

qu'il est réservé au recourant de poursuivre, par devant les autorités compétentes du canton de Genève, la restitution, sur l'impôt payé par lui pour 1885, d'une part proportionnelle au temps pendant lequel il est soumis à l'impôt dans le canton de Vaud pour la même année.

III. Gerichtsstand. — Du for.

Gerichtsstand des Wohnortes. — For du domicile.

4. Arrêt du 9 Janvier 1886 dans la cause Ræber.

Le 18 Décembre 1883, la Compagnie Singer (machines à coudre), de New-York, a déposé à la Préfecture de la Sarine une plainte pénale accusant la dame C. Aebischer, à Fribourg, de vendre des machines à coudre de diverses provenances, en empruntant le nom de la maison Singer, en imitant et contrefaisant la marque de fabrique de cette maison, et de faire en outre, par la voie des journaux, au moyen d'affiches et de prospectus, des réclames dans lesquelles elle offrait ses machines comme des machines Singer.

C. Aebischer ayant déclaré que J. Ræber, à Berthoud, et Schmidt-Beringer, à Fribourg, lui avaient remis pour la vente les machines incriminées, ceux-ci furent appelés en cause. La Compagnie Singer se porta en même temps partie civile au procès, concluant à 5000 francs de dommages-intérêts.

Statuant, le Tribunal correctionnel de la Sarine, par jugement du 28 Mars 1884, a libéré les accusés des fins de la plainte et a débouté la Compagnie Singer de sa conclusion en dommages-intérêts.

La Compagnie ayant appelé en ce qui concerne la question civile, le Tribunal cantonal de Fribourg, par arrêt du 8 Octobre 1884, et en révocation de la sentence des premiers juges, a admis la dite Compagnie dans sa conclusion, en ce sens que les maisons C. Aebischer et Schmidt-Beringer, à Fribourg, J. Ræber, à Berthoud, ont été condamnés à lui

payer, à titre de dommages-intérêts, la somme de 200 fr., sans solidarité.

Par arrêt des 10/12 Janvier 1885, le Tribunal fédéral, auquel les deux parties avaient recouru contre l'arrêt susmentionné, a libéré de toute indemnité la maison Schmidt-Beringer et Cie ; en revanche, il a reconnu, à la charge de J. Ræber et de C. Aebischer, le fait d'usurpation et d'imitation dolosives des marques de fabrique de la Compagnie demanderesse, de violation de l'art. 48 litt. d de la loi fédérale sur la protection des marques de fabrique et de commerce, et les a condamnés, en application de l'art. 49 de la même loi, chacun à une indemnité de 200 francs, solidairement, envers la Compagnie Singer.

Par exploit du 13 Mars 1885, adressé aux époux Aebischer à Fribourg, et à J. Ræber fils à Berthoud, pour être notifié à son domicile élu chez M. Jean Aebischer à Fribourg, la Compagnie Singer, après s'être plainte d'une série d'actes de concurrence déloyale de la part des prénommés, les somme de reconnaître l'obligation où ils sont de s'abstenir à l'avenir de tout acte de ce genre, sous peine de dédommagement de cent francs par contravention et de lui payer pour le dommage causé 11 000 francs, sous réserve de la modération du juge.

Le même jour 13 Mars 1885, après le transfert du magasin Aebischer de la Grand' Rue à la rue de Lausanne, la dame Aebischer s'est présentée, ensuite d'invitation, devant le préposé, aux fins d'opérer son inscription au registre du commerce ; elle a refusé de s'exécuter en alléguant, comme cela résulte du protocole du Tribunal de la Sarine, que le commerce qu'elle tient, soit le magasin de machines à coudre, va au compte de M. J. Ræber à Berthoud et qu'elle et son mari ne sont que les représentants de ce dernier.

Le 1^{er} Mai suivant, la dame Aebischer a opéré son inscription en ces termes : Genre de commerce : Fournitures pour tailleurs, cordonniers, machines à coudre et représentation de vins rouges Bordeaux.

Par exploit du 19 Mars 1885, la Compagnie Singer, pour parvenir à l'exécution du jugement du Tribunal fédéral des

10/12 Janvier précédent, a signifié à J. Ræber et à Catherine Aebischer à Fribourg le séquestre par mesure provisionnelle de toutes les machines visées dans l'arrêt précité, ce en vue d'assurer la destruction des machines portant la marque imitée de cette Compagnie. L'huissier, opérant le lendemain en vertu du dit exploit, n'a découvert qu'une seule machine portant la marque « S. The Singer Mag Co. N. Y. Trade Mark. »

A l'audience du Président du Tribunal de la Sarine du 21 Mars, les conclusions de J. Ræber, tendant à ce que la mesure provisionnelle sollicitée contre lui soit écartée, ont été admises vu le défaut de la partie adverse.

A l'audience du 26 dit devant le même magistrat, la Compagnie Singer demande la révocation du jugement par défaut du 21, et, partant, le séquestre des machines se trouvant au magasin de la rue de Lausanne qui portent la marque de fabrique Singer contrefaite et imitée ayant fait l'objet du jugement du Tribunal fédéral. Ræber, bien qu'estimant la mesure provisionnelle demandée en opposition avec l'art. 59 de la constitution fédérale, déclare cependant ne pas s'opposer à ce que le séquestre soit imposé sur les machines à coudre dont la marque irait à l'encontre de la décision du Tribunal fédéral: il affirme qu'aucune machine de ce genre, à lui appartenant, ne se trouve dans le canton de Fribourg, et que la machine séquestrée dans le magasin de C. Aebischer est une vraie machine américaine Singer, le tout sous réserve de faire valoir son exception d'incompétence lors du débat au fond. Le représentant de la Compagnie Singer renonce de son côté au séquestre de la machine en question.

Par exploit du 31 Mars 1885, sous le sceau du Juge de Paix de Fribourg, la Compagnie Singer somme J. Ræber de reconnaître l'obligation où il est de consentir pour ce qui le concerne à la destruction de celles des marques de fabrique qui ont fait l'objet du jugement du Tribunal fédéral sur les machines se trouvant dans les magasins de Fribourg au moment de l'introduction du procès, soit de reconnaître l'obligation à cet effet de mettre les machines à coudre susvisées à la disposition du juge, dans tous les cas de renseigner exactement à l'endroit de leur dépôt.

Par exploit du 14 Avril 1885, la Compagnie Singer assigne Ræber fils à comparaître le 30 dit devant le Tribunal de la Sarine, aux fins de s'entendre condamner comme il est dit ci-dessous: dans ce même exploit, la Compagnie allègue en outre que Ræber a fait disparaître les machines contrefaites et qu'il se refuse à mettre l'instante en mesure de s'assurer par elle-même de la destruction, et par conséquent du non-emploi de la marque condamnée.

A l'audience du Tribunal civil de la Sarine du 30 Avril 1885, la Compagnie Singer conclut de nouveau à ce que les intimés Ræber fils et Catherine Aebischer soient condamnés à reconnaître l'obligation où ils sont de procéder à la destruction des marques de fabrique contrefaites existant à l'introduction du procès, et, éventuellement, à mettre la Compagnie demanderesse en mesure de le faire, le tout sous réserve de justes dommages-intérêts en application des art. 653 et 654 du code de procédure civile. Le représentant du sieur Ræber déclare d'office soulever l'exception déclinatoire, soit parce que celui-ci doit être actionné au for de son domicile à Berthoud, soit parce que la demande adverse ressortit à l'autorité administrative, attendu que la demanderesse prétend qu'il s'agirait de l'exécution d'un jugement. Le conseil de la Compagnie Singer conclut enfin à libération de l'exception déclinatoire et annonce qu'il se propose d'apporter la preuve que la maison Ræber de Berthoud a une filiale à Fribourg, et que par conséquent elle peut y être recherchée.

A l'audience du même Tribunal du 9 Juillet 1885, la demanderesse reproduit ses conclusions, en réduisant le chiffre des dommages-intérêts à 5000 francs: le représentant de Ræber soulève de nouveau l'exception déclinatoire. Le conseil de la demanderesse conclut à libération, et, sur sa demande, les défendeurs reconnaissent qu'un écriteau, portant « J. Ræber, dépôt de machines à coudre, » a existé à la devanture du magasin et a été enlevé depuis le commencement du procès, il y a plus de trois mois.

Après avoir procédé à l'audition de plusieurs témoins les 16, 18 et 19 Juillet, le Tribunal, statuant en la cause le 22 Août 1885, a débouté J. Ræber de son exception déclinatoire

et admis la Compagnie Singer dans sa conclusion libératoire. Ce jugement se fonde, en substance, sur les motifs suivants :

L'art. 59 de la constitution fédérale ne vise que la réclamation civile se présentant d'une manière indépendante et principale ; la nouvelle action introduite par la Compagnie Singer n'en est que l'accessoire ; elle apparaît comme une procédure d'exécution et le for de l'action principale doit être également celui de toutes les actions accessoires ; la Compagnie eût dû introduire cette conclusion dans la première action qu'elle a intentée et le juge eût dû alors, même d'office, prononcer la destruction des marques illicites. L'art. 59 de la constitution fédérale n'est donc pas applicable à la présente action.

L'action actuelle est une action in rem, tendant à la destruction des marques illicites d'objets qui constituent la contrefaçon ; elle peut être exercée contre des tiers quelconques détenant l'objet à quelque titre que ce soit : les art. 21 et 22 de la loi fédérale prévoient la destruction de ces objets, sans excepter le cas où ils auraient été transférés à une personne de bonne foi.

Ce droit de détruire les objets n'est autre chose que la confiscation spéciale prévue en droit pénal, qui s'applique au corps du délit ; c'est une peine attachée aux art. 21 et 22 de la loi sur la protection des marques de fabrique. L'action pénale qui a pour but la destruction des marques illicites, et pour objet une répression pénale, peut être intentée au lieu où le délit a été commis, soit, dans l'espèce, à Fribourg.

En tout cas il faut se demander si Ræber ne serait pas tenu de répondre devant les tribunaux fribourgeois parce qu'il aurait à Fribourg un second domicile commercial caractérisé par les circonstances suivantes : magasin renfermant des machines à coudre qui étaient sa propriété, l'enseigne portant le nom de J. Ræber, la déclaration de la femme Aebischer faite au préposé du registre du commerce et l'enlèvement de l'enseigne depuis le commencement du procès.

C'est contre ce jugement que Ræber recourt au Tribunal fédéral : il conclut à ce qu'il lui plaise en prononcer la nullité pour violation de l'art. 59 de la constitution fédérale.

A l'appui de ces conclusions, le recourant fait valoir :

La présente action est de nature civile ; l'action pénale a été liquidée en 1884 déjà par la libération des accusés, et notamment de Ræber, par les juges fribourgeois ; l'action actuelle tend à l'obtention de dommages-intérêts et constitue une réclamation personnelle. De plus, les marques illicites n'existent plus à Fribourg, où la demanderesse les a recherchées en vain ; elles ont été retournées en Allemagne, d'où elles étaient venues.

La destruction de marques illicites ne revêt pas le caractère pénal.

Ræber n'a, en outre, jamais eu de domicile commercial à Fribourg, ni de magasin pour son propre compte, ni de permis d'établissement, ni d'employé ; il n'y a jamais habité, ni payé d'impôt. Il a simplement remis, ainsi que d'autres maisons l'ont aussi fait, des machines à C. Aebischer pour la vente à la commission ; le nom de Ræber était affiché à la devanture en ces termes : « J. Ræber à Berthoud, » ce qui exclut l'idée d'un établissement à Fribourg.

Le déclaration faite au préposé du registre par la dame Aebischer ne saurait lier Ræber ; d'ailleurs elle a simplement dit qu'elle *représentait* le recourant. La Compagnie demanderesse elle-même a notifié son premier exploit du 13 Mars 1885 à « M. J. Ræber, à Berthoud » pour être notifié à son domicile élu chez M. Aebischer à Fribourg ; or aucune preuve d'un pareil domicile ne peut être apportée.

C'est avec raison que le jugement n'invoque pas l'art. 61 de la constitution fédérale.

Dans sa réponse, la Compagnie Singer conclut au rejet du recours par les considérations ci-après :

Lors de son transfert à la rue de Lausanne, le magasin fut ouvert sous la raison de commerce J. Ræber, négociant à Berthoud. Le 20 Juillet 1884, Ræber passa, avec le sieur Bardy, un contrat de location pour ce magasin, et, cinq ou six jours après, il plaçait son enseigne au-dessus de la devanture ; il y installait les époux Aebischer comme simples commis. Lors du jugement du Tribunal fédéral, les 10/12 Janvier

1885, le commerce exploité rue de Lausanne n'était point inscrit au registre du commerce; le 13 Mars 1885 et le 18 Avril suivant, C. Aebischer a déclaré que le magasin de machines à coudre allait au compte de J. Ræber à Berthoud.

Prévenu du séquestre requis contre lui, Ræber a fait disparaître les machines portant la marque usurpée et la Compagnie Singer se vit dans le cas de prendre contre la maison Ræber les conclusions susmentionnées, constituant une demande d'exécution, ou tout au moins une conséquence du jugement du Tribunal fédéral.

Sous le coup de cette action, Ræber fit immédiatement disparaître l'enseigne et liquida le magasin dans le courant de Mai ou de Juin suivant. L'allégation que les machines imitées auraient été réexpédiées en Allemagne n'a d'autre but que d'échapper à une plainte et de s'assurer l'impunité de l'usurpation de marque et d'en perpétuer les effets.

Avant tout recours au Tribunal fédéral, la Compagnie Singer a signifié qu'elle renonçait pour le moment à demander des dommages-intérêts.

En droit, l'art. 20 de la loi sur la protection des marques de fabrique autorise de porter l'action civile, et non seulement la poursuite pénale, au lieu où l'usurpation a été commise; d'ailleurs l'action actuelle ne visant que les machines se trouvant en magasin au moment de l'introduction du procès jugé au Tribunal fédéral le 12 Janvier, est bien plus une mesure d'exécution qu'autre chose. A teneur de l'art. 61 de la constitution fédérale, elle pouvait et devait être portée là où se trouvait l'objet du litige: elle participe à ce titre de l'action réelle mobilière, puisqu'elle tend à obtenir la livraison ou tout au moins l'exhibition en vue de la destruction des marques de machines à coudre déterminées. Les 5000 francs de dommages-intérêts ont été réclamés comme conséquence de l'obligation de procéder à la destruction demandée; d'ailleurs la Compagnie a renoncé le 28 Septembre 1885 déjà, soit un mois avant le dépôt du recours, à cette partie de sa conclusion. J. Ræber avait à l'époque de l'introduction de la présente action un domicile à Fribourg rue de Lausanne, soit

une succursale: il a loué le magasin et les époux Aebischer vendent désormais exclusivement pour son compte, non plus à la commission, mais directement; s'ils avaient vendu à la commission, ils auraient eu l'obligation de s'inscrire. La circonstance que la dame Aebischer, pour appuyer l'exception d'incompétence, s'est fait inscrire plus tard, ne donne que plus de valeur à ses déclarations précédentes au protocole.

La maison Ræber a fait imprimer un timbre portant ces mots « J. Ræber, rue de Lausanne, Fribourg. » Aebischer était autorisé à se servir de ce timbre; il a fait sous ce nom, peu de temps après, le contrat de location passé avec le sieur Bardy et publier des annonces portant: « J. Ræber à Berthoud. Filiale Fribourg, rue de Lausanne 60. » Cette commande d'annonce est signée « Pour M. Ræber, rue de Lausanne, Aebischer. »

Statuant sur ces faits et considérant en droit:

1° C'est, tout d'abord, à tort que la Compagnie Singer estime que sa nouvelle action contre Ræber et Consorts, tendant à la destruction des marques contrefaites, n'est qu'une demande d'exécution de l'arrêt rendu les 10/12 Janvier 1885 par le Tribunal fédéral. Le Tribunal de céans n'a, en effet, point eu à statuer sur la destruction en question, attendu qu'une conclusion, tendant à cet effet, et prise dans la déclaration de recours, n'a point été maintenue lors des débats oraux. (Recueil X, pag. 48.)

En outre la procédure prescrite en matière d'exécution n'a point été observée par la demanderesse. Comme ce sont les dispositions du droit cantonal qui sont applicables à cet égard (voir arrêt du Tribunal fédéral du 14 Novembre 1884 en la cause Suchard contre Maestrani, X, pag. 336) la Compagnie eût dû requérir cette exécution du préfet, aux termes de l'art. 658 de la procédure civile fribourgeoise; elle a, au contraire, procédé par voie d'ouverture d'une nouvelle action civile, avec citation en conciliation: or il est évident que cette nouvelle action, indépendante et autonome, ne saurait être envisagée comme une demande d'exécution d'un jugement précédemment rendu entre parties.

2° L'action actuelle n'apparaît pas davantage comme accessoire de la précédente; elle n'a point été formulée comme telle lors du premier procès et doit désormais, à titre d'action principale, être renvoyée devant le for compétent pour en connaître.

3° Il est en outre inexact de prétendre, avec le jugement dont est recours, que la destruction de la marchandise et des enveloppes ou emballages munis de marques illicites doit être ordonnée d'office par le juge, comme conséquence nécessaire de la constatation de l'infraction à la loi, et de la condamnation d'une marque. (Voir arrêt Suchard contre Maestrani précité, pag. 556 et 557.)

L'art. 22 de la loi fédérale sur la protection des marques de fabrique se borne à statuer qu'il pourra être pris une semblable mesure s'il est nécessaire.

4° C'est également à tort que le jugement du Tribunal de la Sarine considère la destruction des marques illicites comme une peine et l'action tendant à cette destruction comme une action pénale; il résulte au contraire de l'art. 22 précité, et le Tribunal a déjà reconnu que cette destruction, (même arrêt Suchard, pag. 557), laquelle doit être ordonnée même en cas d'acquiescement, ne porte point les caractères d'une peine, mais seulement d'une mesure prise en vue de protéger l'ayant droit à la marque contre des perturbations ultérieures.

Dans l'espèce, d'ailleurs, il ne s'agit point en fait d'une action pénale, mais d'un procès civil; l'action pénale qui avait été intentée en 1883 par la Compagnie Singer à Aebischer et consorts a abouti à un acquiescement et les conclusions civiles de la Compagnie ont seules été portées devant les instances cantonales ainsi que devant le Tribunal fédéral.

5° C'est aussi à tort que, pour refuser au recourant la garantie de l'art. 59 de la constitution fédérale, le jugement attaqué estime que la demande de la Compagnie se caractérise non point comme une réclamation personnelle, mais comme une action in rem. En effet :

a) La conclusion en dommages-intérêts, retirée depuis le

jugement, mais qui constituait une partie intégrante des conclusions prises par la demanderesse, est essentiellement personnelle et doit être intentée au for du domicile du défendeur, puisque, ainsi qu'il a été dit, elle ne se présente point comme l'accessoire d'une action pénale. Il en résulte que le recours doit être reconnu fondé en ce qui concerne la dite conclusion, pour le cas où le recourant ne doit pas être considéré comme ayant un domicile commercial à Fribourg, ce qui sera examiné plus loin.

b) La conclusion tendant à la destruction des marques doit également être considérée comme une réclamation personnelle.

Ce caractère résulte en première ligne de la teneur même de cette conclusion, prise dans le but « de faire condamner les défendeurs à reconnaître l'obligation où ils sont de céder à la dite destruction, et, à ce défaut, à mettre la Compagnie actrice en mesure de le faire, etc. »

La demande vise ainsi un facere, la réalisation d'une obligation de faire incombant ex lege aux défendeurs, et, partant, l'accomplissement d'une obligation personnelle.

Il n'est point exact que cette action puisse être intentée contre tout tiers détenteur de bonne foi; l'art. 18 de la loi fédérale, qui règle ce qui a trait à la poursuite civile ou pénale en contrefaçon ou usurpation des marques, ne mentionne les tiers que sous lettre *f* et les conditions de cette disposition ne sont point réalisées dans l'espèce.

La loi n'accorde au lésé aucun droit sur la chose, mais l'art. 18 précité, litt. *f*. l'autorise seulement à poursuivre celui qui a refusé de déclarer la provenance de produits revêtus de marques contrefaites; cette poursuite a lieu ensuite de ce refus et non ensuite d'un droit réel sur la chose. Il en résulte que ces tiers doivent également être recherchés, le cas échéant, au for de leur domicile pour les dites réclamations civiles.

L'objection de la réponse, consistant à dire qu'à teneur de l'art. 20 *ibidem* l'action civile peut être aussi intentée au lieu où le délit d'usurpation a été commis, tombe en présence

du texte de cet article, lequel statue évidemment que l'action pénale, contrairement à l'action civile, laquelle est inséparable du for du domicile, peut être intentée électivement, soit au domicile du délinquant, soit au lieu où le délit a été commis.

6° Dans cette situation, l'action de la Compagnie Singer doit être portée devant le juge du domicile du défendeur et le recours est fondé à tous égards, à moins qu'il ne soit établi que Ræber possède à Fribourg un domicile élu ou un domicile commercial.

Cette question, que le jugement du Tribunal de la Sarine pose sans la trancher, doit recevoir une solution négative. En effet :

a) L'allégation contenue dans l'exploit du 13 Mars 1885, que Ræber aurait eu un domicile élu chez Aebischer, est demeurée, de la part de la demanderesse, sans aucune preuve.

b) En ce qui concerne l'existence d'une prétendue succursale, soit un domicile commercial de Ræber à Fribourg, la Compagnie reconnaît elle-même en réponse qu'avant le transfert du magasin à la rue de Lausanne, Aebischer s'était borné à vendre à la commission pour le compte du recourant, ce qui n'implique certainement point un domicile commercial.

La réponse au recours prétend, il est vrai, mais sans motif probant, qu'il en a été autrement à partir de ce moment et que le magasin de la rue de Lausanne n'a été autre chose qu'une filiale, soit succursale de la maison J. Ræber, louée par Ræber lui-même et entraînant pour cette maison un domicile à Fribourg :

Il n'a d'abord pas même été allégué par les opposants au recours qu'une correspondance ou une comptabilité spéciale ait été tenue à Fribourg au nom de la raison commerciale J. Ræber. Ensuite, les circonstances mentionnées par le juge fribourgeois à l'appui de l'existence de ce prétendu domicile, à savoir le fait que les machines à coudre renfermées dans le magasin étaient la propriété de Ræber, l'existence d'une enseigne, enlevée depuis le commencement du procès et portant le nom de J. Ræber à Berthoud ; enfin la déclaration

de la femme Aebischer faite au préposé du registre du commerce, sont impuissants à constituer le dit domicile commercial.

Les deux premiers de ces faits ne sont aucunement incompatibles avec une simple représentation à la commission ; il en est de même de la déclaration, d'ailleurs unilatérale, de la dame Aebischer, portant seulement qu'elle représentait la maison Ræber, pour le placement des machines à coudre, et de la circonstance que Ræber aurait conclu la location du local occupé par son commissionnaire. En opérant son inscription au registre du commerce le 1 Mai 1885, la dame Aebischer a de plus déclaré que son propre négoce consistait dans la représentation de plusieurs genres de commerce, entre autres de maisons de machines à coudre.

Quant aux nouveaux documents produits par la Compagnie Singer les 24 et 29 Novembre 1885, c'est-à-dire après l'expiration du délai fixé pour sa réponse au recours (21 Nov.), ils ne peuvent pas être pris en considération, pour cause de tardiveté. Ils seraient d'ailleurs impuissants à prouver le fait de l'existence d'une succursale de J. Ræber à Fribourg.

Enfin, la réponse au recours reconnaît elle-même que la maison Ræber n'a jamais été, à Fribourg, au bénéfice d'un permis d'établissement, ni inscrite au registre du commerce, qu'elle n'y a jamais payé d'impôts et que le sieur Ræber n'y a jamais eu personnellement son domicile.

7° De tout ce qui précède, il résulte que c'est à juste titre que le sieur Ræber a opposé, devant le juge fribourgeois, l'exception déclinatoire tirée de l'art. 59 de la constitution fédérale et qu'en repoussant cette exception le jugement dont est recours a méconnu cette garantie constitutionnelle.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est admis et le jugement rendu par le Tribunal civil de l'Arrondissement de la Sarine, sous date du 22 Août 1885, dans la cause qui divise le recourant d'avec la Compagnie Singer de New-York, est déclaré nul et de nul effet.