

location des locaux et le propriétaire profitait directement de l'établissement qui y était exploité, en percevant un loyer relativement très élevé. D'autre part, si même pour le propriétaire l'objet du contrat n'était pas directement contraire aux bonnes mœurs, il l'était indirectement, et un contrat de cette nature est également nul, en regard de l'art. 17 CO (RO 26 II 444, et 30 II 417). L'immeuble avait servi de tout temps à l'exploitation d'une maison de tolérance, la femme du demandeur lui-même l'avait utilisé dans ce but, le propriétaire savait que le locataire continuerait cette exploitation et profiterait de la clientèle attachée à la maison (comp. RO 24 II 864). Sans doute le but direct du bailleur, en louant son immeuble, était d'en percevoir le loyer, ce qui n'a rien d'illicite en soi ; mais il n'obtenait ce loyer qu'en exécution de l'obligation de paiement que contractait envers lui le défendeur, son locataire ; or, celui-ci ne louait la maison et ne s'obligeait à en payer le loyer que dans le but de pouvoir continuer au même endroit l'exploitation de la maison de tolérance. C'est là qu'était pour lui l'objet du contrat, objet contraire aux bonnes mœurs. Il n'y a aucune raison de modifier sur ce point la jurisprudence du Tribunal fédéral qui concorde avec la jurisprudence étrangère (v. RGC 38 201. — Dalloz, Rép. 1875, 2, 127 et 1891, 1, 484. — *Schweiz. Blätter für Handelsrechtl. Entsch.* 8 286).

4. — Le bail du 27 août 1895 étant sans objet valable en droit, le contrat est nul et la demande doit être repoussée. Le dispositif de l'arrêt de la Cour de justice civile de Genève qui a débouté le recourant de ses conclusions doit donc être confirmé.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours en réforme interjeté par David-Constant L. contre l'arrêt de la Cour de Justice civile de Genève du 8 juin 1907 est déclaré mal fondé et le dit arrêt confirmé.

IV. Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst.

Droit d'auteur pour œuvres de littérature et d'art.

64. Arrêt du 27 septembre 1907, dans la cause

Chouet & Sauze, dem. et rec.,

contre Sandoz et Sandoz, Jobin & C^{ie}, déf. et rec.

Reproduction interdite d'œuvres musicales. — Prescription, art. 17 loi féd. — Questions de fait et questions de droit. — Droits de l'auteur vis-à-vis de l'éditeur, art. 380 CO. — Citation d'œuvres déjà connues. — Caractéristiques essentielles de la reproduction d'une œuvre musicale. — Production musicale nouvelle basée sur une œuvre déjà connue. — Dommages-intérêts ; bonne foi de l'éditeur poursuivi ; il n'est pas responsable de la faute de l'auteur. — Enrichissement illégitime.

A. — La maison d'édition Chouet & Sauze (alors Chouet & Gaden), à Genève, a acheté, le 2 novembre 1895, du compositeur E. Jaques-Dalcroze ses droits d'auteur sur la partition du « Poème Alpestre ». L'auteur, qui cédait tous ses droits, s'interdisait, entre autre, de faire aucun arrangement d'instruments ou parties séparées. L'œuvre fut inscrite au bureau fédéral de la propriété intellectuelle, à Berne, le 4 juillet 1896, au nom des acquéreurs.

William Sandoz, éditeur de musique, à Neuchâtel, — auquel a succédé la société Sandoz, Jobin & C^{ie}, — édita, en 1903, la partition du « Festival vaudois » de E. Jaques-Dalcroze, qu'il avait acquise de l'auteur par convention du 26 juin 1902. Il publia aussi, dès novembre 1898, les « Chansons romandes populaires et enfantines » du même auteur.

La partition du Festival vaudois contient à pages 337, 338 et 339 un « Hymne à la patrie », à quatre voix, qui, suivant la note figurant au pied de la page 337, « ... arrangé pour » chœur d'hommes, pour une et deux voix, se trouve chez » W. Sandoz, éditeur, Neuchâtel. Tous droits réservés. »

Le dit hymne a aussi paru arrangé pour chœur à trois voix en mars 1904. Les Chansons romandes contiennent sous N° 22 du 15° mille paru en janvier 1904 une chanson intitulée « Beau pêcheur s'embarque ».

Les demanderesses prétendent que l'« Hymne à la patrie » est la contrefaçon de l'hymne qui se trouve à pages 67 et suivantes du « Poème Alpestre », et que « Beau pêcheur s'embarque » est la reproduction du « Chœur des Bateliers » à page 102 de la même œuvre.

B. — Par demande du 8 janvier 1905, M^{mes} Chouet et Sauze ont conclu à ce qu'il plaise au tribunal :

« 1° Condamner William Sandoz et la Société Sandoz, » Jobin & C^{ie}, consorts défendeurs, à Neuchâtel, à payer solidairement à la société demanderesse, soit à M^{mes} Chouet et Sauze, à Genève, la somme de 5000 fr. ou ce que justice connaîtra, à titre de dommages-intérêts, avec l'intérêt à 5 0/0 dès l'introduction de la demande ;

» 2° Ordonner la destruction des planches lithographiques des morceaux incriminés, ainsi que la confiscation des œuvres contrefaites ;

» 3° Ordonner la publication du jugement par extraits dans trois journaux des cantons de Genève, Vaud et Neuchâtel, au choix de la société demanderesse et aux frais des consorts-défendeurs ;

» 4° Réserver tous droits de la société demanderesse en cas de contraventions à venir par W. Sandoz ou Sandoz, Jobin & C^{ie}. »

Dans leur réponse du 4 février 1905, les défenseurs ont conclu :

« 1° Plaise au tribunal donner acte aux parties que, par gain de paix, et sans reconnaître en rien le droit allégué par les demanderesses, les défendeurs déclarent, spontanément et sans réserve, renoncer à toute édition ou publication ultérieure de la chanson du « Beau pêcheur... » contenue précédemment dans le recueil des « Chansons romandes de E. Jaques-Dalcroze ;

» 2° Déclarer mal fondées les conclusions de la demande. »

C. — Par jugement du 5 février 1907, le Tribunal cantonal de Neuchâtel a :

« 1° Condamné W. Sandoz et la Société Sandoz, Jobin » & C^{ie}, solidairement, à payer à M^{mes} Chouet et Sauze, à Genève, la somme de 250 fr. à titre de dommages-intérêts » avec intérêts à 5 0/0 l'an dès l'introduction de la demande » le 12 janvier 1905 ;

» 2° Prononcé qu'en cas de nouvelle édition du Festival » vaudois, W. Sandoz et Sandoz, Jobin & C^{ie} n'auront pas » le droit de reproduire l'Hymne à la patrie ;

» 3° Donné acte aux demanderesses que W. Sandoz et » Sandoz, Jobin & C^{ie} renoncent à toute édition ou publication ultérieures de la Chanson du Beau pêcheur contenue » précédemment dans le recueil des Chansons romandes de » E. Jaques-Dalcroze ;

» 4° Dit que, la bonne foi des défendeurs étant reconnue, » il n'y a pas lieu d'ordonner la publication du présent jugement, ni la destruction des planches lithographiques des » morceaux reproduits, pas plus que la confiscation des » œuvres contrefaites ;

» 5° Constaté que la réserve faite sous N° 4 des conclusions de la demande est de droit et qu'elle est sans objet » actuel. »

D. — C'est contre ce prononcé que les deux parties ont déclaré recourir en réforme au Tribunal fédéral et reprendre intégralement leurs conclusions originaires.

E. — Les moyens invoqués par les parties et la manière dont le Tribunal cantonal de Neuchâtel y a répondu, seront, pour autant que de besoin, indiqués dans la partie de droit du présent arrêt. Il suffit de relever ici que trois experts ont été appelés à répondre à une série de questions concernant les rapports existant d'une part entre le « Chœur des bateliers » et « Beau pêcheur s'embarque », d'autre part entre l'Hymne à la Patrie du Festival vaudois, celui du Poème alpestre et une chanson intitulée « La maison rouge et verte », parue dans les « Refrains bellettriens », à Vevey, en 1894, puis passé dans le « Chansonnier des sociétés de Belles-

Lettres ». Les défendeurs avaient, en effet, allégué que le motif de l'Hymne à la patrie n'était que la reproduction d'un motif composé depuis longtemps déjà par E. Jaques-Daleroze, paru en 1891 dans les « Refrains bellettriens », utilisé dans une revue locale en mai 1895, à Genève, sous le titre de « Couplets à Genève », puis repris dans le Poème alpestre et le Festival vaudois ; les droits d'auteur sur ce motif original avaient été cédés et vendus par E. Jaques-Daleroze, en 1891 déjà, à l'éditeur des Refrains bellettriens dont les ayants-droit les avaient à leur tour cédés aux défendeurs.

F. — A l'audience de ce jour, les défendeurs ont fait plaider, au sujet de l'Hymne à la patrie, qu'il fallait distinguer entre la mélodie qui est à la base des deux hymnes et l'harmonisation et l'orchestration qui les habillent. Leur représentant a exposé que si la mélodie est la même dans les trois morceaux en discussion, il n'en est pas de même de l'habillage dont elle est revêtue. Il a déclaré que l'harmonisation de cette mélodie, dans l'hymne du Poème alpestre, est une œuvre nouvelle, que l'hymne ainsi créé est une version originale, dont l'originalité réside dans l'harmonisation et l'orchestration. On peut en dire autant, a-t-il affirmé, de l'Hymne à la patrie du Festival vaudois. Le point de contact entre ces deux hymnes se trouvant dans la mélodie, qui n'est pas la propriété des demanderesses, et non pas dans l'harmonisation et l'orchestration qui sont différentes et toutes deux originales, on ne peut prétendre qu'il y ait contrefaçon.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — Les défendeurs ont invoqué préjudiciellement, aussi bien pour l'Hymne à la patrie que pour le Beau pêcheur, la prescription de l'article 17 de la loi fédérale sur la propriété littéraire et artistique.

L'acte illicite sur lequel se fonde la demande en dommages-intérêts est la reproduction interdite — visée en première ligne par l'art. 12 de la loi — de parties du Poème alpestre. C'est par cette reproduction, faite non pas pour l'usage personnel des reproducteurs, mais dans le but de répandre l'œuvre reproduite, que l'atteinte aux droits des demandeurs

aurait été portée ; cette reproduction faite dans le but de répandre une œuvre protégée est donc le seul acte à prendre en considération en l'espèce, et il n'y a pas lieu d'envisager concurremment avec lui les actes postérieurs de vente ou d'exécution qui ne sont que des conséquences de la reproduction.

C'est à tort que les défendeurs prétendent faire partir le délai de prescription de l'article 17 PL de la date de la première reproduction des œuvres en question. En effet, toute reproduction subséquente faite, elle aussi, dans le but de répandre une œuvre protégée, n'est qu'une continuation de l'acte illicite commis par la première reproduction. Le silence gardé par l'auteur ou ses ayants cause lors d'une première reproduction, ne permet pas de conclure à une renonciation à ses droits, ou à leur perte (voir Allfeld, *Kommentar zu den Gesetzen vom 19. Juni 1901 betr. das Urheberrecht etc.*, München, 1902, p. 243, 7a). Toute nouvelle reproduction donne un nouveau droit d'action, et c'est à partir de la dernière reproduction que courent les délais de prescription comme en cas de délit continu.

Il importe donc peu, en l'espèce, que la partition du Festival vaudois ait paru déjà en 1903 et que la première édition des Chansons romandes populaires et enfantines ait vu le jour en 1898 ; ce qu'il faut établir c'est la date des dernières reproductions des œuvres incriminées. En ce qui concerne l'Hymne à la patrie du Festival vaudois, il résulte du dossier que c'est en mars 1904 qu'il a été reproduit la dernière fois par la maison défenderesse, sur la demande d'un sieur Kling de Genève ; la chanson « Beau pêcheur s'embarque » a paru en dernier lieu, de l'aveu des défendeurs, en janvier 1904, dans le quinzième mille des Chansons populaires. Or, la présente action a été introduite par demande du 12 janvier 1905, soit moins d'un an après ces publications ; tout au moins les défendeurs n'ont pas établi que le quinzième mille des Chansons romandes ait paru avant le 12 janvier 1904. Il résulte de là que les délais de prescription fixés à l'art. 17 PL ne sont pas acquis et que l'exception des défendeurs doit être écartée.

2. — Dans un procès portant sur une question de contrefaçon ou de reproduction d'œuvres musicales, le juge, qui n'est pas un homme de l'art, doit nécessairement avoir recours à des experts. Pour autant donc, en l'espèce, que l'instance cantonale, basée sur les expertises intervenues, a constaté en fait des ressemblances ou des différences entre les œuvres en cause, le Tribunal fédéral est lié; en revanche, la question de savoir si ces constatations permettent de conclure à la reproduction ou à la contrefaçon illicites, est une question de droit, que la Cour peut revoir.

3. — Le Tribunal cantonal de Neuchâtel s'appuyant, tant sur les déclarations des experts que sur celles de E. Jaques-Dalcroze lui-même, a constaté en fait que la chanson « Beau pêcheur s'embarque... » des Chansons romandes n'est qu'une reproduction simplifiée du Chœur des bateliers du Poème alpestre. Cette reproduction a eu lieu sans droit et l'art. 12 PL est donc applicable.

Les défendeurs prétendent, il est vrai, que l'auteur était en droit d'utiliser cette chanson en l'introduisant dans un nouveau recueil, étant donné que les demanderesses la laissaient perdre, malgré les démarches pressantes de l'auteur lui-même, qui aurait désiré la voir paraître en tirage à part et populariser. Si même ces faits étaient établis au procès, il n'en découlerait aucun droit pour l'auteur ou ses ayants cause; en effet, le fait de refuser de faire un tirage à part ou des extraits d'une œuvre, ne peut entraîner la perte des droits d'auteur légitimement acquis sur l'œuvre ou les parties qui la composent. D'autre part, les conditions de l'art. 380 CO qui donnent à l'auteur le droit d'exiger de l'éditeur une nouvelle édition d'une de ses œuvres ne sont pas acquises en l'espèce.

E. Jaques-Dalcroze a reconnu lui-même n'avoir pas signalé à son acheteur la relation existant entre la Chanson du Beau pêcheur et le Chœur des bateliers; les défendeurs ont déclaré avoir ignoré l'existence de ce chœur dans le Poème alpestre. Si l'on ajoute à ces faits, établis par l'instance cantonale, la constatation que les demanderesses, qui ont eu

connaissance des Chansons romandes dès 1898, n'ont jamais protesté et qu'elles n'ont pas publié elles-mêmes le Chœur des bateliers en édition séparée, on doit admettre, avec le Tribunal cantonal de Neuchâtel, qu'il n'y a pas de faute grave imputable aux défendeurs. C'est, par conséquent, l'art. 12 al. 3 PL qui seul peut être appliqué et les demanderesses ne peuvent prétendre, s'il y a dommage, qu'au remboursement de l'enrichissement sans cause permise, les défendeurs ayant, du reste, déclaré renoncer à publier dorénavant la Chanson du Beau pêcheur. L'introduction de cette chanson, dans le recueil publié par les défendeurs, ne peut avoir eu qu'une influence des plus minimes sur la vente du Poème alpestre, étant donné que la dite chanson n'est elle-même qu'une très petite partie de l'une et de l'autre publication.

4. — L'expert Combe — dont le rapport et les dépositions ont été considérés comme valables par l'instance cantonale, malgré l'opposition tirée par les demanderesses du fait que c'est lui qui a fait l'arrangement de l'Hymne à la patrie pour trois voix — a déclaré que le dit hymne dans le Festival vaudois est une citation légitime de l'hymne du Poème alpestre. Il déclare que le fait de citer, même textuellement, certains passages d'une œuvre antérieure, n'enlève pas le caractère d'œuvre originale à un livre ou à un morceau de littérature et de même à une partition; tout ce qui est exigé est seulement que la citation ne dépasse pas certaines limites quant à l'étendue, proportionnellement à l'ensemble de l'œuvre où elle est insérée; l'auteur devrait, en outre, mentionner dans une note l'ouvrage dont la citation est tirée. De plus, l'expert ajoute que les deux œuvres, celle d'où la citation est tirée et celle dans laquelle elle est insérée, sont des œuvres de circonstances, vouées, par leur caractère même, à un prompt oubli et qu'il est d'usage de faire entrer dans des œuvres de ce genre des motifs populaires et des fragments entiers d'œuvres antérieures; on estime, dit-il, que, ces œuvres n'aspirant pas à la durée, pareil procédé n'a rien de blâmable ou de préjudiciable aux intérêts des auteurs cités. Les experts Schmid et Pantillon ont approuvé cette manière de voir.

La question de savoir jusqu'à quel point un emprunt, fait par un auteur à une œuvre sur laquelle il n'a pas de droits, est permis, n'est pas une question de fait à établir par des experts, mais une question de droit à trancher par le juge. La citation est, il est vrai, admissible en droit; c'est l'un des emprunts licites que l'on peut faire à une œuvre étrangère; mais, en l'espèce, il ne saurait être question de citation.

Dans le domaine musical, la citation est la reproduction d'une œuvre musicale déjà connue, dans l'intention de la présenter comme telle au lecteur ou à l'auditeur; des reproductions de cette nature peuvent se faire non seulement dans la littérature musicale — critique, presse, ouvrages théoriques, etc. —, mais aussi dans des œuvres musicales proprement dites. La citation se caractérise par le but même qu'elle poursuit (Allfeld, op. cit., p. 166); l'auteur reproduit une œuvre étrangère non pas dans le but de se l'approprier, de l'incorporer à son œuvre, mais il la présente comme œuvre étrangère donnée comme exemple, comme rappel à la mémoire ou comme thème de son propre travail. Or, l'Hymne à la patrie n'est pas reproduit, dans le Festival vaudois, comme un emprunt fait au Poème alpestre dans le but de faire une citation; l'œuvre ancienne n'est pas présentée telle quelle, mais elle est introduite et incorporée dans l'œuvre nouvelle sans mention, et sans qu'on puisse nettement distinguer l'ancien du nouveau.

5. — Les défenseurs ont aussi excipé du fait que le Festival vaudois serait une œuvre d'ensemble, écrite d'un jet, œuvre considérable dont l'Hymne à la patrie ne représente qu'une infime partie; cette œuvre, composée dans un but spécial, auquel elle doit son caractère et son souffle patriotique, est, disent-ils, d'une construction et d'un tissu harmonique absolument différents de ceux du Poème alpestre, écrit dans un autre but et sous une autre inspiration.

La question de savoir quels sont les caractères distinctifs du Festival vaudois et du Poème alpestre comme œuvres d'ensemble, importe peu en l'espèce; il en est de même de la façon dont l'hymne est présenté dans les deux œuvres et du

rôle qu'il y joue. E. Jaques-Dalcroze s'est interdit, par le contrat du 2 novembre 1895, conclu avec les demanderesses, de reproduire ou arranger, même des parties séparées du Poème alpestre, et la seule chose qui importe est de savoir si l'Hymne à la patrie est introduit dans le Festival vaudois de telle manière qu'il se fonde dans l'ensemble et que son originalité et son identité disparaissent; cette circonstance seule pourrait écarter l'idée de reproduction.

Or, tel n'est pas le cas. L'Hymne à la patrie du Festival vaudois est présenté, dans la partition, comme une partie distincte de l'œuvre, formant un tout à lui seul, nettement séparé de la « Marche du drapeau vaudois » qui le précède et du « Cantique suisse » qui le suit; il est classé sous un titre spécial; c'est l'hymne final d'une œuvre composée d'une série de pièces distinctes portant chacune leur titre. Il est si vrai que l'Hymne à la patrie forme une partie spéciale de la partition et peut en être détaché, que la partition elle-même indique en note que l'hymne, arrangé pour chœur d'hommes, se vend séparément. Ce moyen des défenseurs doit donc être aussi écarté.

6. — Il ressort de la comparaison que les experts ont faite entre l'Hymne à la patrie du Poème alpestre et celui du Festival vaudois ce qui suit: La mélodie est la même. La tonalité est différente; mais, ainsi que le disent les experts Schmid et Pantillon, un morceau de musique peut être transposé sans cesser d'être ce qu'il est. Les changements apportés à l'harmonisation signalés par l'expert Combe sont, aux dires de l'expert Schmid, peu considérables et ils apparaissent en général comme de simples corrections qu'un auteur peut apporter à une nouvelle édition d'une œuvre ancienne. Il y a des différences dans l'accompagnement orchestral, les mouvements et les nuances. Dans le Festival vaudois, l'Hymne à la patrie, sous forme de chœur à deux strophes, suit abruptement et sans introduction aucune la Marche du drapeau, à laquelle il est simplement annexé, et il est suivi immédiatement par le Cantique suisse; dans le Poème alpestre, le chœur revient deux fois, mais ne forme qu'une petite partie

d'une longue scène, avec solo de soprano, solo de basse et introduction symphonique. Certaines mesures chantées par le chœur dans le Poème alpestre, sont chantées à l'unisson par les soli seuls, auxquels répond le chœur; dans certaines mesures, la marche des trois voix : alto, ténor et basse diffère; tandis que l'hymne commence piano dans le Poème alpestre, il débute forte dans le Festival vaudois; enfin, tandis que dans le premier on monte graduellement au fortissimo avec la même allure régulière, le second accuse, à la mesure 16, un ralentissement, pour donner plus de force à la suite que le compositeur prend en stringendo.

Fondés sur ces constatations de détail, les experts ont apprécié, en résumé, comme suit, le rapport entre les deux hymnes dans leur ensemble. — L'expert Combe a dit: «J'estime que le caractère de citation peut être considéré comme acquis et que le contenu musical est identique dans l'hymne du Festival vaudois et les chœurs pag. 70 et 75 du Poème alpestre. Il n'y a pas toutefois simple réimpression... L'auteur a repris un motif qui lui était familier et l'a traité de façon nouvelle en vue d'une circonstance différente.» — L'expert Schmid insiste sur les mots intercalation et citation. «Ces termes supposent par eux-mêmes, dit-il, l'identité des deux hymnes.» «Il n'y a pas réimpression pure et simple, il est vrai, mais les différences sont peu considérables.» «On ne peut pas dire que ce soit le motif bellettrien qui ait été travaillé une seconde fois (dans le Festival vaudois); c'est l'hymne du Poème alpestre qui est reproduit avec les quelques modifications signalées plus haut.» Au cours de son interrogatoire, l'expert Schmid a ajouté que l'hymne du Festival vaudois est une reproduction améliorée de celui du Poème alpestre, que le contenu musical est identique et que le motif a été traité de la même façon dans les deux hymnes, sous réserve des restrictions faites dans son rapport et ci-dessus rapportées. — L'expert Pantillon a déclaré que la différence entre les deux hymnes est sensible, qu'il s'agit de deux versions différentes d'un même thème.

L'instance cantonale, basée sur ces déclarations des experts,

a admis qu'il y avait reproduction illicite et contrefaçon parce que le motif mélodique des deux hymnes était le même et que leur contenu musical était identique.

L'identité d'un motif musical, au sens technique de ce mot, dans deux œuvres ne permettrait pas, à elle seule, de conclure à la contrefaçon; l'instance cantonale a, du reste, précisé la portée qu'elle donnait au terme motif mélodique, en citant Pouillet (*Propriété littéraire*, 2^e édit., n° 557), qui dit que la contrefaçon en matière musicale résulte de «l'imitation des phrases et mélodies». Il n'est pas nécessaire, en l'espèce d'examiner si la théorie de Pouillet est exacte en regard de la loi fédérale, étant donné que l'instance cantonale a ajouté que le contenu musical des deux œuvres était identique.

La question de savoir quel est le contenu musical d'un ouvrage et quelle est l'importance relative des différences et ressemblances existant entre deux œuvres, sont des questions techniques, pour la solution desquelles le juge doit avoir recours à des hommes de l'art (Orelli, *Der internat. Schutz des Urheberrechts*, Hambourg, 1887, p. 90). — A ce sujet le Tribunal fédéral est donc lié par les constatations de l'instance cantonale pour autant qu'elles ne sont pas en contradiction avec les rapports et dépositions des experts (art. 81 OJF), ce qu'il y a lieu de vérifier. Quant à la question de droit, le Tribunal cantonal de Neuchâtel n'a pas violé de règle de droit fédéral, justifiant une réforme de son prononcé par le Tribunal fédéral (art. 57 OJF), en partant du point de vue que la reproduction illicite ne consiste pas seulement dans la copie servile et littérale d'une œuvre d'art, mais qu'elle peut exister dès que la forme première est suffisamment reconnaissable dans l'œuvre subséquente (voir *Message du Conseil fédéral*, F. *Féd.*, 1881, IV, p. 662) lorsqu'il est constaté, comme en l'espèce, que le contenu musical de deux œuvres est identique.

Cette constatation de fait, sur laquelle l'instance cantonale a fondé son prononcé, est conforme en tous points à l'avis de l'expert Schmid qui parle d'«identité des deux hymnes», de «motif traité de la même façon» et de «contenu musical

identique » ; elle n'est pas en contradiction essentielle avec les avis moins précis et quelque peu contradictoires de MM. Combe et Pantillon. En disant « citation », le premier de ces experts ne peut évidemment vouloir dire que « reproduction », cela d'autant plus qu'il ajoute « le contenu musical est identique ». — Pour autant, du reste, qu'il y aurait contradiction entre les avis des experts, l'instance cantonale n'aurait fait qu'user du droit de libre appréciation dont tout juge dispose, en choisissant ce qui lui a paru le plus exact. On ne peut pas dire, dans ces conditions, que ses constatations soient contraires aux pièces du dossier.

Il y a donc lieu de confirmer le jugement dont est recours, pour autant qu'il a admis que l'Hymne à la patrie du Festival vaudois est une contrefaçon de l'hymne du Poème alpestre et que, par cette reproduction illicite, les défendeurs ont porté atteinte au droit exclusif appartenant aux demanderesses.

7. — Les défendeurs ont soulevé encore un moyen, consistant à contester aux demanderesses le droit de se prévaloir de leur titre de propriété sur l'Hymne à la patrie du Poème alpestre. Ils ont allégué, en résumé, que les deux hymnes ont leur point de contact dans la mélodie, qui est leur base commune, tandis que c'est par l'harmonisation et l'orchestration qu'ils diffèrent ; or cette mélodie n'est autre que celle de la chanson de la « Maison rouge et verte », des « Refrains bellettriens » sur laquelle les demanderesses n'ont aucun droit.

Il est établi en fait que la dite chanson a été composée par E. Jaques-Dalcroze et a paru en 1891 dans les « Refrains bellettriens », édités par A. Roth, à Vevey, avec la mention « propriété de l'éditeur » ; — que ce recueil a été vendu le 30 août 1894 à Eggimann & C^{ie}, éditeurs, à Genève, qui l'ont incorporé dans le Chansonnier de Belles-Lettres, publié par eux en 1898 ; — qu'Eggimann & C^{ie} ont vendu leur fonds de commerce à Pasche, en juin 1904, qui, à son tour, a vendu ses droits le 13 décembre 1904 aux défendeurs. Il est vrai que E. Jaques-Dalcroze a déclaré qu'il considérait ce refrain comme sa propriété, mais cette prétention ne saurait infirmer l'état de droit tel qu'il résulte des pièces du dossier ; et il y

a lieu d'admettre qu'en effet les demanderesses n'ont aucun droit sur la « Maison rouge et verte ». La question qui se pose est donc celle de savoir si en acquérant la propriété de l'Hymne à la patrie du Poème alpestre, les demanderesses ont acquis autre chose que la mélodie de la « Maison rouge et verte » qui appartenait déjà à autrui et qu'elles ne pouvaient donc pas valablement acquérir ; en d'autres termes, ce qu'il y a lieu de savoir, c'est si l'hymne en question est lui-même une contrefaçon, non protégée par la loi, de la chanson originale.

Cette question ne se pose plus devant le Tribunal fédéral comme elle s'est posée devant l'instance cantonale. En effet, les défendeurs ont fait plaider, à l'audience de ce jour, que l'harmonisation et l'orchestration de la mélodie de la Maison rouge et verte dans le Poème alpestre constituent une œuvre nouvelle, que l'hymne ainsi créé est une version originale d'une mélodie ancienne, version dont l'originalité réside dans l'harmonisation et l'orchestration. Mais, une production musicale nouvelle, une œuvre originale, même basée sur une mélodie déjà connue, est une œuvre d'art protégée par la loi fédérale, qui ne connaît pas les restrictions que la législation allemande (Loi du 31 mai 1901, art. 14 3^o) et la jurisprudence française apportent au principe général. Si même, du reste, notre droit comportait des restrictions semblables dans l'emploi d'une mélodie déjà connue, — ce qu'il n'y a pas lieu d'examiner ici, — l'ouvrage nouveau et original devrait néanmoins être protégé comme tel. Ce qui importe en regard de la loi fédérale, c'est que l'œuvre soit le produit de l'imagination créatrice d'un artiste et qu'elle ne consiste pas en une simple transcription matérielle, comme l'est, par exemple, un arrangement (conf. Allfeld, op. cit., p. 57 ; Schuster, *Das Urheberrecht der Tonkunst*, p. 65, 136 et 191). Ce qui importe c'est le caractère de nouveauté, d'originalité, caractère qui a été reconnu par les défendeurs, d'accord en cela avec l'avis des experts. L'expert Schmid a déclaré que le motif publié dans les Refrains bellettriens, sous une forme très simple, sans accompagnement, est retravaillé complètement

dans le Poème alpestre ; l'auteur ajoute quatre mesures, dit l'expert, il l'harmonise, il lui donne un accompagnement orchestral ; cette œuvre peut être considérée comme nouvelle, comparée au motif original. — L'expert Combe expose que le motif qui, dans la Maison rouge et verte, constitue à lui seul un tout complet, prend, dans le Poème alpestre, un développement considérable ; non seulement il est harmonisé pour chœur et accompagné à l'orchestre, mais il forme le fond et la matière thématique de toute une partie importante de l'œuvre, qui remplit dix pages de la partition qui en compte 172. Par les développements qui lui sont donnés, ajoute l'expert, il dépasse considérablement le simple chœur bellettrien. — L'expert Pantillon déclare, lui aussi, qu'il y a développement ou nouvelle version d'un motif original.

Ce moyen libératoire doit donc être écarté.

8. — Le Tribunal cantonal de Neuchâtel a repoussé la demande en dommages-intérêts basée sur l'art. 12, al. 1 de la loi fédérale et n'a admis que le remboursement de l'enrichissement sans cause permise (art. 12, al. 3), parce qu'il n'a pas été établi que les défendeurs aient agi sciemment ou par faute grave. Cette manière de voir doit être confirmée.

C'est à tort, d'abord, que les demanderesses ont prétendu rendre les défendeurs responsables de la faute qui pourrait incomber à la charge de l'auteur. En effet, c'est leur bonne foi à eux, et non pas celle de l'auteur, qui est en cause, et l'on ne saurait prétendre que des acquéreurs de bonne foi répondent du dol ou de la négligence grave de l'auteur par le simple fait qu'ils ont acquis et publié son œuvre. — E. Jaques-Dalcroze a déclaré n'avoir pas cru devoir attirer l'attention de l'acheteur de la partition du Festival vaudois sur le fait que son œuvre pouvait contenir des réminiscences de motifs déjà connus du public, et il n'est pas établi que les défendeurs aient su ou dû savoir que l'Hymne à la patrie n'était pas nouveau ; ils n'ont donc pas agi sciemment. On ne saurait, d'autre part, dire qu'il y ait faute grave, de la part d'un éditeur de musique, dans le fait de ne pas éprouver une partition de 340 pages qu'il acquiert, pour rechercher si elle ne

contient pas quelques pages qui sont la reproduction d'une autre œuvre, qu'il n'est, du reste, pas nécessairement censé connaître. Si même, en l'espèce, l'attention des défendeurs avait été attirée sur l'existence de cette reproduction par la brochure intitulée « Echos du Festival », — ce qui n'est pas allégué, — ceux-ci pourraient invoquer jusqu'à un certain point, en faveur de leur bonne foi, l'avis des experts Combe et Pantillon.

9. — Il est établi, en fait, que les défendeurs, ou leur cédant, William Sandoz, ont vendu pour 58 fr. 50 c. six cent cinquante exemplaires de l'arrangement pour trois voix de l'Hymne à la patrie du Festival vaudois et qu'ils ont reçu 100 fr. de l'Etat de Vaud pour l'autorisation de reproduire, pour les écoles, le dit hymne et deux autres chœurs extraits de la même partition. Rien n'est établi en ce qui concerne le bénéfice provenant de la vente de la partition elle-même du Festival vaudois, qui ne paraît pas, du reste, avoir été une opération très heureuse. Quant à la chanson du Beau pêcheur, les Chansons romandes qui la contenaient ont atteint leur quinzième mille ; mais rien n'est établi au sujet du produit de cette publication ; la dite chanson a été supprimée dans le seizième mille. Il n'est pas possible d'établir sur des bases aussi insuffisantes le montant exact de l'enrichissement sans cause permise, dont les demanderesses peuvent exiger le remboursement. — S'il est vrai que l'Hymne à la patrie n'occupe que trois pages sur 340 dans le Festival vaudois et que le Beau pêcheur ne forme que la 34^e partie des Chansons romandes, il n'en est cependant pas moins certain que ces compositions avaient une certaine valeur, dans l'idée de l'auteur tout au moins, puisqu'il les a précisément reprises dans le Poème alpestre pour les introduire dans des ouvrages subséquents ; cette reproduction était de nature à nuire au droit exclusif des demanderesses et à enrichir les défendeurs. Dans ces conditions, il n'y a aucun motif de modifier le chiffre de 250 fr., fixé comme montant de l'enrichissement sans cause permise, par l'instance cantonale, qui dit avoir tenu compte de tous les éléments dont elle disposait dans cette affaire.

10. — C'est à bon droit que le jugement attaqué a écarté la conclusion des demanderesse tendant à la destruction des planches lithographiques des morceaux incriminés, ainsi qu'à la confiscation des œuvres contrefaites. En effet, d'une part, les défendeurs ont spontanément supprimé le Beau pêcheur du 16° mille des Chansons romandes et refusé de vendre le tirage à part de l'Hymne à la patrie du Festival vaudois en cours du procès; on peut s'en remettre à leur bonne foi pour l'avenir. D'autre part, il serait exagéré de confisquer toute la partition du Festival vaudois pour trois pages contrefaites. Il suffit donc d'interdire toute nouvelle reproduction de l'Hymne à la patrie et d'enregistrer la déclaration des défendeurs en ce qui concerne le Beau pêcheur.

La publication d'un arrêt n'est accordée que comme dédommagement, au sens de l'art. 12, al. 1; il y a donc lieu d'en faire abstraction lorsqu'il n'y a que remboursement de l'enrichissement illégitime, comme en l'espèce.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Les recours interjetés par les deux parties contre le jugement rendu par le Tribunal cantonal de Neuchâtel, le 5 février 1907, dans la cause pendante entre M^{mes} Chouet et Sauze, à Genève, et William Sandoz et la société Sandoz, Jobin & C^{ie}, à Neuchâtel, sont déclarés mal fondés et le dit jugement confirmé en son entier.

V. Fabrik- und Handelsmarken.

Marques de fabrique.

65. **Urteil vom 13. Juli 1907** in Sachen

Dr. J. S. Smith & Cie, Bess. u. Ver.=Kl., gegen
Jürcher Papierfabrik a. d. Sihl, Kl. u. Ver.=Bess.

Art. 6 Abs. 3 MSchG: Verwendung einer schon von einem Andern eingetragenen Marke für «Waren abweichender Natur»? (Marke «Uto» für Papiere; ist die Verwendung der Marke, durch einen Andern, für photographische Papiere erlaubt?)

A. Durch Urteil vom 15. März 1907 hat das Handelsgericht des Kantons Zürich über das Klagebegehren:

„Die Beklagte sei zu verpflichten, ihre Marke Nr. 21,066
„Uto“ löschen zu lassen“

erkannt:

Der Beklagten wird die Verwendung der Marke „Uto“ für photographische Papiere untersagt. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig und formgerecht die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit dem Antrag auf gänzliche Abweisung der Klage.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten seinen Berufungsantrag wiederholt.

Der Vertreter der Klägerin hat auf Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Klägerin ist seit 14. Juli 1897 Inhaberin der Marke „Uto“ für „Papiere“ (eidg. Marke Nr. 9404). Am 25. September 1906 hat die Beklagte die nämliche Marke, unter Nr. 21,066, für „photographische Erzeugnisse“ beim eidg. Amt für geistiges Eigentum eintragen lassen. Die Beklagte verwendet diese Marke u. a. auch für lichtempfindliche, zu photographischen Zwecken dienende Papiere, die sie unter der Bezeichnung „Uto-Papier“ in den