

höchstens dann verhalten, wenn das Gesetz für den konkreten Tatbestand ausdrücklich etwas anderes bestimmen oder sofern es sich um absichtliche Schädigung unter Verstoss gegen die guten Sitten handeln würde (vgl. BGE 52 II 375 ff. und GUHL, Obligationenrecht, 2. Aufl. S. 91 i. f.). Von einer absichtlichen Schädigung kann indessen in casu keine Rede sein, und es vermag, wie schon in anderem Zusammenhang ausgeführt worden ist, der Anspruch des Klägers auch nicht auf eine gesetzliche Sonderbestimmung gestützt zu werden.

Wenn also die Beklagten für allfälliges Verschulden nicht haftbar gemacht werden können, so hat der Kläger sich das selbst zuzuschreiben. Denn das Gesetz bot ihm die Möglichkeit, seine Rechte gestützt auf Art. 260 oder eventuell 269 SchKG zu wahren.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Hauptberufungen werden gutgeheissen, die Anschlussberufung abgewiesen ; demzufolge wird die Klage des Verbandes der Genossenschaften Konkordia der Schweiz gegen alle Beklagten im vollen Umfange abgewiesen.

6. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 11 mars 1937

dans la cause **Sportdress A.-G. contre Sport-Rex S. A.**

Action en radiation d'une raison sociale (art. 873 CO), fondée sur l'insuffisance des caractères distinctifs de la raison plus récente. Action admise. La règle selon laquelle il faut se montrer moins sévère pour les raisons de commerce que pour les marques de fabrique ne se justifie pas lorsqu'il s'agit du moins de sociétés anonymes. Importance des circonstances telles que proximité des sièges sociaux, buts des sociétés, genres d'activité.

A. — La société demanderesse a été inscrite au registre du commerce de Bâle le 11 septembre 1929 sous la raison « Sportdress A.-G. ». Son but est la confection de vêtements de sport et d'articles de sport.

Le 26 juin 1935, a été constituée à Delémont une société

anonyme ayant pour but la confection et la vente de manteaux de sport en gabardine pour hommes, femmes et enfants. Cette société s'est fait inscrire au registre du commerce de Delémont sous la raison « Sport-Rex S. A. » et « Sport-Rex A.-G. ».

Il a été établi qu'en fait l'activité des deux sociétés ne se limite pas seulement à la confection de vêtements, mais comprend aussi la vente de leurs produits. Il s'agit toutefois de vente en gros.

B. — Par demande du 14 mai 1936, la société Sportdress A.-G. a ouvert action contre la société Sport-Rex S. A. devant le Tribunal de commerce du Canton de Berne en concluant avec dépens à ce qu'il plaise au Tribunal interdire à la défenderesse de se servir à l'avenir de la raison sociale Sport-Rex S. A. et ordonner la radiation de cette raison dans le registre du commerce.

La demanderesse fondait son action sur l'art. 876 al. 2 CO.

Elle soutenait que la raison de la défenderesse ne se distinguait pas assez nettement de la sienne pour subsister à côté d'elle. Les deux raisons, disait-elle, se présentent à peu près sous la même forme et elles rendent à l'oreille le même son. Il y a donc grand danger qu'on les confonde. Des confusions se sont du reste déjà produites et c'est ainsi que des clients de la demanderesse ont éconduit des commis voyageurs qui venaient en son nom pour les avoir pris pour des représentants de la maison défenderesse. Le danger est d'autant plus grand que l'activité des deux sociétés est, en partie en tout cas, la même.

La défenderesse a conclu au déboutement de la demanderesse. Elle a contesté qu'il y ait eu des confusions et contesté également qu'il puisse même y avoir de confusions : Les deux raisons se distinguent, suivant elle, tant au son qu'à la vue et par leur signification propre. Elle a excipé en outre du fait que le mot sport est un mot du langage courant, c'est-à-dire un bien commun. Quant au mot Rex, il constituait une désignation de fantaisie dont l'adjonction au mot Sport suffisait à distinguer la raison

de la défenderesse de celle de la demanderesse. Enfin elle a invoqué le fait que les deux sociétés n'avaient pas leurs sièges dans la même ville et s'adressaient à une clientèle différente.

C. — Par jugement du 26 octobre 1936, le Tribunal de commerce du Canton de Berne a débouté la demanderesse de ses conclusions et l'a condamnée aux frais et dépens.

D. — La demanderesse a recouru au Tribunal fédéral en reprenant ses conclusions.

La défenderesse a conclu au rejet du recours et à la confirmation du jugement.

Considérant en droit :

1. — Le Tribunal de commerce part du principe qu'il n'est pas besoin que la différence soit aussi grande entre les raisons de commerce qu'entre les marques de fabrique. Il est exact que cette règle a été formulée à plusieurs reprises par le Tribunal fédéral et qu'elle a été justifiée par la considération qu'en général le public apporte moins d'attention à l'examen d'une marque qu'à l'examen d'une raison sociale, de sorte que le danger de confusion est plus grand pour les premières que pour les secondes (RO 17 II p. 650 ; 40 II p. 125 ; 54 II p. 126). Cette observation peut être juste quand il s'agit de maisons de commerce s'occupant de vente au détail, mais quand il s'agit de maisons de gros, la question de la personnalité du vendeur et celle de la qualité de la fabrication ont une importance telle qu'une atténuation de rigueur dans l'appréciation des caractères distinctifs de deux raisons ne se justifie vraiment pas. Elle se justifie d'autant moins en réalité pour les sociétés anonymes que celles-ci ne sont pas limitées dans le choix de leurs raisons et qu'elles peuvent les composer à leur gré. On peut donc exiger qu'elles prennent pour raisons des désignations qui les distinguent nettement des sociétés existantes, de manière à éviter tout risque de confusion. C'est d'ailleurs là un principe commandé par la bonne foi dont le commerçant honnête ne doit pas se départir même sur le terrain de la concurrence.

2. — C'est à juste titre également que le jugement attaqué relève que la question du lieu où la société a son siège, celle du but qu'elle se propose et celle du genre d'activité auquel elle se livre sont, en principe, indépendantes du droit à la protection de la raison sociale. Cette protection s'étend, en effet, à toute la Suisse, et l'application des dispositions de l'art. 873 CO ne se limite pas aux sociétés concurrentes (RO 38 II p. 645 ; 54 II p. 127/128 ; 59 II p. 157 et suiv.). Mais cela ne veut pas dire que ces questions soient sans intérêt quand il s'agit de juger si les caractères distinctifs de deux raisons sont ou non suffisamment nets pour en permettre la coexistence. Il est clair que si la contestation s'élève entre des sociétés ayant des sièges très éloignés l'un de l'autre ou s'adressant à des clientèles différentes, le public avec lequel elles entrent en relations, et dont le degré d'attention doit en principe toujours servir de critère, aura beaucoup moins de peine à distinguer leurs raisons et il se pourra même qu'il n'y ait pratiquement pas de danger de confusion, tandis que, au contraire, si les sociétés traitent des affaires du même genre ou s'adressent en tout ou en partie aux mêmes personnes — le cercle de celles-ci étant d'ailleurs d'autant plus restreint que leurs sièges sont plus rapprochés —, le risque de confusion s'accroît en proportion. Ce sont donc là des faits dont le juge doit tenir compte, en tant que circonstances particulières du cas, pour décider si une raison sociale se distingue nettement d'une raison plus ancienne, au sens de l'art. 873 CO.

3. — Comme l'ont déjà relevé les premiers juges, la demanderesse a choisi comme raison sociale une dénomination qui, aussi bien en ses parties (sport et dress) qu'en son tout (sportdress) a été empruntée au langage courant et qui constitue donc un bien commun. D'autre part, il est constant que cette dénomination définit exactement le genre de commerce dont il s'agit. Or il est de jurisprudence bien établie que si une société ne peut interdire à une autre d'adopter dans sa raison un nom qui sert de désignation naturelle de son commerce, sous prétexte qu'elle l'utilise

déjà elle-même, elle est en droit cependant d'exiger que ce nom soit employé ou avec une adjonction qui différencie nettement les deux raisons, ou encore dans une combinaison qui exclue toute possibilité de confusion (RO 37 II p. 538 ; 54 II p. 128 ; 59 II p. 159). La question qui se pose en l'espèce est ainsi celle de savoir si en accolant le mot Rex au mot Sport, la défenderesse a donné à sa raison un caractère particulier qui la distingue assez nettement de celle de la demanderesse pour éviter tout risque de confusion.

4. — A s'en tenir au sens littéral des deux dénominations, il n'est pas douteux qu'elles se distinguent nettement l'une de l'autre. Cette distinction résulte de la signification même des termes : La raison Sportdress laisse clairement entendre qu'il s'agit d'une maison s'occupant de la confection de vêtements de sport ; les mots Sport-Rex ne signifient rien par eux-mêmes et pourraient tout aussi bien s'appliquer à une maison s'occupant de n'importe quels articles de sport. La défenderesse a expliqué qu'elle avait cherché à combiner le mot sport avec le mot allemand Regenmantel dont elle n'a retenu que la première syllabe, en lui donnant une désinence plus sonore. Cette explication est peut-être exacte, mais il n'en restera pas moins que le public attribuera plus naturellement au mot Rex sa signification latine et y verra donc plutôt une intention de réclame destinée à souligner la supériorité des produits de la maison.

La différence des deux raisons est déjà beaucoup moins sensible à la vue. Sans doute, s'imposerait-elle aussitôt pour celui qui les aurait en même temps sous les yeux. Mais il n'est pas possible de s'en tenir à cette constatation. Les personnes susceptibles d'entrer en relations avec l'une ou l'autre des parties n'auront pas toujours sous les yeux des documents écrits, tels qu'en-têtes de lettres, factures etc. ; elles devront, au contraire, le plus souvent, s'en remettre à leur mémoire. Or il est peu probable que le souvenir qu'elles conserveront des deux raisons reste assez

précis pour attribuer aussitôt sans erreur à chacune des maisons la raison qui est la sienne. La possibilité de confusion est donc certaine. Elle proviendra aussi bien de la similitude de leur sonorité, qui est en effet très grande et qui l'est encore plus quand on compare les mots Sportdress A.-G. et les mots Sport-Rex A.-G., la défenderesse ayant fait inscrire cette dernière raison concurremment avec la forme française Sport-Rex S. A. Les premiers juges ne laissent pas eux-mêmes d'admettre que les deux raisons ont approximativement la même sonorité, mais ils ont estimé que le risque de confusion se trouvait considérablement réduit du fait que les sociétés s'adressent à une clientèle restreinte et spécialisée de revendeurs ou représentants de grands magasins. Le Tribunal fédéral ne peut se rallier à cette opinion. Il n'y a en réalité aucune raison de supposer que les confusions ne se produiront pas aussi bien pour ces personnes que pour le grand public. On pourrait à la rigueur le soutenir si les raisons se distinguaient un peu mieux l'une de l'autre, notamment au point de vue de la sonorité. En effet, ce serait une erreur de croire que les rapports entre les maisons dont il s'agit et le genre de clientèle à laquelle elles ont prétendument affaire s'établissent et se poursuivent exclusivement par écrit. Ce serait également sous-estimer l'importance qu'ont prise les communications téléphoniques dans les relations commerciales de nos jours. Il suffira par conséquent d'une prononciation, non seulement défectueuse, mais simplement rapide, pour créer un risque de confusion entre les deux maisons. L'argument tiré du fait qu'un voyageur de commerce se fait généralement annoncer en présentant sa carte de visite n'est pas décisif, car celui auquel elle est remise ne la lira pas toujours avec attention et pour peu du reste qu'il n'ait pas conservé un souvenir précis de la raison de la maison concurrente, il pourra parfaitement s'imaginer recevoir un représentant de celle-ci.

Si l'on considère ainsi le risque de confusion que la ressemblance des deux raisons fait courir à la deman-

deresse, on doit en conclure que la raison de la défenderesse ne présente pas de caractères distinctifs suffisants pour en autoriser le maintien. Contrairement à l'opinion du Tribunal de commerce, l'action de la demanderesse apparaît donc comme fondée et devait être accueillie. Pour ménager toutefois les intérêts de la défenderesse, il y a lieu de lui accorder un délai pour transformer sa raison.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est admis et le jugement attaqué réformé en ce sens que les conclusions de la demande sont admises avec cette réserve toutefois que l'interdiction qui est faite à la défenderesse de se servir de la raison « Sport-Rex S. A. » ou « Sport-Rex A.-G. » prendra effet à partir du 1^{er} mai 1937 seulement.

**7. Extrait de l'arrêt de la Section de droit public
du 24 mars 1937 dans la cause Uldry
contre Etat de Fribourg et Confédération suisse.**

L'Etat n'est responsable des actes de ses fonctionnaires que dans la mesure où le droit fédéral ou cantonal reconnaît de façon *positive* une telle responsabilité. Au surplus, l'Etat n'est jamais appelé à répondre de sa « propre faute », mais toujours d'une faute d'un de ses organes.

Résumé des faits :

A. — Emile Uldry était administrateur de la Ligue pour le développement de la petite propriété, société anonyme qui s'était fondée à Fribourg le 1^{er} septembre 1934. Par suite de l'entrée en vigueur, le 5 février 1935, de l'ordonnance sur les caisses de crédit à terme différé, la Ligue décida sa dissolution et chargea Uldry de la liquidation. Celui-ci devait s'entendre avec une autre société en vue de la reprise des contrats au mieux des intérêts des ligueurs. L'Office fédéral de surveillance des caisses de crédit à terme différé autorisa d'abord Uldry à procéder à la liquidation, puis restreignit ses pouvoirs, et enfin les lui retira. Une circulaire adressée par Uldry aux ligueurs engagea

l'Office fédéral à procéder à une perquisition dans les bureaux du liquidateur à l'effet de prendre connaissance de l'état des affaires de la Ligue et de saisir la correspondance échangée avec les contractants. L'Office chargea de cette mission un de ses fonctionnaires, le Dr Eisele. Celui-ci se rendit à Fribourg le 16 mai 1935 et requit l'aide de la police. Le Juge d'instruction de la Sarine accorda par téléphone les autorisations nécessaires. En l'absence d'Uldry, Eisele fit apposer les scellés sur son pupitre et sur son coffre-fort, puis, l'intéressé étant rentré, séquestra les pièces concernant la Ligue.

Dans une lettre du 4 février 1936, Uldry communiqua au Conseil d'Etat son intention d'ouvrir action contre le canton en réparation du préjudice causé par la perquisition. Le 6 avril 1936, le Directeur de la Justice informa Uldry que le Conseil d'Etat avait décidé de ne pas entrer en matière sur sa réclamation : « Le gouvernement conteste la faute du Juge d'instruction de la Sarine, la responsabilité de l'Etat de Fribourg, l'existence d'un préjudice et l'obligation de l'indemniser ».

B. — Par la présente action portée directement devant le Tribunal fédéral, Uldry réclame à l'Etat de Fribourg le paiement d'une somme de 10 000 fr. à titre de dommages-intérêts. Les mesures de rigueur prises contre le demandeur l'auraient été au mépris de tout droit ; le Juge d'instruction n'aurait notamment pas observé les formalités prévues par la loi. L'Etat de Fribourg est responsable des illégalités commises ; il doit, nonobstant les dispositions spéciales du droit cantonal, couvrir les fonctionnaires à qui il délègue une partie de sa souveraineté. L'Etat est au surplus appelé ici à répondre de sa « propre faute », comme dans la cause Dr P. c. Fribourg (RO 54 II 443).

C. — Le défendeur a opposé préliminairement son défaut de qualité pour résister à l'action. Il n'existe pas en droit fribourgeois de responsabilité directe de l'Etat à raison des fautes commises par des fonctionnaires de l'ordre judiciaire.

Evoquée en garantie par l'Etat de Fribourg, la Confé-