

les jugements cantonaux. En revanche, c'est certainement une question de droit que de donner aux faits ainsi constatés leur qualification légale, c'est-à-dire de rechercher si les conditions requises par la loi pour qu'il y ait contrat sont réalisées (cf. RO 54 II 478 et 57 II 173 ; les arrêts RO 66 II 61 et 266 peuvent prêter à malentendus et doivent être précisés dans le sens de ce qui précède).

4. —

La faculté de s'opposer à ce que des constructions soient élevées sur un fonds voisin ne peut, comme telle, pas du tout être l'objet d'une assurance au sens de l'art. 197 CO. Une faculté semblable se caractérise comme un droit accessoire, qui serait attaché à la chose vendue. Il n'en va pas différemment lorsque, comme en l'espèce, il peut s'agir seulement de l'engagement personnel que prend un vendeur de faire en sorte qu'un immeuble voisin ne reçoive pas de constructions. Or les droits accessoires « promis » à l'acheteur ne sont pas des qualités de la chose ; ils peuvent dès lors tout au plus être exercés par la voie de l'action en garantie pour éviction (cf. en ce sens PLANK, Komm. zum BGB, § 459, note 2 a, vol. II/II p. 699 ; STAUDINGER, Komm. zum BGB, § 459, note 52, ainsi que l'arrêt du Reichsgericht in Zivilsachen 93, p. 71).

17. Extrait de l'arrêt de la I^{re} Cour civile du 22 janvier 1946 dans la cause Gonset-Henrloud S. A. contre Jaroczynski.

Prohibition de faire concurrence ; notion du dommage (art. 356 sv. CO).

Le « dommage résultant de la contravention » (art. 359 CO) comprend aussi bien le dommage que l'employé cause en mettant au service du nouvel employeur ses qualités personnelles et ses capacités professionnelles que celui qu'il cause par l'usage qu'il fait au profit de son nouveau patron de sa connaissance de la clientèle et des secrets de l'ancien employeur.

Konkurrenzverbot ; Begriff des Schadens (Art. 356 ff. OR).

Der aus der Übertretung des Konkurrenzverbots entstehende Schaden (Art. 359 OR) umfasst sowohl den Schaden, den der

Angestellte dadurch verursacht, dass er seine persönliche Tüchtigkeit und seine beruflichen Fähigkeiten in den Dienst des neuen Arbeitgebers stellt, als auch denjenigen, den er herbeiführt durch die Verwendung seiner Kenntnisse der Kundschaft und der Geschäftsgeheimnisse des früheren Dienstherrn zum Nutzen des neuen.

Divieto di concorrenza, nozione del danno (art. 356 e seg. CO).

Il « danno derivante dalla violazione del patto » (art. 359 CO) comprende tanto il danno che l'impiegato causa mettendo al servizio del suo nuovo padrone le sue qualità personali e le sue capacità professionali, quanto il danno che causa usando, a profitto del nuovo padrone, la sua conoscenza della clientela e dei segreti del suo precedente padrone.

Aux termes de l'art. 359 al. 1 CO, « celui qui enfreint une prohibition de faire concurrence répond envers son ancien employeur du *dommage résultant de la contravention* ».

La Cour civile estime que, « conformément à l'art. 356 CO, seul peut être pris en considération le préjudice causé par la connaissance de la clientèle ou des secrets d'affaires de l'employeur, à l'exclusion de celui qui peut avoir été causé par les qualités personnelles de l'employé ». Cette interprétation de la loi est erronée.

L'art. 356 CO fait état, il est vrai, de la connaissance de la clientèle ou des secrets d'affaires de l'ancien employeur. Mais c'est pour en faire une condition de validité *ab initio* de la clause de prohibition, non un critère servant à délimiter le dommage résultant de sa violation (voir la note marginale : « Admissibilité »). La *ratio* de l'art. 356 CO est d'éviter que des patrons n'imposent une interdiction de concurrence à n'importe quel employé subalterne qui, en réalité, ne pourra causer aucun tort à son employeur en travaillant un jour chez des concurrents. Le législateur n'a pas voulu qu'un patron pût constituer ainsi en sa faveur un « monopole de personnel ».

La licéité de l'interdiction de concurrence une fois admise, c'est alors l'art. 359 CO qui fixe les « effets des contraventions » à cette clause. Or, rien dans les termes de cette disposition ne permet de restreindre la notion du dommage à celui qui serait causé exclusivement par

l'usage qu'aurait fait l'employé de sa connaissance des affaires ou de la clientèle de son ancien patron. Au contraire, la loi prévoit ici une action pour inexécution d'un contrat dans le sens des art. 97 et sv. CO, à savoir à tout le moins une action en réparation de l'intérêt à l'exécution (Erfüllungsinteresse), c'est-à-dire de l'intérêt qu'a le bénéficiaire de la clause au respect de l'interdiction de concurrence. Par contravention, il faut donc entendre le fait même de commettre des actes de concurrence, et par exemple de s'engager chez un concurrent. En l'espèce d'ailleurs, la clause de prohibition qui liait les parties interdisait non seulement le travail dans une maison similaire ou concurrente, mais même la simple participation du défendeur « comme associé ou en quelque autre qualité ».

D'après l'arrêt du Tribunal fédéral du 10 novembre 1917 en la cause Crétin c. Société suisse de pyrotechnie (RO 43 II 660 sv., notamment p. 664) et l'ancienne jurisprudence des tribunaux zurichois (Blätter für zürcher. Rsprech. 13 n° 27, 19 n° 43), l'art. 359 al. 1 CO confère à l'employeur, outre l'action en dommages-intérêts, l'action en exécution réelle de l'art. 98 al. 3 CO, c'est-à-dire l'action en cessation de concurrence sanctionnée par des astreintes (en ce sens BECKER, Comment., note 3 à l'art. 359 CO). Dans cette interprétation de la loi, on ne saurait mettre en doute que le demandeur qui choisit l'action pécuniaire peut réclamer réparation de la totalité du préjudice causé par l'employé, puisque aussi bien il est en droit d'exiger que celui-ci cesse tout à fait de lui faire concurrence en quittant son nouvel emploi. Peu importe que le dommage causé par l'employé l'ait été par sa connaissance de la clientèle et des secrets d'affaires de l'ancien patron, ou simplement par ses capacités professionnelles et ses qualités personnelles. A vrai dire, d'après l'opinion aujourd'hui dominante, qui se fonde sur la lettre de la loi et l'intention du législateur telle qu'elle ressort des travaux préparatoires, l'art. 359 al. 1 exclurait l'action en cessa-

tion du trouble et n'ouvrirait que l'action en dommages-intérêts (OSER et SCHÖNENBERGER, note 2 à l'art. 359 CO, qui s'appuient sur plusieurs auteurs et la nouvelle jurisprudence des tribunaux zurichois : Blätter für zürcher. Rsprech. 24, n° 75, et Revue suisse de jurisprudence 20, p. 148 et 29 p. 298). Mais s'il fallait se rallier à cette opinion et admettre que l'art. 359 al. 1 déroge ainsi à l'art. 98 al. 3 CO, cela ne justifierait pas la discrimination faite par la Cour cantonale. Qu'elle soit donnée seule ou en concours avec l'action en cessation du trouble, l'action en dommages-intérêts est toujours un succédané de l'action en exécution réelle et ne saurait en principe conférer au demandeur moins d'avantages que cette dernière, la réparation de l'intérêt à l'exécution devant précisément se substituer à l'exécution, c'est-à-dire ici à la cessation de la concurrence, de quelque manière que celle-ci s'exerce.

Au reste, l'interprétation de la Cour civile rendrait singulièrement difficile l'application de l'art. 359 CO. Le juge aurait en effet à déterminer dans quelle mesure un dommage — par exemple la réduction du chiffre d'affaires — a été provoqué par les qualités personnelles de l'employé ou par sa connaissance de l'affaire ou de la clientèle de son ancien patron. Or ce départ dépendrait d'éléments subjectifs presque impossibles à discerner.

Enfin, en matière de prohibition de concurrence, le législateur a déjà restreint la liberté contractuelle des parties, consacrée par l'art. 19 CO. On ne saurait encore interpréter restrictivement des dispositions restrictives en elles-mêmes sans empêcher l'employeur de s'assurer par des sanctions équitables le respect des engagements pris par son employé.