

stimmten Vertragsverhältnis und diejenige aus unerlaubter Handlung an sich sehr wohl neben einander bestehen; denn, wie das Bundesgericht schon wiederholt ausgesprochen hat, vermag ein Verhalten, das sowohl gegen eine spezielle vertragliche Verpflichtung, als zugleich auch gegen ein allgemeines Gebot der Rechtsordnung verstößt, konkurrierende Ansprüche des durch dieses Verhalten Geschädigten aus seinem Vertragsverhältnis und aus dem Titel der selbständigen unerlaubten Handlung zu begründen (siehe z. B. US 26 II Nr. 13 S. 106 und das dortige Zitat; vergl. auch US 35 II Nr. 54 Erw. 1 und 2 S. 424 ff.). Allein mit der Anerkennung der grundsätzlichen Zulässigkeit solcher Haftungskonkurrenz ist natürlich keineswegs gesagt, daß nicht auch eine gegenteilige gesetzliche Regelung einschlägiger Verhältnisse möglich sei. Vielmehr muß jeweilen bei der einzelnen Vertragsart geprüft werden, ob der Gesetzgeber die Haftung aus den zugehörigen Tatbeständen nicht etwa im Vertragsrechte erschöpfend habe regeln wollen, und nur soweit eine solche Absicht nicht erkennbar ist, kann die fragliche Haftungskonkurrenz in Betracht fallen. Diese Bedeutung einer erschöpfenden Vorschrift hat nun die Vorinstanz mit Recht dem in Rede stehenden Haftungsausschluß beigelegt. Der § 28 Abs. 3 bestimmt absolut, es werde für Beschädigung oder Verlust der darin genannten Wertsachen, sofern sie mit Reisegepäck zur Beförderung aufgegeben werden, „eine Haftung nicht übernommen“. Schon ihrem Wortlaute nach ist somit anzunehmen, daß durch diese Bestimmung jede Haftung der Bahn schlechthin ausgeschlossen werden wolle. Und diese wörtliche Auslegung entspricht auch allein dem vernünftigen Sinne und Zwecke der Bestimmung. Es ist nämlich zu beachten, daß speziell die Gefahr des Verlustes von Kostbarkeiten, die im Reisegepäck untergebracht werden, in der Hauptsache auf der Möglichkeit ihrer Entwendung beruht, und daß die Gelegenheit hierzu namentlich den eigenen Leuten (Angestellten) der Bahn, die das Reisegepäck während seiner Beförderung oder auf den Stationen in ihrem Gewahrsam haben, geboten ist. Die in § 28 ETrReg verfügte Nichtzulassung von Kostbarkeiten zur Expedition als Reisegepäck und die an diese Verfügung geknüpfte Folge des Ausschusses der Haftbarkeit der Bahn im Falle ihrer Übertretung zielt offenbar gerade und hauptsächlich

auf die Vermeidung jener Diebstahlsgefahr und der bei gegebener Haftung der Bahn damit verbundenen weitgehenden Schadensdrohung ab. Folglich geht es schlechterdings nicht an, trotz dem Haftungsausschluß des § 28 Abs. 3 ETrReg die Belangung der Bahn für Delikte ihrer Angestellten auf Grund des Art. 62 OR zuzulassen, weil anders ja der erörterte Zweck jenes Haftungsausschlusses im wesentlichen vereitelt würde. Für die Beiziehung des Art. 62 OR besteht auf dem Gebiete des Eisenbahntransportrechtes überhaupt kein Bedürfnis; denn die durch Art. 30 in Verbindung mit Art. 29 ETrG statuierte Haftbarkeit der Bahn aus dem Transportvertrage schließt den Haftungsbereich jener außervertraglichen Haftungsbestimmung in sich, und es ist auch aus diesem Grunde nicht einzusehen, daß der Gesetzgeber, soweit er, wie gerade in § 28 ETrReg, diese vertragsgemäße Haftung ausdrücklich ausgeschlossen hat, an deren Stelle diejenige des Art. 62 OR hätte zulassen wollen. Demnach ist der Klageanspruch auch aus dem in Rede stehenden Rechtstitel grundsätzlich zu verwerfen; —

erkannt:

Die Berufung des Klägers wird abgewiesen und damit das Urteil der II. Zivilkammer des bernischen Appellationshofes vom 17. Juni 1910, soweit angefochten, in allen Teilen bestätigt.

2. Arrêt du 20 janvier 1911 dans la cause Canonne, dem. et rec., contre Rossier, déf. et int.

Concurrence déloyale (art. 50 CO)? Ne constitue pas un acte de cette nature, au préjudice du fabricant des « Pastilles Valda » — nom enregistré comme marque de fabrique —, l'emploi de la désignation « Pastilles Alpha, façon Valda » pour des pastilles ressemblant par leur forme, couleur et composition chimique aux pastilles « Valda » mais qui sont fabriquées et mises en vente par un autre fabricant.

A. — H. Canonne fabrique des produits pharmaceutiques, notamment les « Pastilles Valda » qu'il vend, tant en France qu'en Suisse, en boîtes de 105 grammes, au prix de 1 fr. 50

la boîte. La dénomination « Pastilles Valda » a été déposée par lui comme marque de fabrique le 26 septembre 1900 au Greffe du Tribunal de commerce de la Seine, et le 16 octobre 1908 il a enregistré le mot « Valda » comme marque de fabrique suisse pour une série de produits entre autres pour des produits pharmaceutiques, hygiéniques, chimiques etc.

H. Rossier fabrique à Lausanne des pastilles composées, comme les pastilles Valda, de menthol et d'eucalyptus et ayant la même forme hémisphérique et la même couleur verte que les pastilles Valda. Il les vend en vrac à 2 fr. 50 le kg. Elles ont été annoncées à ce prix et sous la désignation « Past. Alpha, façon Valda » dans deux prix-courants de 1906 et 1908, émanant le premier de H. Rossier & C^{ie} et le second du défendeur H. Rossier, successeur de H. Rossier & C^{ie}. Ces prix-courants ont été adressés à la clientèle de la maison, soit aux pharmaciens, droguistes et épiciers de la Suisse romande. Dans le prix-courant de 1906 les mots « Past. Alpha » et « façon Valda » sont imprimés en caractères identiques; dans le prix-courant de 1908, les mots « Past. Alpha » sont imprimés en lettres grasses et les mots « façon Valda » en caractères ordinaires.

Le 20 novembre 1908, le pharmacien O. L. Markiewicz à Genève, agissant à l'instance du représentant du demandeur à Genève, a écrit à Rossier: « J'ai sous les yeux une de vos circulaires dans laquelle vous offrez des Pastilles Valda en vrac. Veuillez pour faire un essai m'en adresser un kilogramme par retour du courrier et contre remboursement. » Le défendeur a répondu à cette demande en expédiant de ses propres pastilles. Un mois après, Markiewicz lui ayant de nouveau demandé un kilo de Pastilles Valda, il lui a expédié également des pastilles de sa fabrication. Dans les deux cas, les pastilles envoyées ont été facturées par Rossier « pastilles Alpha ».

Le 25 février 1909, plusieurs pharmaciens de Lausanne chez lesquels le mandataire de Canonne s'est présenté et auxquels il a demandé pour 30 centimes de pastilles Valda

lui ont vendu, dans des cornets de papier, des pastilles du défendeur.

B. — H. Canonne a ouvert action à H. Rossier devant la cour civile du Tribunal cantonal vaudois en concluant au paiement d'une indemnité de 2000 fr. et à la publication du jugement dans deux journaux aux frais du défendeur. A l'appui de cette action en concurrence déloyale, basée sur les art. 50 et suiv. CO, le demandeur allègue qu'en désignant ses pastilles sous le nom de « Past. Alpha, façon Valda » le défendeur a fait un usage illicite du mot « Valda » qui est le signe distinctif des produits du demandeur; en outre il cause sans droit un préjudice au demandeur en vendant des pastilles de sa fabrication aux personnes qui lui demandent des pastilles « Valda ».

C. — Il est intervenu en cours de procès une expertise dont les constatations seront indiquées, dans la mesure nécessaire, dans la partie de droit du présent arrêt.

Par jugement du 20 septembre 1910, la Cour civile a écarté les conclusions du demandeur. Elle a jugé que la qualification « façon Valda » n'était pas propre à amener une confusion dans l'esprit des acheteurs, que Markiewicz savait qu'il achetait des pastilles fabriquées par le défendeur et n'a pas été induit en erreur par celui-ci et qu'enfin, si certains pharmaciens ont vendu comme pastilles « Valda » des pastilles « Alpha », Rossier n'y est pour rien et ne peut être poursuivi de ce chef, qu'en résumé les faits articulés contre le défendeur ne sont pas des actes illicites justifiant l'application des art. 50 et suiv. CO, seuls invoqués par le demandeur.

H. Canonne a recouru, en temps utile, contre ce jugement auprès du Tribunal fédéral en concluant à sa réforme dans le sens de l'adjudication des conclusions de la demande.

Statuant sur ces faits et considérant en droit:

1. — Dans son recours le demandeur relève le fait que les pastilles fabriquées par Rossier ont la même forme, la même couleur, la même odeur et le même goût que les pastilles Valda. Mais ce n'est pas sur cette similitude d'apparence et

de composition qu'il fonde ses conclusions ; il ne prétend pas — et ne saurait prétendre — avoir, à l'exclusion de tous autres fabricants, le droit de fabriquer et de mettre en vente des pastilles hémisphériques, vertes, composées de menthol et d'eucalyptus ; ces caractères ne sont en effet pas propres aux pastilles du demandeur et ne peuvent constituer l'objet d'un droit exclusif en sa faveur.

Par contre il revendique le droit exclusif de se servir pour ses produits de la désignation « Valda ». Il a fait enregistrer ce mot comme marque de fabrique ; ce n'est cependant pas la protection spéciale de la loi fédérale sur les marques de fabrique qu'il invoque ; aussi bien Rossier n'a-t-il commis aucun acte de contrefaçon au sens de cette loi, puisqu'il n'a pas apposé le mot Valda — ou un mot pouvant prêter confusion avec celui-ci — sur ses produits ou sur leur emballage (v. RO 19 p. 232 et suiv. cons. 2 ; 23 p. 646 cons. 6). Le recourant affirme seulement que Rossier s'est rendu coupable d'actes de concurrence déloyale à son égard et que sa responsabilité se trouve engagée en application des art. 50 et suiv. CO. C'est à ce point de vue qu'il convient de se placer pour l'examen des faits allégués à la charge du défendeur et la question qui se pose est donc celle de savoir s'il a cherché à détourner illicitement à son profit la clientèle du demandeur en créant dans l'esprit du public — par les indications contenues dans ses prix-courants ou par toute autre manœuvre déloyale — une confusion entre ses produits et ceux de H. Canonne.

2. — Le demandeur considère comme un acte de concurrence déloyale tout d'abord le fait que dans deux de ses prix-courants le défendeur a désigné les pastilles de sa fabrication sous le nom « Past. Alpha, façon Valda. »

Contrairement à sa manière de voir on ne saurait admettre que cette désignation fût de nature à introduire en erreur la clientèle sur la provenance des produits vendus. Bien que les voyelles soient les mêmes dans les mots « Alpha » et « Valda » et que ces mots soient composés du même nombre de syllabes, ils offrent à la vue une image et

à l'ouïe une résonance trop différentes pour qu'une confusion entre eux soit possible. En ce qui concerne la désignation « façon Valda », c'est à tort que le recourant pose en principe qu'un commerçant n'a pas le droit de se servir, pour désigner ses produits, d'un mot employé comme marque par un concurrent, même lorsqu'il fait précéder ce mot de la mention « façon » ou « imitation » ou « genre » etc. Ce principe — consacré en France par une disposition de droit positif (v. POUILLET, *Traité des marques de fabrique*, 4^{me} éd. p. 501 et suiv.) — n'est admis, sous la forme absolue que lui donne le recourant, ni par la jurisprudence du Tribunal fédéral (v. arrêt du 24 juillet 1893, Grézier c. Fasel : Journ. des Trib. 1893 p. 622 cons. 4), ni par la doctrine allemande (v. KOHLER, *Das Recht des Markenschutzes*, p. 154-155). On doit reconnaître sans doute que, dans certains cas, ces mentions — dénommées « locutions captieuses » par la jurisprudence française (v. *Dictionnaire international de la Propriété industrielle*, tome V, p. 234 et suiv.) — sont propres à provoquer des confusions dans l'esprit du public ; il en sera ainsi p. ex. lorsque la marque empruntée est imprimée d'une façon très visible tandis que les mots « façon » ou « imitation » sont dissimulés au moyen d'un artifice typographique quelconque. Par contre si ces mots sont imprimés d'une façon bien apparente, de telle sorte que le lecteur voie immédiatement qu'il ne s'agit pas du produit pour lequel la marque a été déposée, mais d'une imitation de ce produit, ce procédé de concurrence ouverte ne peut être qualifié de déloyal. Or en l'espèce Rossier a employé les mêmes types pour le mot « façon » que pour le mot « Valda » ; même, dans l'un des deux prix courants, « Past. Alpha » est imprimé en lettres grasses tandis que « façon Valda » est en caractères ordinaires. Il faut observer en outre que la clientèle de Rossier est composée essentiellement de pharmaciens, de droguistes, de confiseurs, c'est-à-dire de personnes au courant du prix de vente et du mode d'emballage des pastilles Valda ; sachant que ces pastilles sont vendues 1 fr. 50 en boîtes fermées de 100 grammes

environ, à première lecture du prix-courant de Rossier elles devaient se rendre compte que les pastilles offertes en vrac à 2 fr. 50 le kg. n'étaient pas de la fabrication du demandeur. C'est donc avec raison que l'instance cantonale a regardé comme licite la qualification « façon Valda » contenue dans les prix-courants du défendeur.

3. — Le recourant ajoute que Rossier a vendu, directement ou par des intermédiaires, ses propres pastilles sous le nom de « pastilles Valda ».

L'expertise intervenue en cours de procès a révélé que, sur 194 factures concernant les pastilles fabriquées par Rossier, deux seulement portent l'indication « Valda », que l'une de ces factures se rapporte à un envoi fait à un pharmacien qui avait demandé des « pastilles à l'Eucalyptus » et que l'autre se rapporte à un envoi fait à un voyageur du défendeur qui avait demandé des pastilles pour son compte personnel. De ces deux faits isolés, qui paraissent s'expliquer par une erreur d'employé et qui n'ont causé aucun dommage au recourant, on ne peut tirer la preuve que Rossier eût l'habitude d'écouler ses produits sous le nom de Valda.

Cette preuve ne résulte pas davantage des marchés conclus avec Markiewicz. Ce pharmacien, lorsqu'il commandait au défendeur les pastilles Valda en vrac annoncées dans le prix courant, ne pouvait pas ignorer — et en fait il savait pertinemment — que ce n'étaient pas les pastilles « Valda » véritables, mais des imitations fabriquées par Rossier. Celui-ci les lui a d'ailleurs correctement facturées « Pastilles Alpha ». Il n'a nullement tenté d'induire Markiewicz en erreur.

Enfin, en ce qui concerne les pastilles Alpha vendues au mandataire du demandeur par plusieurs pharmaciens de Lausanne alors qu'il leur demandait des pastilles Valda, l'instance cantonale a constaté en fait que Rossier n'a été pour rien dans ces ventes et que ce n'est pas à la suite d'instructions données par lui que ses acheteurs en gros ont revendu au détail comme pastilles Valda les pastilles de sa

fabrication. Cette constatation lie le Tribunal fédéral; il y a donc lieu d'admettre que les confusions qui ont pu se produire ne sont pas imputables à la faute du défendeur; elles ont, il est vrai, été rendues possibles par le fait qu'il fabriquait des pastilles ayant la même apparence et la même composition que les pastilles Valda; mais on a vu que cette imitation n'avait rien d'illicite, du moment que Rossier ne donnait pas ses pastilles pour autre chose que pour une imitation de celles du demandeur.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté.

3. Urteil vom 3. Februar 1911 in Sachen
Anfallversicherungsgesellschaft „Préservatrice“,

Befl. u. Ber.=Rl.,

gegen **Mella**, Rl. u. Ber.=Befl., und **Cesana**, Nebenintervenient.

Nebenintervention im Berufungsverfahren (Art. 85 OG, in Verbindung mit Art. 16 BZP). — Haftpflichtversicherung im Baugewerbe. Zulässigkeit der Geltendmachung des Versicherungsanspruches seitens des versicherten Unternehmers vor Erledigung der gegen diesen angestregten Haftpflichtprozesse. Vertragsgemässer Ausschluss der Versicherung für Unfälle herrührend von « Verletzung der von den Behörden erlassenen Gesetze etc., welche die persönliche Sicherheit betreffen, insbesondere von Verbrechen und Vergehen ». Nichtzutreffen dieser Bestimmung bei « Verbrechen » oder « Gesetzesverletzung » etc. eines Angestellten des haftpflichtigen Unternehmers; Nichterfüllung ihres Tatbestandes für die Person des Unternehmers selbst: Präjudizialität des Entscheides der Strafbehörden bezüglich des « Verbrechens » (kant. und eidg. Recht). Nichthaftung des Versicherers: wegen sonstigen groben Verschuldens des Unternehmers? wegen Selbstverschuldens der verunfallten Arbeiter ?

A. — Durch Urteil vom 23. Juni 1910 hat die II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich in vorliegender Rechtsstreitsache erkannt :