Urteilskopf

95 II 461

64. Arrêt de la Ire Cour civile du 6 mai 1969 dans la cause F. J. Burrus & Cie contre Société anonyme Laurens-Le Khédive extension suisse.
Regeste (de):
Fabrik- und Handelsmarken. Unlauterer Wettbewerb. Beweislast.

1. Art. 45 lit. a OG ist auch anwendbar, wenn zusammen mit einem Anspruch im Sinne dieser Bestimmung im Verfahren eine gleichartige und damit zusammenhängende Forderung erhoben wird,die ihren Rechtsgrund aber in einer unlauteren Wettbewerbshandlung hat (Erw. I, 1).

2. Der Kläger kann sich gleichzeitig auf Verletzung der Marke und auf unlauteren Wettbewerb berufen (Erw. I, 2).

3. Art. 24 lit. a MSchG will den Markeninhaber vor Handlungen schützen, durch die das Publikum über die Herkunft der Ware getäuscht werden kann. Ob eine Täuschungsgefahr vorliege, ist eine Rechtsfrage (Erw. II, 1).

4. Wann ist eine solche Gefahr anzunehmen und wie ist sie zu beurteilen (Erw. II, 1)?

5. Fall von zwei Zigarettenpackungen, in dem die Gefahr einer Täuschung verneint wurde; Bedeutung der Farbe und des Wortes "Super" (Erw. II, 2).

Regeste (fr):
Marques de fabrique et de commerce. Concurrence déloyale. Fardeau de la preuve.

1. L'art. 45 lit. a OJ s'applique aussi lorsque, conjointement avec une prétention qu'il vise, on déduit en justice une réclamation de même nature et connexe, mais dont la cause est un acte de concurrence déloyale (consid. I, 1).

2. Le demandeur peut invoquer cumulativement la violation de la marque et la concurrence déloyale (consid. I, 2).

3. L'art. 24 lit. a LMF tend à garantir le titulaire de la marque des actes propres à induire le public en erreur sur la provenance de la marchandise. L'existence d'un danger d'erreur pose une question de droit (consid. II, 1). 4. Quand y a-t-il danger d'erreur et comment en juge-t-on (consid. II, 1)?

5. Danger d'erreur exclu dans le cas de deux emballages de cigarettes; importance de la couleur et du mot "super" (consid. II, 2).

6. Droit, déduit de l'art. 8 CC, d'administrer la preuve des faits allégués; appréciation anticipée des preuves offertes (consid. II, 3).

Regesto (it):
Marche di fabbrica e di commercio. Concorrenza sleale. Onere della prova.

1. L'art. 45 lett. a OG si applica pure quando, congiuntamente con una pretesa ai sensi di questa disposizione, si fa valere in giudizio una pretesa della stessa natura e connessa, ma la cui causa è un atto di concorrenza sleale (consid. I, 1).

2. L'attore può invocare cumulativamente la violazione della marca e la concorrenza sleale (consid. I, 2).

3. L'art. 24 lett. a LMF mira a garantire il titolare della marca dagli atti propri a indurre il pubblico in errore sulla provenienza della merce. L'esistenza di un pericolo d'errore pone una questione di diritto (consid. II, 1). 4. Quando c'è pericolo d'errore e come lo si giudica? (consid. II, 1).

5. Pericolo d'errore escluso nel caso di due imballaggi di sigarette; importanza del colore e della parola "super" (consid. II, 2).

6. Diritto, dedotto dall'art. 8 CC, di addurre la prova dei fatti allegati; apprezzamento anticipato delle prove offerte (consid. II, 3).

Sachverhalt ab Seite 463

BGE 95 II 461 S. 463

A.- Depuis plus de cinquante ans, la maison F.J. Burrus et Cie fabrique des cigarettes de maryland appelées "Parisiennes". A partir de l'année 1958, ces cigarettes, vendues jusqu'alors dans un paquet jaune, reçurent un emballage nouveau, en forme de parallélipipède rectangle de couleur rouge, dont les deux grandes faces portent, dans leur quart inférieur, une bande or, bordée de blanc, où est inscrit le mot "super" en capitales hautes, de couleur blanche. Au-dessus de cette bande figure, en capitales du même type, mais plus grandes, le nom "Parisiennes" et, plus haut encore, un écusson blanc, où est dessiné, en traits d'or, un lion tenant un cadre avec, en monogramme, les initiales "F.J.B.". Le 17 février 1961, la maison Burrus et Cie a fait enregistrer, sous le numéro 184 670, une marque de fabrique et de commerce qui représente, en noir et blanc, la grande face du nouvel emballage, décrite ci-dessus avec, en dessous, la mention suivante: "La marque est exécutée en rouge, blanc et or". La SA Ed. Laurens-Le Khédive extension suisse emploie, depuis longtemps, la marque "Stella" pour des cigarettes de maryland, qu'elle vendait tout d'abord dans un emballage jaune. A partir de l'année 1964, elle a adopté, pour ces cigarettes, un emballage de même forme que celui des Parisiennes et rouge foncé avec de fines rayures d'une teinte plus claire. Une bande blanche, où figure, à droite, le mot "Super" en capitales larges, de couleur or, traverse la grande face du paquet dans le haut de sa moitié inférieure. Au bas de cette moitié, à droite, un timbre en lignes dorées porte, sur son pourtour, l'inscription "Maryland sélectionné" et, sur une bande médiane, le mot "Filtre". Enfin, au-dessus de la bande blanche, le mot "Stella" se détache en lettres blanches, sensiblement plus hautes que larges. Le S est une capitale du même type, mais dont le corps, beaucoup plus élancé que celui des autres caractères, le dépasse vers le haut et vers le bas. De ce côté-ci, il empiète sur la bande blanche et s'y trouve imprimé en rouge. Tout près de son bord supérieur, le paquet est encore orné d'une étroite bande dorée.

B.- Devant la Cour de justice de Genève, la maison Burrus et Cie a ouvert action contre la SA Ed. Laurens-Le Khédive extension suisse. Elle demandait à la cour de prononcer que l'utilisation du nouvel emballage rouge vif par la défenderesse pour la vente des cigarettes Stella constituait d'une part une

BGE 95 II 461 S. 464

atteinte à la marque no 184 670 et, d'autre part, un acte de concurrence déloyale. Elle demandait en conséquence

que l'on interdise à la défenderesse de mettre en circulation des cigarettes Stella sous le nouvel emballage rouge et de faire aucune publicité reproduisant cet emballage; de plus que l'on ordonne à la défendresse de retirer du marché tous ces emballages avec un délai péremptoire assorti d'une astreinte de 1000 fr. par jour; que l'on condamne enfin la défenderesse au paiement d'une indemnité d'un franc à titre de dommages-intérêts et à la publication du dispositif de l'arrêt à ses frais dans dix journaux suisses choisis par la demanderesse. La défenderesse a conclu à libération.

C.- Le 15 novembre 1968, la Cour de justice de Genève a débouté la demanderesse de toutes ses conclusions.

D.- La maison F. J. Burrus et Cie a recouru en réforme. Elle reprend ses conclusions de première instance.

E.- L'intimée conclut au déboutement.

F.- A l'audience de ce jour, les parties ont renoncé à plaider, elles ont confirmé les conclusions qu'elles avaient prises dans leurs mémoires.

Erwägungen

Considérant en droit:

I.1. Recevabilité du recours en réforme
I.1.- L'art. 45 lit. a OJ ouvre la voie du recours en réforme, quelle que soit la valeur litigieuse, lorsqu'il s'agit d'une prétention civile de nature pécuniaire, issue de la loi sur la protection des marques de fabrique. Cette règle s'applique aussi lorsque, conjointement avec une telle prétention, on déduit en justice une réclamation de même nature et connexe, mais dont la cause est un acte de concurrence déloyale (art. 5 al. 2 LCD). Ces conditions sont réalisées en l'espèce (cf. RO 93 II 54).

I.2. La demanderesse est recevable à fonder ses prétentions cumulativement sur la violation de sa marque et sur les actes de concurrence déloyale dont elle prétend être la victime (RO 87 II 39 consid. 3; 90 II 267 consid. 4; 92 II 264 III, 1; 93 II 269 consid. 6).

II.1. La demande fondée sur le droit à la marque
II.1.- Selon l'art. 24 lit. a LMF, le titulaire d'une marque peut poursuivre par la voie civile quiconque a contrefait sa marque ou l'a imitée de façon à induire le public en erreur. Selon la



jurisprudence constante, cette disposition tend à garantir le titulaire de la marque des actes propres à induire le public en erreur sur la provenance de la marchandise (RO 86 II 277; 78 II 172, lit. d et les arrêts cités). Il s'agit là d'une question de droit, dont le Tribunal fédéral connaît librement (en matière de raisons de commerce, v. RO 82 II 154; 88 II 35 consid. III, 1a). Selon l'art. 24 lit. a LMF, le danger d'erreur sur la provenance d'une marchandise existe lorsqu'on peut confondre les deux signes mis en cause. Pour en juger, on tiendra compte de l'impression d'ensemble que les deux signes susciteront dans la mémoire du dernier acquéreur et, plus précisément, de l'acheteur moyen (RO 92 II 275 consid. 3; 93 II 426 consid. 2 et les arrêts cités). Etant donné que, la plupart du temps, le dernier acquéreur n'a pas simultanément les deux signes devant lui, on tiendra compte que

le souvenir a naturellement quelque chose de vague et fournit souvent une image plus ou moins imprécise; on prendra aussi en considération l'ensemble des circonstances dans lesquelles se déroule ordinairement l'achat des marchandises du même genre (RO 78 II 381; 87 II 37 lit. b; 93 II 265 consid. 3 a, 427). S'agissant d'une marque à la fois verbale et figurative, les éléments figuratifs seront en général prépondérants, car l'acheteur moyen s'en souvient mieux que des mots, surtout de ceux qui désignent le titulaire de la marque (RO 62 II 333; 83 II 222; 90 IV 175). Les acquéreurs d'articles courants, produits en grandes quantités pour l'usage quotidien, les achètent sans y prêter grande attention de sorte que, pour ces articles, surtout s'ils sont absolument du même genre, on appréciera de façon particulièrement stricte les possibilités de confusion (RO 88 II 376 consid. 4; 90 II 50 c et 263 consid. 3).

II.2. Si l'on s'en tient à l'impresion d'ensemble, c'est le mot "Parisiennes", surmonté d'un écusson blanc très visible, sur le paquet de la recourante, et le mot "Stella" souligné par une assez large bande blanche, sur le paquet de l'intimée, qui frappent et doivent frapper l'acheteur moyen. Sans doute cet acheteur appartiendra-t-il, par son genre de mémoire, à divers types. Mais, à cet égard aussi, il ne manquera pas, dans le cas normal, de distinguer entre les deux emballages. Le mot "Parisiennes" évoque une cigarette de type français, c'est-à-dire composée de tabacs foncés, par opposition aux tabacs blonds; le mot "Stella", en revanche, n'évoque rien de précis,



s'agissant de cigarettes; il est de pure fantaisie. Les caractères qui ont servi à composer ces deux noms sont en outre si différents que l'acheteur doué de mémoire visuelle ne manquera pas de les distinguer aussitôt. "Parisiennes" est composé en capitales allongées, "Stella" est écrit avec une majuscule très élancée, qui dépasse largement le corps des minuscules qui la suivent; le bas de cette majuscule empiète sur la bande blanche et, dans cette partie, est imprimé en rouge. Ainsi la désignation "Stella" compose, avec la bande blanche qu'elle surmonte, un ensemble nettement distinct de celui que la désignation "Parisiennes" forme avec le sceau blanc dont elle est dominée. Soit comme vocables, soit comme signes figuratifs, ils constituent l'essentiel de chacun des emballages et ont un pouvoir distinctif pour l'acheteur moyen. S'il entend acquérir des "Parisiennes super", il n'acceptera point d'autres cigarettes de la part d'un vendeur; il saura choisir sa marque s'il se trouve dans un magasin à libre service ou devant un distributeur automatique. Sans doute le fond rouge des deux emballages et les signes blancs qui y sont imprimés leur confèrent-ils une certaine similitude. Mais ce caractère ne réduit pas sensiblement la force distinctive des éléments décrits plus haut. En elles-mêmes, les couleurs peuvent être employées librement par chacun (RO 82 II 352). Sans doute leur disposition et leur combinaison avec les autres éléments de la marque peuvent-elles avoir un certain caractère distinctif (RO 58 II 454). Mais il n'en va pas ainsi du fond rouge des deux emballages comparés en l'espèce. Depuis plusieurs années, le rouge est entré dans l'usage pour des paquets de cigarettes de maryland; il a été adopté par plusieurs fabricants à partir de l'année 1957. F. J. Burrus et Cie en a fait usage depuis le mois de mars de l'année 1958, Ed. Laurens SA depuis le mois de mars de l'année 1954 dans un emballage mi-parti rouge et blanc, puis, dès le mois de février de l'année 1957, dans l'emballage rouge avec une bande blanche, décrit plus haut. Le rouge n'évoque du reste nullement, pour l'acheteur moyen, le nom d'un fabricant, celui de la recourante par exemple. Quant à la couleur blanche, comme on l'a montré plus haut, elle est employée dans les signes qui, précisément, excluent le risque de confusion. En particulier, les signes "Parisiennes" et "Stella", qui, vu leur aspect à la fois figuratif et verbal, sont essentiels par leur force distinctive, correspondent,

la cour cantonale l'a constaté souverainement, à des désignations anciennes "bien connues du public comme appartenant à des maisons différentes". De même, le mot "super", bien qu'associé depuis longtemps aux cigarettes "Parisiennes" de Burrus, ne caractérise pas cette marque. La recourante ne saurait y avoir un droit exclusif. Il est d'un usage courant dans le commerce et la Cour de justice a constaté que la maison Vautier frères et Cie SA vend, depuis l'année 1942, des cigarettes "Super Marocaines filtre" et la maison Job des cigarettes "Algériennes Sup-Air". Quoi qu'en dise la recourante, le mot "super" n'éveille pas, chez l'acheteur moyen, l'idée d'un producteur particulier. Enfin la bande transversale, qui se voit sur la partie inférieure de l'un et l'autre emballage, est couramment utilisée pour les cigarettes; elle l'est en particulier pour les cigarettes Alpha, comme l'a souverainement constaté la Cour de justice. Elle donne l'impression qu'il s'agit d'un paquet bien fermé, qui protège efficacement la marchandise. Considérée dans l'ensemble et à la différence de la place qu'elle occupe sur l'emballage des "Parisiennes", elle a une valeur distinctive dans l'emballage de l'intimée. De couleur blanche comme les caractères du mot "Stella", elle forme avec celui-ci une combinaison caractéristique, comme on l'a montré plus haut.

II.3. La recourante allègue que la cour cantonale aurait violé la loi en ne donnant pas suite à ses offres de preuve. Effectivement la jurisprudence a déduit de l'art. 8 CC un droit à faire la preuve des faits allégués. Mais ce droit est notamment subordonné à la condition que les faits à prouver soient pertinents et, en quelque manière, propres à former la conviction du juge (RO 80 II 296 s.; 86 II 302; DESCHENAUX, Le titre préliminaire du Code civil, § 22 VIII 2, dans le Traité de droit civil suisse, tome II, 1). La demanderesse avait premièrement allégué, au cours de la procédure cantonale, que le mot "super" s'était, par l'usage qu'elle en avait fait, identifié avec sa marque "Parisiennes". Sur ce point, elle avait offert, dans ses conclusions du 5 avril 1968, de prouver par des témoignages que cette identification était acquise dans les milieux spécialisés comme parmi les acheteurs. La Cour de justice a rejeté cette offre de preuve, parce que les cas signalés par F. J. Burrus et Cie ne pouvaient être retenus. Il y a là une appréciation anticipée des preuves (RO 84



II 537) qui ne viole en rien le droit fédéral dès lors que la cour genevoise a constaté souverainement que d'autres fabriques de cigarettes emploient le mot "super", l'une d'elles depuis plus longtemps que la recourante elle-même (v. ci-dessus, consid. 2). Il en va de même pour l'offre de prouver que de nombreuses confusions se sont déjà produites entre "Stella super" et "Parisiennes super". Car, même si l'existence d'un certain nombre de confusions était prouvée, il ne s'ensuivrait pas encore qu'un risque notable existe pour l'acheteur moyen. L'appréciation de ce risque pose une question de droit (RO 69 II 204 s.).

III.1. La demande fondée sur la concurrence déloyale
III.1.- La loi sur la concurrence déloyale interdit tout abus de la concurrence économique résultant d'un procédé contraire aux règles de la bonne foi (art. 1er al. 1); celui qui, par un tel acte, est atteint ou menacé dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts matériels en général peut requérir du juge civil les mesures de protection que prévoit expressément l'art. 2 al. 1 LCD. Selon l'art. 1er al. 2 lit. d LCD, il est notamment contraire aux règles de la bonne foi de prendre des mesures destinées ou de nature à faire naître une confusion avec les marchandises ou l'entreprise d'autrui. Dans la concurrence, toutefois, les résultats des efforts et du travail d'autrui, sous réserve de la protection accordée par des lois spéciales (brevets d'invention, marques de fabrique, dessins et modèles industriels), peuvent en principe être imités par tout concurrent; cette utilisation n'est pas contraire aux règles de la bonne foi. Même si le résultat a coûté des efforts et des frais, il ne s'ensuit pas qu'il constitue un bien garanti par les règles de droit qui régissent la concurrence (RO 87 II 56).

III.2. Comme on l'a montré à propos de la marque déposée par la recourante, l'emballage qu'utilise l'intimée

n'est pas propre à faire naître une confusion avec celui des cigarettes "Parisiennes super". L'absence d'un risque de confusion par rapport à la marque n'exclut toutefois pas absolument la concurrence déloyale (RO 92 II 264 consid. III, 1). Par exemple le risque de confusion au sens de l'art. 1er al. 2 lit. d LCD peut résulter d'éléments qui ne sont pas compris dans la protection de la marque (RO 61 II 386 consid. 3). Mais lorsque, comme dans la présente espèce, la marque prétendument imitée comprend



tous les éléments de l'emballage contesté, on ne saurait tenir pour contraire aux règles de la bonne foi ce que la loi sur les marques de fabrique autorise (RO 73 II 136; 83 II 223 consid. 4; 92 II 265 consid. 4 b, 277 consid. 5).

III.3. Cependant la recourante allègue en outre qu'en tout cas les mesures d'imitation prises par l'intimée étaient "destinées" à faire naître une confusion avec ses cigarettes "Parisiennes". Effectivement la cour cantonale a constaté que l'intimée avait eu l'intention d'imiter l'emballage de la recourante. Mais, nonobstant les termes employés par la loi, on ne saurait conclure de la seule intention à l'existence d'un acte contraire aux règles de la bonne foi. Pas plus que la faute, l'intention n'est un élément constitutif de la concurrence déloyale (RO 84 II 456). Le juge pourra cependant en tenir compte en ce sens qu'elle l'inclinera à la sévérité lorsqu'il y a doute sur l'existence d'un acte contraire aux règles de la bonne foi (arrêt précité). Toutefois, dans la présente espèce, un tel doute est exclu.

III.4. La recourante allègue avoir engagé, pendant des années, des frais considérables pour faire de la "Parisienne super" une marque renommée. "La comparaison des modifications successives, dit-elle, apportée par l'une et l'autre partie à leurs emballages démontrent qu'il y a eu chez Laurens volonté incontestable de profiter du succès des Parisiennes, c'est-à-dire d'atteindre le public par les mêmes moyens que Burrus." Elle se réfère ici à ce que les auteurs et la jurisprudence, allemande en particulier, appellent l'imitation systématique (ULMER, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, I p. 113, no 173 b; cf., sur le caractère systématique de certains actes de concurrence déloyale, v. BÜREN, Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, p. 8, 10 et 62). Cette imitation du conditionnement peut consister, selon la jurisprudence allemande, dans des transformations successives par lesquelles un producteur rapproche peu à peu l'apparence, le conditionnement donnés à sa marchandise de ceux qu'a adoptés un concurrent et exploite ainsi la bonne renommée de celui-ci (GRUR 1965, p. 601; 1966, p. 30). Point n'est besoin, cependant, de rechercher si une jurisprudence semblable serait justifiée en droit suisse. Car, en l'espèce, le juge du fait n'a rien constaté qui prouverait une telle action systématique et répétée dans le temps, par laquelle l'intimée



aurait progressivement imité la présentation de la marchandise vendue par la recourante. Au surplus, l'imitation ne serait pas contraire aux règles de la bonne foi, comme on l'a montré plus haut.

Dispositiv

Par ces motifs, le Tribunal fédéral:

Rejette le recours et confirme l'arrêt attaqué.