

am Unfallstag sodann war er, wie überhaupt sämtliche Insassen des Wagens, laut Feststellung der Vorinstanzen mehr oder weniger betrunken. Im fernern aber steht fest, daß Waldbogel, als der Wagen zuerst die vorerwähnte Böschung hinunter, dann über das Geleise und auf der andern Seite wieder die Böschung hinauffuhr, hinten im Wagen aufrecht stand. Nun ist allerdings nicht recht ersichtlich, ob er etwa wegen Mangels an Platz stehen mußte; dagegen muß immerhin bemerkt werden, daß er sich mit Rücksicht auf die Stöße, die der Wagen auf dieser kleinen Strecke erhalten mußte, und speziell auch mit Rücksicht auf den genossenen Alkohol hätte vorsehen sollen, damit er nicht das Gleichgewicht verliere. Das gegenteilige Verhalten, in Folge dessen dann Waldbogel in der That aus dem Wagen stürzte, muß ihm als bedeutendes Mitverschulden angerechnet werden und im Sinne einer Reduktion der Schadenersatzsumme in's Gewicht fallen.

6. Was nun das Quantitativ der Entschädigung betrifft, so darf angenommen werden, daß der Verunglückte seiner zwar zahlreichen Familie (Frau und 7 Kinder) höchstens  $\frac{2}{3}$  seines 1260 Fr. betragenden Jahreslohnes, somit 840 Fr., zuwenden konnte. Diese entsprächen beim Alter des Waldbogel (36 Jahre) einem Rentenskapital von etwas über 15,000 Fr. Mit Rücksicht auf das Mitverschulden des Verunglückten und die Vorteile der Kapitalabfindung ist eine Reduktion auf 7000 Fr. gerechtfertigt. Dabei wird namentlich in Betracht gezogen, daß der Verunglückte weder rechtlich verpflichtet, noch tatsächlich in der Lage gewesen wäre, seiner Familie und speziell seinen Kindern sein Leben lang den obgenannten Betrag von 840 Fr. zuzuwenden.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung der Klägerin wird als begründet erklärt und ist die Beklagte pflichtig, der Klägerschaft den Betrag von 7000 Fr., samt Zins à 5 % vom 16. Mai 1893 zu bezahlen.

### III. Fabrik- und Handelsmarken.

#### Marques de fabrique.

141. *Arrêt du 24 Novembre 1894 dans la cause  
Prod'hom contre Frémiot.*

F. Prod'hom, négociant à la Case de l'Oncle Tom, à Genève, fabrique un dépuratif du sang auquel il a donné le nom d'« Antinosine. » Le 27 Septembre 1884 il a opéré au bureau fédéral des marques de fabrique à Berne, le dépôt d'une marque destinée à figurer sur ce produit. Cette marque se compose des éléments suivants: 1° La dénomination « Antinosine, » dont le déposant revendique la priorité. 2° L'arrangement général de l'étiquette imprimée soit en noir sur blanc, soit en couleur. 3° La capsule portant l'empreinte d'un écusson tenu par deux lions et surmonté d'une couronne à cinq pointes, le tout entouré des mots « Antinosine à la Case de l'Oncle Tom, Genève. » 4° La forme spéciale du flacon contenant le produit fabriqué.

Le 16 Juillet 1892 Prod'hom ouvrit action à E. Frémiot, épicier-droguiste, à Genève, alléguant que ce dernier vend un prétendu dépuratif du sang et qu'il inscrit indûment sur l'étiquette des flacons la mention « Antinosine. » Prod'hom concluait en s'appuyant sur les art. 18 litt. d, 20 et 22, al. 4 de la loi fédérale sur la protection des marques de fabrique, du 19 Décembre 1879, à ce qu'il plût au tribunal faire défense expresse au sieur Frémiot de vendre son prétendu dépuratif du sang sous le nom d'Antinosine, et le condamner en outre à payer au requérant: 1° 20 francs d'indemnité pour chaque infraction qu'il commettrait à cette défense; 2° 2000 francs pour dommage causé à ce jour: dire et prononcer que par et au choix de Prod'hom un extrait du jugement à intervenir sera publié à trois reprises dans deux journaux paraissant à Genève, ce aux frais de Frémiot et sans toutefois que le prix de cette insertion puisse dépasser 20 francs par insertion.

A l'audience du tribunal de première instance du 9 Mars 1893, Frémot a contesté la compétence de ce tribunal, en faisant valoir que la loi du 19 Décembre 1879 sur la protection des marques de fabrique a été abrogée sans réserves, et que c'est la loi du 26 Septembre 1890 sur le même objet qui est applicable; qu'une seule juridiction est admise par cette dernière loi pour juger en premier ressort, et que, selon l'art. 45, N° 5 de la loi cantonale sur l'organisation judiciaire, cette juridiction est la Cour de justice.

Par jugement du dit 9 Mars le tribunal a admis l'exception d'incompétence, et a renvoyé le demandeur à mieux agir. Ce jugement a été confirmé par arrêt de la Cour de justice civile du 27 Mai 1893; la dite Cour s'est déclarée compétente pour connaître de la demande de Prod'hom et a retenu l'instance comme régulièrement liée entre les parties.

A l'audience du 2 Septembre suivant Prod'hom a offert de prouver les faits par lui articulés dans son exploit introductif d'instance, et la Cour l'a acheminé à prouver les dits faits, réservant à la partie adverse la preuve contraire.

Dans les enquêtes devant la dite Cour, le témoin dame Bron à Genève, a déposé, en résumé, ce qui suit :

Le témoin a acheté deux fois de l'antinosine chez Frémot; il a mis lui-même l'étiquette sur les flacons; cette étiquette était verte et portait le nom de Frémot; le nom d'antinosine était écrit à la plume. La dame Bron, surprise du bon marché de ces flacons, s'adressa à Prod'hom pour savoir si c'était de l'antinosine authentique, et remit à ce dernier les flacons, qu'elle avait fournis elle-même. Ces achats ont eu lieu en Mai et Avril 1892. Après avoir été prévenue que cette antinosine n'était pas la vraie, la dame Bron n'est pas retournée chez Frémot.

Le témoin Nouvelle, employé chez Frémot, a déposé, de son côté, en substance :

En Mai 1893, M. Frémot a vendu à la dame Bron de l'élixir de longue vie, et, sur la demande de celle-ci, il a apposé sur le flacon une étiquette sur laquelle il a écrit « Antinosine. » Cette dame avait demandé de l'antinosine, et Frémot

lui a répondu qu'il n'en avait pas, que l'antinosine se vendait en flacons à la Case de l'Oncle Tom, mais qu'il avait de l'élixir de longue vie, qui n'avait pas la même composition que l'antinosine. Cette dame a voulu qu'on lui mette de l'élixir de longue vie dans son flacon, et une étiquette portant le nom d'antinosine. Un monsieur est venu plusieurs fois au magasin demander de l'antinosine dans un flacon étiqueté, mais le témoin a toujours refusé de lui en livrer. Il aurait voulu que le témoin remplît ces flacons d'élixir de longue vie et qu'il y mit une étiquette portant antinosine; le témoin, enfin, est certain que ce monsieur était envoyé par Prod'hom.

En confrontation, dame Bron a maintenu qu'elle a simplement demandé de l'antinosine, et qu'il n'a pas été question d'élixir de longue vie, et le sieur Nouvelle a déclaré qu'il se trompe sur la personne à laquelle son patron a fait la réponse qu'il a mentionnée. Lorsque Frémot a mis l'étiquette antinosine sur le flacon, il a dit que cela ne devait pas se faire et que ce n'était que parce que cette dame l'exigeait qu'il y avait consenti. C'est pourquoi le témoin a refusé de vendre de l'élixir de longue vie pour de l'antinosine.

A l'audience de la Cour de justice civile du 22 Septembre 1894, Prod'hom a repris ses conclusions primitives, en les appuyant sur les art. 24 litt. c, 27 1° et 32 de la loi fédérale concernant la protection des marques de fabrique, du 26 Septembre 1890; Frémot a conclu à ce que la dite Cour se déclare incompétente, et, subsidiairement, à ce qu'il lui plaise débouter Prod'hom de ses conclusions.

Par jugement du même jour, la Cour de justice civile a prononcé comme suit :

« La Cour fait défense à Frémot de vendre son dépuratif du sang sous le nom d'antinosine; condamne Frémot à payer à Prod'hom tous les dépens de l'instance; déboute les parties de toutes autres ou plus amples conclusions. »

Ce jugement se fonde, en résumé, sur les motifs ci-après :

La question de compétence a été tranchée par l'arrêt incident du 27 Mai 1893, et la Cour ne saurait revenir de cette décision; elle est compétente pour statuer sur la demande en

tant que basée sur une contravention à la législation sur les marques de fabrique, et pour autant que les faits relevés à la charge de Frémiot revêtent ce caractère.

Ces faits constituent bien une infraction à la législation fédérale sur les marques de fabrique. Que ce soit la loi de 1879 ou celle de 1890 sur cette matière qui doit être appliquée, il n'en est pas moins constant que Frémiot a, dans une certaine mesure, imité la marque d'autrui de manière à induire le public en erreur, et un fait semblable est prévu comme pouvant donner ouverture à des poursuites civiles ou pénales par l'art. 24 de la loi de 1890 aussi bien que par l'art. 18 de la loi de 1879. Frémiot n'a, il est vrai, pas imité l'arrangement général de l'étiquette, ni la capsule apposée sur le bouchon, ni même la forme spéciale du flacon, mais il a indûment reproduit sur l'étiquette le mot « Antinosine, » un des éléments et non le moins important de la marque de Prod'hom. Il ne s'agit donc que d'une imitation partielle, mais suffisante pour induire le public en erreur, et la loi réprime aussi bien, dans ce cas, une imitation partielle qu'une imitation totale. L'apposition, même manuscrite, du mot « Antinosine » est de nature à amener une confusion entre les produits de Frémiot et ceux de Prod'hom, qui a seul le droit de faire figurer ce mot sur ses produits. Les faits relevés contre Frémiot ne présentent en revanche pas un bien grand caractère de gravité; ils n'ont pas causé et n'ont pu causer un préjudice appréciable à Prod'hom; il n'a pas été établi en effet que Frémiot ait vendu des flacons munis de l'étiquette avec le mot « Antinosine » à d'autres personnes qu'au seul témoin qui a déposé sur ce point. Dans ces circonstances il suffit de faire défense à Frémiot de vendre un dépuratif du sang sous la qualification d'antinosine, et de mettre à sa charge les dépens de l'instance.

Les deux parties ont recouru contre ce jugement.

Dans son mémoire, Prod'hom conclut à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral réformer le dit jugement, mais en ce sens seulement qu'il ordonne qu'un extrait de ce jugement sera publié, aux frais de Frémiot, dans deux journaux paraissant

à Genève, au choix du recourant, à trois reprises, sans toutefois que le coût de chaque publication puisse excéder 20 francs.

A l'appui de cette conclusion, le demandeur Prod'hom fait valoir :

L'art. 32 de la loi fédérale de 1890 laisse aux tribunaux la faculté d'ordonner cette publication; un jugement non public restant inconnu des tiers, n'atteint pas le but voulu par le législateur. La prétention de Prod'hom est légitimée par les considérations du message du Conseil fédéral du 31 Octobre 1879, à l'appui du projet devenu la loi du 19 Décembre 1879 sur la protection des marques de fabrique. Si cette loi a été abrogée et remplacée par celle du 26 Septembre 1890, le § 4 de son art. 22, prescrivant que le tribunal pourra ordonner la publication du jugement dans un ou plusieurs journaux, aux frais du condamné, a été textuellement reproduit dans l'art. 32, al. 1° de la loi de 1890. Le message fédéral accompagnant le projet de cette dernière loi parle également en faveur de la conclusion du recourant.

Dans son recours, le sieur Frémiot conclut à ce qu'il plaise au tribunal de céans dire et prononcer :

Que c'est par suite d'une appréciation juridique erronée, que, par le jugement dont est recours, la Cour de justice a décidé qu'en l'espèce il y avait lieu à application des lois de 1879 et de 1890 sur les marques de fabrique, et qu'elle a basé sur ces lois son jugement condamnant Frémiot aux dépens. En conséquence réformer ce jugement, débouter Prod'hom de sa demande basée sur les dispositions de ces lois, le condamner à tous les frais d'instance cantonale et d'instance devant le Tribunal fédéral, y compris l'indemnité prévue par l'art. 225 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale.

A l'appui de son recours, le défendeur Frémiot invoque les considérations ci-après :

Les constatations concernant Frémiot devaient dispenser les juges de déclarer qu'il n'avait imité ni l'arrangement général de l'étiquette, ni la capsule apposée sur le bouchon, ni même la forme spéciale du flacon de Prod'hom. En revanche

ils auraient dû constater que c'est à la demande expresse du témoin dame Bron que le mot « Antinosine » a été inscrit sur l'étiquette de Frémiot, et que ce témoin, immédiatement après son premier achat, et sans avoir jamais fait usage du liquide porta immédiatement ses flacons chez Prod'hom, ce qui ne l'empêcha pas de faire l'achat postérieur d'un nouveau flacon, qu'elle remit également à Prod'hom. Il résultait de là que dame Bron s'était faite l'émissaire ou l'agent provocateur de Prod'hom, que dans tous les cas la dénomination d'« Antinosine » que Frémiot avait donnée au liquide, ne l'avait pas trompée. Enfin les premiers juges auraient dû aussi retenir que Frémiot n'a jamais offert par prospectus, imprimés, réclames, enseignes, mise en montre, son produit sous le nom d'antinosine.

Pour qu'il y ait contrefaçon, usurpation ou imitation de marque, il faut que la marque contrefaite existe sur le produit, sur l'enveloppe ou l'étiquette du produit, d'une façon visible, quand ce produit est offert en vente, ou mis en vente de manière que le public, attiré par la marque contrefaite et induit en erreur, la confonde avec la vraie. Rien de semblable dans les faits reprochés à Frémiot, l'étiquette n'ayant pas pu servir à induire l'acheteur en erreur, en lui faisant confondre les deux marques. La Cour a confondu l'usage illicite de la dénomination d'un produit avec la contrefaçon, l'usurpation et l'imitation d'une marque de fabrique et de commerce. Or cet usage illicite pouvait donner lieu à une action en dommages-intérêts pour concurrence déloyale, mais non à l'application des lois sur les marques de fabrique et de commerce. C'est donc à tort que la Cour a appliqué ces lois.

*Statuant sur ces faits et considérant en droit :*

1° L'instance cantonale a examiné la demande seulement comme action touchant une marque de fabrique, et, d'après les dispositions de la procédure cantonale, elle n'était, comme instance unique, compétente qu'à cet égard. Le contrôle du Tribunal fédéral ne doit par conséquent s'exercer que sur la question de savoir si le défendeur a commis une violation des prescriptions légales en matière de marques de fabrique. Ce

n'est qu'à ce point de vue juridique que le tribunal de céans peut soumettre la présente action à son examen, et il n'a point à rechercher, dans la procédure actuelle, si les agissements du défendeur apparaissent comme illicites à d'autres égards, par exemple s'ils impliquent un acte de concurrence déloyale. Cela résulte de la disposition de l'art. 29 de la loi fédérale de 1890 sur la protection des marques de fabrique, statuant que les cantons désignent le tribunal chargé de juger, en une seule instance, les procès civils auxquels l'application de cette loi donnera lieu, ainsi que de la loi cantonale d'introduction de la loi fédérale ; conformément à ces dispositions, l'action *ex lege speciali*, c'est-à-dire basée sur la loi sur la protection des marques de fabrique peut seule être poursuivie et tranchée devant l'instance unique cantonale. (Voir arrêt du Tribunal fédéral en la cause Wille & consorts contre Brachschmid, *Recueil officiel* XIX, N° 40.)

2° A ce point de vue, seul à considérer en la cause, l'on pourrait se demander d'abord si c'est la loi de 1879, ou celle de 1890 sur la matière qui doit être appliquée, et, le cas échéant, dans quelle mesure. Il est toutefois superflu de résoudre cette question, puisque, d'une part, il n'est pas contesté que la marque du demandeur est susceptible de protection aussi bien d'après la loi nouvelle que d'après l'ancienne, et que, d'autre part, les dispositions de ces deux lois sont identiques en ce qui touche les conséquences d'une imitation de marque de fabrique, comme celle prétendue en l'espèce.

3° La marque de fabrique du demandeur devant être considérée dans ses éléments principaux comme susceptible de protection, il y a lieu de rechercher si l'acte constaté à la charge du défendeur constitue une atteinte portée à la dite marque. A cet égard il est évident qu'une semblable atteinte ne saurait résider dans la circonstance que le défendeur a désigné verbalement comme « Antinosine » le liquide qu'il a livré à une cliente. Le droit à la marque ne protège en effet que contre son emploi comme désignation d'origine, sur la marchandise elle-même ou sur l'enveloppe du produit, et non contre d'autres manœuvres destinées à induire l'acheteur en

erreur. Ces manœuvres peuvent apparaître comme illicites, comme actes de concurrence déloyale, mais elles ne constituent pas une violation du droit à la marque. C'est ce que le tribunal de céans a reconnu à diverses reprises, entre autres dans son arrêt *Wille & consorts* contre *Brachschmid*, déjà cité. (*Recueil officiel* XIX, N° 40.)

4° Il ne reste donc plus qu'à rechercher si une semblable violation existe par le fait que le défendeur, à la requête d'une cliente, a collé sur le flacon apporté par celle-ci, et où il avait versé le liquide demandé, une étiquette sur laquelle il avait écrit à l'encre le mot « Antinosine. »

La solution de cette question dépend de savoir si l'étiquette ainsi remplie était de nature, par son aspect général, à provoquer une confusion avec la marque déposée par le demandeur, ou si au contraire elle s'en différenciait suffisamment pour exclure cette confusion. Or il n'est pas douteux que l'étiquette collée par le défendeur sur le flacon en question est, dans son ensemble, essentiellement différente de la marque déposée par le demandeur, si l'on considère celle-ci également dans son ensemble. L'étiquette dont il s'agit consiste simplement en une bande de papier vert contenant, blanc sur vert, au haut et au bas, l'indication de la maison de droguerie et d'épicerie *Frémiot*, ainsi que son adresse, et, au centre, un cartouche également blanc dans lequel le défendeur avait inscrit le mot « Antinosine. » En revanche la marque déposée par le demandeur ne se composait pas du seul mot « Antinosine » ce qui n'eût pas suffi pour constituer une marque de fabrique susceptible de protection aux termes de la loi fédérale de 1879, mais elle porte diverses autres indications, telles que les mots « dépuratif du sang, Genève, à la Case de l'Oncle Tom, » et, au milieu, une tête de nègre dans un médaillon ovale, accompagné de la mention « déposée. » L'acheteur connaissant cette marque ne pouvait absolument pas la confondre avec l'étiquette collée par *Frémiot*; un seul regard jeté sur cette dernière suffit pour le démontrer à l'évidence. Même en admettant, avec l'instance cantonale, que le mot « Antinosine, » inscrit sur l'étiquette serait, à lui seul, de nature à induire l'acheteur en erreur sur l'origine du produit, il

y a lieu de remarquer que, même dans ce cas, il ne pourrait s'agir d'une erreur par confusion des marques, ensuite de l'imitation de la marque déposée du demandeur; l'erreur ne proviendrait que de l'usage illicite du nom d'un produit, acte qui n'impliquerait pas une atteinte portée au droit du dit demandeur à sa marque, et ne rentrerait pas dès lors dans ce dernier domaine. Le droit à la marque n'autorise pas celui qui l'a déposée à interdire tout usage, verbal ou par écrit, du mot « Antinosine » pour désigner un produit; il défend seulement d'en faire un usage ayant pour effet de créer une marque dont la ressemblance avec la marque protégée est assez grande pour induire le public en erreur. Or tel n'est pas, ainsi qu'il vient d'être dit, le cas dans l'espèce.

La question de savoir si le demandeur a, à d'autres points de vue, le droit exclusif de se servir du mot « Antinosine » comme désignation d'un produit ne pouvant, comme on l'a vu, pas être résolue dans l'instance actuelle, il s'en suit que le jugement de la Cour de justice civile repose sur une erreur de droit; il applique en effet les dispositions de la loi sur la protection des marques de fabrique à un état de fait qui ne rentre pas sous l'empire de cette loi; son dispositif, en interdisant d'une manière absolue au défendeur de se servir, même verbalement, de la dénomination « Antinosine » pour désigner ses produits, dépasse certainement les limites du droit de protection en pareille matière, telles qu'elles ont été plus haut définies. Le jugement de la Cour doit dès lors être réformé, et le demandeur débouté des fins de son action.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours du demandeur est écarté, et celui du défendeur *Frémiot* est admis. Le jugement de la Cour de justice civile est en conséquence réformé en ce sens que les conclusions de la demande du sieur *F. Prod'hom* sont repoussées, et celles libératoires du sieur *Frémiot* accueillies.