

leicht zu werten und anteilmässig mit  $\frac{1}{4}$  hinreichend eingesetzt.

4. — Die Schadenshaftung wird im hier anwendbaren Art. 39 MFG dahin geordnet, dass für Körperschaden « dieses Gesetz », d. h. nach der Auslegung der Vorschrift in der Rechtsprechung Art. 37 MFG (BGE 68 II 118, 76 II 230), und für Sachschaden das Obligationenrecht gilt. Letzteres stellt auf das beidseitige Verschulden ab (Art. 41 ff OR). Der Kläger hat somit 25 % seines Sachschadens selber zu tragen und kann für die restlichen 75 % Ersatz verlangen. Die nämliche Ausscheidung ergibt sich für den Körperschaden aus Art. 37 Abs. 3 MFG, da die Betriebsgefahren der beiden in den Unfall verwickelten Automobile gleich gross und sonstige Umstände neben dem Verschulden nicht zu beachten sind (vgl. BGE 78 II 461).

Im einzelnen fordert die Klage Fr. 59.30 für Personenschaden, Fr. 8608.— für Sachschaden und Fr. 8000.— für indirekten Schaden. Alle drei Positionen sind von der Beklagten bestritten. Die Vorinstanz ist darauf, weil sie die Ersatzpflicht verneinte, nicht eingetreten. Damit sie das nachhole, ist die Sache an sie zurückzuweisen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird gutgeheissen, das angefochtene Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 14. November 1952 aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen.

## VIII. MARKENSCHUTZ

### PROTECTION DES MARQUES DE FABRIQUE

#### 37. Arrêt de la 1<sup>re</sup> Cour civile du 15 juin 1953 dans la cause Terzariol contre La Gainé Scandale S.A. et Sogee S.A.

*Marques de fabrique et concurrence déloyale.*

Confusion possible des marques « Scandale » et « Sandal », destinées à des bas.

*Marken- und Wettbewerbsrecht.*

Verwechselbarkeit der für Strümpfe bestimmten Marken « Scandale » und « Sandal ».

*Marche di fabbrica e concorrenza sleale.*

Possibilità di confusione tra le marche « Scandale » e « Sandal » destinate a calze.

A. — Aux termes d'un contrat conclu le 10 avril 1933, Bresa S. A., à Genève, a vendu à la S. A. des bas Occulta, à Lyon, la marque « Scandale » destinée à devenir l'appellation des articles — gaines, corsets, soutien-gorge, etc. — qu'Occulta S. A. se proposait de fabriquer (art. 1<sup>er</sup>) ; Occulta S. A. a payé à Bresa S. A. le montant symbolique d'1 fr., « étant entendu que le droit de propriété de la marque ' Scandale ' reste acquis à Bresa S. A. nonobstant tous dépôts ou enregistrements que pourrait faire Occulta S. A. » (art. 2).

Occulta S. A. a déposé cette marque le 21 août 1933 au Bureau international pour des articles de bonneterie et notamment des gaines, corsets, ceintures, soutien-gorge, porte-jarretelles. Le 20 juin 1936, par un second dépôt, elle étendit la nomenclature des objets soumis à la marque. Le 2 décembre 1948, elle modifia sa raison sociale, pour adopter celle de « La Gainé Scandale S. A. ». Le 26 décembre 1951, La Gainé Scandale S. A. renouvela l'enregistrement de la marque « Scandale », notamment pour « tous articles de bonneterie, tels que bas et chaussettes, gaines, corsets, soutien-gorge, porte-jarretelles ».

Elle vend ses produits en Suisse par l'intermédiaire de Sogec S. A., à Genève.

B. — Remo Terzariol exploite à Genève un commerce de bas sous l'enseigne « Balux ». La Gaine Scandale S. A. ayant, dès janvier 1952, intensifié sa publicité en Suisse pour le bas « Scandale », il fit paraître dans la « Tribune de Genève », en mai 1952, des annonces offrant un bas nylon ultra-fin « Sandal » ; il plaça dans sa devanture une pancarte ainsi libellée : « Dernière nouveauté ! NY-LON ultra-fin ' Sandal ' 3,95 ».

Le 13 mai, Sogec S. A. le somma vainement de mettre fin à cette publicité.

C. — La Gaine Scandale S. A. et Sogec S. A. ont assigné Terzariol, le 3 juin 1952, devant la Cour de justice, pour qu'elle interdise au défendeur d'utiliser le mot « Sandal » comme appellation d'un bas, qu'elle prononce qu'il a commis des actes de concurrence déloyale, le condamne à leur payer une indemnité de 5000 fr. et ordonne la publication du jugement dans trois journaux.

Le défendeur a conclu au rejet de la demande. Il a soutenu, en substance, que « Sandal » n'est pas une marque, mais un terme générique employé depuis 1938 par les fabricants et les commerçants de tous les pays pour désigner un bas dépourvu de support plantaire renforcé et destiné à être porté avec des sandales, des sandalettes ou des souliers décollés.

D. — Par arrêt du 16 décembre 1952, la Cour de justice a prononcé qu'en usant de la dénomination « Sandal » dans sa réclame, le défendeur avait contrevenu aux art. 24 litt. a LMF et 1<sup>er</sup> al. 1 et 2 litt. b et d LCD ; elle lui a fait défense de l'utiliser autrement que comme un terme générique équivalent à « pour la sandale », « pour la sandalette », « pour la chaussure décollée du soir », et de la mettre en évidence par un artifice typographique quelconque pour faire croire à l'existence d'une marque « Sandal » ; elle l'a condamné à payer aux demanderesse solidairement 500 fr. à titre de réparation du préjudice subi, avec inté-

rêts à 5 % dès le 3 juin 1952, et 250 fr. à titre de participation aux honoraires de leur avocat.

E. — Contre cet arrêt, Terzariol recourt en réforme au Tribunal fédéral. Il reprend ses conclusions libérales.

Les intimées concluent au rejet du recours.

*Considérant en droit :*

1. — Les demanderesse se sont fondées à la fois sur l'art. 24 LMF et sur l'art. 1<sup>er</sup> LCD. Ces deux actions peuvent concourir (RO 73 II 136).

2. — Le recourant conteste la recevabilité de la première, car les demanderesse auraient acquis la marque « Scandale » au mépris de l'art. 11 LMF ; il reproche à la Cour genevoise de n'avoir pas abordé la question.

Il est exact que la décision attaquée ne l'a pas traitée expressément. Mais elle l'a tranchée implicitement par l'affirmative en admettant la demande. Personne avant La Gaine Scandale S. A. n'avait muni des articles de bonneterie de la marque « Scandale ». Aussi son droit à cette marque est-il indépendant de la convention passée avec Bresa S. A. Cette convention a été conclue à seule fin de prévenir des difficultés ; elle se caractérise d'ailleurs non comme un transfert de marque, mais comme l'octroi d'une licence, qui est licite lorsque le public ne risque pas, comme en l'espèce, d'être induit en erreur sur la provenance de la marchandise (RO 72 II 426 consid. a).

3. — Suivant Terzariol, le terme « sandal » ou « sandale » serait, appliqué à des bas, une désignation générique appartenant au domaine public. Cette thèse paraît très discutable, car n'importe quel bas se porte avec des sandales. Il n'est toutefois pas nécessaire d'approfondir ce point, car, en l'espèce, le défendeur s'est servi de la dénomination « Sandal » à titre de marque.

D'après l'arrêt attaqué, le mot « sandal », dans le commerce des bas, est toujours employé sans majuscule et en caractères ordinaires, ou tout au moins ne se distin-

quant pas du reste de l'inscription ; il est en général accompagné d'un nom commun « sandal foot », d'une appellation de fantaisie « Zéphyr sandal » ou d'un nom propre « Sandal Schiaparelli ». Le défendeur ne s'est pas conformé à cet usage : il a fait ressortir le vocable « sandal » en le plaçant entre des guillemets et l'a écrit ou entièrement en capitales ou avec un S majuscule. Il affirme faussement avoir « simplement annoncé la mise en vente d'un bas de qualité nylon ultra-fin, du genre 'Sandal' », car précisément les mots « du genre » ne figurent ni dans les annonces ni sur la pancarte exposée dans la vitrine. Les premiers juges en ont déduit avec raison que cette publicité avait été conçue de façon à faire croire à l'existence d'une marque de bas « Sandal ».

4. — Pour que l'art. 24 LMF s'applique, il faut encore que cette dénomination imite la marque « Scandale » de manière à induire le public en erreur. Une marque qui ne se distingue pas, par des caractères essentiels, d'une autre marque déjà enregistrée en est une imitation (art. 6 al. 1 LMF). Lorsqu'elles revêtent toutes deux des marchandises identiques, les caractères distinctifs de la marque nouvelle s'apprécient avec plus de rigueur (RO 73 II 59).

Les marques « Scandale » et « Sandal » sont purement verbales. Ce qui importe, quand on compare de telles marques, c'est leur effet auditif et visuel, mais surtout le premier, car c'est en général le son du mot qui reste dans la mémoire de l'acheteur (RO 70 II 190 ; 73 II 62). L'e final de « Scandale » étant muet, ce vocable se prononce, comme « Sandal », en deux syllabes. L'identité de l'S initial, du son « an » et de la terminaison « dal » crée un risque sérieux de confusion ; la suppression de la lettre c ne suffit pas à l'éliminer. Visuellement, la clientèle non avertie est également exposée à se tromper. Elle se compose d'ailleurs d'acheteurs au détail, qui ne prêtent pas une grande attention à l'examen des marques ni à la signification qu'elles peuvent avoir. Il s'ensuit que l'emploi du

mot « Sandal » en tant que marque tombe sous le coup de l'art. 24 LMF.

5. — L'arrêt attaqué repose en outre sur l'art. 1<sup>er</sup> al. 1 et 2, litt. b et d LCD. Selon cette dernière disposition, enfreint les règles de la bonne foi celui qui prend des mesures destinées ou de nature à faire naître une confusion avec, notamment, les marchandises d'autrui. Il résulte du considérant précédent que ces conditions sont remplies. On peut dès lors se dispenser de vérifier si la lettre b de l'art. 1<sup>er</sup> al. 2 s'appliquait aussi.

Le recourant conteste avoir été subjectivement de mauvaise foi. Mais le moyen manque de pertinence, car la concurrence déloyale ne suppose pas la mauvaise foi subjective du défendeur, ni même sa faute (RO 72 II 398 consid. 6). Ce dernier élément est seulement nécessaire en cas d'action en réparation du dommage (art. 2 al. 1 litt. d et e LCD).

En l'occurrence, la Cour de justice relève que Terzariol a voulu faire pièce à la concurrence du bas « Scandale », « en la tournant en sa faveur par le profit qu'il comptait retirer de l'équivoque qu'il avait créée et de la publicité faite par les demanderesses ». Cette constatation souveraine établit simultanément sa mauvaise foi et sa faute.

6. — Le recourant soutient en outre que, sur certains points, les demanderesses n'auraient pas étayé leurs allégations et se plaint que la Cour de justice n'ait pas administré des preuves qu'il avait offertes. Toutefois il ne prétend pas qu'elle aurait méconnu des règles fédérales en matière de preuve. Il lui reproche uniquement, à cet égard, d'avoir violé des dispositions de la loi genevoise de procédure civile. Il s'agit donc d'une question de droit cantonal, qui ne saurait être évoquée dans un recours en réforme (art. 43 et 55 al. 1 litt. c OJ).

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral,*

Rejette le recours, en tant qu'il est recevable, et confirme l'arrêt attaqué.