

nutzung aller Gewerbetreibenden anheimgegebene Waarenbezeichnung oder die Schreibweise derselben entnommen, sondern sie hat das ganze klägerische Zeichen in seiner Eigenart, in Bezug auf die Anordnung und Gliederung seiner verschiedenen figurativen und wörtlichen Bestandtheile täuschend nachgeahmt und hierin muß eine Verletzung des klägerischen Markenrechtes unzweifelhaft gefunden werden.

4. Wenn aber auch demgemäß eine unzulässige Nachahmung sowohl des klägerischen Zeichens 761 als desjenigen 406 vorliegt, so kann doch die Schadenersatzklage der Klägerin nicht gutgeheißen werden. Denn die Klägerin hat es an jedem Nachweise solcher Momente, welche auf eine Schädigung derselben durch unbefugte Benutzung der streitigen Waarenzeichen seitens der Beklagten schließen ließen, fehlen lassen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

1. Dispositiv 1 des angefochtenen Urtheils des Obergerichtes des Kantons Solothurn vom 17. Oktober 1885 wird dahin abgeändert, daß der Beklagten der Gebrauch der für die Klägerin unter Nr. 761 in's schweizerische Markenregister eingetragenen Etiquette, sei es unter eigener Firma, sei es unter der Firma J. Kottmann Solothurn, für die Zukunft untersagt wird.

2. Dispositiv 2 des angefochtenen Urtheils ist bestätigt.

### III. Obligationenrecht. — Droit des obligations.

77. Arrêt du 2 Octobre 1885 dans la cause  
*Morard contre Morard.*

Par exploit du 23 Décembre 1884, donné sous le sceau du juge de paix de Bulle et adressé à la rédaction du journal *le Fribourgeois*, à Bulle, pour être notifié à M. Louis Morard, président du Tribunal de la Gruyère, membre du comité de

rédaction de cette feuille, l'avocat Lucien Morard, à Bulle, somme le prédit Louis Morard de reconnaître lui devoir la somme de dix mille francs à titre de dommages et intérêts pour le préjudice que font à son honneur et à son crédit les mensonges et les diatribes de la feuille rédigée et dirigée par ce dernier.

Sous date du 10 Janvier 1885, l'avocat Lucien Morard et la rédaction du journal *le Fribourgeois*, représentée par M. L. Morard, président du Tribunal, comparurent devant le juge de paix de Bulle, qui leur donna acte de non-conciliation.

Par citation-demande du 6 Mars suivant, Lucien Morard fait assigner la rédaction du journal *le Fribourgeois*, pour être notifié à l'un de ses membres, M. Louis Morard, à comparaître devant le Tribunal de l'arrondissement de la Gruyère, pour y ouïr conclure à ce qu'il soit condamné à lui payer à titre de dommages et intérêts la somme de dix mille francs.

Cette demande est appuyée sur les moyens suivants : En fait : la rédaction du journal *le Fribourgeois*, composée de MM. Morard, président du Tribunal, Robadey, greffier, Thorin, contrôleur des hypothèques, et Progin, inspecteur scolaire, a, depuis le 1<sup>er</sup> Janvier 1884 où elle a pris ostensiblement la direction du journal, inséré dans cette feuille une série d'articles diffamatoires et attentatoires au crédit professionnel de l'avocat Morard. En droit : les art. 50 et suivants du code fédéral des obligations justifient pleinement les conclusions du demandeur.

A l'audience du Tribunal civil de la Gruyère du 5 Mai 1885, le demandeur comparait contre la rédaction du journal *le Fribourgeois*, composée comme il est dit ci-dessus, et conclut à ce qu'il soit dit et prononcé avec dépens que la dite rédaction, dans la personne des membres susnommés, soit condamnée à lui payer à titre de dommages-intérêts le montant plus haut mentionné.

A la même audience, le défendeur L. Morard fait observer qu'il a été cité au nom de la rédaction du journal *le Fribourgeois*; que cette rédaction ne constitue pas une personne juridique; qu'il n'existe aucun lien de solidarité juridique

quelconque entre les personnes qui s'occupent de fournir des articles à ce journal. En conséquence le dit défendeur, fondé sur les dispositions du code de procédure, sur la loi du 3 mai 1854 sur la police de la presse et sur les dispositions du code fédéral invoquées par le demandeur lui-même, conclut à libération d'instance.

Le demandeur cense produits les numéros du journal *le Fribourgeois*, où sont annoncées et assumées sa direction, sa rédaction et sa responsabilité à partir du 1<sup>er</sup> Janvier 1884 : il cense produits également les numéros du même journal déclarant que sa rédaction est solidaire, et il conclut en conséquence à libération des conclusions adverses.

Le défendeur conteste que les articles auxquels le demandeur se réfère aient le sens et la portée qu'il leur attribue. La solidarité dont il s'agit, si elle est affirmée, ne pouvait s'entendre que d'une solidarité politique ou morale, mais nullement d'une solidarité juridique, laquelle aurait nécessité la constitution d'une société civile ou commerciale dans les formes légales. A plus forte raison il ne peut être question de la solidarité prévue aux art. 50 et 60 du C. O. ou aux art. 2 et 3 de la loi sur la presse.

Par jugement du même jour, le Tribunal de la Gruyère a admis le défendeur L. Morard dans sa conclusion en libération d'instance, et débouté l'avocat Morard de la sienne.

Ce jugement est fondé, en substance, sur les motifs suivants : l'assignation de M. Louis Morard à comparaître comme membre de la rédaction du journal *le Fribourgeois* est entachée d'irrégularité, cette rédaction ne constituant point une personne morale dans le sens de l'art. 13 du C. C. et de l'art. 157 litt. g du C. P. C. Les membres de cette rédaction ne peuvent être envisagés comme constituant une société civile, puisque cette société n'existe point, et n'est pas inscrite au registre du commerce, conformément aux articles 678 ou 716 du C. O. Aucune action quelconque ne peut donc être dirigée contre une réunion de personnes ne constituant pas une société civile ; aucune solidarité ne peut exister entre elles, puisque aucun lien légal ne les unit, et les

déclarations que la dite rédaction peut avoir faites dans le sens signalé par le demandeur demeurent sans effet juridique.

Le renvoi à mieux agir formulé par les défendeurs est d'autant plus fondé que le principe de la liberté de la presse serait violé si l'avocat Morard pouvait rendre une rédaction civilement responsable des conséquences de certains articles de journaux, sans que, au préalable, il ait établi par une action pénale que ces articles dépassent les limites de la liberté de la presse et constituent des délits soumis au droit commun. Sous l'empire de la loi du 3 mai 1854, encore en vigueur, c'est l'auteur de l'écrit ou, à son défaut, l'éditeur ou l'imprimeur qui sont responsables du délit de presse quant aux indemnités et amendes. C'était contre ces personnes que le demandeur devait diriger son action. Enfin celui-ci n'a pas même tenté de prouver que les membres de la rédaction du *Fribourgeois* étaient constitués en société civile ; il a de plus abandonné aux juges le soin de motiver sa conclusion libératoire.

Par exploit du 25 Mai 1885, l'avocat Morard déclare appeler de ce jugement, dont il conclut à la révocation avec dépens, par les considérations ci-après :

1° On ne peut bénéficier de sa négligence ou de sa faute : la rédaction du *Fribourgeois* ne peut se libérer de toute recherche en alléguant qu'elle n'est pas inscrite au registre du commerce.

2° La rédaction du *Fribourgeois*, envisagée ou non comme association, constitue l'auteur du dommage dont se plaint le demandeur. Les quatre défendeurs en sont donc solidairement responsables, aux termes de l'art. 60 du C. O.

3° A supposer même que la dite rédaction n'ait pas acquis la personnalité juridique, elle n'en demeure pas moins tenue des obligations assumées en son nom vis-à-vis des tiers. (C. O. art. 717 al. 2.)

4° Le lien de solidarité entre les quatre rédacteurs du *Fribourgeois* étant établi, il est inutile de rechercher si le défendeur Louis Morard peut, lui personnellement, se faire

libérer d'instance. C'est à lui de recourir contre ses corédacteurs, le cas échéant, ou de les appeler à ses côtés.

Par arrêt du 24 Juillet écoulé, la Cour d'Appel de Fribourg a confirmé la sentence des premiers juges.

Aux termes de cet arrêt, le N° du *Fribourgeois* du 6 Janvier 1884 produit à l'audience d'appel seulement, en dehors du délai péremptoire fixé aux parties à cet effet, ne saurait être pris en considération. A teneur des art. 2 et 3 de la loi du 3 Mai 1854 sur la presse, approuvée le 3 Juillet 1874 par le Conseil fédéral, est responsable du délit de presse, quant aux indemnités, l'auteur de l'écrit et à son défaut l'éditeur; à défaut de celui-ci le dépositaire, enfin l'imprimeur.

Lucien Morard ne pouvait donc pas purement et simplement actionner la rédaction du journal dans la personne d'un de ses membres; il avait l'obligation de demander à la rédaction si elle acceptait la responsabilité des articles incriminés, et, en cas de réponse négative, quel en était l'auteur. Si ce nom ne lui était pas indiqué, l'avocat Morard devait attaquer l'une des personnes désignées ci-dessus, mais dans le même ordre.

Louis Morard a formellement contesté être civilement responsable des articles en question; Lucien Morard n'a pas prouvé que son frère en fût réellement l'auteur. Il n'est même pas établi au procès que le demandeur ait fait une démarche quelconque dans le but de connaître la personne qui les a rédigés.

C'est contre cet arrêt que l'avocat Morard recourt au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise décider que, le Code des obligations (art. 50 à 69 inclusivement) ayant aboli et remplacé toutes lois cantonales et dispositions de droit cantonal relatives aux obligations résultant d'actes illicites, il y a lieu de laisser libre cours à l'action en dommages et intérêts intentée par le recourant aux personnes composant la rédaction du journal *le Fribourgeois* du chef d'articles diffamatoires publiés contre lui dans ce journal.

*Statuant sur ces faits et considérant en droit:*

1° La compétence du Tribunal fédéral, contestée par l'op-

posant au recours, doit être reconnue dans l'espèce. Toutes les conditions requises par l'art. 29 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale se trouvent en effet réalisées. Le jugement de la dernière instance cantonale porte sur une réclamation supérieure à trois mille francs; en outre la question de savoir si le Code fédéral des obligations est applicable en la cause doit recevoir sa solution conformément au code fédéral lui-même; enfin l'arrêt dont est recours, constituant un jugement principal sur une fin de non-recevoir touchant au fond du droit, doit être assimilé à un jugement au fond, puisqu'il a pour effet de libérer définitivement le défendeur de l'action qui était intentée à la rédaction du journal *le Fribourgeois* et de renvoyer le demandeur à la diriger contre les personnes énumérées à l'art. 2 de la loi fribourgeoise du 3 Mai 1854 sur la police de la presse.

2° Au fond, la réclamation du demandeur se caractérise comme une action civile en dommages-intérêts ensuite d'actes illicites qu'aurait commis le défendeur par la voie de la presse.

Une semblable action civile, indépendante de l'action pénale, est, ainsi que les Tribunaux fribourgeois l'ont prononcé entre autres en la cause Grivet contre Chollet (voir arrêt du Tribunal fédéral du 21 Mars 1885), incontestablement admissible en matière d'injures personnelles, et se trouve régie par le code des obligations. L'arrêt dont est recours reconnaît implicitement la recevabilité d'une telle action en ce qui a trait aux actes illicites, soit aux injures, commis par la voie de la presse, tout en estimant que ce sont les dispositions de la loi précitée de 1854 qui doivent déterminer quelles sont les personnes responsables, ainsi que l'ordre dans lequel elles sont recherchables.

3° En déboutant définitivement le demandeur par le motif qu'il ne s'est pas conformé à ces dispositions, la Cour d'appel a méconnu la loi applicable à la matière. En effet, se trouvant en présence d'une réclamation civile en dommages et intérêts formulée par l'avocat Morard, les Tribunaux cantonaux devaient faire application des dispositions du code fédéral relatives aux obligations civiles résultant d'actes illi-

cites, et non de la loi pénale du 3 Mai sur la police de la presse, laquelle détermine l'ordre des responsabilités seulement en cas de délit poursuivi et constaté par voie d'action pénale.

La Confédération ayant, conformément au droit que lui confère l'art. 64 de la Constitution fédérale, légiféré sur les obligations résultant d'actes illicites, et les dispositions du chapitre II du code fédéral, consacrées à cette matière, ayant été édictées pour toute la Suisse, — sans autre réserve en faveur du droit cantonal que celle concernant la responsabilité encourue par des employés ou fonctionnaires publics à raison du dommage qu'ils causent dans l'exercice de leurs fonctions (art. 64 du C. O.), — il en résulte qu'en matière de dommages-intérêts, ensuite d'actes illicites commis par la voie de la presse, ce sont les dispositions du dit code qui doivent être appliquées, en dérogation aux lois que les cantons peuvent avoir publiées, en vertu de l'art. 55 de la Constitution fédérale, en vue de la répression des abus de la presse, pour autant que ces lois se trouvent en contradiction avec le code des obligations. L'arrêt de la Cour d'appel ne saurait donc subsister.

4° Les questions de libération d'instance, non résolues par le jugement de la dite Cour, et consistant à savoir, d'une part, si la rédaction du journal *le Fribourgeois* est en possession de la personnalité juridique, et peut comme telle être assignée à teneur de l'art. 157 du C. P. C., et si, d'autre part, le défendeur Louis Morard peut être admis, le cas échéant, à exciper de l'existence de plusieurs consorts au procès, aux termes de l'art. 51 *ibidem*, sont renvoyées au jugement des tribunaux cantonaux, et échappent actuellement à la compétence du Tribunal de céans.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

L'arrêt rendu le 24 Juillet 1885 par la Cour d'appel du canton de Fribourg est réformé, et la cause est renvoyée à la dite Cour, en conformité du considérant qui précède.

78. Arrêt du 9 Octobre 1885 dans la cause *Albiez contre Pharisaz et Gillard*.

Georges-Henri Albiez, ouvrier maçon, âgé de 21 ans, travaillait pour le compte de la société Pharisaz et Gillard, entrepreneurs à Bulle, à la construction d'un hangar à Broc.

Le 3 Octobre 1884, les ouvriers maçons, et au nombre de ceux-ci le sieur Albiez, étaient appelés par le contremaître Bertschy à prêter leur concours aux ouvriers charpentiers pour élever la première ferme de la charpente.

Contiguë à la place où le hangar était en construction, se trouve une maison ou grange, dont l'avant-toit s'avance du côté de la route et contre lequel la ferme est venue heurter.

Le contremaître Bertschy, voyant que la ferme pivotait et que les ouvriers n'étaient pas en mesure d'arrêter sa chute, leur cria de se sauver. En voulant fuir, Albiez eut le pied pris entre deux poutres du plancher du hangar et fut atteint par la ferme, qui lui cassa la cuisse. Albiez mourut le 6 octobre, soit trois jours plus tard, après avoir enduré de grandes souffrances.

Le docteur Perroulaz, qui a donné des soins au malade, attribue la mort à une embolie graisseuse, conséquence de la fracture du fémur.

Le père de la victime, Guillaume Albiez, à Bulle, dans une position voisine de la misère, se voyant privé du soutien de son fils, jeune homme intelligent, sobre et laborieux, réclama une indemnité aux défendeurs Pharisaz et Gillard.

Par exploit du 9 Décembre 1884, le père Albiez fit assigner les défendeurs devant le juge de paix de Bulle pour tenter la conciliation sur sa conclusion tendant à ce que les dits défendeurs reconnaissent l'obligation de lui payer à cause de la mort de son fils, survenue sans sa faute pendant qu'il travaillait à leur service, la somme de six mille francs en capital ou une pension alimentaire réversible sur sa femme, le cas échéant.

La conciliation n'ayant pas abouti, Pharisaz et Gillard, par-