

dieser Frage darstelle. Es hülfte ihm daher auch nichts, wenn ihm Egeli in Kenntnis der wahren Sachlage gesagt hätte, er brauche diesen Unfall nicht anzugeben.

6. — Der Kläger macht schliesslich noch geltend, Egeli hätte im Falle, dass er « über den Unfall bei der SUVA nur unklare Kenntnis gehabt » habe, für Klarheit sorgen und Erkundigungen einziehen sollen. Eine allgemeine Pflicht des Versicherers oder seines Agenten, den Gefahrstatsachen nachzuforschen, besteht jedoch nicht. Der Antragsteller ist gehalten, die ihm gestellten Fragen richtig und vollständig zu beantworten. Der Versicherer darf sich darauf verlassen, dass dies geschieht; er ist nicht verpflichtet, die gemachten Angaben zu überprüfen. Es kann sich höchstens fragen, ob der Agent dann, wenn der Antragsteller einen frühern Unfall zwar erwähnt, ihn aber als geringfügig hinstellt, auf nähern Aufschluss dringen muss, bevor er die Erwähnung dieses Unfalls im Antrag als unnötig bezeichnet. Dies gehört in der Tat zu der ihm obliegenden Belehrung des Antragstellers. Es könnte sonst leicht geschehen, dass der Antragsteller die Anzeigepflicht aus Irrtum über die Bedeutung des fraglichen Ereignisses verletzt. Diese Gefahr wäre umso grösser, als der Agent am Zustandekommen des Vertrages interessiert ist und daher geneigt sein könnte, sich rasch zufrieden zu geben, wenn der Antragsteller einen frühern Unfall bagatellisiert. Der Umstand, dass der Agent derartige Angaben ohne den Versuch weiterer Abklärung als unwesentlich behandelt, kann aber den Antragsteller nur entlasten, wenn er den fraglichen Unfall in guten Treuen als völlig belanglos ansehen durfte. War er in diesem Sinne nicht gutgläubig, so war er auf den Rat des Agenten nicht angewiesen und kann daher die Verantwortung für die unrichtige Gefahrsdeklaration nicht auf den Versicherer abschieben. Da der Kläger den schweren Unfall vom Jahre 1937 unmöglich für belanglos halten konnte, bleibt er für die Verschweigung dieser Tatsache im Antrag verantwortlich, obwohl Egeli sich mit seiner Erklärung, es handle sich nur um eine Bagatelle, ohne weiteres abfand.

Die Beklagte ist also zu Recht vom Vertrage zurückgetreten.

7. — Ist der Versicherungsvertrag für die Beklagte gemäss Art. 6 VVG unverbindlich, so hat ihr der Kläger die bereits bezogenen Versicherungsleistungen zurückzuerstatten. Der Höhe nach ist die Widerklageforderung heute nicht mehr streitig.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Solothurn vom 25. September 1946 bestätigt.

Vgl. auch Nr. 7. — Voir aussi n° 7.

VIII. MARKENSCHUTZ

PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE

11. Arrêt de la 1^{re} Cour civile du 6 mai 1947 dans la cause S.A. Mido contre S.A. Paul-Virgile Mathez.

Marques de fabrique; imitation (art. 24 et 6 LMF).
Action en radiation intentée par le titulaire de la marque « Mido » contre un concurrent titulaire de la marque « Smidor », les deux marques étant destinées à des montres et parties de montres en or. Action admise.

Fabrikmarken; Nachahmung (Art. 24 und 6 MSchG).
Klage des Inhabers der Marke « Mido » gegen den Inhaber der Marke « Smidor » auf Löschung dieser Marke, die wie diejenige des Klägers für Uhren und Uhrenbestandteile aus Gold bestimmt ist. Die Klage wird geschützt.

Marche di fabbrica; imitazione (art. 24 e 6 LMF).
Azione promossa dal titolare della marca « Mido » per ottenere la cancellazione della marca « Smidor » di cui è titolare un concorrente, le due marche essendo destinate ad orologi e a parti di orologi d'oro. Accoglimento dell'azione.

A. — La maison demanderesse, qui fabrique et vend des montres, a été fondée en 1918 à Soleure. La raison de commerce était primitivement « G. Schaeren & Co. Mido Watch ». En 1925, elle s'est transformée en Société anonyme Mido. En 1934, elle a fixé son siège à Bienne. Dès sa fondation la demanderesse a employé pour ses montres comme marque principale le mot « Mido ». Elle a fait enregistrer cette marque en date du 23 décembre 1918 pour « montres de tout genre, mouvements, cadrans, fournitures de montres ». Le 17 août 1925, la marque a été à nouveau enregistrée et le 11 mai 1945, le renouvellement en a été demandé conformément à l'art. 8 LMF.

La maison défenderesse, qui également fabrique et vend des montres, a été fondée en 1934, avec siège à Tramelan-dessus. Elle avait repris la maison feu Paul-Virgile Mathez, naguère fabricant d'horlogerie, à Tramelan, dès 1918. Le 29 janvier 1946, la défenderesse a fait enregistrer la marque « Smidor » pour « montres et cadrans en or ainsi que mouvements », en s'obligeant à n'utiliser la marque « Smidor » que pour des produits en or.

B. — Par acte du 26 avril 1946, la S.A. Mido a intenté action à la S.A. Paul-Virgile Mathez devant le Tribunal de commerce de Berne, en concluant, plaise à celui-ci :

« 1) Condamner la défenderesse à cesser tout emploi de la marque « Smidor » pour des montres et pour des parties de montres et lui interdire sous commination des peines prévues d'employer ladite marque « Smidor » pour des montres et pour des parties de montres ;

2) ordonner la radiation de la marque « Smidor » que la défenderesse a fait enregistrer le 29 janvier 1946 sous le n° 114.415 ;

3) condamner la défenderesse à payer à la demanderesse une somme à fixer dans le jugement avec intérêts à 5 % dès le 5 juin 1945 ;

4) ordonner la publication du jugement, aux frais de la défenderesse, dans la « Feuille officielle suisse du commerce » et dans la « Fédération horlogère ». »

La défenderesse a conclu au rejet de la demande.

Statuant le 29 novembre 1946, le Tribunal de commerce de Berne a débouté la demanderesse de ses conclusions.

C. — Contre cet arrêt, la S.A. Mido recourt au Tribunal

fédéral en concluant à la cessation par la défenderesse de tout emploi de la marque « Smidor » et à la radiation de ladite marque, sans reprendre ses autres conclusions en dommages-intérêts et en publication de jugement.

L'intimée conclut au rejet du recours.

Considérant en droit :

1. — Aux termes de l'art. 24 LMF, sera poursuivi par la voie civile quiconque notamment « aura contrefait la marque d'autrui ou l'aura imitée de manière à induire le public en erreur ». Il ne peut être question ici que d'imitation, non de contrefaçon. Il y a imitation lorsqu'une marque ne se distingue pas, par des caractères essentiels, d'une autre marque qui se trouve déjà enregistrée (art. 6 al. 1 LMF). La défense d'imiter une marque déposée ne tombe que si la marque nouvelle est destinée à des produits ou marchandises « d'une nature totalement différente » (art. 6 al. 3). Non seulement ce n'est pas le cas en l'espèce, puisque les parties vendent toutes deux sous leurs marques des pièces d'horlogerie, mais les deux marques sont employées pour désigner des produits identiques. Le Tribunal de commerce constate en effet que si la marque « Smidor » ne se rapporte pas à des montres ordinaires, la demanderesse vend aussi sous sa marque des montres ou cadrans en or. Dans un cas semblable, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de marques destinées à des marchandises du même genre, la jurisprudence veut qu'on apprécie avec plus de rigueur les caractères distinctifs de la marque nouvelle (RO 52 II 166 ; 56 II 222 ; 63 II 283).

La Cour cantonale retient toutefois que les marques en question s'appliquent à des montres de qualité, autrement dit à des articles coûteux qui ne sont pas d'usage courant. Il est exact que, d'après la jurisprudence actuelle, on est en droit d'exiger des acheteurs d'articles de ce genre une plus grande attention dans le choix de la marchandise et, par conséquent, dans la discrimination des marques (RO 58 II 457 ; 61 II 57/58). Cette considération a sa

valeur pour des objets d'un prix particulièrement élevé, comme des automobiles, des pianos, des machines à écrire, voire des câbles (cf. RO 61 II 57). Mais, hormis ces cas, on ne peut pas, d'une façon générale, mesurer le pouvoir de discernement de l'acheteur au montant de sa dépense. L'importance d'un achat dépend en effet des ressources dont chacun dispose, de telle sorte que le critère en question n'apparaît guère susceptible d'une application uniforme. Et si l'on peut se montrer particulièrement sévère pour la différenciation de marques appliquées à des marchandises de consommation ou d'usage tout à fait courants, comme des denrées alimentaires ou des articles de toilette (RO 52 II 166, 47 II 362), on n'a pas de raison d'atténuer les exigences de la loi pour la grande masse des objets d'un certain prix dont l'achat, sans être fréquent, n'a cependant rien d'exceptionnel. Pour cette catégorie de produits et de marchandises, la seule distinction à faire, quant au pouvoir de discrimination du client, est celle qui existe entre le public en général et des cercles déterminés d'acheteurs : industriels ou commerçants d'une branche donnée. Ce n'est que de cette clientèle spécialisée qu'on peut véritablement attendre qu'elle examine de plus près les marques de fabrique et de commerce, et soit attentive même à des différences relativement faibles (cf. RO 61 II 57 consid. 1). Quant aux objets offerts au public en général, tout au plus peut-on réserver ceux pour lesquels même le profane, attache à la marque une importance spéciale, comme les médicaments (RO 27 II 627).

Les montres que fabriquent et vendent les deux maisons en litige, et même leurs articles en or qui entrent plus spécialement en ligne de compte, ne sont pas d'un prix particulièrement élevé et ne représentent pas des achats de caractère exceptionnel. Par ailleurs, ces montres sont offertes non à des milieux spécialisés, mais au grand public. Il n'y a donc pas lieu de juger selon des normes moins rigoureuses si la marque « Smidor » se distingue suffisamment de la marque « Mido ». Au contraire, car les

montres en question sont certainement aussi destinées à l'exportation ; or la clientèle étrangère est en général moins apte que la clientèle suisse à discerner les différences entre les marques d'horlogerie (cf. RO 50 II 76).

Il est vrai que si, jusqu'à présent, la jurisprudence a exigé de l'acheteur de montres un degré particulier d'attention, c'est aussi parce que, dans le domaine de l'horlogerie, le choix d'une nouvelle marque est passablement restreint par le grand nombre de marques employées et qu'ainsi il devient difficile d'éviter tout rappel d'un signe existant (RO 31 II 736, 39 II 123). Dans sa généralité, cette considération ne peut toutefois être maintenue, car les ressources de la langue sont pratiquement inépuisables et offrent à la fantaisie un choix quasi illimité de combinaisons de lettres et de sons. Il se peut certes qu'en tolérant un certain nombre de marques voisines, le titulaire d'une marque voie à la longue s'affaiblir son propre signe, en ce sens que le public s'habitue à la coexistence de marques peu différenciées. Mais, s'il peut ainsi perdre le droit d'invoquer le risque de confusion contre les titulaires de ces autres marques (RO 47 II 237 ; voir aussi 56 II 407), il reste en mesure de s'opposer à l'emploi d'une *nouvelle* marque qui ne se distingue pas, par des caractères essentiels, de sa marque propre, et cela quoi qu'il en soit de l'existence d'autres marques similaires.

2. —

3. — Les marques « Mido » et « Smidor » sont des marques purement verbales. Elles n'offrent ni l'une ni l'autre de signification quelconque. Il est vrai que la finale de la seconde peut évoquer l'idée d'articles en or ; c'est de là qu'est parti le Bureau fédéral de la propriété intellectuelle pour obliger la défenderesse à ne vendre sous la marque « Smidor » que des montres et parties de montres en or. Mais cette allusion — d'ailleurs assez faible — n'existe que pour la langue française, alors que les produits de la défenderesse sont destinés aussi à une clientèle parlant d'autres langues, notamment l'allemand. Visuellement,

les deux marques se distingueraient peut-être suffisamment l'une de l'autre, bien que la marque « Smidor » contienne tout entière, entre les lettres extrêmes, la succession de lettres formant la marque « Mido ». Mais, s'agissant de comparer des marques verbales, il faut avant tout considérer l'effet auditif qu'elles produisent (RO 42 II 666). Or, à cet égard, les différences que présentent les deux marques litigieuses ne suffisent pas à écarter, pour une clientèle non avertie, le risque de confusion entre des marchandises par ailleurs identiques.

Le *r* final, dans la marque « Smidor », a un certain pouvoir distinctif en français, car il rend le *o* ouvert, tandis que le *o* de « Mido » est fermé. Mais ce n'est pas le cas en allemand où le *o* de « Smidor » est sourd, et où le *r* s'efface dans la prononciation du fait que l'accent tonique est placé sur « Smi ». La sifflante *s* placée devant le « mi » de « Smidor » a plus de force, surtout en allemand, tandis qu'en français elle se trouve atténuée du fait que l'accent est porté sur la consonne finale « dor ». Toutefois, même en allemand, le *s* peut s'estomper lorsque le mot « Smidor » se combine avec un mot neutre et que le mot composé est précédé de l'article « das » : « das Smidoruhrwerk » ou en dialecte « d's Smidoruhrwerk ». Quoi qu'il en soit de ce dernier cas, la présence dans la marque « Smidor » du son initial *s* et du son final *r* ne différencie pas suffisamment cette marque de la marque « Mido » pour qu'un acheteur moyen, à qui l'on a offert un jour une montre « Mido » et qui garde de cette désignation un souvenir grossier (cf. RO 62 II 333), ne croie pas avoir affaire à la même marque le jour où on prononce devant lui le mot « Smidor ». En exigeant que les marques se distinguent par des « caractères essentiels », la loi vise des différences nettes et tranchées, qui doivent l'être davantage encore lorsque les marques sont formées de mots empruntés au domaine illimité de la fantaisie (RO 52 II 166). C'est la condition d'une concurrence loyale.

D'autre part, il ne se vérifie pas que la défenderesse

aurait éprouvé un réel embarras à trouver une marque nouvelle, même si elle avait voulu rester dans les associations de consonnes qu'elle avait à l'esprit ; il lui suffisait de choisir d'autres voyelles ou des diphtongues (par ex., Smadur). La terminaison « ido » est, il est vrai, assez courante (Dido, Lido, Fido, etc.) et la demanderesse ne saurait la monopoliser. Mais le signe complet « Mido » mérite protection, car il n'est nullement tombé dans le domaine public. D'autre part, il existe sans doute ou il a existé un assez grand nombre de marques qui ne se distinguent guère plus de la marque « Mido » que la marque « Smidor », telles les marques « Nidor », « Mimo », « Mitom », « Miton », « Mitot », « Mita ». Mais l'existence de ces marques, que la demanderesse peut avoir tolérées, ne l'empêchait pas de s'élever contre une nouvelle imitation de sa marque (ci-dessus, consid. I in fine). C'est ce qu'elle a fait à l'égard de la marque « Smidor », de date toute récente. Dès qu'elle en a eu connaissance, elle a fait des représentations à la maison Mathez. Vis-à-vis de celle-ci, Mido S.A. ne peut donc nullement être considérée comme déchue de ses droits.

La marque Mido étant plus ancienne, l'action doit être admise dans la mesure des conclusions que la demanderesse a maintenues devant le Tribunal fédéral.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est admis, l'arrêt attaqué est réformé dans le sens de l'admission des deux premiers chefs de la demande. En conséquence :

la défenderesse est condamnée à cesser tout emploi de la marque « Smidor » pour des montres et parties de montres, et il lui est interdit sous commination des peines prévues d'employer ladite marque « Smidor » pour des montres et parties de montres ;

il est ordonné la radiation de la marque « Smidor » enregistrée le 29 janvier 1946 sous le n° 114 415.