

rations de vente et d'achat de titres composant le dossier des demandeurs.

Aux termes de l'art. 99 CO (premier alinéa combiné avec le deuxième) le débiteur répond en règle générale de toute faute mais l'étendue de sa responsabilité dépend de la nature particulière de ses obligations ; elle « s'apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur ». Du moment que le dépôt des titres des demandeurs n'assurait pas à la banque un profit direct et que l'avantage indirect non stipulé était, dans tous les cas, peu important, la responsabilité de la défenderesse n'était pas engagée par une faute légère (cf. OSER-SCHÖNENBERGER, art. 99 rem. II et ses renvois à la jurisprudence). Cette restriction se justifie d'autant plus que même les banques qui, moyennant rémunération, se chargent de la gestion de titres en conformité d'un règlement, déclinent expressément toute responsabilité pour des actes analogues à ceux dont il s'agit en l'espèce (p. ex. le contrôle de tirages, dénonciations, conversions et amortissements, v. les règlements cités). En outre, il s'agit d'une mesure anormale que les règlements ordinaires ne prévoient pas et ne pouvaient même guère prévoir, parce que pour ainsi dire imprévisible. Enfin, le gouvernement belge a fixé un délai extraordinairement bref, voire même trop bref. On peut donc tout au plus imputer à la défenderesse une légère négligence dans la gestion des titres des demandeurs. En raison des circonstances toutes particulières de l'espèce, la banque n'encourt ainsi pas de responsabilité, et il est indifférent pour l'issue du procès que d'autres banques suisses aient peut-être fait estampiller en temps utile les titres de leurs clients....

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

rejette le recours et confirme l'arrêt attaqué.

**53. Extrait de l'arrêt de la 1<sup>re</sup> Section civile du 21 septembre 1937 dans la cause La Société du Journal et Feuille d'Avis du Valais et de Sion S. A. contre Beeger.**

N'est pas contraire au droit ni à la morale l'entente des soumissionnaires pour empêcher un avilissement des prix, à moins qu'elle ne conduise à une exploitation du maître de l'ouvrage (art. 20 CO).

La réduction de la prime conventionnelle ne peut se justifier que si, au regard de l'intérêt du créancier, de la gravité de la convention et de la faute de l'obligé ainsi que des forces économiques des parties, la peine se révèle en vérité excessive et non pas simplement élevée (art. 163 al. 3 CO).

A. — Arthur Beeger, à Sion, a imprimé pendant de nombreuses années et jusqu'en 1935 le Bulletin officiel du Valais. Son imprimerie était spécialement organisée pour ce travail ; elle occupait un linotypiste Doerig. Au mois de mars 1931, les maîtres-imprimeurs de la place achetèrent l'imprimerie de Félix Aymon à Sion et la supprimèrent pour diminuer la concurrence. Beeger renvoya Doerig et engagea à la demande des imprimeurs Léon Walpen, le linotypiste d'Aymon.

En retour de ce geste, Beeger obtint de trois imprimeries de la place de Sion, le 14 mars 1932, la signature de la convention suivante :

« Pour tenir compte de l'engagement par M. Arthur Beeger à Sion de M. Léon Walpen, linotypiste, les trois imprimeries soussignées, savoir :

» L'Imprimerie commerciale Fiorina et Pellet, à Sion, représentée par M. Pierre Pellet, à Sion,

» L'Imprimerie Valaisanne Auguste et Edmond Schmid, à Sion, représentée par M. Edmond Schmid, à Sion,

» L'Imprimerie de la Feuille d'Avis du Valais à Sion, représentée par MM. Walther Handschin et Victor Rudaz, à Sion,

» s'engagent envers M. Arthur Beeger à ne formuler aucune offre à l'Etat du Valais, lors de la prochaine mise en soumission du Bulletin officiel du Canton du Valais.

» Si l'une desdites imprimeries contrevient à l'engagement ci-dessus, elle devra payer à M. Arthur Beeger, à titre de peine conventionnelle, une indemnité de dix mille (10 000) francs, somme fixée définitivement dès maintenant, d'entente avec M. Arthur Beeger. »

B. — Le 17 septembre 1935, le Département valaisan des finances a mis en soumission le fermage du Bulletin officiel pour une durée de quatre à huit ans dès le 1<sup>er</sup> janvier 1936.

Au début d'octobre, l'Office des devis de Lausanne de la Société suisse des maîtres-imprimeurs (SSMI) avisa les imprimeurs valaisans qu'elle avait établi les prix d'impression du Bulletin. La Section valaisanne de la SSMI offrit à l'Etat en soumission collective une redevance annuelle de 18 000 fr. plus 800 fr. pour la correction. Cette soumission fut communiquée le 22 octobre aux membres qui s'y intéressaient, notamment aux imprimeries Tcherrig, Studer, Gessler, Beeger et Fiorina. Beeger n'avait pas fait de soumission distincte, sachant que l'association lui confierait le travail si elle obtenait l'adjudication.

Quelques jours après la mise en soumission, Beeger se rendit chez Delle Amélie Gessler, alors administrateur et actionnaire unique de la Société du Journal et Feuille d'Avis du Valais et de Sion S. A. Il la rendit attentive à la convention du 14 mars 1932. Delle Gessler dit avoir considéré que « cela ne la concernait pas, étant donné que dans la convention il était fait mention de l'Imprimerie du Journal et Feuille d'Avis du Valais et de Sion, et qu'elle estimait faire pour l'imprimerie Gessler, au nom de laquelle elle avait fait la soumission. Pour elle l'Imprimerie de la Feuille d'Avis était inexistante ». Elle fit cependant prendre copie de la convention.

Delle Gessler, qui prétend s'être assurée que l'imprimerie ne faisait pas partie de la Société du Journal, soumissionna le 31 octobre 1935 pour l'Imprimerie de cette Société, en offrant 21 000 fr. de fermage plus 800 fr. pour la correction, soit 3000 fr. de plus par an que la Section valaisanne de la

SSMI. Ayant eu connaissance de ce fait, Beeger fit le 13 décembre une soumission personnelle identique avec l'autorisation de ladite section. Le même jour, Delle Gessler retira sa soumission et le 17 décembre 1935 le Conseil d'Etat adjugea à Beeger l'affermage du Bulletin officiel pour une durée de quatre ans aux conditions de ses offres personnelles (21 000 fr. plus 800 fr. par an).

C. — Se fondant sur le contrat du 14 mars 1932, Beeger actionna le 8 février 1936 la Société du Journal et Feuille d'Avis du Valais et de Sion S. A. en paiement de la peine conventionnelle de 10 000 fr. avec intérêt à 5 % dès le 11 janvier 1936.

La défenderesse a conclu au déboutement du demandeur.

Par jugement du 26 février 1937, le Tribunal cantonal du Valais a condamné la défenderesse à payer au demandeur la somme de 4000 fr. avec intérêt à 5 % dès le 11 janvier 1936.

La défenderesse a recouru en réforme au Tribunal fédéral et a repris ses conclusions libératoires.

Le demandeur a recouru par voie de jonction et a repris ses conclusions.

#### *Extrait des motifs :*

2. — La défenderesse traite le contrat de 1932 d'immoral et illicite parce qu'il limiterait outre mesure la libre concurrence et entraverait la faculté de soumissionner d'une manière prohibée par le droit pénal et le droit civil. La peine conventionnelle ne pourrait donc être appliquée (art. 163 al. 2 CO).

Déjà en son arrêt Clausen c. Albrecht, du 18 mars 1932, cité par le Juge cantonal, le Tribunal fédéral a rappelé que, « suivant l'opinion couramment reçue, il n'y a rien de répréhensible dans une convention par laquelle des entrepreneurs concurrents s'entendent pour unifier leurs conditions (de soumission) en vue d'éviter un avilissement des prix qui rendrait leur bénéfice problématique ». Ces

considérations valent aussi pour la promesse de ne pas soumissionner. « En revanche, ajoute l'arrêt, de nombreux auteurs enseignent qu'un pareil arrangement est immoral quand, par son contenu, son but et les circonstances dans lesquelles il a été conclu, il constitue une exploitation du client » (v. TUHR, p. 224 ; BECKER, art. 19 n° 30 ; et la jurisprudence relative à l'engagement de ne pas faire d'offre séparée dans une vente aux enchères publiques, pactum de non licitando, RO 51 III 18). La liberté économique ne doit pas être ligotée ni le marché accaparé au point de créer un monopole et de ruiner la concurrence (OSER-SCHÖNENBERGER, art. 20 CO rem. 37 et 44).

La convention du 14 mars 1932 n'a pas une telle portée. Les trois imprimeries ont seulement promis de ne pas participer à la prochaine soumission du Bulletin officiel (1935) ; elles ont gardé leur liberté pour les soumissions subséquentes et pour d'autres soumissions (Etat, commune, etc.). En outre, toutes les autres imprimeries valaisannes pouvaient soumissionner et, de fait, ont soumissionné par l'entremise de la Section du Valais de la SSMI. Sans doute, Beeger a-t-il réussi à éloigner les concurrents les plus dangereux ; mais on ne saurait parler d'un monopole contraire aux bonnes mœurs. La soumission collective convenable de l'association dont le demandeur était membre lui enlevait d'ailleurs le pouvoir d'imposer des conditions inadmissibles au regard de l'art. 20 CO. Les statuts de la SSMI interdisent aux membres de faire des offres inférieures aux prix fixés par l'Office des devis. Et l'Etat était du reste de taille à sauvegarder ses intérêts. Le Conseiller Escher avait déjà inscrit la somme de 20 000 fr. au budget et décidé de ne pas proposer l'acceptation de l'offre de 18 000 fr. Quant aux trois imprimeries, elles n'ont pas renoncé à soumissionner sans avoir obtenu de Beeger un certain équivalent. C'est grâce à son appui, notamment au fait qu'il a pris à son service le linotypiste Walpen, que la concurrence de l'imprimerie Aymon a pu être supprimée. Cette considération contribue aussi à faire admettre la

validité du contrat critiqué, et la validité selon le droit civil fédéral s'oppose à l'application des art. 159 et 160 du code pénal valaisan invoqués par la défenderesse (v. TUHR p. 222 rem. 36 et WEISS (arrêts) n° 3866).

4. — Le Tribunal cantonal a réduit la peine à 4000 fr. en vertu de l'art. 163 al. 3 CO. Un certain adoucissement se justifie à la vérité, mais le chiffre arrêté par les premiers juges est trop bas et, dans une certaine mesure au moins, le recours par voie de jonction du demandeur se révèle fondé.

a) Le soin de fixer la peine doit être laissé en première ligne aux intéressés eux-mêmes. La liberté des contractants ne doit pas être entravée sans motif majeur. L'intervention du juge ne se justifie que si et dans la mesure où la justice et l'équité l'exigent parce que la peine est, en vérité, « excessive », mais non dès que la clause pénale paraît rigoureuse, la peine élevée (RO 21 p. 645 ; 39 II p. 258 ; BECKER, art. 163 CO rem. 17 ; OSER-SCHÖNENBERGER, art. 163 rem. 12 ; v. TUHR, p. 671 et 672). Il convient de rappeler ces principes.

En l'espèce, les parties ont déclaré de manière claire et catégorique que la somme de 10 000 fr. était « fixée définitivement dès maintenant ». Cette volonté formelle doit être respectée autant qu'elle ne se heurte pas à l'art. 163 in fine.

b) Pour se rendre compte si la peine est excessive, le juge doit considérer d'abord l'intérêt du créancier.

Des faits qu'on vient d'exposer il résulte tout d'abord que l'intérêt matériel évident du demandeur était d'affirmer l'impression du Bulletin au plus juste prix et que, vraisemblablement, l'Etat eût adjugé l'affaire sinon au même prix qu'auparavant, du moins pour la somme de 20 000 fr. (plus 800 fr. pour la correction) prévue au budget. C'est l'offre de 21 000 fr. de la défenderesse qui a fait porter le fermage à 21 000 fr. et causé de la sorte au demandeur une perte de gain annuelle de 1000 fr. pendant les quatre années du contrat.

La somme allouée par les premiers juges couvre seulement ce dommage matériel effectif et immédiat. Elle ne tient pas compte d'autres intérêts que le demandeur pouvait avoir à éliminer la concurrence de la défenderesse. Le chiffre de 21 000 fr. se répercutera sur la prochaine mise en soumission. En outre, l'expérience montre que le fait de devoir augmenter et d'augmenter effectivement ses offres sous une pression extérieure ne laisse pas de jeter un certain discrédit sur le fermier. L'Etat a sans doute eu l'impression que la première offre était évidemment insuffisante et que les soumissionnaires cherchaient à faire « une bonne affaire » à son détriment. Il n'est d'autre part point impossible que, si l'offre de 18 000 fr. était restée la seule, le Département n'eût pas été obligé de diminuer ses exigences et n'eût consenti en définitive à confier l'impression du Bulletin à Beeger pour un prix inférieur à 20 000 fr., cet imprimeur étant le mieux à même d'assurer ce travail. L'éventualité envisagée — assez probable — fait apparaître le dommage matériel du demandeur comme supérieur à 4000 francs. Le premier juge a négligé ce facteur d'appréciation. Puis il n'a pas considéré que le demandeur n'avait pris l'engagement d'employer de façon durable le linotypiste Walpen que parce qu'il comptait sur l'adjudication du Bulletin. La sanction prévue devait aussi le mettre à l'abri d'un acte de concurrence qui, en lui enlevant cet ouvrage, rendrait du même coup inutile le renvoi de René Doerig dont il était satisfait.

c) L'intérêt du créancier n'est toutefois point le seul facteur qui entre en considération. La gravité de la faute de l'obligé et celle de la violation de l'engagement pris jouent aussi un rôle (v. TUHR, loc. cit. p. 672 ; OSER-SCHÖNENBERGER, art. 163 rem. 15). Or le juge du fait constate que l'administrateur de la défenderesse n'a pas agi de bonne foi (jugement p. 4). Delle Gessler a eu connaissance de la convention du 14 mars au plus tard lors de l'entrevue avec Beeger. Elle en a même fait prendre copie et était ainsi parfaitement renseignée. C'est en vain

qu'elle cherche à se retrancher derrière le prétendu avis d'un avocat. Le Tribunal cantonal n'a pas admis ce fait. Au surplus, Delle Gessler ne pouvait pas ignorer que l'imprimerie était devenue la propriété exclusive de la Société défenderesse. Ces circonstances parlent aussi contre la réduction de la peine convenue.

Quant aux facultés économiques des parties (BECKER, art. 163 rem. 13 ; v. TUHR loc. cit.), il n'y a pas de disproportion entre celles-ci, en sorte que, contrairement à ce qui est souvent le cas dans le contrat de travail, il n'y a aucun motif de protéger l'une contre le pouvoir de l'autre.

Enfin le retrait de la soumission par la défenderesse n'a pu diminuer les conséquences dommageables de cet acte.

d) Le seul motif de réduction réside dans le fait qu'en stipulant la clause pénale les intéressés sont partis de l'idée que l'adjudication serait donnée pour une durée supérieure à quatre ans. Du moment que, contre leur attente, l'Etat n'a affirmé le Bulletin que pour ce laps de temps, la somme de 10 000 fr. se révèle excessive et doit être ramenée à 7000 fr. pour tenir équitablement compte de toutes les circonstances de l'affaire.

L'admission partielle du recours par voie de jonction a pour corollaire le rejet du recours principal.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

rejette le recours principal ; admet partiellement le recours par voie de jonction et réforme le jugement cantonal dans ce sens que la somme due par la Société défenderesse au demandeur est portée à 7000 fr. avec intérêt à 5 % dès le 11 janvier 1936 ; quant aux frais, confirme le jugement attaqué.