

Prozesse nach Umfang und Inhalt näher bestimmt, kommt er der in Art. 246 D.-R. geforderten Rügepflicht nicht nach. Der Verkäufer muß vielmehr schon aus seiner Anzeige ersehen können, in welchem Umfange und aus welchen Gründen die Waare beanstandet werde, er soll sobald als möglich wissen, inwieweit seine Haftbarkeit in Anspruch genommen werden wolle, und auf Grund der Rüge in der Lage sein, sich über die zu treffenden Maßnahmen zu entscheiden; dies ermöglichte aber die von der Beklagten erhobene Mängelrüge dem Kläger nicht. Erst im Prozesse erklärte die Beklagte, daß es die zweite Lieferung sei, welche von ihr beanstandet werde, und daß sich die Reklamation auf diese beschränke. In der Anzeige vom 19. Dezember 1891 war hievon kein Wort gesagt; diese Anzeige ließ den Kläger vollständig im Ungewissen, auf welche Lieferung sich die Reklamation beziehe, abgesehen davon, daß auch die Anzahl der schadhaften Stücke darin nicht angegeben war. Aus dem Briefe vom 1. Februar 1892 mußte Kläger sogar schließen, daß wegen der ersten Lieferung reklamiert werde, indem die Beklagte dort erklärte, sie müsse auf die Mitteilung zurückkommen, daß die Käse von den ersten Monaten arg gespalten seien. Ebenso konnte sich der Kläger auf Grund der Anzeige der Beklagten keine Rechenschaft darüber geben, ob die Reklamation sich auf die Mulchen von Andwyl oder Niederdorf beziehe, während die Kenntnis hievon für seine Stellungnahme offenbar von Bedeutung sein konnte. Die von der Beklagten erhobene Mängelrüge ermangelte somit der gehörigen Substanziierung und war daher nicht geeignet, den Anspruch derselben auf Wandelung oder Preisminderung wegen der Mängel der Kaufsache zu wahren. Überdies mußte die Rüge wegen Verspätung zurückgewiesen werden. Wie bereits bemerkt, hat der Käufer sowohl die Rechtzeitigkeit als die Vollständigkeit der Rüge zu begründen und zu beweisen. Nun hat die Vorinstanz festgestellt, daß die Fehler, welche die Beklagte bereits Ende November und Anfangs Dezember 1891 entdeckt hatte, zwar in ihrem damaligen Zustand unerheblich gewesen seien, sich aber doch als die sichern Vorboten bedeutenderer Schäden dargestellt haben, für welche eine Gewährspflicht des Verkäufers unzweifelhaft bestand, und sie hat daher die erst am 19. Dezember erfolgte

Mängelrüge als verspätet erklärt bezüglich derjenigen Käse, welche Ende November und Anfangs Dezember solche Risse und Spalte aufgewiesen hätten. Wie groß die Anzahl dieser Käse gewesen sei, gegenüber denjenigen, bei welchen die Beklagte behauptet, die Mängel erst später entdeckt zu haben, ist aus den Akten nicht ersichtlich. Diese Unbestimmtheit darf nun aber nicht, wie es seitens der Vorinstanz geschehen ist, durch arbiträre Schätzung ergänzt werden. Da die Beklagte die Rechtzeitigkeit ihrer Mängelrüge zu vertreten hat, lag es ihr ob, festzustellen, bei welchen Käsen die gerügten Mängel erst später erkennbar geworden seien; hat sie diese Feststellung unterlassen, so muß eben der Beweis für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge für die ganze beanstandete Partie als nicht erbracht gelten.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird als begründet erklärt und daher die Klage in vollem Umfange gutgeheißen, die Widerklage dagegen gänzlich abgewiesen.

78 Arrêt du 15 juin 1895 dans la cause Lapp & C^{ie}
contre Anglo-Swiss-Condensed Milk C^o.

Dès 1866 il a été fondé à Cham (canton de Zoug) une société anonyme ayant pour but la fabrication de lait condensé et d'autres produits propres à être vendus conjointement avec celui-ci. D'après les statuts adoptés le 2 avril 1881, le capital-actions de la dite société était fixé à dix millions de francs, dont six déjà versés. Après l'entrée en vigueur du Code des obligations, la société en question fut inscrite au registre du commerce du canton de Zoug, le 9 mars 1883, sous la raison sociale « Anglo-Swiss Condensed Milk Company » ayant son siège principal à Cham. D'après l'extrait publié dans la *Feuille officielle du commerce* du 14 mars 1883, la signature appartient soit au directeur général, soit à ses remplaçants, lesquels doivent faire précéder leur signature

personnelle des mots « Anglo-Swiss Condensed Milk Co. » Cette même publication indique qu'à côté du bureau principal à Cham, il existe des succursales à Londres, Paris et New-York, et des fabriques à Cham et à Guin pour la Suisse, à Rickenbach près Lindau pour la Bavière, à Aylesbury, Chippenham et Middlewich pour l'Angleterre, et à Middletown in Orange-City, (New-York), pour les Etats-Unis. Depuis lors, au dire de M. Dotwyler, représentant de la société, une seconde fabrique aurait encore été établie aux Etats-Unis.

D'après les déclarations du même représentant, la société n'a qu'une seule marque de fabrique, utilisée dès 1866, savoir celle dite « La Laitière, » laquelle représente une porteuse de lait portant un vase de la main droite, et un autre sur la tête, en l'appuyant de la main gauche. Cette marque, sur les côtés verticaux de laquelle on lit les mots « Observez la marque de fabrique, » a été enregistrée le 1^{er} novembre 1880 au bureau fédéral des marques de fabrique à Berne, sous N° 19. La même marque, quelque peu différente non pas quant à la figure de la laitière, mais quant aux mots et médailles qui l'entourent, a également été déposée en Angleterre, et cela en trois fois, savoir pour deux types en 1876, et pour un troisième type en 1884.

Il semble qu'à plusieurs reprises déjà, et antérieurement au procès actuel, où elle est demanderesse, l'Anglo-Swiss Milk Co ait eu à se plaindre de faits de concurrence qu'elle estimait porter atteinte à ses droits.

C'est ainsi qu'il figure au dossier déjà une lettre du 23 mars 1882, par laquelle la société demanderesse pria le bureau fédéral des marques de lui faire savoir si, et éventuellement quand avait été enregistrée au bureau *des marques* une raison de la teneur de « Swiss Condensed Milk Co. » Le 27 mars le bureau des marques répondit qu'une marque de cette teneur n'avait pas été déposée, mais oui bien, le 8 novembre 1881, une marque pour lait condensé sans adjonction de sucre, par la « Swiss Dairy Co Limited » Uttweil (Thurgovie), et figurant sous N° 634 dans le recueil officiel.

De plus la demanderesse a versé au dossier quelques pièces, desquelles il résulterait qu'en 1891 un tribunal anglais aurait interdit à une société concurrente de faire usage de la raison sociale « Alpine Swiss Condensed Milk Co, » et que le Département fédéral de justice et police aurait fait savoir la dite année à un nommé Baxter, à Avenches, qu'il ne serait pas en droit de se servir de cette raison. Enfin, à la fin de novembre 1892, la société de Cham apprit, suivant les déclarations de son représentant, M. Dotwyler, que ses produits étaient confondus dans le commerce avec ceux, moins chers, de la maison défenderesse au procès actuel, la maison Lapp, à Epagny, Fribourg. Le dossier établit à ce sujet ce qui suit :

La maison Benck et Mutzenbecher, à Hambourg, était depuis une dizaine d'années environ en relations d'affaires avec la fabrique de Cham, en ce sens qu'elle lui achetait ses produits pour les revendre à son tour à ses clients. Elle était, par conséquent, au courant des prix de la maison demanderesse. Or, à la fin de novembre 1892, Benck et Mutzenbecher reçurent d'une autre maison de commerce de Hambourg, la maison d'exportation Harder et de Voss, une offre, soit un prix courant dans lequel on offrait entre autres du lait condensé sucré suisse, avec la marque « Swiss Condensed Milk Co, » à des prix notablement inférieurs à ceux qu'ils savaient être les prix de la fabrique de Cham. Cette circonstance les ayant frappés, Benck et Mutzenbecher transmirent le dit prix courant, par lettre du 24 novembre 1892, à la Anglo-Swiss Condensed Milk Co à Cham, en lui demandant comment il se pouvait que la maison Harder et de Voss fût en mesure de livrer sa marque à un prix aussi réduit. Cette communication confirma la société demanderesse dans son soupçon qu'elle était victime d'une concurrence déloyale, et le 26 novembre 1892 elle répondit à Benck et Mutzenbecher que la marchandise offerte dans le prix courant en question ne provenait pas de sa fabrique.

A l'appui de ses allégués relatifs à cet incident, la demanderesse a, en outre, produit au dossier un grand cahier imprimé portant l'intitulé : « 1893 Victoria Export-Preisliste

über Conserven, » et rédigé en allemand, anglais, français, espagnol et portugais. Il résulte de la déposition du témoin Harder, associé de la maison Harder et de Voss à Hambourg, que ce prix courant émanait de cette dernière. A page 41 du dit cahier se trouvent indiquées deux marques différentes de lait condensé sucré suisse, savoir celui avec la marque « Anglo-Swiss Condensed Milk Company, Milkmaid-Brand » (c'est-à-dire le signe figuratif de la laitière), préparé en Suisse en caisses de 48 boîtes de une livre anglaise, suivant le cours du jour, et celui marqué « Swiss Condensed Milk Company, Castle-Triangle Brand, » (c'est-à-dire la marque du château), aussi préparé en Suisse et également par caisses de 48 boîtes de une livre anglaise, au prix du jour.

Entendus par commission rogatoire, les témoins Harder et de Voss ont expliqué que la marchandise portant la marque en question leur était livrée en consignation par un établissement traitant sous le nom de « Swiss Condensed Milk Co » à Fribourg et qu'ils savaient que le directeur de cette compagnie était un M. Lapp à Fribourg. Pour la vente en détail de ce lait condensé, les témoins se servaient des formulaires et des marques fournies par la dite compagnie fribourgeoise.

Ainsi renseignée sur la concurrence qui était faite en Suisse même à ses produits, la fabrique de Cham ne tarda pas à apprendre de son côté que cette concurrence provenait de Fribourg, soit de M. Lapp, et elle se préoccupa de savoir comment cette maison concurrente était inscrite au registre du commerce. Ces recherches aboutirent aux constatations suivantes :

Le 22 mars 1883 le préposé au registre du commerce de Bulle a procédé, au journal du registre A, à l'inscription ci-après :

« N° 92. Le chef de la maison Charles Lapp à Epagny (Gruyère), qui a commencé en novembre 1875, est M. Charles Lapp, de Schopfheim (Grand-duché de Bade), domicilié à Fribourg. Genre de commerce : Fabrique de lait condensé à Epagny (Gruyère). Pièce à l'appui : Déclaration en date du 20 mars 1883. »

Le même jour, le dit préposé procéda encore à l'inscription suivante :

« N° 93. Déclaration verbale. La maison Charles Lapp à Epagny (Gruyère) a donné procuration, antérieurement au 1^{er} janvier 1883, à M. Albert Lapp, de Schopfheim, domicilié à Epagny. »

Cette inscription était signée au registre comme suit :

« Signature personnelle : Albert Lapp. Signature au nom de la raison Swiss Condensed Milk Co : Albert Lapp. »

Ces deux inscriptions furent publiées dans la *Feuille officielle suisse du commerce*, N° 52, du 10 avril 1883, toutefois sans les signatures. En particulier la publication ne renferme aucune mention quelconque d'une raison Swiss Condensed Milk Co.

Il résulte du dossier, et de la collection officielle de la *Feuille suisse du commerce*, qu'aucune modification à ces inscriptions n'y fut publiée jusqu'à la date du 7 mars 1893, où y parut l'inscription du 1^{er} mars 1893, dont il sera parlé plus bas.

Le dit jour, 1^{er} mars 1893, la Anglo-Swiss Condensed Milk Co, à Cham, notifia à Charles Lapp, fabrique de lait condensé à Epagny, un exploit lui annonçant son intention de lui ouvrir un procès aux fins d'obtenir la suppression de sa raison « Swiss Condensed Milk Co, » ainsi que des dommages-intérêts. Mais pour cela, ajoutait-elle, il lui importe de connaître quels sont les termes dont le défendeur se sert dans tous ses formulaires de commerce destinés à la Suisse et à l'étranger, et en conséquence elle l'assignait devant le président du tribunal de l'arrondissement de la Gruyère pour faire prononcer, par mesure provisionnelle, que le défendeur était tenu de consigner entre les mains du juge les formulaires de factures, traites, lettres de voiture, prix courants, têtes de lettres et autres imprimés dont il se sert pour l'exploitation de son industrie, au besoin pour faire saisir par le juge quelques exemplaires des dits formulaires pour qu'ils soient versés au procès.

A l'audience du 3 mars 1893 comparurent en qualité de dé-

fendeurs Charles et Albert Lapp, associés de la société en nom collectif qui s'était fait inscrire au registre du commerce l'avant-veille, lesquels déclarèrent consentir à la mesure demandée et s'engager à effectuer au greffe le dépôt des formulaires requis par la demanderesse. Ils reconnurent de plus que depuis 18 ans ils se servaient de la même raison sociale « Swiss Condensed Milk Company. »

En effet le 1^{er} mars 1893, le jour même de la notification de la citation en mesures provisionnelles, la fabrique d'Epagny avait fait inscrire au bureau du registre du commerce une modification de sa raison de commerce datant de 1883. Cette inscription, résultant des déclarations verbales du dit jour 1^{er} mars 1893, porte que la raison Charles Lapp, à Epagny, inscrite le 22 mars 1883, était éteinte ensuite de renonciation du titulaire. En même temps l'inscription ci-après fut faite au registre du commerce :

« Sous la raison sociale, « Swiss Condensed Milk C^o Lapp & C^{ie} » à Epagny, il existe, depuis le mois de novembre 1875, une société en nom collectif qui a son siège à Epagny (Suisse).

» Les membres de cette société sont MM. Charles Lapp à Fribourg, Albert Lapp et Jacob Lauer, ces deux derniers domiciliés à Epagny. MM. Charles et Albert Lapp ont seuls et individuellement la signature sociale.

» La société a pour but la fabrication de lait condensé dans la Gruyère et a une durée illimitée.

» Les bureaux de la société sont à Fribourg, rue de Saint-Nicolas, N^o 59, et à Epagny. MM. Charles et Albert Lapp seuls et séparément représentent la société vis-à-vis des tiers.

» Signature sociale et au nom de la raison :

» Swiss Condensed Milk C^o Lapp & C^{ie} :

» C. Lapp, J. Lauer.

» Swiss Condensed Milk C^o Lapp & C^{ie} :

» Albert Lapp. »

Cette inscription, — moins les signatures, — fut publiée dans la *Feuille officielle suisse du commerce* N^o 54 du 7 mars 1893.

Déjà avant la publication de cette inscription, soit le 3 mars, jour de l'audience de mesures provisionnelles, l'Anglo-Swiss Condensed Milk C^o avait fait notifier à Ch. Lapp une citation en conciliation sur l'action qu'elle lui intentait en vue de l'obliger à reconnaître :

1^o Qu'il n'est pas en droit d'utiliser comme raison sociale la raison « Swiss Condensed Milk C^o, » et que l'usage de cette raison lui est désormais interdit.

2^o Que pour l'emploi abusif de cette *marque* (sic), le défendeur doit à l'Anglo-Swiss Condensed Milk C^o de justes indemnités civiles, lesquelles, sous la modération du juge, sont fixées à 20 000 francs.

Ensuite de la nouvelle inscription au registre du commerce qui avait été opérée dans l'intervalle, la société de Cham notifia le 15 mars à la société Charles Lapp & C^{ie} une nouvelle citation en conciliation, l'avisant que l'action ouverte par l'exploit du 3 mars serait poursuivie contre la nouvelle société et qu'en outre la demanderesse compléterait sa conclusion dans ce sens qu'aux termes de l'art. 876 CO. il soit fait interdiction à la maison défenderesse de l'usage de la première partie de sa nouvelle *marque* (sic) Swiss Condensed Milk C^o et que cette interdiction soit faite également dans le registre du commerce.

La conciliation n'ayant pas abouti, l'Anglo-Swiss Condensed Milk C^o formula, dans sa citation-demande du 30 mars 1893, contre la maison Ch. Lapp & C^{ie} les conclusions suivantes, tendant à faire prononcer :

1^o Que la maison défenderesse n'est pas en droit d'utiliser comme raison sociale les mots « Swiss Condensed Milk C^o » et que par conséquent l'usage de cette dénomination lui soit désormais interdit.

2^o Qu'en conséquence et conformément à l'art. 876 CO. les mots « Swiss Condensed Milk C^o » soient radiés de l'inscription de la défenderesse, du 1^{er} mars 1893, au registre du commerce, et que cette radiation soit publiée à ses frais.

3^o Que pour l'emploi abusif de cette *marque* (sic) depuis des années et actuellement encore, la défenderesse soit con-

damnée à payer à la demanderesse de justes dommages-intérêts, lesquels, sous la réserve de la modération du juge, sont fixés par les instants à 20 000 francs.

Auparavant déjà Lapp & C^{ie} avaient déposé au greffe les formulaires suivants, dont ils se servent dans leur commerce :

a) un formulaire de facture daté de Fribourg, et portant l'entête « Swiss Condensed Milk Company Fribourg, » sous lequel sont imprimés, en caractères rouges sensiblement plus petits, les mots « Lapp & C^{ie}, » probablement au moyen d'un timbre humide ;

b) un formulaire de lettre de change aussi daté de Fribourg et portant l'entête « Swiss Condensed Milk C^o » avec, au-dessous, les mots « Lapp & C^{ie} » à l'encre rouge ;

c) un entête de lettre, avec cette raison de commerce « Swiss Condensed Milk C^o, Fribourg, Switzerland » sur deux lignes entre lesquelles sont imprimées en lettres rouges les mots « Lapp & C^{ie}. » Au-dessous les mots « Télégrammes : Lapp, Fribourg. »

A l'appui des conclusions de sa demande, la société demanderesse fait valoir en substance ce qui suit :

Bien que la fabrique d'Epagny n'ait déposé en Suisse aucune marque de commerce et qu'elle n'ait pas non plus fait inscrire au registre du commerce la raison sociale « Swiss Condensed Milk C^o, » elle s'est néanmoins permis de vendre les produits de sa fabrication sous cette raison, dès 1875 déjà, tant en Suisse qu'à l'étranger. Cette raison a été utilisée soit pour des étiquettes de boîtes de lait, soit sur les caisses-expéditions de marchandises, soit sur les autres formulaires de la maison, et c'est en vain qu'on y chercherait le nom de M. Lapp. La défenderesse savait pourtant que l'Anglo-Swiss Condensed Milk C^o avait inscrit sa raison sociale au registre du commerce en 1883, et avait de plus déposé sa marque en Suisse déjà en 1880. Sans doute Ch. Lapp s'est déjà servi de la raison sociale « Swiss Condensed Milk C^o » dans son inscription au registre du commerce, du 22 mars 1883, par laquelle il donnait procuration à Albert Lapp ; mais cette inscription a eu lieu ensuite d'une déclaration verbale, et cette

raison-là, d'ailleurs parfaitement irrégulière, n'a jamais été publiée. D'autre part il est établi que la maison Harder et de Voss à Hambourg fait des offres de lait condensé sous la marque « Swiss Condensed Milk C^o, » alors que cette marque n'a pas été déposée, et qu'on se garde d'indiquer le nom de Lapp. Toutes ces manœuvres sont de nature à induire le public en erreur, et à causer un préjudice considérable à la demanderesse ; elles constituent de plus une concurrence déloyale, attendu que la défenderesse fait des prix inférieurs avec une diminution dans le poids et la valeur de la marchandise. La nouvelle raison de commerce que la maison défenderesse a fait inscrire au registre du commerce depuis l'introduction du procès ne donne pas satisfaction à la demanderesse, car elle usurpe les mots : « Swiss Condensed Milk C^o, » qui font partie de la raison sociale et de la marque de fabrique régulièrement inscrites de la demanderesse. Quant au dommage causé pendant de longues années par cette usurpation et cette concurrence déloyale, il est considérable, et le chiffre de 20 000 francs demandé à titre d'indemnité n'est pas exagéré. En droit, la demanderesse s'appuie soit sur l'art. 876 CO., soit sur les art. 50 et suiv. *ibidem*, soit sur la loi du 19 décembre 1879 sur la protection des marques de fabrique et de commerce.

Lapp & C^{ie} ont conclu à libération des fins de la demande, en opposant entre autres à la demanderesse une exception de prescription fondée sur les art. 69 et suiv. CO. Dans leur exploit du 7 juin 1893, les défendeurs déclaraient de plus opposer à la demanderesse la nullité de sa marque de fabrique et de sa raison de commerce. Les défendeurs ont allégué en outre que les dénominations dont ils se servent sont conformes à l'exacte vérité et qu'une confusion n'est pas possible entre les produits des deux maisons en cause.

A l'audience du tribunal civil de la Gruyère du 24 juin 1893, la société demanderesse a repris les conclusions de sa citation-demande, en rectifiant toutefois la conclusion sous N° 3 en ce sens qu'elle y substitua l'expression de « dénomination » à celle de « marque. »

Dans son audience du 15 juillet 1893, le tribunal de la Gruyère a procédé à l'interpellation de M. Dotwyler, représentant de la fabrique de Cham, ainsi qu'à celle du défendeur Albert Lapp.

Les déclarations de M. Dotwyler, relatives à la marque de fabrique de Cham, et sur les circonstances qui amenèrent le témoin à constater la concurrence qui lui était faite par la maison défenderesse, sont conformes à ce qui a été déjà dit plus haut.

Quant aux déclarations de M. Lapp, il y a lieu d'en relever ce qui suit :

La maison Lapp a pris en 1875 la succession de la maison Carteret ; elle se sert pour ses produits, depuis 1875 déjà, de deux marques, la marque « Helvetia » et la marque « Gruyères Castle. » La première de ces marques, qui représente un paysage suisse des bords d'un lac surmonté de l'écusson fédéral, est déposée, au dire de M. Lapp, en Angleterre depuis 1876, — et la seconde, représentant le château de Gruyère, y a été déposée en 1886. Cette dernière marque a de plus été déposée en Suisse sous N° 6357 le 6 avril 1893. L'une et l'autre de ces marques renferment les mots « Swiss Condensed Milk Co, Fribourg, Switzerland. » — A. Lapp a déclaré de plus que la maison défenderesse a utilisé déjà depuis de longues années la raison sociale « Swiss Condensed Milk Co » et cela même avant l'établissement du registre du commerce. Cette dénomination a été choisie parce que c'est la véritable qui convient aux produits fabriqués avec du lait suisse ; le mot « Co » indique que la maison défenderesse constitue une société, et la traduction anglaise a été adoptée parce que les produits de cette maison sont expédiés en Angleterre. Avant l'inscription de la nouvelle raison de commerce en mars 1893, on se servait des formulaires indiqués plus haut sans y ajouter les mots « Lapp & Co » à l'encre rouge ; on pratiquait ainsi, déclare M. Lapp, « parce qu'alors on n'avait pas encore commencé à nous faire des misères. » A la question de savoir pourquoi la maison défenderesse a changé sa raison sociale inscrite en 1883, M. Lapp a répondu comme suit :

« Ce sont nos affaires particulières. D'abord les affaires allaient au nom de Charles Lapp, et pendant ce temps-là nos produits étaient déjà marqués « Swiss Condensed Milk Co » ; nous étions déjà en société, mais celle-ci n'était pas inscrite. »

Quelques jours après cette audience, il survint un incident au sujet duquel le dossier fournit les indications suivantes :

Suivant lettre de voiture du 27 juin et facture du 28 juin 1893, les défendeurs avaient expédié 25 caisses de lait condensé à la maison d'expédition von Speyr & Co, à Bâle, avec l'ordre de réexpédier cette marchandise à Anvers et de la mettre à la disposition de la maison Bulcke & Co à Anvers. D'après les dépositions du témoin Weber, procuriste de M. von Speyr, la lettre de voiture portait une signature apposée au moyen d'un timbre et portant les mots « Swiss Condensed Milk Co, Fribourg, Lapp & Co ; » la lettre du 28 juin était marquée de même, sauf que la signature Lapp & Co était apposée à la main.

Le 1^{er} juillet, von Speyr & Co expédièrent les caisses en question à la maison Bulcke & Co à Anvers, en ajoutant que cette marchandise provenait de la « Swiss Condensed Milk Co ; » elle n'ajouta en revanche pas, dans la lettre d'avis, que cette compagnie avait son siège à Fribourg ; d'autre part elle ne dit pas non plus « Anglo-Swiss » mais simplement « Swiss Condensed Milk Co. » Trompée par la similitude des raisons, la maison Bulcke & Co crut que cet envoi provenait de Cham, et comme aucune instruction ne lui avait été donnée, elle écrivit le 21 juillet 1893 à la demanderesse pour lui demander à la disposition de qui elle devait tenir la marchandise en question. Le 24 juillet la demanderesse répondit à Bulcke & Co qu'elle ignorait quel était le commettant des 25 caisses, et demanda à son tour si cette expédition ne concernait pas la maison Lapp & Co, à quoi Bulcke & Co répondirent en effet que leur lettre du 21 n'était pas destinée à la demanderesse. Entendu plus tard par commission rogatoire, M. Mureau, employé de la maison Bulcke, a ajouté que la lettre d'avis qu'elle avait reçue le 31 juillet de l'acheteur

Carel-Henrich Overney à Hambourg, par l'entremise de von Speyr & C^{ie} à Bâle, indiquait bien que la marchandise provenait de Fribourg.

Des pièces versées au dossier et des dépositions des témoins entendus en la cause résultent encore les faits suivants :

Les deux maisons concurrentes se servent comme étiquettes de bandes de papier portant au milieu leurs marques respectives, plus haut décrites, et sur les côtés des instructions concernant le mode d'emploi, imprimées en anglais et en français. Les raisons de commerce « Anglo-Swiss Condensed Milk C^o, Cham, Switzerland » et « Swiss Condensed Milk C^o Fribourg, Switzerland, » figurent sur ces marques. De même les deux maisons impriment en rouge, dans le sens de la diagonale, sur leurs marques de la Laitière et Gruyère Castle les mots « prepared in Switzerland ; » pour les produits destinés à l'Angleterre.

La raison « Swiss Condensed Milk Company » se trouve aussi, ainsi que la marque Helvetia, sur des prospectus de la maison défenderesse, relatant le résultat de diverses analyses chimiques de ses produits ; ces prospectus, imprimés en allemand et en français, mentionnent que la dite fabrique de lait condensé a son siège à Fribourg. Au pied de ce prospectus est reproduite entre autres une analyse du chimiste public pour la Cité de Londres, datée de janvier 1877, où on lit ce qui suit :

« L'échantillon A, marqué *Helvetia*, consiste en lait pur d'une nature condensée, et contient tous les éléments de ce fluide, mélangé avec une certaine quantité de sucre.

» L'échantillon B, marqué *Anglo-Swiss*, contient également les mêmes éléments, mais avec une différence de quantités.
» Les deux sont bons et véritables et d'une valeur commerciale égale. »

La raison « Swiss Condensed Milk Company, Fribourg » se trouve aussi, de même que la marque « Gruyère Castle » en tête d'un formulaire de facture utilisé pour la maison d'exportation Harder et de Voss, à Hambourg.

Il a été produit, de plus, au dossier plusieurs prix-courants de maisons de commerce anglaises vendant des produits alimentaires. Dans l'un de ces prix-courants les marques « Gruyère Castle » et « Milkmaid » (c'est-à-dire Laitière) sont indiquées l'une et l'autre avec des prix distincts. Dans deux autres prix-courants, la marque « Milkmaid » de la société demanderesse est seule indiquée.

Des dépositions des témoins François Weck, Alex. Bussard, charretier de Lapp, Léon Genoud et Ernest Castella, employés à la gare de Bulle, il est résulté que le nom de Lapp ou Lapp & C^{ie} ne figure pas sur les caisses expédiées par la fabrique des défendeurs, mais bien des lettres quelconques, quelquefois aussi une estampille avec les mots Swiss Condensed Milk. Quant aux lettres de voiture, elles portent depuis 1893 la signature Lapp & C^{ie}, et auparavant Charles Lapp, au-dessous des mots « Swiss Condensed Milk C^o. »

Des dépositions d'autres témoins, entendus par commissions rogatoires, il convient de relever ce qui suit :

Le témoin Honneyville, qui était depuis 8 ans le représentant de la maison défenderesse pour l'Angleterre, a déclaré que jamais des confusions n'ont eu lieu entre les produits de l'Anglo-Swiss à Cham et ceux de la Swiss Condensed Milk C^o à Fribourg, non plus qu'entre leurs marques de fabrique respectives. Il a affirmé de plus qu'il a fait tout son possible pour attirer l'attention de ses clients sur le fait que la maison qu'il représente a son siège à Fribourg.

Les témoins Benck et Mutzenbecher à Hambourg ont déclaré qu'ils avaient cru que les produits des défendeurs offerts par la maison Harder et de Voss étaient ceux de la fabrique de Cham ; ils n'ont pas songé à une contrefaçon ou à une usurpation de la raison sociale, parce qu'ils ignoraient l'existence de la maison défenderesse. En revanche les témoins Harder et de Voss ont déposé qu'ils ont toujours attiré l'attention de leurs clients sur ce que le lait condensé qu'ils vendaient lorsqu'ils représentaient la maison défenderesse venait de Fribourg et non de Cham, mais qu'il était également de provenance suisse et meilleur marché que ce dernier. La

localité d'Epagny leur était inconnue, mais ils savaient que la fabrique avait encore un autre établissement que celui de Fribourg même. Si, dans leur prix courant Victoria, ils n'ont pas ajouté le nom de Fribourg à l'indication « Swiss Condensed Milk Co, » c'était pour engager leurs clients d'outremer à passer par leur intermédiaire pour leurs commandes, et les empêcher de s'adresser directement à Fribourg. C'est pour le même motif que les localités de provenance ont été omises aussi pour les autres produits énumérés dans le catalogue, et spécialement l'indication Cham pour le lait condensé de l'Anglo-Swiss Condensed Milk Co. Lorsque des clients voulaient du lait condensé de cette dernière fabrique, ils demandaient la marque de la laitière ou la marque Cham. Du reste les témoins ont toujours veillé dans leurs offres à ce que des confusions ne pussent pas se produire. Les témoins ont ajouté, sur une question posée par Lapp & Co, que s'il est vrai qu'eux-mêmes n'ont jamais fait de confusion entre les produits des deux fabriques, cependant les raisons de ces deux établissements sont tellement semblables que des clients peuvent les confondre. Toutefois le commerce d'exportation regarde plutôt aux marques qu'aux noms, et les témoins ont toujours signalé aux acheteurs qu'il existait deux compagnies suisses de lait condensé. Outre les deux compagnies suisses en cause, les témoins n'en connaissent qu'une portant un nom analogue, savoir « The first Swiss Milk produce and preserved Butter Company (C. Jung & Co) Eglisau, Zurich. »

Enfin il résulte d'une déclaration délivrée aux défendeurs par l'ancien préposé au registre du commerce de Bulle, que Ch. Lapp s'est déjà présenté à son bureau en janvier 1893 pour une modification à apporter à l'inscription, au dit registre, de la fabrique de lait condensé d'Epagny. Ce préposé ayant quitté ses fonctions peu après, cette modification a été omise par oubli.

Par jugement du 15 décembre 1894 le tribunal civil de la Gruyère a débouté la société demanderesse de toutes ses conclusions et admis le défendeur dans ses conclusions libératoires, en prononçant toutefois que chaque partie garde ses

frais, vu que la partie Lapp a pu donner lieu au procès par l'irrégularité de certains de ses procédés. Ce jugement se fondait sur des motifs qui peuvent être résumés comme suit :

Ce n'est qu'en novembre 1892 que la demanderesse a constaté la confusion qui se faisait à son préjudice ; la prescription établie à l'art. 69 CO. n'est donc pas encourue. Quant au fond, et en première ligne, les défendeurs n'ont commis ni une contrefaçon, ni une usurpation de la *marque* de fabrique de la société demanderesse ; le conseil de cette dernière a déclaré ne pas vouloir insister sur ce premier grief, et, en effet, il n'existe aucune ressemblance entre la marque la Laitière, d'une part, et les marques Helvetia et Gruyères Castle de l'autre. En ce qui concerne, en second lieu, l'usurpation, prétendue par la demanderesse, de sa *raison de commerce*, les principes applicables à cet égard sont les art. 865 et suiv., spécialement les art. 867 et 876 CO. ; or, au regard de ces principes, il est incontestable que l'inscription faite le 22 mars 1883, au nom de Charles Lapp, n'était pas adaptée à une société en nom collectif, et c'est avec raison que les défendeurs l'ont modifiée en 1893, mais la demanderesse ne peut se prévaloir de cette irrégularité qu'autant qu'elle comporte à son préjudice une usurpation de sa raison commerciale ou une concurrence déloyale. A cet égard il faut constater que la raison « Swiss Condensed Milk » ne constitue pas une désignation fantaisiste, mais bien une désignation nécessaire pour indiquer la nature et la provenance des produits de la maison défenderesse ; ces mots sont de style pour désigner dans le commerce tout lait condensé de provenance suisse. Il s'agit donc d'une formule tombée dans le domaine public, sincère et non mensongère, qu'il n'est permis à aucune maison de s'approprier exclusivement.

Dès lors, à teneur de l'art. 867 *in fine*, Lapp avait en principe le droit d'ajouter cette indication à son nom ou à sa raison sociale, sans commettre une usurpation de la raison de commerce de Cham. L'omission du mot « Anglo » est en effet significative, et elle marque bien la distinction entre les deux maisons. Quant au mot « Company » à la vérité, d'après

l'inscription de 1883, Lapp n'avait pas le droit de s'intituler société ; mais cette anomalie peut être réprimée administrativement, sans donner un droit d'action à la société de Cham. Le grief de concurrence déloyale (art. 50 et suiv. CO.) serait fondé si la maison Lapp & C^{ie} s'était rendue coupable de manœuvres déloyales dans le but d'enlever à la maison de Cham sa clientèle ; mais tel n'est point le cas ; elle ne jette sur le marché que du lait condensé suisse ; elle emploie des marques de fabrique absolument distinctes de celle de la demanderesse ; elle a soin, sur ses formulaires, d'ajouter le nom local de Fribourg en opposition de celui de Cham. Si la maison Bulcke a confondu les produits des deux fabriques en cause, c'est accidentellement, ensuite du défaut de relations antérieures et de l'irrégularité de l'envoi. Enfin les caisses d'expédition ne portaient souvent que des signes étrangers à la dénomination « Swiss Condensed Milk C^o » et étaient accompagnées de lettres de voiture portant distinctement la mention « Fribourg » et le nom de Lapp.

L'Anglo-Swiss Condensed Milk C^o a appelé de ce jugement, en reprenant les conclusions de sa demande.

Dans son mandat d'appel, la demanderesse déclare, entre autres, qu'elle ne se place pas sur le terrain d'une contrefaçon ou d'une usurpation de marque de fabrique. Elle invoque au contraire l'art. 867 CO., que Ch. Lapp a violé pendant 18 ans, en se servant d'une raison sociale qui n'était pas et ne pouvait être la sienne, en se rendant ainsi coupable d'une concurrence déloyale. Elle invoque en outre l'art. 876 du même Code ; la raison « Swiss Condensed Milk C^o » ne se distingue pas suffisamment de celle de « Anglo-Swiss Condensed Milk C^o » ; il n'est, de plus, pas établi que les mots « Swiss Condensed Milk » ne contiennent qu'une désignation nécessaire, et en tout cas Lapp pouvait tout au plus se servir du mot « Fabrik » mais non du mot « Company. » La dénomination adoptée par l'« Anglo-Swiss Condensed Milk C^o » n'est du reste pas entrée dans le domaine public. Quant aux dommages-intérêts, la demanderesse estime que la somme de 20 000 francs n'est pas exagérée, si l'on considère que la

concurrence déloyale a duré 18 ans, dont dix sous l'empire du Code des obligations et qu'elle se continue encore aujourd'hui. En particulier les art. 50 et suiv. et 55 CO. sont applicables.

Par arrêt du 3 avril 1895, la Cour d'appel de Fribourg a admis partiellement le pourvoi de la demanderesse, et, modifiant le jugement de première instance, elle a prononcé comme suit :

« La première conclusion actrice est admise en ce sens que la maison Lapp ne peut employer les mots « Swiss Condensed Milk C^o » comme raison sociale, mais qu'elle peut se servir des trois mots « Swiss Condensed Milk » comme adjonction à la véritable raison sociale « Lapp & C^{ie}, » cette adjonction ne servant qu'à indiquer le genre de commerce des défendeurs, et ne pouvant contenir le mot « Company » ou « C^o » précédemment employé.

» La deuxième conclusion actrice est repoussée en principe, mais la modification apportée à la raison sociale Lapp & C^{ie} résultant de l'admission de la première conclusion devra être publiée aux frais des défendeurs.

» La troisième conclusion actrice est admise en principe, mais le chiffre des dommages-intérêts est réduit à la somme de cent francs. »

Cet arrêt se fonde en résumé sur les motifs ci-après :

La raison sociale employée par les défendeurs depuis 1883, savoir « Swiss Condensed Milk C^o » n'a pas été régulièrement publiée ; les demandeurs ne sont donc pas présumés en avoir eu connaissance, et les défendeurs n'ont pas établi qu'ils l'aient connue. Au contraire, ce n'est qu'en novembre 1892 que la société demanderesse a constaté la confusion à laquelle prêtaient les deux raisons concurrentes. Au surplus, il ne s'agit pas d'un fait unique, mais d'un fait continu. Dans ces conditions la prescription établie à l'art. 69 CO. n'est pas encourue. Quant au fond, tout ce qui pourrait concerner une contrefaçon ou usurpation de marques de fabrique doit être laissé hors du débat. Il ne peut s'agir que d'une usurpation de la raison de commerce de la demanderesse et d'une con-

currence déloyale commise à son préjudice. Quant au premier point, il est à constater que si la raison défenderesse « Swiss Condensed Milk Co » a été utilisée et déposée dès 1883, elle n'a pas été en revanche publiée avant le 7 mars 1893, date de la publication de la raison modifiée. Or la raison en question n'est pas conforme à la loi ; elle ne pourrait être que la raison d'une société anonyme, d'une association ou d'une autre société du titre 28 CO., mais non celle d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite. Les défendeurs ne peuvent d'ailleurs se mettre au bénéfice de l'art. 902 CO., car les défendeurs ne pouvaient valablement se servir de la raison sociale « Swiss Condensed Milk Company » antérieurement au Code des obligations, sous l'empire du droit fribourgeois. Le Code de commerce fribourgeois n'autorisait une pareille raison ni si la maison défenderesse constituait une société en nom collectif, ni si elle avait à sa tête une seule personne. Quant à la raison sociale des défendeurs, inscrite en mars 1893 sous la dénomination de « Swiss Condensed Milk Company Lapp & C^{ie} » il y a lieu de distinguer au point de vue de sa légalité. Les mots « Lapp & C^{ie} » sont bien conformes aux exigences établies par l'art. 869 CO. pour les sociétés en nom collectif. En revanche l'ensemble de la raison sociale ne revêt pas le caractère de vérité et de sincérité exigé par la loi, car il n'est pas admissible que les mots « Swiss Condensed Milk Company » soient donnés comme l'élément essentiel et principal de la raison sociale ; au contraire l'emploi de ces mots n'est licite qu'en tant qu'ils constituent une adjonction ou une indication de nature à désigner d'une façon plus précise le genre d'affaires exploité, ainsi que le permet l'art. 869. Tout au moins faudrait-il que typographiquement ces mots ne soient pas plus en vue que ceux de « Lapp & C^{ie}. » De plus il est inadmissible que le mot « C^{ie} » figure deux fois dans la même raison, comme c'est le cas pour la raison sociale modifiée. En effet, cette raison peut laisser supposer qu'il existe une société anonyme « Swiss Condensed Milk Co » réunie à une société en nom collectif « Lapp & C^{ie}, » ce qui n'est pas conforme à la vérité. Au reste le

mot « Company » n'est pas une indication servant à préciser le genre de commerce. En conséquence la *dénomination* la plus étendue que puissent prendre les frères Lapp est la suivante : « Swiss Condensed Milk Lapp & C^{ie} » ou encore « Ch. Lapp & C^{ie} Swiss Condensed Milk. » L'adjonction à cette dernière dénomination du mot anglais « Company » est contraire aux dispositions légales déjà citées, et dès lors illicite. C'est d'ailleurs à tort que la première instance a estimé que l'autorité administrative serait seule compétente pour apporter une modification à la nouvelle raison sociale de la maison Lapp ; la décision du juge est toujours réservée sur le point de savoir si une raison sociale est conforme aux dispositions légales. D'autre part la société demanderesse, qui est inscrite au registre du commerce depuis 1883 sous la raison sociale « Anglo-Swiss Condensed Milk Company » a le droit, en vertu de l'art. 876 CO., d'interdire à toute société plus récente l'usage de cette raison sociale ou d'une raison sociale ne se distinguant pas suffisamment de la sienne. Or en l'espèce la distinction entre les deux raisons sociales n'est pas suffisante, si l'on se place, ainsi qu'on doit le faire, au point de vue de la grande masse des consommateurs et non au point de vue des négociants ou intermédiaires expérimentés. Le public peut d'autant plus facilement être induit en erreur que les deux raisons sont écrites en anglais et comprennent plusieurs mots. Dans ces conditions le retranchement ou l'adjonction d'un mot ou même de deux ne suffit pas à écarter toute possibilité de confusion. En l'espèce la preuve que des confusions se sont réellement produites résulte des dépositions de plusieurs témoins. En conséquence il y a lieu d'interdire à la maison Lapp d'employer les mots « Swiss Condensed Milk » comme raison sociale ; elle peut seulement se servir des trois mots « Swiss Condensed Milk » comme adjonction à la raison véritable « Lapp & C^{ie} » à l'exclusion du mot « Company » ou « Co. » La modification résultant de ce qui précède pour la raison sociale actuelle devra être publiée aux frais des défendeurs. Quant aux dommages-intérêts réclamés par la société demanderesse, la Cour d'appel a

estimé que cette conclusion ne vise que l'emploi abusif de la prétendue raison sociale « Swiss Condensed Milk Co » jusqu'en 1893, mais non d'autres faits de concurrence déloyale, et qu'ainsi elle ne peut s'appuyer que sur l'art. 876 CO. et non sur les art. 50 et suivants. Pour que des dommages-intérêts soient dus de ce chef, la simple faute suffit ; or, en l'espèce les défendeurs ont commis incontestablement une faute en adoptant pendant dix ans une raison sociale qui ne leur appartenait pas, et cette faute a causé à la demanderesse un certain préjudice, en détournant d'elle, au profit des défendeurs, une partie, si faible soit-elle, de sa clientèle. Il est prouvé que même des spécialistes ont pu confondre les produits des deux maisons ; à plus forte raison, dans la grande masse des consommateurs, surtout dans les pays hors d'Europe, il y en a qui ont pu s'y tromper. Dans ces conditions, et en tenant compte de ce que la partie demanderesse n'a apporté aucune preuve du dommage subi, et de ce que l'existence d'un simple tort moral suffit à faire allouer en principe des dommages-intérêts, ceux réclamés doivent être réduits à 100 francs.

Les deux parties ont recouru en temps utile contre cet arrêt. Les défendeurs ont repris purement et simplement leurs conclusions libératoires, ainsi que leur exception de prescription. Contrairement à l'art. 67 de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire, ils avaient en outre fait suivre leur déclaration de recours de développements juridiques ; dans une décision préliminaire du 25 mai, le Tribunal fédéral a prononcé que ces considérations explicatives devaient être tenues pour nulles et non avenues.

De son côté l'Anglo-Swiss Condensed Milk Co a conclu comme suit :

1° Au maintien de l'arrêt attaqué en ce qui concerne la première conclusion.

2° A l'admission de sa seconde conclusion dans le sens de la première, les modifications apportées par celle-ci à la dénomination sociale devant ainsi être publiées aux frais de la partie Lapp.

3° A l'adjudication de sa troisième conclusion, en paiement d'une indemnité de 20 000 francs, sous réserve de la modération du juge, la preuve d'un dommage direct et matériel étant suffisamment faite au procès.

Dans la suite la demanderesse a tenté, en déclarant la réforme, d'amplifier ces conclusions, mais dans sa décision préliminaire du 25 mai susvisée, le Tribunal fédéral a prononcé que la déclaration de réforme n'était pas admissible dans les causes civiles portées devant lui par voie de recours.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° La compétence du Tribunal fédéral est fondée au point de vue de la valeur litigieuse, et elle existe également, bien que sous certaines réserves, quant au droit applicable.

Aux termes des déclarations réitérées de la demanderesse, son action ne vise qu'une atteinte portée sans droit à sa *raison de commerce*, soit des faits de concurrence déloyale commis à son préjudice, ainsi que des dommages-intérêts de ce chef, et non point une atteinte qui aurait été portée à sa marque de fabrique. Si, dans ses citations en conciliation des 3 et 15 mars 1893, et dans la conclusion N° 3 de sa citation-demande du 30 mars de la même année, la demanderesse a parlé d'un emploi abusif de sa *marque*, on doit se convaincre, en rapprochant cette expression de ce qui précède immédiatement, qu'elle a été employée improprement pour désigner la *raison sociale*, que mentionne la conclusion N° 1. Il suit de là que la dite action ne se fonde que sur les dispositions légales concernant les raisons de commerce, et sur celles qui ont trait aux actes illicites, et que c'est en vertu de ces dispositions que des dommages-intérêts sont réclamés. L'action actuelle n'appelle donc l'application du droit fédéral que pour autant qu'elle se base sur des faits qui se seraient produits depuis le 1^{er} janvier 1883, date de l'entrée en vigueur du Code des obligations ; avant cette date en effet, soit la responsabilité à raison d'actes illicites, soit l'ensemble de la matière des raisons de commerce était soumise au droit cantonal, et c'est ce dernier qui, aujourd'hui encore, à teneur de l'art. 882 CO., régit la question de savoir si les défendeurs ont

contrevenu à ces dispositions de droit cantonal, ainsi que les effets juridiques de ces contraventions. Le tribunal de céans n'est dès lors pas compétent pour revoir le prononcé des instances cantonales, pour autant qu'il peut concerner des faits antérieurs au 1^{er} janvier 1883, et il doit notamment tenir pour acquis qu'avant cette époque le droit fribourgeois n'autorisait les défendeurs à se servir de la raison sociale « Swiss Condensed Milk C^o » ni comme raison d'une société en nom collectif, ni comme raison individuelle. En revanche le Tribunal fédéral est compétent pour revoir la cause, en tant que l'usurpation de la raison commerciale de la demanderesse ou les faits de concurrence déloyale qu'elle signale à son préjudice se seraient passés sous l'empire du Code des obligations.

2^o La demanderesse, qui est inscrite au registre du commerce depuis le 9 mars 1883, et dont la raison commerciale a été régulièrement publiée dans la *Feville officielle suisse* du 14 dit, a incontestablement qualité, aux termes de l'art. 876 CO., pour agir en interdiction de l'emploi de la raison de commerce concurrente qu'elle estime avoir été usurpée à son préjudice par les défendeurs, et pour demander des dommages-intérêts de ce chef. En revanche les art. 50 et suiv. CO., que la demanderesse invoque également, ne pourraient recevoir une application indépendante que pour autant que les faits de concurrence déloyale dont il s'agit consisteraient dans autre chose que dans l'emploi indu de sa raison de commerce ; en édictant l'art. 876 précité en vue de protéger les raisons de commerce, le législateur a en effet, par cette disposition protectrice spéciale, entendu exclure l'application des art. 50 et suivants en ce qui concerne les atteintes portées aux raisons commerciales. Or la demanderesse n'a point allégué que l'atteinte contre laquelle elle invoque la protection des tribunaux ait lésé un autre droit que celui ayant trait à sa raison de commerce. Il résulte d'ailleurs du dossier qu'une concurrence déloyale n'a pu être faite à la demanderesse par les défendeurs, que par le fait que la dénomination adoptée par ces derniers pour désigner leur maison ne se différenciait pas suffisamment de la raison sociale de la demanderesse.

C'est donc uniquement en application des principes du droit fédéral en matière de protection des raisons de commerce régulièrement inscrites et publiées, qu'il doit être statué en la cause.

3^o Sur l'exception de prescription opposée par Lapp & C^{ie} à la demanderesse il y a lieu de distinguer entre les deux conclusions prises par celle-ci. En ce qui touche celle tendant à faire interdire aux défendeurs l'usage de la raison « Swiss Condensed Milk C^o » il est évident qu'elle n'est pas prescrite, puisque les dits défendeurs se servaient de cette raison au moment de l'introduction de la cause, soit lors de la demande de mesures provisionnelles, et qu'en modifiant alors leur inscription au registre du commerce, ils ont manifesté leur intention d'utiliser encore cette raison à l'avenir.

En ce qui concerne en revanche les dommages-intérêts demandés, il importe de distinguer d'abord entre le dommage causé sous l'empire du droit cantonal, et celui causé sous l'empire du droit fédéral. Quant au premier, il résulte de l'art. 2144 du Cc. fribourgeois que la prescription de l'action actuelle était de dix ans, et il est certain que le Code des obligations n'a pas voulu soumettre cette prescription, pendant la période transitoire, à un délai plus long. Or la présente action n'ayant été ouverte qu'en mars 1893, il est incontestable qu'alors tout le préjudice qui a pu être causé à la demanderesse avant le 1^{er} janvier 1883, soit sous l'empire du droit cantonal, était couvert par la prescription.

Quant au dommage causé à la demanderesse depuis l'entrée en vigueur du Code des obligations, les parties ont admis d'un commun accord, et avec raison, que l'action en dommages-intérêts prévue à l'art. 876 de ce Code était soumise à la prescription établie à l'art. 69 *ibidem* ; en effet les mêmes motifs qui ont fait admettre la disposition spéciale de ce dernier article pour la prescription des actions en dommages-intérêts, fondées sur des actes illicites tombant sous le coup des art. 50 et suivants, doivent valoir aussi relativement à l'extinction de l'action en dommages-intérêts prévue à l'al. 2 du prédit art. 876, qui a également sa source dans une faute extracontractuelle.

Les instances cantonales ayant admis l'une et l'autre en fait que ce n'est qu'en novembre 1892 que la demanderesse a constaté la confusion qui se faisait à son préjudice, le Tribunal fédéral est lié par cette constatation, qui se trouve d'ailleurs corroborée par les actes du dossier. Bien que certains indices aient, antérieurement à cette date, porté la demanderesse à croire qu'une raison « Swiss Condensed Milk » était utilisée à son préjudice, rien ne prouve qu'elle ait connu, avant novembre 1892, les auteurs de cette concurrence, ni, notamment, qu'elle ait eu connaissance des agissements des défendeurs avant les lettres échangées, dans le courant du dit mois, entre elle et ses correspondants de Hambourg, la maison Benck et Mutzenbecher.

De même il n'a jamais été prouvé que la Société demanderesse ait eu connaissance, avant la période qui a précédé immédiatement l'ouverture du procès actuel, de l'inscription faite en mars 1883 au registre du commerce par le fondé de procuration Albert Lapp, et par laquelle ce dernier a déclaré que sa signature au nom de la raison était « Swiss Condensed Milk Co Albert Lapp ; » cette signature, soit la partie de l'inscription le concernant, n'a, en effet, jamais été publiée dans la *Feuille officielle du commerce*.

Les arguments que le conseil des défendeurs a tirés aujourd'hui de la tolérance dont aurait bénéficié publiquement leur raison, et du fait qu'elle a exposé sous cette raison à l'exposition de Philadelphie sont également sans valeur, puisqu'il n'a pas été prouvé que la demanderesse ait, elle, usé de cette tolérance, ou qu'elle ait connu le fait de l'exposition des produits des défendeurs sous la raison litigieuse.

L'action en dommages-intérêts contre les défendeurs n'était donc point prescrite en mars 1893, date où elle leur a été ouverte par citation en conciliation du 3 dit (Cpc. frib., art. 218); la prescription n'est encourue que pour le préjudice que la demanderesse a pu subir jusqu'au 3 mars 1883, mais elle peut, en revanche, valablement agir à raison des faits qui se sont passés depuis cette date.

4° Au fond il y a lieu d'examiner d'abord si la demande-

resse est fondée, et éventuellement dans quelle mesure, à interdire aux défendeurs pour l'avenir l'usage de la raison sociale « Swiss Condensed Milk Co » et, à cet égard, il se justifie de maintenir le dispositif de l'arrêt attaqué, lequel ne fait qu'accorder à la demanderesse ce à quoi elle a incontestablement droit.

En effet la raison de « Anglo-Swiss Condensed Milk Co » dont la demanderesse se sert depuis 1866 déjà, et qui a été inscrite au registre du commerce le 9 mars 1883 et régulièrement publiée dans la *Feuille officielle du commerce* le 14 du même mois, est conforme en tous points aux exigences auxquelles l'art. 873 CO. soumet le choix des raisons sociales de sociétés anonymes; en particulier elle ne contient pas le nom d'une personne vivante, et il n'a pas été allégué qu'au moment où elle a été inscrite au registre du commerce, elle ne se distinguât pas nettement de toute autre raison déjà inscrite antérieurement.

D'autre part le fait qu'au moment de l'inscription de la demanderesse le défendeur Ch. Lapp se servait déjà depuis 1875, soit depuis huit ans, de la dénomination « Swiss Condensed Milk Co, » ne pouvait empêcher la demanderesse de faire inscrire valablement sa raison sociale « Anglo-Swiss Condensed Milk Company. » En effet cette dernière société avait tout d'abord pour elle, en fait, le bénéfice de l'antériorité de l'usage et, en droit, la Cour d'appel a établi d'une manière définitive que jusqu'à l'entrée en vigueur du Code des obligations, le droit fribourgeois n'autorisait ni Ch. Lapp comme commerçant seul à la tête d'une maison, ni une société en nom collectif Lapp & Co à se servir d'une raison telle que « Swiss Condensed Milk Co. » En outre, à partir de l'entrée en vigueur du Code des obligations jusqu'au moment de l'inscription de la demanderesse au registre du commerce, le défendeur Lapp n'a jamais acquis en fait, et il ne pouvait d'ailleurs acquérir un droit à l'usage de cette raison. Dans sa déclaration du 20/22 mars 1883, soit peu après la publication de la raison sociale de la demanderesse, il s'est lui-même inscrit au registre du commerce sous la raison *Charles Lapp*,

comme étant seul chef de la fabrique de lait condensé d'Epagny, reconnaissant ainsi par là même que cette raison n'était pas ou n'était plus « Swiss Condensed Milk Co » et d'ailleurs l'adoption par lui de cette dernière raison eût été en contradiction flagrante avec l'art. 867 CO.

La déclaration verbale N° 93, dans laquelle la raison sociale « Swiss Condensed Milk Co » est employée dans la signature du fondé de procuration Albert Lapp, n'a pas pu davantage conférer à Ch. Lapp un droit quelconque à l'emploi de cette raison vis-à-vis de l'Anglo-Swiss Condensed Milk Co. Non seulement elle était postérieure à l'inscription de la raison de la demanderesse, qui avait ainsi un droit acquis à sa raison à elle en vertu de l'art. 876, et, de plus, non opposable aux tiers aux termes de l'art. 863, puisqu'elle n'avait pas été publiée, mais encore l'inscription N° 93 était dans son entier irrégulière et illégale. En effet l'inscription au registre du commerce d'un fondé de procuration a pour seul but d'informer le public que cette personne a été autorisée par son patron à se servir de la signature de la maison (CO. 422), mais elle ne saurait avoir pour effet de changer la raison du commerçant qui a conféré à ce fondé de procuration le pouvoir de signer pour lui. En outre, d'après le règlement sur le registre du commerce du 7 décembre 1882, alors applicable une pareille inscription aurait dû être signée en tout premier lieu par le chef de la maison qui constituait le dit fondé de procuration, ce qui n'a pas été le cas dans l'espèce.

L'inscription que les demandeurs ont faite au registre du commerce le 1^{er} mars 1893 — jour de la citation en mesures provisionnelles — ne peut pas davantage leur conférer, vis-à-vis de la Société demanderesse, un droit quelconque à l'usage de la raison « Swiss Condensed Milk Co. » A supposer même que, comme l'a déclaré Alb. Lapp dans son interrogatoire, la fabrique d'Epagny ait été exploitée, déjà avant cette nouvelle inscription, par une société, et non plus par Ch. Lapp seul, cette société en nom collectif ne pouvait, pas plus qu'un commerçant seul, prendre pour raison de commerce les mots « Swiss Condensed Milk Co Lapp & Co. » Le

Code des obligations, et notamment l'art. 871 de ce code, reposent sur le principe que les raisons de commerce doivent être conformes à la vérité, et qu'elles doivent être choisies de manière à ce que le public voie au premier coup d'œil s'il a affaire à un commerçant seul à la tête d'une maison, ou à une société, et, dans ce dernier cas, la loi veut encore que le public puisse reconnaître aussitôt s'il s'agit d'une société en nom collectif ou en commandite, dans laquelle un associé au moins est indéfiniment responsable des engagements sociaux, ou au contraire d'une société anonyme ou d'une association, qui sont surtout des réunions de capitaux, sans responsabilité régulière des associés au-delà du montant de leur apport. Or la raison « Swiss Condensed Milk Co Lapp & Co » ne répond pas à ces exigences ; à sa lecture le public peut être induit à croire qu'elle désigne une société anonyme, puisque, exceptionnellement du moins, des noms de personnes peuvent figurer dans les raisons de sociétés anonymes ; or la loi a précisément voulu exclure la possibilité d'une telle confusion.

Il est vrai, d'autre part, que l'art. 867, al. 2 CO. autorise le commerçant qui est seul à la tête d'une maison à ajouter à son nom de famille des indications de nature à désigner d'une façon plus précise sa personne ou le genre de ses affaires, et que la loi n'interdit pas non plus, d'une manière expresse, l'adjonction d'une telle mention aux raisons des sociétés en nom collectif. Mais il est évidemment dans l'intention de la loi que cette *adjonction* conserve ce caractère et qu'elle ne puisse en aucun cas devenir l'élément principal de la raison sociale, de manière à se trouver plus en évidence que le nom du ou des associés ; de plus il va sans dire également que la société qui entend faire suivre sa raison d'une adjonction, doit veiller à ce que cette dernière ne soit pas précisément une raison déjà inscrite au registre du commerce au profit d'autrui.

Or, contrairement à ces principes, dans la raison « Swiss Condensed Milk Co Lapp & Co » les mots « Swiss Condensed Milk » qui doivent constituer l'adjonction, sont mis en vedette à la première place, tandis que les noms des associés se

trouvent relégués à l'arrière-plan. Il est évident, d'autre part, que l'emploi des mots « Swiss Condensed Milk Co » est de nature à créer une confusion avec la raison de la Société demanderesse « Anglo-Swiss Condensed Milk Co » et à lui porter préjudice, ce que l'instance cantonale a d'ailleurs positivement constaté.

Il y a lieu, dans cette situation, de reconnaître que la demanderesse est en droit de faire interdire aux défendeurs, conformément à l'art. 876 précité CO., non seulement l'usage de la raison « Swiss Condensed Milk Co » employée avant mars 1893, mais encore, dans une certaine mesure au moins, l'emploi de la raison « Swiss Condensed Milk Co Lapp & Co », inscrite au registre du commerce le 1^{er} mars 1893. Le mot « Fribourg » qui se trouve imprimé sur des factures des défendeurs est en effet insuffisant pour différencier nettement les deux raisons sociales. Il l'est d'autant plus que la demanderesse possède elle-même une fabrique à Guin, près de Fribourg, et qu'en lisant sur des imprimés ou sur des produits la raison « Swiss Condensed Milk Co Fribourg, » ou même « Swiss Condensed Milk Co Lapp & Co Fribourg, » le public peut facilement être induit à croire qu'il s'agirait d'une succursale de la maison demanderesse à Fribourg ou dans le voisinage de cette ville, tout comme il est exposé à prendre les noms de Lapp & Co, surtout lorsqu'ils sont apposés en lettres moins grandes que le reste de la dénomination et avec une encre de couleur différente, pour les noms d'agents ou de représentants d'une société qu'il identifierait avec la Société demanderesse.

5° La première conclusion de la demande étant ainsi fondée en principe, il s'agit seulement de déterminer dans quelle mesure la raison employée jusqu'ici par les défendeurs doit être modifiée pour qu'elle ne menace plus de porter atteinte aux droits de la demanderesse.

A cet égard la Société demanderesse a accepté le dispositif N° 1 de l'arrêt de la Cour d'appel, autorisant les défendeurs à se servir des trois mots « Swiss Condensed Milk » comme adjonction à la véritable raison sociale « Lapp & Co »,

mais avec exclusion de la mention « Company » ou « Co. » Le tribunal de céans ne pouvant, sur ce point, réformer ce dispositif en faveur de la demanderesse, il est cependant de sa compétence, et même de son devoir de le préciser, en vue d'éviter un désaccord ultérieur entre les parties sur son interprétation, en assignant à l'adjonction dont il s'agit une place qui la qualifie au premier coup d'œil comme telle, et qui empêche qu'elle ne puisse être considérée comme l'élément principal de la raison. A cet effet il se justifie de dire que les défendeurs ne peuvent se servir, dans leur raison, des trois mots « Swiss Condensed Milk » qu'en les plaçant *après* les mots « Ch. Lapp & Co » ou « Lapp & Co », étant entendu d'ailleurs que tout arrangement typographique ayant pour but ou pour effet de diminuer l'importance de la dénomination principale et de faire ressortir au contraire davantage l'adjonction serait considérée comme une violation du présent arrêt.

6° Il n'y a pas lieu, d'autre part, de réformer le dispositif de l'arrêt d'appel concernant la deuxième conclusion de la demanderesse, dans ce sens que les modifications apportées à la raison sociale des défendeurs devraient être publiées aux frais de la partie Lapp.

Il résulte en effet, de ce qui précède que les mots « Swiss Condensed Milk » moins celui de « Co », ne doivent pas être radiés, mais qu'une place différente doit seulement leur être assignée à titre d'adjonction à la raison de commerce des défendeurs, telle qu'elle a été déterminée dans les motifs qui précèdent. La demanderesse elle-même ayant, ainsi qu'on l'a vu plus haut, expressément déclaré accepter le dispositif de la Cour d'appel sur la conclusion N° 1, lequel maintient les trois mots en question, la deuxième conclusion de son recours ne paraît pas logiquement conciliable avec la première. En revanche la modification à la raison sociale des défendeurs, telle qu'elle résulte des considérations précédentes, devra être inscrite au registre du commerce sur le vu du présent arrêt, à première réquisition de la partie demanderesse, et elle devra également être publiée d'office dans la *Feuille officielle du commerce* (CO. art. 861 et 862.) Ces mesures,

qui sont de plein droit, paraissent d'ailleurs de nature à sauvegarder d'une manière efficace les droits de la demanderesse. Celle-ci n'ayant pas conclu à la publication de l'arrêt du Tribunal fédéral, en tout ou en partie, par la voie des journaux et aux frais des défendeurs, il n'y a pas lieu non plus de la prononcer contre ces derniers.

7° En ce qui a trait enfin à la question des dommages-intérêts, la demanderesse a repris ses conclusions, la preuve d'un dommage direct et matériel étant, selon elle, suffisamment faite en la cause.

On doit conclure de cette déclaration que la demanderesse n'entend plus invoquer aujourd'hui l'art. 55 CO., au bénéfice duquel elle a déclaré vouloir se placer devant les instances cantonales. Elle devrait du reste être déboutée de ce chef, attendu qu'une atteinte grave à sa situation ne pourrait résulter que d'un dénigrement ou de la mise en circulation de bruits de nature à ébranler son crédit, ce qui n'a pas même été allégué dans l'espèce. Une indemnité ne saurait donc être allouée à la demanderesse qu'en réparation du préjudice direct et matériel subi par elle jusqu'ici du fait des agissements des défendeurs.

Bien que le tribunal de céans ne se trouve pas, à cet égard, en présence de constatations ou d'éléments de nature à lui permettre d'apprécier l'étendue du dommage causé à la demanderesse, ensuite de l'adoption et de l'emploi, par Lapp & C^{ie}, d'une raison de commerce prêtant à confusion avec la sienne, il est certain, néanmoins, que les agissements qui créent cette confusion causent régulièrement un certain détriment à celui qui y a été en butte, et il est dès lors loisible au juge, même lorsqu'un dommage matériel n'est pas directement et mathématiquement établi, d'apprécier équitablement le préjudice dont réparation est due. C'est ainsi que dans une espèce analogue, le tribunal de céans a alloué à titre de dommages-intérêts une somme ronde dépassant sensiblement le montant du préjudice rigoureusement établi. (Voir arrêt en la cause American Waltham Watch C^o contre Woog & Grumbach, *Recueil officiel*, XIX, p. 248.)

Pour que des dommages-intérêts puissent être alloués en application de l'art. 876 CO., il n'est point nécessaire d'ailleurs que le dommage ait été causé avec intention, il suffit de la simple négligence ou imprudence, mais il va sans dire d'autre part que le juge peut tenir compte de la gravité de la faute pour la détermination de l'importance de l'indemnité (CO. 51, al. 1.) Or, dans l'espèce actuelle, Lapp & C^{ie} ont incontestablement agi, sinon d'une manière directement dolosive, du moins avec une négligence *dolo proxima*. Ils n'ont point contesté avoir connu l'existence de la maison demanderesse, dont la notoriété internationale est d'ailleurs hors de doute, et qui possède de plus une succursale aux portes mêmes de Fribourg; leur intention de créer une confusion entre leurs produits et ceux de l'établissement demandeur résulte en outre de l'ensemble des pièces de la cause, notamment d'un prospectus-réclame utilisé par Lapp & C^{ie}, qui est de nature à faire croire au public que c'est de leur maison que provenait un échantillon de lait condensé soumis en 1877 à une analyse du chimiste public pour la cité de Londres, et portant la marque « Anglo-Swiss. »

Dans ces conditions, et attendu que c'est pendant une période de dix années que se sont continués les agissements illicites des défendeurs, sans qu'ils soient couverts aujourd'hui par la prescription, la somme totale de cent francs allouée par la Cour d'appel apparaît comme insuffisante, et il se justifie de la porter à mille francs, en tenant compte de l'ensemble des faits de la cause.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

- I. Le recours de Ch. Lapp & C^{ie} est écarté.
- II. Le recours de l'« Anglo-Swiss Condensed Milk C^o » est partiellement admis, et en conséquence :

a) L'arrêt rendu le 3 avril 1895 par la Cour d'appel du canton de Fribourg est maintenu en ce qui concerne la première conclusion de la demande, ce dans le sens indiqué au considérant N° 5 ci-dessus.

b) Le dit arrêt est également maintenu en ce qui concerne la seconde conclusion de la partie demanderesse.

c) Il est réformé en ce qui concerne la troisième conclusion, en ce sens que les défendeurs paieront à la demanderesse la somme de mille francs de dommages-intérêts.

La demanderesse est déboutée du surplus de ses conclusions.

79. Arrêt du 15 juin 1895 dans la cause Swift
contre Degrange & C^{ie}.

Suivant convention sous seing privé en date du 1^{er} mars 1887, le défendeur W.-H. Swift est entré dans la maison Degrange & C^{ie}, — laquelle exploite une fabrique de faïence à Carouge, — pour une durée de trois ans, soit jusqu'à fin 1889, en qualité de directeur de la fabrication. Le dit contrat contient entre autres la clause suivante :

« M. Swift ne divulguera à quiconque les procédés de fabrication de la maison, et en outre il s'engage à ne s'intéresser ni directement ni indirectement, pendant l'espace de dix ans après son départ, dans aucune autre fabrique similaire en Suisse. »

Swift a quitté la maison Degrange au mois de juillet 1890.

En avril 1893, il a fondé, avec deux autres personnes, sous la raison sociale Swift, Troll & C^{ie}, à Frontenex près Genève une fabrique de porcelaine.

Degrange & C^{ie} estimant que Swift violait ainsi l'engagement pris par lui dans le prédit contrat, l'ont assigné devant le tribunal de première instance pour s'entendre 1^o faire défense de continuer à faire partie de la maison Swift, Troll & C^{ie} et d'y fournir son concours à peine de 100 francs de dommages-intérêts pour chaque jour de retard à se conformer à la dite défense, et 2^o condamner à leur payer 20 000 fr. de dommages-intérêts pour le préjudice déjà causé.

Devant le tribunal de première instance Swift a soutenu qu'il n'a pas violé son engagement, et il a conclu au rejet des

conclusions de la demande ; le dit tribunal, par jugement du 2 mars 1894, a prononcé dans ce sens.

Degrange & C^{ie} ont interjeté appel de ce jugement, et repris devant la Cour de justice civile leurs conclusions tant principales que subsidiaires en expertise, tandis que Swift, de son côté, a conclu à la confirmation du jugement.

Par arrêt préparatoire en date du 1^{er} décembre 1894, la Cour a commis trois experts aux fins de dire « si les produits fabriqués par Swift, Troll & C^{ie} à Frontenex sont de nature à faire concurrence sur le marché aux produits de la fabrication de Degrange & C^{ie}, et, en cas d'affirmative, d'indiquer dans quelle mesure cette concurrence se produit et peut causer un préjudice aux appelants. »

Les experts, après avoir examiné les fabriques et les produits des parties, le 4 janvier 1895, ont déposé leur rapport le 8 dit. Ce rapport porte en substance ce qui suit :

Les experts estiment, d'une manière générale, que certains produits fabriqués par Swift, Troll & C^{ie}, principalement ceux qui sont destinés au même usage, font concurrence sur le marché à ceux de la fabrication Degrange & C^{ie}. D'autres articles de Swift, Troll & C^{ie}, par le fait de leur nature spéciale ou de leur prix de vente plus élevé que celui des produits de la maison Degrange & C^{ie}, ne sauraient entrer en concurrence avec ceux-ci. Les produits de la maison Swift, Troll & C^{ie} entrant en concurrence directe avec ceux de Degrange & C^{ie} sont principalement ceux dits de troisième choix et rebuts. Dans la fabrication de la porcelaine, comme dans celle de la faïence, on produit inévitablement en proportion assez considérable ce qu'on appelle « le troisième choix et rebuts, » soit les articles ayant une tare quelconque provenant de diverses causes impossibles à éviter totalement ; cette proportion est naturellement plus forte pour une fabrique qui en est à ses débuts, que pour celle dont l'expérience est acquise. La fabrique Swift, Troll & C^{ie} en est encore à la période où cette production d'articles de troisième choix et rebuts constitue une partie importante de sa fabrication, et ces articles sont livrés sur le marché à des prix tels qu'ils font, quoi-