

ankommen: Nicht darum handelt es sich, ob Spengler die Wechsel als Sicherheiten bezw. Beweismittel im Sinne von Art. 508 OR betrachtete, sondern höchstens darum, ob sie dies waren, sowie darum, ob eine Preisgabe bezw. Verminderung allfällig in den Wechseln zu erblickender Beweismittel oder Sicherheiten stattgefunden habe. Da letzteres, wie ausgeführt wurde, nicht der Fall ist, so erscheint die auf Art. 508 OR gegründete Einrede auch dann als unbegründet, wenn der verstorbene Ehemann und Vater der Beklagten die Wechsel als Sicherheiten bezw. Beweismittel betrachtet haben sollte und es richtig wäre, daß er in der Prolongation derselben eine Preisgabe von Beweismitteln bezw. eine Verminderung von Sicherheiten erblickt haben würde.

6. Die Abweisung der auf Art. 508 OR gegründeten Einrede der Beklagten hat zur Folge, daß es noch einer Untersuchung darüber bedarf, ob die Bürgschaft, aus welcher geklagt wird, wirklich gültig bezw. in dem Umfange eingegangen worden sei, wie der Kläger behauptet. Da nun die Beklagten die Einrede der Unzurechnungsfähigkeit ihres Rechtsvorgängers erhoben sowie die Richtigkeit der Bürgschaftsurkunde bestritten und diesbezüglich „alle Beweise“ anerboten haben, der Prozeß aber nach diesen beiden Richtungen hin nicht instruiert worden ist und das Bundesgericht auch nicht in der Lage ist, die fehlenden Feststellungen selber vorzunehmen, so ist die Sache nach Art. 82 OG zur Ergänzung der Akten in diesem Sinne und zu neuer Entscheidung an das kantonale Gericht zurückzuweisen.

Dabei erübrigt nur noch, zu bemerken, daß eine Abweisung der Klage aus Gründen des eidgenössischen Rechts zwar nur insoweit möglich bleibt, als die Einrede der Unzurechnungsfähigkeit oder diejenige der Fälschung sich als begründet herausstellen sollte, daß aber die Frage, ob und inwieweit die Beklagten und insbesondere die Beklagte Lydia Spengler für Schulden des verstorbenen Heinrich Spengler haften, bezw. ob und inwieweit die Klage aus Gründen des Familien-, Vormundschafts- oder Erbrechts zur Zeit oder definitiv, „zur Zeit oder später“, wie sich die Vorinstanz ausdrückt; „formell oder materiell“, wie sich die erste Instanz ausdrückt, abgewiesen werden könne oder

müsse, durch den Entscheid des Bundesgerichtes selbstverständlich nicht präjudiziert wird.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird in dem Sinne begründet erklärt, daß das Urteil des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 30. August 1905 aufgehoben und die Sache zur Aktenvervollständigung und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

Vergl. auch Nr. 112.

V. Fabrik- und Handelsmarken. Marques de fabrique.

93. *Arrêt du 6 octobre 1905, dans la cause Müller & C^{ie}, dem. princ., défend. reconv., rec., contre Blanc, déf. princ., dem. reconv., int.*

Ressemblance ou dissemblance de deux **marques verbales** (« Dido » et « Lilo ») destinées à être appliquées sur des montres, etc. — Attributions du Tribunal fédéral; libre appréciation de la question de la confusion, bien qu'une partie de l'arrêt cantonal, ordonnant la radiation de l'une des marques « Lilo » ait acquit force de chose jugée. Art. 81, al. 2 OJF; art. 6, 24 litt. a; 32 loi féd. sur les marques de fabrique, etc.

A. — Le 20 mars 1896, Louis Müller & C^{ie}, fabricants d'horlogerie, à Bienne, ont fait enregistrer, au Bureau fédéral de la propriété intellectuelle, à Berne, sous No 8209, une marque de fabrique destinée à être appliquée sur des montres, des parties de montres ou leurs emballages, et consistant dans le mot : DIDO, écrit en majuscules romaines pleines.

Louis Müller & C^{ie} ne fabriquent, à part quelques pièces pour presse-lettres, que la montre de 10 1/2 lignes (23^{mm}5) pour dames, et ils n'appliquent leur marque DIDO qu'aux montres avec échappement à cylindre.

B. — Henri Blanc, à Genève, fabrique la pendule et, comme montres, la montre de 21 lignes (55^{mm}) avec échappement à ancre, pour hommes.

Désireux de faire enregistrer, pour les produits de sa fabrication, la marque LILO, il s'informa, auprès du Bureau fédéral, par lettre du 16 août 1904, si cette marque se trouvait avoir été déposée déjà. Le 18 août, le Bureau fédéral lui répondit négativement en se bornant à le rendre attentif à l'existence de la marque LILY, déposée le 7 novembre 1891, sous N° 5528, par la maison Julien Gallet & C^{ie}, à la Chaux-de-Fonds. Le 19 août, Blanc s'adressa à cette maison pour lui demander si elle voyait quelque inconvénient à ce qu'il déposât la marque LILO qu'il se proposait d'adopter.

Sur la réponse négative de la maison Julien Gallet & C^{ie}, Blanc fit enregistrer, au Bureau fédéral, le 17 octobre 1904, sous N° 17 805, pour être appliquée sur « montres, pendules, toutes pièces détachées pour montres et pendules, et étuis », cette marque LILO, formée de majuscules romaines pleines.

C. — Le 21 novembre 1904, Louis Müller & C^{ie} écrivirent à Blanc, lui disant que sa marque LILO présentait, avec leur marque DIDO, une ressemblance telle que le public pourrait les confondre facilement l'une avec l'autre, et le sommant en conséquence d'avoir à faire radier sa marque sans délai.

Le 6 décembre 1904, Blanc adressa à Müller & C^{ie} une platine de montre destinée à les renseigner sur le genre sur lequel portait sa fabrication et sur laquelle était inscrite sa marque LILO en majuscules romaines formées de simples traits parallèles laissant un blanc entre eux et disposées en un léger arc de cercle, encadrées d'ailleurs par une sorte de médaillon assez capricieusement découpé aux deux moitiés latérales symétriques. Blanc exprimait l'espoir

qu'après examen de cette platine et de la marque que celle-ci portait, Müller & C^{ie} ne maintiendraient pas leur demande de radiation, celle-ci ne reposant sur aucune base sérieuse.

Le 10 décembre 1904 Müller & C^{ie} répondirent, en se déclarant d'accord avec l'emploi, par Blanc, de la marque LILO telle que celle-ci figurait sur la platine qui leur avait été soumise, à condition toutefois que Blanc s'engageât à ne pas s'en servir pour des montres d'un calibre inférieur à 18 lignes; ils insistaient, en revanche, pour obtenir, dans le plus bref délai, la radiation de la marque LILO telle que celle-ci avait été enregistrée sous N° 17 805.

Dès lors se poursuivit entre parties une correspondance qui ne présente plus aucun intérêt pour la cause.

Evidemment en vue d'éviter tout conflit, Blanc s'était adressé à son graveur pour obtenir, de celui-ci, un nouveau cliché conforme à l'insculpation figurant sur la platine susrappelee, cela afin de faire enregistrer la marque LILO sous cette nouvelle forme, et dans l'idée apparemment que cet enregistrement impliquait renonciation de sa part à sa marque précédente et que tomberait ainsi le procès dont Müller & C^{ie} le menaçaient.

L'enregistrement régulier de cette nouvelle marque eut lieu le 24 février 1905, sous N° 18 448.

D. — Cependant, le 21 février 1905 déjà, Müller & C^{ie} avaient introduit action contre Blanc devant la Cour de Justice civile de Genève, en concluant à ce que la Cour ordonnât la radiation de la marque N° 17 805, fit défense à Blanc de se servir dorénavant de cette marque en quelque manière que ce fût, et condamnât le défendeur au paiement d'une somme de 2000 fr. à titre de dommages-intérêts pour contrefaçon.

Par écriture du 12/18 avril 1905, les demandeurs étendirent ces conclusions à la seconde marque, N° 18 448, et les amplifièrent en réclamant la publication du jugement à intervenir dans cinq journaux, au choix de la Cour, parmi ceux de Bienne, de Genève et de la Chaux-de-Fonds.

Müller & C^{ie} fondaient cette demande sur les art. 6, 24

et 32 de la loi fédérale du 26 septembre 1890, concernant la protection des marques de fabrique et de commerce, et prétendaient, en résumé, que les marques N^{os} 17 805 et 18 448 pouvaient donner facilement lieu à confusion avec leur marque N^o 8209, en raison de la similitude de leurs « consonances », le public acheteur ne pouvant faire de distinction entre celles-ci sans un effort de mémoire et d'attention que l'on ne pouvait exiger de sa part. Les demandeurs soutenaient en outre que l'intention du défendeur, de chercher à créer la possibilité d'une confusion entre sa marque ou ses marques et la leur, résultait de l'emploi dans les marques N^{os} 17 805 et 18 448 des mêmes caractères typographiques que ceux utilisés pour leur marque N^o 8209.

E. — Le défendeur conclut au rejet de la demande comme mal fondée et reconventionnellement à la condamnation des demandeurs au paiement d'une somme de 1000 fr. à titre de dommages-intérêts pour le préjudice tant moral que matériel qui lui était causé par le fait de l'introduction contre lui d'une action sans aucun fondement.

A l'appui de ces conclusions, le défendeur s'attachait à démontrer son ignorance complète de la marque Dido jusqu'à réception de la lettre des demandeurs en date du 21 novembre 1904, — son absolue bonne foi en toute cette affaire, — le défaut de toute ressemblance entre les marques Dido et Lilo, — les différences essentielles existant entre les produits des deux maisons, — et enfin l'absence de tout préjudice pour les demandeurs, aucune montre munie de la marque Lilo n'ayant encore été lancée sur le marché.

F. — Par jugement en date du 27 mai 1905, la Cour de Justice civile de Genève a ordonné la radiation de la marque N^o 17 805, — fait défense à Blanc de se servir, dorénavant, de celle-ci, aux fins indiquées dans l'enregistrement du 17 octobre 1904, et débouté les parties de toutes autres, plus amples ou contraires conclusions.

Ce jugement est, en substance, motivé comme suit :

« Les marques Dido, N^o 8209, et Lilo, N^o 17 805, sont » formées par une dénomination de fantaisie, afin de frapper » l'ouïe. Les deux mots se composent de quatre lettres dont

» deux pareilles, une au milieu, l'autre à la fin. Il y a uni- » formité de son dans la terminaison des mots, c'est-à-dire » « consonance », de là possibilité de confusion pour l'oreille » et la mémoire de l'acheteur qui ne gardera pas, dans » son esprit, un souvenir distinct pour chacune des marques. » Blanc partage cette opinion puisqu'il a estimé devoir rendre » sa marque verbale en même temps figurative, en l'entou- » rant d'un ornement. Il y a analogie entre les marques » Dido et Lilo, et absence de caractères essentiels qui les » distinguent.

» Il n'en est plus de même, en revanche, entre la marque » verbale Dido et la marque verbale et figurative Lilo (avec » entourage), N^o 18 448. »

La marque N^o 17 805 doit donc être radiée.

Quant à la demande en dommages-intérêts de Müller & C^{ie}, elle doit être écartée, parce que la bonne foi de Blanc a été démontrée, — qu'aucune montre munie de la marque N^o 17 805 n'a été lancée sur le marché, — que la maison Müller & C^{ie} fabrique exclusivement la montre pour dames (10 1/2 lig.) tandis que Blanc ne fabrique que la montre pour hommes (21 lig.), — que le système d'échappement des montres Müller & C^{ie}, marque Dido, et des montres Blanc est différent, celui des premières étant à cylindre, celui des secondes à ancre, — et qu'enfin la maison Müller & C^{ie} n'a ni établi ni même offert d'établir l'existence d'aucun préjudice.

La demande reconventionnelle de Blanc, en mille francs de dommages-intérêts, doit être reconnue comme étant sans cause, puisque la demande principale est admise comme fondée en ce qui concerne la marque N^o 17 805 dont la radiation est ordonnée.

En présence des circonstances de la cause, la Cour ne juge pas opportune la publication de son jugement.

G. — C'est contre ce jugement que, en temps utile, Müller & C^{ie} ont déclaré recourir en réforme auprès du Tribunal fédéral, en concluant à ce qu'il plaise à celui-ci modifier le dit jugement :

1^o en ordonnant également la radiation de la marque

N° 18 448, et en faisant défense à l'intimé de se servir de cette marque ;

2° en condamnant l'intimé à leur payer la somme de 1000 fr. à titre de dommages-intérêts ;

3° en ordonnant la publication de l'arrêt à intervenir dans cinq journaux de Berne, Bienne, Genève et la Chaux-de-Fonds, au choix du tribunal.

H. — L'intimé a conclu au rejet du recours comme mal fondé.

I. — Ce sont ces conclusions que les représentants des parties ont développées dans leurs plaidoiries de ce jour.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — (Formalités, compétence.)

2. — Le jugement du 27 mai 1904, puisqu'il n'a pas été attaqué par l'intimé, est passé en force de chose jugée, en tant qu'il a ordonné la radiation de la marque N° 17 805, fait défense à l'intimé de se servir dorénavant de cette marque à l'une ou à l'autre des fins indiquées dans l'enregistrement du 17 octobre 1904 et écarté la demande reconventionnelle en mille francs de dommages-intérêts. Mais, ce qui, de ce fait, est devenu indiscutable et demeure en conséquence soustrait à la connaissance du Tribunal fédéral, c'est uniquement cette partie *du dispositif* du dit jugement ; par contre, *les motifs* à la base de ce dernier n'ont aucunement acquis ni ne pouvaient acquérir force de chose jugée, c'est-à-dire qu'ils ne sauraient être opposés à l'intimé dans la question de savoir si la marque N° 18 448 constitue ou non une contrefaçon ou une imitation de la marque N° 8209, si, et éventuellement dans quelle mesure la demande en dommages-intérêts des recourants peut être reconnue fondée et s'il y a lieu d'ordonner la publication de l'arrêt à intervenir. Ainsi, et notamment en ce qui concerne la ressemblance ou la dissemblance entre les deux dénominations DIDO et LILO, pour autant qu'il y a lieu d'examiner cette question au regard des marques N°s 8209 et 18 448, le Tribunal fédéral n'est nullement lié par les appréciations de l'instance cantonale qui l'ont amenée à ordonner la radiation de la marque

N° 17 805. — L'on peut d'ailleurs remarquer que l'intimé, ainsi que son représentant l'a exposé ce jour en plaidoirie, pouvait renoncer à recourir contre le jugement du 27 mai 1905 simplement pour une raison d'ordre pratique, parce que le maintien de sa marque N° 18 448 lui suffisait et que celui de sa marque N° 17 805 ne présentait plus pour lui, dans ces conditions, aucun intérêt quelconque, d'où il suit qu'en ne recourant point contre le dit jugement l'intimé ne renonçait à aucun de ses droits par rapport à la marque N° 18 448 et pouvait, et peut encore, persister à prétendre, en ce qui concerne cette marque particulièrement, que les dénominations DIDO et LILO sont suffisamment dissemblables l'une de l'autre pour qu'elles puissent valablement subsister comme marques de fabrique ou de commerce l'une à côté de l'autre.

Ainsi donc, dans cette question de savoir quelle est la ressemblance ou la dissemblance de ces deux dénominations, le Tribunal fédéral n'est nullement lié par les appréciations de l'instance cantonale, et, pour autant que cette question intéresse le présent débat, il doit en rechercher lui-même la solution sans avoir à tenir compte du jugement intervenu et passé en force de chose jugée par rapport à la marque N° 17 805.

3. — La marque N° 8209, dont les recourants prétendent qu'elle a été contrefaite ou imitée par l'intimé, est exclusivement verbale, c'est-à-dire uniquement formée d'une dénomination de fantaisie : DIDO, sans que, dans les caractères avec lesquels ou dans la manière avec laquelle cette marque s'insculpe ou s'applique sur les produits de la maison des recourants ou sur leurs emballages, l'on puisse découvrir quoi que ce soit qui en modifie la nature et la rend, ne fût-ce qu'accessoirement, figurative.

La marque N° 18 448, elle, est également formée d'une dénomination de fantaisie : LILO, dont ni les caractères ni le groupement de ces derniers ne sauraient lui donner la physionomie d'une marque figurative. Elle comprend sans doute le médaillon décrit d'autre part, mais celui-ci n'appar-

rait que comme l'un de ses éléments accessoires, il ne sert que d'encadrement au mot LILO; à supposer les deux dénominations DIDO et LILO suffisamment semblables entre elles pour donner facilement lieu à une confusion, le dit encadrement serait incapable de distinguer suffisamment ces deux dénominations l'une d'avec l'autre pour éviter cette confusion, car, dans la marque N° 18 448, ce sur quoi l'attention se porte surtout, ce qui demeure ensuite dans le souvenir, ce qui servira à la rappeler ou à la décrire, c'est le mot LILO qui, seul, se grave en l'esprit. La marque N° 18 448 se caractérise donc comme une marque essentiellement verbale, et il y a lieu, en conséquence, de faire abstraction, dans ce débat, du médaillon ou de l'encadrement susrappelé.

La question se résume ainsi à celle de savoir si les deux dénominations DIDO et LILO présentent entre elles une telle analogie que leur emploi pourrait facilement donner lieu à confusion. Or, sur ce point, il est impossible d'adopter l'appréciation de l'instance cantonale. Sans doute ces deux dénominations ont des points communs; elles ont, toutes deux, deux syllabes, de deux lettres chacune; les deux voyelles *i* et *o* reviennent dans chaque marque au même endroit; dans chacune de ces deux dénominations, ces deux voyelles *i* et *o* sont précédées d'une consonne, la même dans les deux syllabes, *d*, dans la marque Dido, *l*, dans la marque Lilo. Mais là s'arrête l'analogie, et l'on arrive, dans ces deux mots Dido et Lilo, par l'effet des consonnes *d* et *l*, à une articulation de sons si différents les uns des autres que la vision ou l'audition de l'un de ces deux mots ne détruit pas, dans la mémoire, le souvenir laissé par la vision ou l'audition de l'autre mot; à défaut d'images, puisqu'il s'agit ici de marques, l'une exclusivement, l'autre essentiellement, verbales, les deux marques N°s 8209 et 18 448 produisent sur l'esprit et laissent dans le souvenir des impressions assez dissemblables pour que l'on puisse dire, sinon que *jamais* aucune confusion ne sera *possible*, du moins, et en tout cas, — ce qui suffit au regard de l'art. 6 de la loi du 26 septembre 1890, — que ces deux marques ne pourront jamais

donner *facilement* lieu à confusion. Il ne faut, en effet, pas perdre de vue que l'on peut exiger du public, et en particulier de l'acheteur, qu'il use, en cette matière des marques de fabrique, de quelque attention, surtout dans le domaine de l'horlogerie où les marques sont devenues si nombreuses que l'on rendrait impossible la création de nouvelles marques et que l'on entraverait singulièrement ce commerce si l'on se refusait à demander de l'acheteur la moindre attention et le moindre effort de mémoire pour distinguer une marque d'une autre. Les parties n'ont pas songé à établir ni même à indiquer à quels pays les produits de leur fabrication sont destinés; il y a lieu ainsi d'admettre que les acheteurs de ces produits appartiennent tout au moins à des populations d'une civilisation moyenne, dont il est possible en conséquence d'exiger l'emploi d'un certain discernement et d'une certaine attention.

Point n'est donc besoin de s'arrêter ici aux différences qui distinguent les *produits* des deux maisons, Blanc et Müller & C^{ie}, les uns d'avec les autres, et de rechercher si ces différences seraient assez considérables pour que l'on pût dire que les produits de l'une des deux maisons seraient d'une nature *totale*ment *différente* de ceux de l'autre maison, ce qui justifierait alors l'application de l'art. 6 al. 3 de la loi, que l'intimé semble avoir voulu invoquer en la cause. L'on peut toutefois faire observer qu'à première vue ce moyen se révélerait plutôt comme mal fondé, les produits en question étant les uns et les autres ceux de l'horlogerie, et la maison qui ne se servirait d'une marque de fabrique déterminée que pour désigner ses produits de la meilleure qualité (comme les chronomètres de marine, par exemple, ou toutes les autres pièces de précision), ayant un intérêt majeur à ce qu'un autre fabricant ne pût pas usurper cette même marque pour en munir ses produits qui, quoique de genres et grandeurs totalement différents, seraient d'une qualité fort inférieure (comme la montre cylindre, bon marché, pour dames).

C'est donc à tort que les recourants ont conclu à la radia-

tion de la marque N° 18 448, d'où il résulte que toutes leurs autres conclusions, en tant que basées sur l'enregistrement ou l'emploi de cette marque par l'intimé, peuvent et doivent, sans autre, être écartées.

4. — Des considérations qui précèdent, il résulte également que, si l'intimé eût recouru, de son côté, contre le jugement du 27 mai 1905 en tant que celui-ci a ordonné la radiation de la marque N° 17 805, le Tribunal fédéral n'eût pas admis que cette dernière constituât, — à défaut de contrefaçon, dont il ne pouvait être question puisque la contrefaçon (*Nachmachung*) consiste dans la contrefaçon servile et brutale d'une autre marque, — une imitation (*Nachahmung*) de la marque N° 8209. Cette raison suffit, à elle seule déjà, pour faire repousser les conclusions des recourants tendant à l'obtention de dommages-intérêts ou à la publication de cet arrêt, en tant que ces conclusions s'appuient sur l'enregistrement ou l'emploi, par l'intimé, de la marque N° 17 805. Au surplus, l'on peut remarquer, d'une part, que les recourants, ainsi que le constate l'instance cantonale, n'ont ni établi ni même offert d'établir l'existence d'aucun préjudice qu'ils auraient souffert du fait de l'intimé, et, d'autre part, que les conditions dans lesquelles il peut se justifier d'ordonner la publication d'un jugement dans une cause de la nature de celle-ci (voir *Journal des Tribunaux* et *Revue judiciaire*, 1902, p. 344), ne se rencontrent aucunement en l'espèce, aucun préjudice n'étant établi et l'absolue bonne foi de l'intimé étant démontrée.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté, et, en conséquence, le jugement de la Cour de Justice civile de Genève, en date du 27 mai 1905, confirmé dans toutes ses parties.

94. Arrêt du 21 octobre 1905, dans la cause
Ditesheim, dem. et rec., contre Record Watch C° S. A.,
déf. et int.

Marque verbale : « record ». Ce mot est devenu générique et, en conséquence, impropre à constituer une marque. Art. 1^{er}, ch. 2, loi féd. sur les marques de fabrique, etc.

A. — Sur requête des demandeurs, L.-A. et J. Ditesheim, une marque dite « Record » a été enregistrée, sous N° 8493, le 15 juillet 1896, au Bureau fédéral de la propriété intellectuelle à Berne. Cette marque, destinée à être inscrite sur des montres, parties de montres, étuis, et leurs emballages, est composée d'une roue à sept rayons entre lesquels sont placées les six lettres R-E-C-O-R-D plus un point entre les deux rayons du bas.

La société défenderesse, inscrite au registre du commerce le 27 mai 1903, sous la raison de commerce « Record Watch C° S. A. » a, le 16 décembre de la même année, fait enregistrer au Bureau fédéral de la propriété intellectuelle à Berne, l'inscription suivante : « N° 16 671, 16 décembre 1903, » 8 heures. *Record Watch C° S. A.* Fabrique, Tramelan » dessus (Suisse). Mouvements, cadrans et boîtes de montres, pendules et réveils. *Record Watch C° S. A.* » Elle a fait usage de cette raison-marque en l'insculplant sur les montres et parties de montres fabriquées par elle.

B. — S'estimant lésés dans leurs droits, les demandeurs ont, par citation du 24 août 1904, conclu contre la société à ce qu'il plaise à la Cour d'appel et de cassation de Berne :
« 1° Faire défense à la requise d'employer comme raison » de commerce, marque de fabrique ou de commerce, les » mots « Record Watch » et d'utiliser cette marque sur ses » montres, parties de montres, étiquettes et emballages ;
» 2° La condamner à détruire les montres, parties de montres, étiquettes ou emballages qui pourraient être munis de » cette marque ou de les modifier de façon à faire disparaître ces mots ;