'imaginent que, parmi leurs nombreuses spécialités, Mathiss & C^{ie} comptent des apéritifs à base de vin ou de quinquina, et il n'y aurait rien d'étonnant à ce qu'ils leur attribuent la fabrication du produit de la défenderesse.

Le fait que la marque « Le Sportif » a coexisté depuis 1923 avec les marques des demandeurs ne permet nullement de dire qu'une confusion de ce genre soit peu probable. Ce laps de temps est en effet beaucoup trop bref pour qu'il soit possible d'en tirer une telle conclusion. Il en était tout autrement dans l'espèce, d'ailleurs très particulière, que le Tribunal fédéral a jugée le 28 juin 1921 (RO 47 II 237-238 ; JdT 1921, 524).

C'est donc à juste titre que la cour cantonale a rejeté l'exception tirée de l'art. 6 al. 3.

70. Urteil der I. Zivilabteilung vom 3. Dezember 1930 i. S. Migros A.-G. und Produktions-A.-G. gegen Walz & Eschle.

Markenschutz.

Schutzunfähigkeit der Bezeichnung « Süßfett » für ein Kochfett (Erw. 1), sowie der Idee der Anbringung eines Städtebildes zur Hervorhebung der Herkunft eines Produktes (Erw. 2).

Die Schutzunfähigkeit eines oder mehrerer Elemente einer Marke schliesst die Schutzfähigkeit der letztern als ganzes nicht ohne weiteres aus (Erw. 2).

Der Markenschutz wird nicht erst durch die Hinterlegung, sondern durch den befugten Gebrauch einer Marke geschaffen (Erw. 3).