

ist aus den Akten nicht ersichtlich, vielmehr hat der Beklagte den Umstand, dass er gerade das Wort Ampère wählte, nicht unglaubwürdig damit erklärt, dass die Fabrik, mit der er früher verkehrte, das Wort als Kurzadresse geführt habe. Es kann daher schon aus diesem Grunde, und ohne dass auf die Frage des Schadensnachweises einzutreten wäre, die Klage, soweit sie nicht bloss Unterlassungs- sondern Schadenersatzklage ist, nicht geschützt werden.

4. — Zum gleichen Resultat führt endlich auch noch die Prüfung des letzten klägerischen Standpunktes, wonach die Führung der beklagtischen Marke unter Art. 48 OR fällt. Die Vorinstanz hat zu Unrecht erklärt, von einer illoyalen Konkurrenz könne schon deswegen nicht gesprochen werden, weil eine Verwechslungsgefahr nicht dargetan sei. Schon oben wurde ausgeführt, dass eine solche Gefahr wirklich besteht. Natürlich handelt es sich nicht darum, ob die einzelnen Glühlampen verwechselbar sind, sondern darum, dass die Aufschrift auf derjenigen des Beklagten geeignet ist, Verwechslungen hinsichtlich ihrer Provenienz hervorzurufen. Geht man aber hievon aus, so liegt in der Verwendung der beklagtischen Marke in der Tat eine mit Treu und Glauben unvereinbare Veranstaltung, die die Klägerin im Besitz ihrer Geschäftskundschaft gefährdet.

Dementsprechend kann die Klägerin auch von diesem Gesichtspunkt aus die Löschung der Marke des Beklagten und das Verbot ihres weiteren Gebrauches verlangen. Ob auch darin ein Akt des unlauteren Wettbewerbes zu sehen ist, dass der Beklagte Lampen deutschen Ursprungs unter französisch lautender Bezeichnung in den Handel bringt, braucht daher nicht untersucht zu werden.

Nicht zu schützen ist auch bei Anwendung des Art. 48 die Schadenersatzforderung. Denn auch Art. 48 setzt für eine solche voraus, dass das Verhalten des Beklagten der Klägerin gegenüber ein schuldhaftes war. Ein solches Verschulden wäre aber wiederum nur anzunehmen,

wenn die Klägerin den Beweis geleistet hätte, dass der Beklagte ihre Firma kannte. Dieser Beweis ist nicht erbracht.

#### *Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird begründet erklärt und in Aufhebung des Urteiles des Handelsgerichtes Zürich, vom 2. Oktober 1917, das erste Klagebegehren zugesprochen. Das zweite Klagebegehren wird abgewiesen.

---

#### **19. Arrêt de la 1<sup>re</sup> Section civile du 11 mai 1918** dans la cause **Kaufmann** contre **Schüler**.

Interdiction de concurrence. — Art. 356 al. 2 CO, rédaction inexacte du texte français ; notion du secret de fabrication. — Art. 343, activité inventive de l'employé. — Art. 357, portée relative des différentes restrictions. — Art. 359 al. 2, libération en cas de mitigation de la peine.

A. — P. Schüler est fondateur et propriétaire de la « Laiterie des caves de Sarrasin » à La Sarraz. Depuis 1889, il s'occupe de la fabrication d'un fromage, « le Sarrasin », analogue au Roquefort. Jusqu'en 1915, il ne semble pas avoir existé en Suisse d'autres fabriques produisant ce genre de fromage. Schüler a dû faire de nombreuses recherches et expériences et supporter des sacrifices pour établir et développer son industrie.

Alphonse Kaufmann, qui est fromager, a été employé chez Schüler depuis 1896, son fils Arnold Kaufmann depuis 1911. Ils ont signé, Alphonse Kaufmann le 1<sup>er</sup> janvier 1897, son fils en octobre 1913, une déclaration par laquelle ils s'engageaient « de leur libre gré », sous peine d'une clause pénale de 5000 fr., à ne pas « divulguer, ni exploiter ou faire exploiter par des tiers en Suisse ou ailleurs » pendant cinq ans dès leur sortie de l'établissement « la fabrication des fromages appelés Sarrasin et

persillé maigre » dont ils ont pu apprendre la fabrication chez Schüler.

Arnold Kaufmann a quitté sa place à la fin d'avril 1914, son père est parti à la fin de mai. Après avoir travaillé jusqu'au 1<sup>er</sup> décembre 1914 à la Laiterie agricole à Lausanne, Alphonse Kaufmann est retourné à La Sarras où il a fabriqué avec son fils, sous la raison A. Kaufmann, du « Roquefort vaudois ». En 1916, ils renoncèrent à leur raison sociale, et Alphonse Kaufmann entra comme fondé de procuration dans la maison Egli et C<sup>ie</sup> à La Sarras, qui s'occupe entre autres de la fabrication du Roquefort vaudois.

Déjà le 2 janvier 1915, Schüler notifia à Alphonse et Arnold Kaufmann que, dans le cas où ils mettraient à exécution leur projet de lui faire concurrence en dépit de la clause qu'ils avaient signée, il recourrait immédiatement à la procédure.

B. — Par exploit du 24 janvier 1916, Schüler a ouvert action contre Alphonse et Arnold Kaufmann devant la Cour civile vaudoise en concluant à ce que les défendeurs fussent condamnés à lui payer chacun la somme de 5000 fr. avec intérêts à 5% dès l'introduction du procès. Le demandeur soutient que les défendeurs ont violé la clause d'interdiction de concurrence en fabriquant un fromage qui constituait une imitation du « Sarrasin ». Il se base aussi sur l'art. 48 CO.

Les défendeurs ont conclu à libération des fins de la demande. Ils allèguent que la clause invoquée ne leur est pas opposable parce qu'elle n'est pas stipulée pour un rayon limité (art. 357 CO) et que les défendeurs n'ont pu divulguer un secret qui n'existe pas, ni causer au demandeur un préjudice sensible (Art. 356). Arnold Kaufmann fait encore valoir qu'il était mineur lors de la conclusion du contrat (art. 356 al. 3).

C. — La Cour civile a fait procéder à une expertise dont il y a lieu de citer les passages suivants : La fabrication du Roquefort vaudois est la même que celle du

Sarrasin. « La technique de la fabrication et les soins du » Sarrasin n'ont rien de spécial, elle se fait de la même » façon que tout autre fromage à pâte molle, seule la » présence du *Penicillum glaucum* le spécialise. » Ce produit est offert dans le commerce. En France et en Italie on l'utilise pour la fabrication d'une certaine variété de fromage. Il ne constitue pas un secret de fabrication. Les fromages de M. Schüler ne sont pas une invention, mais simplement une spécialité. A la connaissance de l'expert, il n'existe pas de maison en Suisse fabriquant cette spécialité.

Par jugement du 12 janvier 1918, la Cour civile a admis les conclusions libératoires du défendeur Arnold Kaufmann. Elle a écarté celles du défendeur Alphonse Kaufmann et a condamné celui-ci à payer au demandeur la somme de 2500 fr. avec intérêts à 5% dès le 24 janvier 1916.

D. — Alphonse Kaufmann a recouru en temps utile au Tribunal fédéral contre ce jugement en reprenant ses conclusions libératoires. Subsidièrement il conclut à la réduction de l'indemnité allouée au demandeur.

L'intimé Schüler a conclu au rejet du recours et à la confirmation du jugement attaqué.

#### *Considérant en droit*

1. — La seule question qu'il y a lieu de résoudre en l'espèce est celle de savoir si la clause d'interdiction de concurrence signée par le défendeur justifie la condamnation de celui-ci à la peine conventionnelle réduite au montant de 2500 fr. L'article 48 CO qui traite de la concurrence déloyale n'est, en effet, pas applicable. Il est établi que les deux produits Sarrasin et Roquefort vaudois se distinguent suffisamment l'un de l'autre pour que le danger d'une confusion apparaisse comme exclu. Le demandeur n'a d'ailleurs pas repris le moyen tiré de l'art. 48.

2. — Suivant la jurisprudence du Tribunal fédéral

(RO 39 II p. 545 consid. 4 et l'arrêt rendu le 2 mars 1918 dans la cause Turnanstalt c. Dubois) la validité de la clause d'interdiction de concurrence, stipulée en janvier 1897 doit être examinée à la lumière du CO révisé. L'instance cantonale a donc eu raison de faire application du nouveau droit. Les parties sont du reste d'accord sur ce point.

La Cour civile admet que le défendeur pouvait, « en mettant à profit sa connaissance de la clientèle et des secrets » du demandeur, causer un sensible préjudice à celui-ci ; elle considère donc, sans toutefois motiver plus longuement son opinion, que la condition posée à l'art. 356 al. 2 CO, est réalisée en l'espèce. Il y a lieu de relever immédiatement que le texte français de l'art. 356 al. 2 renferme une erreur de rédaction évidente. La conjonction « et » placée après le mot « clientèle » doit être remplacée par « ou » ; cela résulte de la disposition du premier alinéa, lequel parle des « contrats de travail qui permettent à l'employé de connaître la clientèle de l'employeur ou de pénétrer dans le secret de ses affaires ». Le texte allemand de l'art. 356 est clair et net sur ce point et le texte italien porte à l'alinéa 2 «...approfitando della cognizione della clientela o dei segreti del padrone... » Il suffit dès lors, pour que la prohibition de faire concurrence soit licite, que l'employé puisse causer un sensible préjudice à l'employeur grâce à sa connaissance de la clientèle ou des secrets de ce dernier.

En ce qui concerne la question de l'existence de secrets du demandeur que le défendeur aurait pu apprendre à connaître en sa qualité d'employé, on devrait la résoudre négativement si l'on s'en tenait aux déclarations de l'expert, résumées plus haut. Mais on ne saurait tabler uniquement sur l'expertise. Elle méconnaît la notion du secret au sens de l'art. 356. Il ne suffit pas de constater que l'emploi d'un champignon spécial, le *penicillum glaucum*, n'est pas une invention du demandeur pour qu'on doive en déduire l'inexistence d'un secret de fabri-

cation. Ce secret peut consister dans un ensemble de conditions dont la réalisation donne au produit le caractère particulier qui le distingue d'autres produits similaires. L'étude du dossier prouve qu'il en est ainsi en l'espèce. Lorsque le demandeur forma le projet de fabriquer à La Sarraz un fromage analogue au Roquefort, il ne pouvait être question pour lui d'imiter purement et simplement ce produit. Le Roquefort est fabriqué avec le lait de brebis d'une race particulière ; son affinage se fait dans des grottes dont une partie sont naturelles (v. Grand LAROUSSE sous le mot « Roquefort »). Le demandeur devait donc découvrir des procédés lui permettant de réaliser son projet par d'autres moyens. Il n'y est arrivé qu'après des tâtonnements, après de nombreuses recherches et expériences. Son journal, écrit depuis 1891, l'atteste, et le « Procédé de fabrication » détaillé qu'il a rédigé à l'usage de ses collaborateurs montre que le caractère spécial du « Sarrasin » n'est pas dû simplement à l'emploi du persillage, mais dépend encore d'autres conditions particulières. La preuve qu'il s'agit bien d'un mode de préparation qui n'est pas généralement connu résulte aussi du fait que, jusqu'au moment où le défendeur a entrepris la fabrication de son « Roquefort vaudois », le demandeur avait pour ainsi dire le monopole de la spécialité qu'il a introduite dans le commerce, personne n'ayant essayé ou réussi à fabriquer un fromage semblable. On doit donc admettre que le défendeur, durant ses nombreuses années de service chez le demandeur, a pu se familiariser avec les procédés de fabrication du Sarrasin et pénétrer ainsi dans les secrets de son employeur.

Le défendeur objecte en vain que c'est lui qui aurait « appris à Schüler » la fabrication du Sarrasin et que si cette fabrication impliquait une invention, celle-ci lui appartiendrait. Il est exact que le défendeur occupait une place spéciale chez le demandeur et qu'il l'a aidé à perfectionner son produit ; mais à teneur de l'art. 343 CO « les inventions faites par l'employé au cours de son

travail appartiennent à l'employeur, lorsque la nature des services promis par l'employé lui impose une activité inventive ». Cette disposition s'applique *a fortiori* au cas où l'employé n'a fait que collaborer à une découverte. Et à l'égard d'un tel employé, la clause d'interdiction de concurrence n'est nullement inadmissible.

Quant à la question de savoir si le défendeur a pu connaître la clientèle du demandeur, elle doit aussi être tranchée affirmativement. Etant donné la nature spéciale du produit fabriqué par Schüler, il y a lieu d'admettre qu'une clientèle particulière s'est formée peu à peu, et si le défendeur ne possède peut-être pas la liste de ces clients, il a certainement pu apprendre à les connaître, grâce à la place qu'il a occupée dans la maison du demandeur pendant tant d'années.

Enfin, les connaissances acquises par le défendeur tant en ce qui concerne les secrets que relativement à la clientèle du demandeur, lui permettent de causer à ce dernier un sensible préjudice ; usant aux dépens de son ancien patron des expériences qu'il a faites chez lui, il peut chercher à le supplanter par sa concurrence et à l'éliminer du marché.

Dans ces conditions, la clause d'interdiction de concurrence apparaît comme licite au sens de l'art. 356 CO.

3. — Elle est également valable au point de vue des restrictions imposées par l'art. 357 CO. La clause est stipulée pour un genre d'affaires et un temps déterminés. Cinq années ne sont pas une durée exagérée en l'espèce et la limitation dans le genre d'affaires est très restreinte. On pourrait seulement se demander si le rayon est suffisamment délimité. A s'en tenir à la lettre de la clause « en Suisse ou ailleurs », le rayon apparaît comme indéterminé ; mais cette circonstance ne pourrait pas entraîner la nullité de la prohibition de concurrence : suivant la jurisprudence du Tribunal fédéral, les interdictions excessives doivent simplement être réduites à la mesure convenable (RO 43 II p. 662 et suiv.). Il n'est toutefois

point nécessaire de procéder à cette délimitation en l'espèce, car la concurrence du défendeur s'est exercée à La Sarraz même, soit à l'endroit d'où le produit provient et qui devrait en tout cas rentrer dans le rayon de la prohibition. Du reste, les différentes restrictions prévues à l'art. 357 ne doivent pas être considérées successivement et isolément, il faut rechercher si, dans leur ensemble, elles sont de nature à compromettre, d'une manière contraire à l'équité, l'avenir économique de l'employé. Une limitation très restreinte dans le genre d'affaires peut avoir pour corollaire une prohibition étendue dans le temps et dans l'espace, et lorsqu'il s'agit d'un produit aussi spécial que le Sarrasin, l'interdiction de concurrence, pour être efficace, doit nécessairement embrasser un vaste rayon.

En l'espèce, les restrictions apportées à la liberté du défendeur n'étaient pas de nature à paralyser son activité dans une mesure abusive ; elles ne l'empêchaient pas de gagner sa vie en exerçant sa profession de fromager (v. RO arrêt cité p. 663).

4. — L'instance cantonale a réduit à 2500 fr. le montant de la peine conventionnelle par le paiement de laquelle le défendeur se libère de la prohibition (art. 359, al. 2 CO). Il n'y a pas lieu de modifier ce chiffre, qui tient compte équitablement des circonstances de la cause, notamment du fait que le défendeur a été pendant de longues années le collaborateur fidèle du demandeur. Une réduction plus forte ne serait pas indiquée, car il s'agit d'une violation certaine de la prohibition de concurrence et en payant la somme fixée, le défendeur s'affranchit des entraves mises à son activité puisque les conditions de l'art. 359 al. 3 CO ne se sont pas réalisées.

*le Tribunal fédéral prononce :*

Le recours est écarté et le jugement attaqué confirmé.