

erst herzustellen. Da demnach die Klage aus Art. 58 OR schon aus diesem Grunde abgewiesen werden muss, braucht auf die weiteren Einwendungen des Beklagten gegen die Werkhaftung (Selbstverschulden des Klägers u. s. w.) nicht eingetreten zu werden.

4. — Dass endlich ein Anspruch aus einer unerlaubten Handlung des Beklagten (Art. 41 OR) nicht in Frage kommen kann, hat schon die Vorinstanz schlüssig dargelegt ; es kann in dieser Hinsicht einfach auf die Begründung ihres Entscheides verwiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht

e r k a n n t :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt vom 3. Juli 1917 bestätigt.

87. Arrêt de la I^e Section civile du 10 novembre 1917
dans la cause **Crétin** contre **Société suisse de pyrotechnie**.

Interdiction de concurrence : lorsqu'elle est illimitée, le juge ne doit pas la déclarer nulle, mais seulement la restreindre dans une mesure convenable. **A s t r e i n t e s** : elles ne sont pas contraires au droit fédéral.

Suivant contrat du 9 mai 1910 Louis Crétin est entré au service de la Société suisse de pyrotechnie en qualité de directeur technique ; il s'engageait, sous peine de dommages-intérêts, à ne pas créer, ni s'occuper d'une fabrication similaire pendant un terme de dix ans après sa sortie de la Société.

Le 7 décembre 1910 Crétin a donné sa démission, que la Société a acceptée « sous les conditions et réserves du contrat existant. »

En novembre 1911 la Société a ouvert action à Crétin en paiement d'une indemnité de 5000 fr. pour rupture du contrat et d'une indemnité de 10 000 fr. à raison de la

concurrence faite par le défendeur en violation de l'engagement précité.

La première demande a été reconnue fondée par arrêt du Tribunal fédéral du 28 octobre 1916.

Statuant sur la deuxième demande, qui fait l'objet du présent procès, la Cour de Justice civile a, par arrêt du 8 juin 1917, condamné Crétin à 1000 fr. de dommages-intérêts et lui a fait défense de s'occuper de la fabrication de feux d'artifice dans les Communes formant l'agglomération urbaine, ainsi que dans les Communes du canton entre Rhône et Arve pendant dix ans dès le 21 janvier 1911 pour autant que la Société demanderesse continuerait à exister et sous peine d'une astreinte de 20 fr. par jour ; elle a d'ailleurs réservé à la demanderesse ses droits éventuels quant aux actes de concurrence qui ont pu avoir lieu depuis le 18 novembre 1912.

Crétin a recouru en réforme contre cet arrêt en concluant à libération des conclusions de la demande.

Statuant sur ces faits et considérant

e n d r o i t :

Le recourant conteste la validité de la clause contractuelle d'interdiction de concurrence par le motif que cette interdiction n'a pas été stipulée pour un rayon *limité*. Mais cette circonstance n'est pas de nature à entacher de nullité la clause en son entier. Sous l'empire du CO ancien le Tribunal fédéral admettait, il est vrai, qu'une interdiction de concurrence illimitée quant à son champ d'application était contraire aux bonnes mœurs et que, à raison de ce vice, elle était radicalement nulle. On pourrait se demander si cette jurisprudence est conciliable avec le principe de l'art. 20 CO révisé d'après lequel « si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses (texte allemand : « bloss einzelne Teile »), ces clauses sont seules frappées de nullité ». A cet égard le doute serait permis car si, d'une part, le but général de ce principe est de restreindre la nullité à ce qui est strictement nécessaire pour suppri-

mer le désaccord du contrat avec la loi ou les bonnes mœurs, d'autre part la disposition légale, aussi bien dans le texte français que dans le texte allemand, ne vise que le cas où un contrat, par ailleurs valable, contient une clause (einen Teil) entachée de nullité et il ne règle pas expressément l'hypothèse d'une clause qui elle-même ne serait nulle que par certaines de ses modalités ; on pourrait être tenté d'en conclure que, lorsqu'une disposition contractuelle formant un tout parce qu'ayant un objet indivisible (tel qu'une abstention, p. ex. celle de faire concurrence) est contraire aux mœurs, elle doit être déclarée nulle en entier et qu'il n'est pas possible de la *modifier* de manière à la rendre conforme aux bonnes mœurs. Mais il n'est pas nécessaire de résoudre en l'espèce cette question controversée dans la doctrine (v. en sens opposés OSER, Note VI 1 a sur art. 20 et BECKER, Note 18 sur art. 20). En effet outre la règle générale de l'art. 20 le CO révisé a édicté, en matière d'interdiction de concurrence stipulée dans un contrat de travail, une règle *spéciale* destinée à permettre au juge de maintenir l'interdiction tout en en restreignant la portée : il ne doit plus, d'après l'art. 357, a déclarer nulle en entier parce qu'illimitée, mais il doit simplement y introduire les limitations nécessaires pour que son contenu n'exécède plus les bornes fixées par la loi à la liberté de contracter. Que tel soit bien le but et l'effet de l'art. 357, c'est ce qui résulte à l'évidence soit du Message du Conseil fédéral du 3 mars 1905 (F. féd. 1905 II p. 35), soit des délibérations de la Commission d'experts (voir procès-verbal de la séance du 8 mars 1909), soit de la discussion au sein des Chambres fédérales (voir notamment Bulletin sténographique, Conseil national, 1909 p. 676, et Conseil des Etats, p. 682), où il a été déclaré de la façon la plus nette que, en opposition voulue à la jurisprudence, ci-dessus rappelée, du Tribunal fédéral, les prohibitions excessives doivent désormais « être réduites à la mesure convenable » au lieu d'être annulées comme par le passé. En vertu de cette règle

du droit nouveau — qui, constituant à la fois une interprétation authentique et une disposition édictée dans l'intérêt de l'ordre public, doit être appliquée même aux contrats conclus sous l'empire du droit ancien, — l'instance cantonale a donc reconnu avec raison que l'interdiction stipulée était valable, mais qu'il y avait lieu de la restreindre à un rayon déterminé.

Quant à l'étendue de ce rayon, le juge doit la fixer en tenant compte des intérêts opposés des deux parties en cause, c'est-à-dire de façon à protéger efficacement le commerçant au profit duquel la prohibition a été édictée, sans d'ailleurs rendre impossible ou difficile à l'excès pour l'autre partie l'exercice de sa profession. A ces deux points de vue, la décision cantonale se justifie. A la différence d'autres commerces moins spécialisés dont la clientèle ne dépasse guère les limites d'un quartier et qui par conséquent n'ont pas à redouter une concurrence s'exerçant en dehors de ce cercle restreint, la clientèle d'une industrie comme celle dont il s'agit en l'espèce se recrute dans un périmètre relativement étendu et une interdiction de concurrence qui n'embrasserait pas la ville et ses environs immédiats risquerait fort d'être illusoire, car en matière de commandes de feux d'artifices, c'est-à-dire d'opérations qui ne se renouvellent pas fréquemment pour un même acheteur, la distance ne joue pas un rôle essentiel et il importe peu à l'acheteur que son fournisseur soit établi dans son voisinage ou dans un quartier plus éloigné. D'autre part, l'interdiction faite au défendeur de s'occuper de pyrotechnie à Genève et dans ses environs ne paralyse pas son activité dans une mesure abusive. S'il est vrai qu'il connaît surtout la clientèle genevoise, cette circonstance n'a d'importance qu'en tant qu'il voudrait s'établir comme entrepreneur indépendant ; or, ayant vendu sa fabrique à la demanderesse, il ne peut, en vertu de l'art. 357, exiger que la faculté lui soit conservée d'en installer une nouvelle pour son propre compte ; il suffit qu'il soit encore en état de gagner sa

vie en exerçant sa profession et non seulement il n'a pas prouvé, mais il n'a même pas allégué qu'il lui serait impossible de trouver une place dans une maison établie en dehors des limites tracées par l'arrêt attaqué.

En ce qui concerne la quotité de l'indemnité allouée, l'instance cantonale n'a pas précisé les éléments sur la base desquels elle l'a calculée et elle s'est bornée à relever la gravité de la faute commise par Crétin. Mais l'article 42 al. 2 CO permettant d'accorder une indemnité même en l'absence d'une preuve rigoureuse du dommage et les pièces du dossier étant de nature à établir que la demanderesse a dû, d'après le cours ordinaire des choses, subir un préjudice appréciable du fait de la concurrence organisée contre elle par le défendeur, le Tribunal fédéral n'a pas de motifs de réduire le chiffre de 1000 fr. qui a été fixé *ex aequo et bono*. Rien ne permet d'ailleurs de supposer que, comme l'allègue le recourant, cette indemnité fasse double emploi avec celle à laquelle il a été condamné précédemment pour rupture abrupte du contrat.

Enfin l'astreinte de 20 fr. par jour constitue une mesure d'exécution et à ce titre (art. 97 al. 2 CO) elle est réglée par le droit cantonal et échappe au pouvoir de contrôle du Tribunal fédéral. On ne pourrait songer à la déclarer contraire au droit fédéral que si elle impliquait une condamnation définitive à une indemnité à raison d'un dommage futur, c'est-à-dire si le juge avait entendu fixer d'avance la quotité de la réparation d'un dommage non encore réalisé et qu'actuellement il est donc impossible de déterminer d'une façon sûre. Mais tel n'est pas le rôle attribué à l'astreinte par la jurisprudence qui la considère comme une simple mesure comminatoire ne privant pas le juge de la faculté de rechercher, au cas où elle serait demeurée sans effet, si et dans quelle mesure les dommages-intérêts sont encourus (voir *Pandectes françaises* sous Obligations n°s 2105 et suiv.). L'astreinte prononcée étant ainsi limitée dans ses conséquences juridiques, elle ne saurait porter d'atteinte à la réglementation du CO en

matière de réparation du dommage et elle n'empiète donc pas sur le domaine réservé au droit fédéral.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt cantonal est confirmé.

88. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 16 novembre 1917
dans la cause Jacques Spagnoli, défendeur,
contre E. et F. Bernheim, demandeurs.

CO art. 184. — Obligation du vendeur de livrer la marchandise à l'acheteur; conséquences. — Indemnité due en cas d'inexécution.

A. — Le défendeur et recourant Jacques Spagnoli, à Martigny-Ville, a acheté en juillet 1914 aux demandeurs et intimés E. et F. Bernheim, à Marseille, par l'entremise de deux courtiers différents, deux wagons de semoule « S S S S ». Le premier, commandé à Chanseaud et Mu-raille le 21 juillet à raison de 26 fr. 50 les 100 kilos avec 1 % d'escompté, soit 2618 fr. 25 payables le 23 août 1914, est arrivé à destination. Le second wagon, commandé le 17 juillet au courtier Castella et facturé le 27 à raison de 27 fr. 50 les 100 kilos et 1 % d'escompte, soit 2722 fr. 50, n'est pas parvenu au défendeur, et celui-ci a avisé de ce fait E. et F. Bernheim par lettres des 8 et 14 août. Le 19 de ce même mois, la gare de Martigny a transmis au recourant un avis reçu du chef des marchandises de la gare PLM du Bouveret, annonçant que « par suite de la mobilisation générale », ce wagon avait été arrêté en cours de route jusqu'à nouvel avis et sous réserve de mesures éventuelles de réquisitions militaires. Spagnoli s'est alors refusé de payer la traite de 2618 fr. 25 tirée sur lui par les