

**LA RAISON SOCIALE DES BANQUES  
EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE**

par

**François DESSEMONTET**

professeur aux Facultés de droit  
de Lausanne et Fribourg

## SOMMAIRE

### INTRODUCTION

#### I. LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE DES RAISONS SOCIALES

A. Le droit international privé de la propriété intellectuelle

B. Textes applicables

1. Convention de l'Union de Paris

2. Loi fédérale sur le droit international privé

C. Jurisprudence

D. Doctrine

E. Conclusion

#### II. QUELQUES CAS D'APPLICATIONS POUR LES BANQUES

A. La raison sociale

1. L'article 3bis LB en général

2. La raison sociale en particulier

3. La pratique de la Commission fédérale des Banques

B. Les banques privées

1. Pratique actuelle

2. De lege ferenda

C. Conclusion

## INTRODUCTION

Dans un article percutant, le professeur Beat Kleiner a souligné que les raisons sociales des banques suisses étaient mises en danger par le nouveau droit de la société anonyme<sup>1</sup>. L'argumentation de M. Kleiner est simple :

- a) Le nouveau droit de la société anonyme ne permettra plus de conserver le caractère helvétique des banques suisses (art. 685f CO et art. 4 Disp. trans.).
- b) La loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne de 1936 prévoit qu'une banque organisée selon le droit suisse mais dont le capital actions ou les voix dans l'assemblée générale appartiennent en majorité à des étrangers doit répondre à certaines exigences. L'idée fondamentale est naturellement de subordonner l'autorisation de pratiquer à une exigence de réciprocité internationale<sup>2</sup>. Ceci mis à part, la banque dominée par des intérêts étrangers ne devra pas porter une raison sociale qui fait allusion à son caractère suisse (art. 3bis, introduit en 1971).
- c) Les étrangers voulant acheter des actions de banques suisses, celles-ci risquent de perdre leur caractère helvétique et de se voir interdire l'usage de leur raison sociale actuelle, lorsqu'elle comporte l'adjectif "suisse". Cela serait possible également en raison des articles 945 CO et 45 ORC.

Pour prévenir cette modification, M. Kleiner propose de changer le droit suisse actuel afin qu'une participation majoritaire d'actionnaires étrangers isolés, ou une participation majoritaire d'actionnaires sans droit de vote ne puisse plus constituer une "participation étrangère majoritaire" au sens de la loi sur les banques.

Ces réflexions sont pertinentes. Elles rejoignent d'autres préoccupations concernant les raisons sociales des banques suisses. Par exemple, pour une banque universelle active dans le monde entier, l'indication de sa nationalité est-elle encore judicieuse du point de vue psychologique ? D'ailleurs, n'est-elle pas fallacieuse, s'agissant d'entreprises dont une partie importante des actifs et des engagements sont à l'étranger ? Qu'en est-il au surplus des raisons sociales de banques privées, rachetées par des étrangers et actives à l'étranger sous pavillon suisse ?

Il nous a donc paru utile de prolonger la discussion en présentant brièvement le droit international privé des raisons de commerce (ci-dessous chiffre I). Cette branche du droit est en effet peu explorée dans la littérature juridique. On tentera ensuite d'en déduire quelques conséquences pour les propositions de M. Kleiner (ci-dessous ch. II).

<sup>1</sup> B. Kleiner, Gefährdete Nationalitätsbezeichnung, Neue Zürcher Zeitung du 3 juin 1992, 41.

<sup>2</sup> Voir N. Senn, Der Einfluss bankengesetzlicher Bestimmungen auf die Entwicklung des schweizerischen Finanzplatzes, Jubiläumsschrift 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht, Zurich 1985, 234 s à 254-255; cf. aussi la doctrine citée plus loin, n. 66 s.

## I. LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE DES RAISONS SOCIALES

### A. LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE

Auteurs et législateurs s'accordent pour dire qu'une affaire a un caractère plurinational lorsqu'un de ses points de rattachement au moins est réalisé dans un autre pays<sup>3</sup>. Cette hypothèse est souvent réalisée pour nos banques.

Le droit international privé des noms commerciaux est cependant un domaine peu exploré dans la littérature, du fait que le principe dit de la territorialité a dominé les conceptions juridiques en matière de biens intellectuels dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle. Selon ce principe, les droits de propriété intellectuelle sont régis par la loi de l'Etat où la protection est requise<sup>4</sup>. La plupart des conflits de droit sont ainsi évités.

Cependant, l'évolution récente du droit européen a rendu nécessaire un réexamen de ce principe. A l'occasion de la préparation de la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>5</sup>, la doctrine a réétudié l'ensemble des questions relatives au droit international privé de la propriété intellectuelle. Un projet du professeur Eugen Ulmer<sup>6</sup> a conduit à diverses prises de position<sup>7</sup>, puis à un projet modifié commenté par l'Institut Max-Planck pour la propriété intellectuelle de Munich<sup>8</sup>. La complexité des questions a conduit non pas à rejeter le principe de territorialité mais à en étudier la portée véritable. La libre circulation des marchandises à l'intérieur de l'Europe impose en effet que les "importations parallèles" soient parfois tolérées. Or le principe de territorialité a été souvent invoqué à l'encontre des importations parallèles<sup>9</sup>.

De plus, la mise en vigueur des grandes codifications du droit international privé, dont la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987, nécessitent une étude approfondie de la portée de ce principe.

Enfin, l'internationalisation des échanges a fait apparaître des conflits de lois délicats, dus en particulier aux différences de régime juridique du droit d'auteur entre les Etats-Unis et l'Europe<sup>10</sup>, et au fort accroissement des licences de haute technologie<sup>11</sup>.

<sup>3</sup> W. Stoffel, Le rapport juridique international, Mélanges von Overbeck, Fribourg 1990, à 448 *in fine*.

<sup>4</sup> D. Graz, Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises, thèse Lausanne 1988, 24.

<sup>5</sup> Convention 80/934 CEE du 19 juin 1980, JOCE no L 266 du 9 octobre 1980.

<sup>6</sup> E. Ulmer, Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht, Cologne etc., 1975, 108 s.

<sup>7</sup> Voir A. Troller, Neu belebte Diskussion über das internationale Privatrecht im Bereich des Immaterialgüterrechts, Rivista di diritto industriale (Milan) 25 (1977), 1125 s, avec de nombreuses citations.

<sup>8</sup> Reproduit : GRUR Int. (Munich) 1985, 106 (signé Beier / Schrickler / Ulmer).

<sup>9</sup> D. Graz précité, 73 et no 6 avec citations; cf. aussi ATF 105 II 52 (arrêt OMO).

<sup>10</sup> Voir par ex. l'arrêt français Asphalt Jungle, CLUNET 1989, 67, réformé par la Cour d'Appel le 6 juillet 1989, RIDA 1990, no 143, 329, cassé par la Cour de cassation le 28 mai 1991, RIDA 1991, no 147, 197 s.; cf. G. Koumantos, Le droit international privé et la Convention de Berne, Le Droit d'auteur (Genève) 1988, 415 s.

<sup>11</sup> S. Soltysinski, Choice of Law and Choice of Forum, Transnational Transfer of Technology Transactions, Recueil des cours de l'Académie de droit international (La Haye), 1986 I, 242 s; F. Dessemontet, L'harmonisation du droit applicable aux contrats de licence, Mélanges von Overbeck, 725 s; id., Les contrats

A part ces raisons générales, un motif particulier d'étudier en Suisse le droit international privé des noms commerciaux réside dans le fait qu'il se trouve à cheval entre le droit des sociétés et le droit de la propriété intellectuelle; dès lors, les règles de la LDIP en matière de propriété intellectuelle (art. 109 à 111) ne paraissent pas s'appliquer *directement*, alors que les règles sur le nom et les raisons sociales (art. 155 litt. d et 157 LDIP) prévoient un régime différent de la territorialité stricte des biens intellectuels telle qu'elle était traditionnellement interprétée.

## B. TEXTES APPLICABLES

### 1. Convention d'Union de Paris (CUP)

L'article 8 CUP prévoit ce qui suit :

*"Le nom commercial sera protégé dans tous les pays de l'Union sans obligation de dépôt ou d'enregistrement, qu'il fasse ou non partie d'une marque de fabrique ou de commerce."*

L'article 10 bis CUP réprime la concurrence déloyale et l'article 10 ter CUP oblige les Etats parties à assurer aux ressortissants des autres pays de l'Union des recours légaux appropriés pour réprimer les actes de concurrence déloyale. Il s'agit d'une consécration dans ce domaine particulier de l'article 2 CUP, lequel prévoit le principe du traitement national et domine dès son origine l'ensemble de la convention. Ce principe interdit de soumettre la protection d'un bien intellectuel visé par la CUP à une exigence de réciprocité bilatérale<sup>12</sup>. Le principe du traitement national signifie donc que des étrangers ou des entreprises étrangères bénéficiant de la Convention ne peuvent pas être dépouillés de tout droit parce qu'ils sont ressortissants d'un pays qui n'accorde pas une protection jugée suffisante pour la propriété intellectuelle des Suisses à l'étranger.

Le principe du traitement national est complété par des normes de protection minimale pour les biens immatériels<sup>13</sup>. Les normes s'appliquent aux ressortissants de l'Union autres que les ressortissants du pays du for dont l'appartenance à l'Union de Paris est invoquée<sup>14</sup>. Chacun des pays membres est libre d'élargir à ses propres citoyens le bénéfice de la CUP (voir par analogie l'art. 68 bis LDA).

L'article 8 CUP se comprend dans ce contexte. Il constitue une disposition matérielle protégeant le nom commercial notamment en Suisse, sans que les

---

de licence en droit international privé, Mélanges Guy Flattet, Lausanne 1985, 435 s; id., Transfers of Technology Under UNCTAD and EEC Draft Codifications, 12 Journal of International Law and Economics (Washington D.C.) 1977, 1 s.

<sup>12</sup> G.H.C. Bodenhausen, Guide to the application of the Paris Convention ... as revised at Stockholm in 1967, Genève 1968, 29.

<sup>13</sup> Bodenhausen, 30; A. Troller, Die mehrseitigen völkerrechtlichen Verträge im internationalen gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Bâle 1965, 32-33.

<sup>14</sup> Bodenhausen, 30-31.

ressortissants des autres pays de l'Union soient contraints de le déposer ou de l'enregistrer et qu'il fasse partie ou non d'une marque. On admet maintenant que l'article 8 CUP ne contraint pas les Etats parties à l'Union de Paris à prévoir une protection identique, dans ses conditions et les actions données, pour les raisons sociales enregistrées de leurs propres ressortissants et pour les noms commerciaux des ressortissants des autres pays membres lorsqu'ils ne sont pas enregistrés dans le pays du for<sup>15</sup>. Non seulement, la Suisse depuis 1953<sup>16</sup>, mais par exemple l'Allemagne<sup>17</sup> et la France<sup>18</sup> protègent les noms commerciaux étrangers selon des règles législatives ou jurisprudentielles relevant de la protection du droit au nom ou du droit de la concurrence. Autrefois, en revanche, la jurisprudence suisse accordait aux noms commerciaux étrangers la même protection dont bénéficient les raisons sociales inscrites au registre du commerce suisse. Cette ancienne jurisprudence se fondait sur la conception universaliste du droit des signes distinctifs. En effet, selon le principe de l'universalité, qui s'oppose au principe de la territorialité, les biens intellectuels sont acquis selon l'ordre juridique du pays d'origine, puis reconnus et protégés dans les autres pays<sup>19</sup>. On en trouve encore un reflet à l'article 44 LDA : une infraction commise à l'étranger au détriment d'une personne domiciliée en Suisse sera régie par le droit suisse.

Le Tribunal fédéral a abandonné en même temps le principe d'universalité pour les marques et les noms commerciaux<sup>20</sup>. C'est sans doute que ces signes distinctifs ont été alors considérés les uns et les autres comme des biens immatériels ayant une existence propre, plutôt que comme des attributs de la personnalité<sup>21</sup>.

La succession du principe d'universalité et du principe de territorialité dans la jurisprudence fédérale prouve que la Convention d'Union de Paris *n'impose* aucun système précis de droit international privé. Ni territorialité, ni universalité ne sont exclues par cette convention<sup>22</sup>. Il s'agit donc pour chaque Etat partie de déterminer ses propres règles de conflit en matière de propriété intellectuelle.

Au demeurant, la plupart des conventions internationales<sup>23</sup> et des droits nationaux<sup>24</sup> sont implicitement fondés sur l'idée que le principe de territorialité

<sup>15</sup> Cf. W. Stöckli, Der Schutz des ausländischen Handelsnamens in der Schweiz auf Grund der Pariser Verbandsübereinkunft von 1883, thèse Berne, 1958, 50.

<sup>16</sup> ATF 79 II 305 s.

<sup>17</sup> O. Teplitzky, UWG Grosskommentar, Berlin New York, 1991, no 37 ad § 16 UWG.

<sup>18</sup> P. Mathély, Le droit français des signes distinctifs, Paris 1984, 848-849.

<sup>19</sup> Voir Martin, Pillet, Niboyet et Schwind, discutés par Ulmer, 8; Schnitzer, Drobnig, Schack et Neuhaus cités par F. Vischer, Das Internationale Privatrecht des Immaterialgüterrechts nach dem schweizerischen IPR-Gesetzentwurf, GRUR Int. 1987, 676 n. 83-84.

<sup>20</sup> ATF 78 II 164; 79 II 305.

<sup>21</sup> Cf. F. Dessemontet, Le nom commercial des entreprises étrangères en Suisse, Les étrangers en Suisse, Mélanges de la Faculté de droit, Lausanne 1982, 184.

<sup>22</sup> *Dans ce sens* : ATF 39 I 635 cons. 2 (droit d'auteur); (la réaction contre la solution de ce jugement sur un autre point a conduit le Parlement à édicter l'art. 44a LDA); F. Vischer, GRUR Int. 1987, 670 s, à 676 n. 87, avec citation de la littérature suisse et allemande.

*Contra* : A. Troller, Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Bâle 1952, 20, 26; M. Keller & K. Siehr, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zurich 1986, 140.

<sup>23</sup> A l'exception du Traité de Montevideo du 11 janvier 1889 qui prévoit le renvoi au droit du pays d'origine pour les droits de l'auteur et la durée de la protection. Cf. Ulmer, 33-34.

<sup>24</sup> A l'exception des règles applicables aux contrats de licence, voir mes articles op. cit. n. 11 ci-dessus.

s'appliquera en fait. On voit au moins deux motifs à cette application. D'une part, les droits découlant d'un brevet, d'une marque, d'un dessin ou d'un modèle supposent une procédure d'enregistrement qui relève du droit public. L'attribution d'un monopole économique sur une invention, un modèle ou un signe distinctif constitue manifestement l'exercice du pouvoir souverain de chaque Etat. D'autre part, dès le XV<sup>ème</sup> siècle, les lettres patentes ont été délivrées par les souverains en vue d'accomplir certains objectifs de politique économique, par exemple l'importation des inventions, le développement de l'industrie et de l'artisanat national, l'extension du commerce et la protection du public contre les fausses indications de provenance et les marques contrefaites. La politique économique est au coeur du domaine réservé de la puissance publique; il est donc naturel que le principe de territorialité s'applique aux brevets d'invention, aux marques, aux dessins et modèles.

Toutefois, il est des droits intellectuels qui échappent à cette logique. Ce sont les droits qui sont accordés sans procédure d'enregistrement<sup>25</sup>, comme le droit d'auteur et les secrets de fabrication et de commerce<sup>26</sup>. Même pour la propriété industrielle classique, certaines questions ne sont pas soumises au principe de territorialité. Il en va ainsi du droit au brevet pour les inventions d'employés. L'article 60 de la Convention de Munich sur le brevet européen le soumet au droit de l'Etat où l'inventeur est principalement occupé, sinon au droit du pays où est sis l'établissement auquel se rattache cet employé. L'adhésion d'un pays au principe de la territorialité ne rend donc pas superflu d'examiner ce que le droit du pays de protection régit et ce qui peut être régi par d'autres droits.

Pour le nom commercial étranger, il existe un cumul des motifs qui empêchent le principe de territorialité de s'appliquer absolument. Ce n'est pas nécessairement un droit soumis à enregistrement comme la raison sociale inscrite au registre du commerce, ce n'est pas un droit conféré en vue du progrès technologique et du développement de l'économie, mais il s'agit d'un intérêt personnel protégé par les articles 28 et 29 CC<sup>27</sup>, de même qu'un actif économique protégé par la loi contre la concurrence déloyale. En raison de sa nature hybride, le nom commercial ne peut donc pas se trouver soumis à un statut territorial monolithique englobant toutes les questions juridiques qu'il soulève. Le législateur suisse a d'ailleurs consacré cette conception nuancée dans la loi fédérale de droit international privé.

## 2. Loi fédérale sur le droit international privé

L'article 155 LDIP prévoit que *le droit applicable à la société - c'est-à-dire le droit de l'Etat en vertu duquel elle est organisée (art. 154) - régit notamment ... (d) son nom ou sa raison sociale.*

<sup>25</sup> Voir F. Vischer, Kernprobleme des Patentrechts, Berne 1988, 370 n. 39.

<sup>26</sup> Pour la détermination implicite du droit applicable à la possession légitime d'un secret de fabrication après une expropriation, voir un arrêt du Bundesarbeitsgericht allemand du 27 février 1958, GRUR 1958, 452.

<sup>27</sup> F. Vischer, 374 : Les droits subjectifs absolus ne sont pas limités au pays dont le système juridique les a fait naître; voir aussi P. Bourel, Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé, Recueil des cours de l'Académie de la Haye, 1989, II, 31 ss.

L'article 157 complète l'article 155 à propos de la *protection* du nom et de la raison sociale. Selon l'alinéa 1, la *protection* du nom et de la raison sociale des sociétés inscrites au registre suisse du commerce contre les atteintes portées en Suisse est régie par le droit suisse. Aux termes de l'alinéa 2, "à défaut d'inscription au registre suisse du commerce, la protection du nom et de la raison sociale est régie par le droit applicable à la concurrence déloyale (art. 136) ou aux atteintes à la personnalité (art. 132, 133 et 139)".

La solution adoptée par le législateur consacre donc une coupure double.

D'abord, la *formation* du nom ou de la raison sociale est soumise au droit du pays d'incorporation, très éventuellement au droit du siège de son administration de fait, tandis que la *protection* du nom ou de la raison sociale suit le principe territorial. Cette première coupure correspond à une distinction traditionnelle dans la doctrine du droit interne<sup>28</sup>. Elle va à l'encontre des formules plus globales que l'on rencontre dans la jurisprudence fédérale antérieure<sup>29</sup>. On ne la rencontre pas à l'article 110 al. 1 LDIP, selon lequel "les droits de la propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat pour lequel la protection de la propriété intellectuelle est revendiquée".

A contrario on en déduira que *l'article 110 LDIP ne s'applique pas du tout en matière de nom commercial ou de raison sociale*. Les travaux préparatoires vont d'ailleurs dans ce sens<sup>30</sup>. On voit ainsi que le législateur suisse a persévéré dans une tradition qui nous est propre. A l'étranger, les noms commerciaux constituent à tout prendre des biens intellectuels comme les inventions, les marques, les dessins et les modèles. En revanche, la doctrine suisse a longtemps vu dans la désignation des entreprises un attribut de la personnalité économique plutôt qu'un bien immatériel<sup>31</sup>.

En second lieu, pour la protection des noms et des raisons sociales, la Loi distingue deux situations. Soit la raison sociale est inscrite et le droit du pays de l'enregistrement est déterminant; soit elle ne l'est pas, auquel cas les dispositions réglant les conflits de lois en fait de concurrence déloyale et d'atteinte à la personnalité vont s'appliquer.

<sup>28</sup> Comparez par exemple mes deux articles :

La jurisprudence récente sur la formation des raisons sociales, L'expert comptable suisse 59 (1985) 218 s, et la protection des noms commerciaux, Festschrift Neumayer, Baden-Baden 1985, 145 s; R. Bühler, Grundlagen des materiellen Firmenrechts, thèse Zurich 1991, 27, distingue la formation des raisons sociales, l'usage des raisons sociales (art. 955 CO) et leur protection.

<sup>29</sup> Par ex. ATF 105 II 52 pour les marques : "Die Gesetze jedes Schutzlandes bestimmen selbständig, wie Rechte an Immaterialgütern entstehen und erworben werden, welchen Inhalt und Umfang sie haben".

<sup>30</sup> Voir les déclarations du Conseiller aux Etats R. Jagmetti, Bull. CE 1986, 13 mars, 156. Voir déjà M. Affolter, rapporteur, Bull. CE 1985, I, 168. Dans le même sens voir F. Vischer, GRUR Int. 1987, 671 texte à n. 16. Le professeur Vischer a joué un rôle essentiel dans l'élaboration de la LDIP. Il est donc intéressant de noter son point de vue, Vischer / Volken, Projet de loi et rapport explicatif, Zurich 1978, 165 : le nom ou la raison sociale tombent sous le statut personnel de la société. A 166, ces auteurs confirment que l'actuel art. 157 LDIP concerne la violation du droit. Le Message, Ch. 294.3 déclare également que le "domaine d'application du statut de la société englobe ... son nom ou sa raison sociale".

<sup>31</sup> Voir le Commentaire zurichois d' Egger (1930), n. 13 ad art. 28 CC et n. 13 ad art. 29 CC. J.-L. Chenaux, Le Droit de la personnalité face aux médias internationaux, thèse Lausanne 1990, 55 n. 188, relève également que le renvoi opéré par l'art. 157 al. 2 LDIP confirme la position traditionnelle suisse sur ce point.

Les études publiées depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit international privé soutiennent que les articles 155 et 157 LDIP codifient la jurisprudence antérieure<sup>32</sup>. Il sera donc permis de citer les arrêts plus anciens et l'opinion de leurs commentateurs, sans examiner d'ailleurs si des questions de droit transitoire se posent réellement - ce qui supposerait qu'il existe des divergences entre les solutions de la LDIP et les solutions anciennes.

### C. JURISPRUDENCE

Selon la jurisprudence helvétique actuelle, les noms commerciaux étrangers qui ne sont pas inscrits au registre du commerce suisse sont protégés en Suisse par le droit suisse, c'est-à-dire la loi contre la concurrence déloyale et les articles 28 et 29 du code civil sur la protection des intérêts personnels et du nom. D'après notre Cour suprême, ceci entraînerait que la *naissance* du droit est également soumise au droit suisse, en principe du moins.

1. Dans l'arrêt Cinéac, par exemple, le Tribunal fédéral déclare :

*"Mais si c'est la loi du pays où la protection est demandée qui détermine l'étendue et le mode de la protection, c'est elle aussi qui dit s'il y a nom commercial ou non; l'étendue et le mode de la protection sont en effet étroitement liés à l'objet de la protection; il se pourrait fort bien que la législation d'un pays sur l'étendue et le mode de protection ne s'adapte nullement à un élément (par exemple l'enseigne) qui, d'après la législation du même pays, ne fait pas partie du nom commercial. Les demanderessees peuvent donc réclamer en Suisse la protection de leur nom commercial, mais en invoquant, pour le fond, les dispositions du droit suisse, sous réserve des règles exceptionnelles de la Convention d'Union"*<sup>33</sup>.

Il s'agissait en l'espèce d'un conflit entre un groupe de sociétés étrangères et une entreprise suisse. Le Tribunal fédéral n'avait donc pas à se prononcer sur le droit applicable au conflit entre deux sociétés sises dans le même pays à l'étranger, conflit se répercutant en Suisse. Son argumentation porte d'ailleurs bien sur la *naissance* du droit, mais en considération de son *objet*, plutôt que d'une question de droit préférable divisant deux entreprises étrangères.

2. Dans l'arrêt Interchemical Corporation c. Interchemie A.G., le Tribunal fédéral a confirmé que le droit au nom qui découle de la protection de la personnalité n'est pas limité territorialement; toutefois :

*"le premier porteur d'un nom commercial ne peut revendiquer la protection du droit suisse en fait de nom que lorsque ses affaires s'étendent à la Suisse et lorsqu'il a acquis un droit d'usage sur son nom grâce à une activité notable en Suisse"*<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Voir J.-L. Chenux, 183; Ph. Reymond, Les personnes morales et les sociétés dans le nouveau droit international privé suisse, publication CEDIDAC no 9, Lausanne 1989, à 196; A. Schnyder, Das neue IPR-Gesetz, Zurich 1988, 116, citant le Message Ch. 294.42; Th. Stäheli, Persönlichkeitsverletzungen im IPR, Bâle 1990, 85.

<sup>33</sup> ATF 76 II 85-86.

<sup>34</sup> ATF 79 II 315 (traduction par mes soins).

Cet arrêt concerne également un conflit entre une entreprise étrangère et une société suisse. Il marque le passage à une application très stricte du principe de territorialité. Le passage important en l'espèce admet que le droit suisse régit l'acquisition du droit au nom suisse ("der Schutz aus schweizerischem Namensrecht", traduit ci-dessus par "la protection du droit suisse en fait de noms")<sup>35</sup>.

Cette conception rigoureuse du principe de territorialité n'indique pourtant pas quel droit serait applicable à un conflit intervenant à l'étranger et se répercutant en Suisse. Cette situation a toutefois été envisagée dans des décisions ultérieures.

3. Dans l'arrêt Zeiss, le Tribunal fédéral devait juger du conflit divisant le Volkseigener Betrieb Carl Zeiss, Jena, nationalisé par l'Etat est-allemand, et la Maison Carl Zeiss Heidenheim. Il a constaté :

*"Comme le siège des deux parties se trouve à l'étranger, il est certain, en tous les cas, que ce n'est pas le droit suisse, mais le droit étranger qui s'applique à la formation de leur nom"*<sup>36</sup>.

De l'ensemble de la jurisprudence publiée, c'est cet arrêt qui revêt la signification la plus importante pour notre sujet. Non seulement il s'agissait d'un conflit entre deux entreprises étrangères, mais encore l'une des deux parties avait-elle été nationalisée - sans due indemnité. Or, en dépit de cette entorse à un principe juridique fondamental de notre ordre public, le Tribunal fédéral a appliqué le droit du pays d'origine de ces entreprises, et toléré en fin de compte l'usage en Suisse du nom VEB Carl Zeiss Jena<sup>37</sup>. De surcroît, le Tribunal fédéral a considéré qu'entre les deux entreprises, il convenait également d'admettre que la plus récente devait prendre les mesures pour éviter toute confusion<sup>38</sup>. Le principe de la priorité dans le temps joue ainsi entre deux entreprises étrangères comme entre une entreprise suisse et une entreprise étrangère<sup>39</sup>.

4. Dans l'arrêt de Terry, le Tribunal fédéral a d'abord rappelé ce qui suit :

*"Selon le droit international privé suisse, la loi du siège règle le statut de la personne morale, portant la formation de sa raison sociale, dont la Suisse reconnaît en principe la validité. Toutefois, une société étrangère, dont la raison sociale est valable selon le droit du pays où elle a son siège,*

<sup>35</sup> A. Troller, Kollisionen zwischen Firmen, Handelsnamen und Marken, Bâle 1980, 208, interprète aussi cet arrêt comme déterminant la naissance ("Entstehung") du droit au nom.

<sup>36</sup> ATF 91 II 125 (traduction par mes soins).

<sup>37</sup> Voir aussi ATF 82 I 198-199 (expropriation sans indemnité du droit à une marque) et 83 II 334-335 (usage en Suisse de la raison sociale d'une entreprise expropriée; cet arrêt semble dépassé par la jurisprudence Zeiss). Voir encore ATF 32 I 156-157 (expropriation du droit de marque de la Chartreuse).

<sup>38</sup> ATF 91 II 134.

<sup>39</sup> ATF 107 II 363, commenté sur ce point par F. Dessemontet, Remarques ..., RSPIDA 1982, à 137. Certaines nuances quant au principe de priorité sont apportées dans l'arrêt Zeiss (ATF 91 II 129 : le juge suisse est libre de décider librement sur ce point, sans être tenu par les décisions intervenues dans le pays d'origine). L'arrêt Gucci a confirmé la solution de principe de l'ATF 107 II 363 : ATF 116 II 619.

*ne peut l'utiliser en Suisse si, par là, elle viole les droits préférables d'un tiers*<sup>40</sup>.

Surtout, notre Haute cour devait se prononcer sur un litige intervenant en Suisse après qu'un tribunal étranger avait tranché un procès parallèle dans le pays d'origine. Le Tribunal fédéral constate ce qui suit :

*"Le Tribunal suprême espagnol a jugé que la raison sociale de la défenderesse se distingue suffisamment de celle de la recourante... Le juge suisse ne peut considérer que l'utilisation en Suisse par la défenderesse de sa raison sociale constitue comme telle une concurrence déloyale envers la recourante, que s'il existe en Suisse un danger particulier de confusion entre les deux maisons"*<sup>41</sup>.

Quelle est la portée de ce considérant ? Il semble que le Tribunal fédéral se sente lié par le jugement étranger parce que ce jugement porte sur la formation de la raison sociale des parties, domaine qui, selon la règle de conflit helvétique, relève du droit du pays d'origine.

Toutefois, le droit suisse régissant la protection, le danger de confusion s'apprécie selon notre tradition et nos circonstances<sup>42</sup>. Il n'y aurait donc un acte de concurrence déloyale que si un danger *particulier* de confusion avait été établi, c'est-à-dire un danger propre à la Suisse.

5. L'hypothèse d'une situation particulière à l'intérieur de nos frontières se trouve précisément réalisée dans un arrêt récent du Tribunal fédéral concernant la raison sociale 3-Suisses<sup>43</sup>.

La raison sociale d'une filiale du groupe français 3-Suisses ne peut contenir ce qui constitue une dénomination nationale en Suisse. L'intérêt pour la filiale à porter la même dénomination que la société-mère ou tout le groupe ne sera pas pris en compte, du fait que le nom fait référence à la Suisse contrairement au principe de véracité - du point de vue suisse.

6. Dans tous ces arrêts, le Tribunal fédéral a jugé du risque de confusion entre deux noms sous l'angle du droit suisse<sup>44</sup>.

*On peut déduire de l'arrêt de Terry que le droit du pays d'origine s'applique à la teneur du nom commercial et à la question des droits préférables de tiers sis dans le pays d'origine*<sup>45</sup>. En revanche, les droits préférables des tiers sis dans

<sup>40</sup> RSPIDA 1976, à 64 cons. 4b, citant ATF 91 II 125 et ATF 83 II 335.

<sup>41</sup> *Eo loc.* cons. 4 d.

<sup>42</sup> Cf. ATF 83 II 334-335 : la personnalité juridique est reconnue à une société (en vertu d'un traité bilatéral), mais cela ne dit rien sur la raison sociale que cette société peut porter en Suisse. Le droit du pays d'origine ne peut pas déployer d'effets en Suisse s'il s'agit d'un conflit avec les droits préférables de tiers.

<sup>43</sup> RSPI 1990, 48-49 s. Pour l'interdiction des références nationales indues, voir M. K. Eckert, *Bewilligungspflichtige und verbotene Firmenbestandteile*, thèse Zurich 1992, 59 s.

<sup>44</sup> Voir encore l'arrêt Fortunoff, ATF 113 II 73 (cons. non publié) et l'arrêt Gucci, ATF 116 II 614 s et divers arrêts cités, P.A. Killias, *Les raisons de commerce*, publication CEDIDAC no 16, Lausanne 1990, 51 s.

<sup>45</sup> F. Dessemontet, *op. cit.* n. 21, à 183.

des pays différents se décideront pour la Suisse d'après le droit suisse (a. Zeiss), spécialement si l'une des parties est suisse (arrêt Daimler, Chemosan, Elin<sup>46</sup>).

#### D. DOCTRINE

La doctrine se répartit en trois camps. Certains auteurs considèrent que l'article 8 CUP impose la reconnaissance *tel quel* du nom commercial étranger. D'autres au contraire renvoient au principe de territorialité. Enfin, quelques commentateurs récents analysent la nouvelle Loi fédérale de droit international privé pour en déduire un double régime correspondant aux articles 155 et 157 LDIP.

1. L'auteur sans doute le plus influent en matière de droit international de la propriété intellectuelle, Stephen Ladas, considérait que l'article 8 CUP rend

*"inapplicables les dispositions de la loi nationale qui apporteraient des restrictions à la protection des noms commerciaux étrangers, restrictions dont l'obligation du dépôt ou de l'enregistrement et l'absence de protection distincte de la marque dont le nom ferait partie ne sont dans l'article 8, que deux exemples".<sup>47</sup>*

Dans cette conception universaliste, le droit du pays d'origine régit naturellement la question des droits au nom et le conflit entre deux noms commerciaux d'entreprises étrangères qui ont le même pays d'origine.

Cette conception était partagée par une partie de la doctrine<sup>48</sup>. Elle a été rejetée dans les pays de tradition juridique allemande, dans lesquels s'est imposée la conception territorialiste que soutenait une autre partie de la doctrine<sup>49</sup>. Lorsqu'ils sont spécifiques, les auteurs de ce second courant de pensée considèrent en particulier que le droit du pays de protection régit la titularité du bien intellectuel en cause ("Rechtsträgerschaft")<sup>50</sup>, comme on l'a rappelé à l'instant. Le Tribunal fédéral a suivi partiellement cette conception dans quelques arrêts rendus à l'époque des nationalisations spoliatrices dans les pays de l'Est. Par exemple, en décidant dans l'arrêt Koh-i-noor que le droit à la marque ne constituait pas une question de titularité du droit mais de *conditions* de la protection<sup>51</sup>, le Tribunal fédéral a fait échapper au droit tchécoslovaque la question de la titularité de la marque. Mais si cette conception reste peut-être valable pour les marques en raison de la structure territoriale poussée du droit

<sup>46</sup> RSPI 1983, II, 67; ATF 82 II 77; ATF 90 II 315.

<sup>47</sup> La protection internationale de la propriété industrielle, trad. par A. Conte, Paris 1933, 725. Voir encore S. Ladas, Patents, Trademarks and Related Rights, Cambridge, Mass. 1975, 1557-1558 (critiquant encore la jurisprudence du TF mais à d'autres égards).

<sup>48</sup> Voir A. Conte, La protection du nom commercial et l'art. 8 de la Convention d'Union, la Propriété industrielle 1931, 200.

<sup>49</sup> Voir F. Ostertag, La propriété industrielle 1942, 172; A. Troller (1952), 136-137 et Der Schutz des ausländischen Handelsnamens nach schweizerischem Recht, GRUR Int. 1957, à 338-339. F. Beier, Der Schutz ausländischer Handelsnamen in Deutschland, Problemi attuali del diritto industriale, XXV rivista di Diritto Industriale, (Milan), (1977), 110 s.

<sup>50</sup> Voir par ex. Vischer, Festgabe Patentrecht, 372 et litt. citée n. 82 (pour les brevets); Beier / Schrickler / Ulmer, GRUR Int. 1985, à 105 (en général).

<sup>51</sup> ATF 83 II 326; voir déjà l'ATF 32 I 156.

des marques, elle ne vaut en tout cas pas pour le nom commercial - et le Tribunal fédéral s'est gardé de la réaffirmer dans le considérant de l'arrêt Koh-i-noor consacré au droit au nom et à la raison sociale<sup>52</sup>.

2. La doctrine la plus récente tient compte du double régime du nom commercial qui est un intérêt personnel protégé comme toute la personnalité économique, mais aussi un bien immatériel essentiel dans la concurrence commerciale sur un marché donné. Les auteurs ont accepté l'idée que le nouveau droit international privé suisse consacrerait la double coupure qui a été exposée plus haut. M. Chenux explique cependant que l'article 33 al. 2 LDIP laisse percer, de la part du législateur, une volonté d'évincer la loi personnelle dans le domaine de la protection de la personnalité; par conséquent, le droit du pays d'origine ne sera pas consulté pour savoir qui a la *titularité* du droit privatif invoqué<sup>53</sup>. Le renvoi de l'article 157 LDIP aux articles 132, 133 et 139 LDIP pour le droit applicable aux noms commerciaux non enregistrés devrait être limité par la jurisprudence, l'article 139 LDIP ne s'appliquant pas à ces noms<sup>54</sup>.

Pour sa part, M. Stäheli relève que le droit applicable au nom commercial non enregistré est déterminé soit selon l'article 133 LDIP, soit selon l'article 139 LDIP<sup>55</sup>. Dans l'hypothèse dans laquelle deux raisons sociales suisses sont en conflit à l'étranger, M. Stäheli propose cependant de ne pas appliquer le droit suisse, mais le droit du lieu de commission, renvoyant le cas échéant au droit du marché sur lequel leur concurrence se fait sentir.

Ph. Reymond relève tout d'abord l'ancienne jurisprudence concernant la formation de la raison d'une société en nom collectif étrangère<sup>56</sup>.

Cet arrêt déclare :

*"Il est indifférent que la raison de commerce de la demanderesse ne soit pas conforme aux prescriptions de la loi suisse, il s'agit en effet d'une maison étrangère et l'on a toujours admis que le choix de la raison de commerce est réglé par la législation du pays où la maison a son siège"*

<sup>52</sup> ATF 83 II 334-336.

<sup>53</sup> J.L. Chenux, 61, 281 s, (la transmissibilité du droit à l'image se juge selon la *lex loci delicti commissi*). M. Iten, conseiller national, considérait aussi lors des délibérations parlementaires que la loi du pays de protection régit l'acquisition du droit au nom ("Begründung"). Cf. Bull. CN 1986, III, 1354. A mon avis, ce n'est pas la titularité qui est visée ici, mais l'acquisition fondée sur le premier usage ("Entstehung", cf. n. 35 ci-dessus). Dans mon sens, apparemment, Schnyder, 116 (la formation du nom obéit au droit du statut personnel); voir aussi le Message, Ch. 294.3 et 294.42, 175 et 177.

<sup>54</sup> J.L. Chenux, 184. Dans le même sens (art. 139 LDIP inapplicable aux raisons sociales), voir F. Knoepfler, Ph. Schweizer, Précis de droit international privé suisse, Berne 1991, 176, no 546.

<sup>55</sup> Stäheli, 85. Plus nuancée, A.-L. Imhoff-Schreier, La loi applicable à la publicité internationale en droit international privé suisse, Annuaire suisse de droit international 1985 (XLI), à 63 : "La question de la loi applicable à une atteinte à un droit de propriété intellectuelle supposera en général résolue la question préalable de l'existence et donc de l'acquisition valable de ce droit". Pour la protection de la personnalité, cet auteur renvoie au statut délictuel (74-75 et n. 89-90). Pour le droit international privé de la concurrence déloyale, voir R. Bär, Internationales Kartellrecht und unlauterer Wettbewerb, Festschrift Moser, Zurich 1987, spéc. 157 : l'art. 132 LDIP s'applique aux raisons étrangères. Voir aussi I. Schwander, Das UWG im grenzüberschreitenden Verkehr, C. Baudenbacher, éd. Das UWG auf neuer Grundlage; Berne - Stuttgart 1989, 161 s.

<sup>56</sup> Ph. Reymond, publication CEDIDAC no 9, 1989, citant ATF 37 II 370 s.

*principal et que par conséquent une raison valable d'après la loi de ce pays est aussi valable en Suisse*<sup>57</sup>.

Ph. Reymond affirme que cette jurisprudence conserve toute sa valeur. Toutefois, ceci n'est exact que dans la mesure où les prescriptions impératives du droit suisse sont respectées<sup>58</sup>. Ceci découle déjà de l'article 160 al. 1 2ème phrase LDIP, pour les succursales des entreprises étrangères; sinon la raison sociale de l'établissement principal à l'étranger devrait être modifiée<sup>59</sup>. En bref, Ph. Reymond confirme le point de vue selon lequel le statut personnel de la société régit la formation du nom commercial.

## E. CONCLUSION

En principe, la jurisprudence *de Terry* impose la reconnaissance en Suisse d'une décision étrangère rendue pour un conflit de sociétés ayant des raisons homonymes. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LDIP, cette reconnaissance était considérée comme la prise en considération d'un fait survenu à l'étranger<sup>60</sup>. Désormais, le contenu du droit étranger est établi d'office (art. 16 LDIP) et le Tribunal fédéral peut en connaître dans le cadre du recours en réforme (art. 43a OJF). Il s'agit d'une modification importante de notre tradition quant à l'effet des décisions étrangères en matière de nom commercial. Ceci renforce l'importance du statut personnel des entreprises étrangères en ce domaine.

D'ailleurs, il ne convient pas de tourner la volonté du législateur qui a voulu la coupure entre formation et protection du nom. Or tout soumettre en vrac au statut délictuel supprimerait la portée de l'article 155 (d) LDIP. Le droit au nom est d'ailleurs un droit subjectif lié intimement à la personnalité d'une entreprise. On ne peut l'assimiler entièrement aux intérêts juridiquement protégés que protège le droit de la responsabilité civile ordinaire. Il est naturel qu'en ce qui concerne le droit de porter un nom soit déterminant, le droit du lieu où existe l'entreprise, où elle s'est organisée, où elle apparaît principalement dans les affaires, où elle entretient surtout des rapports avec les autorités.

De surcroît, l'application extensive du droit du lieu du délit ne constituerait rien d'autre qu'un retour au principe de territorialité absolu. On a déjà vu les motifs que la doctrine avait de s'en détourner avant même l'adoption de la LDIP.

De manière plus générale, les arguments que j'avais développés en faveur de l'application du droit du pays d'origine pour le titulaire du nom commercial voici une dizaine d'années conservent leur valeur. Dans l'Europe unie, les sociétés doivent être reconnues lorsqu'elles sont nées en conformité avec leur droit national, aux conditions que pose le droit européen<sup>61</sup>. La Convention sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales réserve au droit territorial ce qu'il considère comme d' "ordre public au sens du droit

<sup>57</sup> ATF 37 II 374.

<sup>58</sup> ATF 102 Ib 111, ATF 93 I 563 et citations, Ph. Reymond, 196, n. 169.

<sup>59</sup> Voir F. Dessemontet, *Les étrangers en Suisse*, 181 et n. 28.

<sup>60</sup> Id. 178.

<sup>61</sup> Voir Ph. Butty, *Les règles juridiques relatives à l'implantation des filiales et des succursales de sociétés anonymes suisses dans les pays du Marché commun*, thèse Lausanne 1983, 194 s.

international privé"<sup>62</sup>. Par analogie, le droit suisse peut continuer à intervenir lorsque l'ordre public impose son application (art. 17 LDIP). Cependant, le droit étranger va certainement s'appliquer à la titularité du nom lorsqu'un conflit divise dans le même pays étranger deux sociétés portant la même raison ou une raison similaire, le conflit en Suisse ne constituant qu'un aspect réflexe du litige au fond<sup>63</sup>.

La vraie difficulté concerne moins l'application de principe du droit étranger que la délimitation des questions qui seront résolues selon ce droit. Ce qui justifiait dans une certaine mesure la position des partisans du principe de territorialité, c'était la protection des entreprises, des commerçants et des consommateurs helvétiques. Par conséquent, pour les questions mettant en jeu cette protection, le droit étranger ne devrait pas s'appliquer. En revanche, si l'application du droit étranger ne se répercute sur aucun intérêt helvétique digne de protection, il n'est pas nécessaire de soustraire le problème de la *titularité du nom* à l'emprise du droit étranger. Le Tribunal fédéral semble se laisser guider par des réflexions analogues lorsqu'il déclare :

*"Qu'il convient d'observer une certaine réserve dans l'appréciation des raisons de commerce d'entreprises établies dans les pays parties à l'Union pour la protection de la propriété industrielle, dans la mesure où elles ne sont pas manifestement contraires à l'ordre public suisse".<sup>64</sup>*

## II. QUELQUES CAS D'APPLICATION POUR LES BANQUES

### A. LA RAISON SOCIALE DES BANQUES EN MAINS ETRANGERES

#### 1. L'article 3 bis LB en général

La banque organisée selon le droit suisse mais qui est en mains étrangères<sup>65</sup> n'est autorisée à s'établir en Suisse que si elle remplit les conditions générales de l'article 3 LB, et en outre les conditions particulières que fixe l'article 3bis LB :

- la réciprocité est garantie par les Etats où les fondateurs étrangers de la banque ou les personnes physiques ou morales qui les dominent ont leur domicile civil ou leur siège;
- la raison sociale de la banque ne doit pas permettre de conclure au caractère suisse de l'établissement, ni laisser présumer un tel caractère;
- la Banque Nationale Suisse atteste que la banque requérante lui a donné l'assurance qu'elle adhère à la politique suisse en matière monétaire et dans le domaine du crédit<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> Butty, 208.

<sup>63</sup> Voir l'arrêt Rotschild, RSPI 1988, 75 s. I. Schwander, 165, relève que le pays du siège commun de deux entreprises en concurrence détermine en France et dans le monde anglo-saxon le droit applicable à de prétendus actes de concurrence déloyale.

<sup>64</sup> ATF 102 Ib 114.

<sup>65</sup> Selon l'Annuaire de l'Association des Banques étrangères en Suisse, Genève 1992 (21ème année), on comptait 146 banques étrangères dans notre pays.

Les dispositions de l'article 3bis LB font suite à des réglementations plus anciennes, remontant à 1936<sup>67</sup>. Le but des dispositions adoptées en 1971 est double.

- a. Il s'agit tout d'abord de *police du commerce*. Les intéressés en Suisse ne doivent pas être induits en erreur quant à la nationalité des propriétaires d'une banque. Un relent chauviniste n'est pas même absent de cette première ambition du législateur

*"On a fait valoir que la protection des épargnants exigeait que le créancier puisse nettement distinguer, au vu de la seule raison sociale, s'il a affaire à une institution suisse ou étrangère. Le fait est que presque toutes les banques en mains étrangères font surtout des placements à l'étranger qui par la force des choses sont plus hasardeux que les placements en Suisse"*

déclarait le Message du Conseil fédéral en 1970<sup>68</sup>. Notre Gouvernement s'exprimerait-il encore dans ces termes par exemple après l'affaire du Crédit Suisse, et celle des Banques Cantonales de Bâle, Berne et du Valais ? Que des banques étrangères ou des sociétés financières dominées par des étrangers - parfois établis en Suisse, donc qui ne sont pas des étrangers au sens de l'article 3bis LB ! - aient connu des déboires montre bien que les risques du métier sont équitablement répartis. L'essentiel est qu'une banque honore ses engagements et se tire avec honneur de ses difficultés. L'article 3bis LB n'ajoute rien à la protection des intéressés en Suisse; à cet égard, l'article 3 LB est seul important.

- b. L'article 3bis LB avait également un but de politique économique<sup>69</sup> : il convenait de favoriser l'implantation à l'étranger de nos banques en monnayant l'accès à la place financière helvétique. Ces considérations de réciprocité ont été remises à l'honneur par les Américains dans les années 1980, qu'il s'agisse des négociations commerciales ou de la propriété intellectuelle<sup>70</sup>. On ne s'étonnera donc pas qu'un petit pays sans ressources naturelles les ait arborées en 1970. En fait, le succès des exigences de réciprocité paraît fort mince, qu'il s'agisse des pays de l'Est<sup>71</sup> ou du Japon<sup>72</sup>. On observe que la loi ne subordonne pas la délivrance de l'autorisation à

<sup>66</sup> Voir en général B. Müller, La pratique de la Commission fédérale des Banques, Zurich 1987, 88 s.

<sup>67</sup> Décision de la Commission fédérale des Banques du 15 février 1936, concernant l'exercice de leurs activités par les banques étrangères en Suisse, remplacée par la décision du 18 janvier 1968 sur le même objet, puis par l'arrêté fédéral du 21 mars 1969 instituant le régime du permis pour les banques en mains étrangères, RO 1969, 450. Voir en général E. Duperrex, FJS 1336, 1-2.

<sup>68</sup> FF 1970 I 1167.

<sup>69</sup> Pour la distinction entre les lois de *police* économique et celles de *politique* économique, voir L. Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2ème éd., Berne 1983, 44 s et 50 s; R. Rhinow, Commentaire de la Constitution fédérale (1988), no 140 ad art. 31 Cst. féd.

<sup>70</sup> Cf. F. Curchod, Mélanges Voyame, Lausanne 1989, 55 s.

<sup>71</sup> Une banque russe s'établissant à Zurich (dans l'atmosphère des années 1960, où l'on interdisait même à David Oïstrakh d'y donner des concerts) a déclenché la révision de 1968/1971. Par la force des choses, la condition de réciprocité ne pouvait alors être appliquée à la banque russe. Cf. A. Lévy, Colloque international - L'avant-projet de loi fédérale sur les banques - Genève 1984, 44.

<sup>72</sup> Pour le succès limité de nos exigences vis-à-vis du Japon, voir le Rapport de gestion de la CFB 1991, 223. La réciprocité a été reconnue avec la plupart des Etats membres de la communauté européenne, l'Autriche, le Canada, la Finlande, Hong Kong, Israël, le Japon, la Norvège, la Nouvelle Zélande, la Suède, la Turquie et une douzaine d'Etats des Etats-Unis d'Amérique du Nord.

l'existence dans le pays d'origine d'une surveillance au moins aussi efficace que celle qu'assure la Commission fédérale des Banques - ce que prévoyait l'avant-projet d'août 1982.

Contrairement à des avis plus tranchés, il ne me paraît pas inutile de maintenir ces dispositions dans le droit futur. Après l'échec de l'Espace Economique Européen, la "Realpolitik" commande d'utiliser l'argument de la réciprocité comme nos partenaires en affaires. Ce ne sera pas inutile par rapport à de nouvelles puissances financières, comme la Corée du Sud. D'ailleurs, le projet de révision du 4 mars 1992 se bornait à préparer l'EEE, mais ne modifiait pas l'article 3bis LB, contrairement à l'avant-projet de 1982.

## 2. La raison sociale en particulier

Les dispositions sur la raison sociale ont un but de *police du commerce*. Il convient de protéger les investisseurs en Suisse contre les raisons de commerce fallacieuses.

Certes, lors des débats parlementaires, le projet du Conseil fédéral a été atténué. Alors que notre Gouvernement proposait que la raison sociale fasse ressortir l'appartenance de l'institut bancaire à des capitaux étrangers, le Parlement a décidé que la raison sociale ne devrait pas induire en erreur en faisant croire au caractère suisse de la banque. Cette nuance est essentielle, car la protection contre une raison fallacieuse suppose que l'on se fonde sur des hypothèses relatives au public cible. Selon les articles 944 s CO également, le fait que le public soit trompé ou non constitue le critère essentiel du juge saisi<sup>73</sup>. La loi protège toutes les personnes qui pourraient entrer en relations commerciales, de quelque manière que ce soit, avec le titulaire de la raison en cause<sup>74</sup>. Il me paraît évident que les personnes en cause ne sont pas uniquement les épargnants et les commerçants établis en Suisse, mais tous ceux qui peuvent entrer en contact avec les banques sises en Suisse, par exemple les clients étrangers établis à l'étranger<sup>75</sup>.

Dès lors, l'article 3bis LB et l'article 944 CO se comprennent comme une réglementation unilatérale visant à régler le nom commercial des entreprises bancaires établies en Suisse pour sauvegarder les intérêts des épargnants, des commerçants ou des investisseurs où qu'ils se trouvent. La portée universaliste, extra-territoriale de cette norme apparaît clairement, si l'on songe par exemple aux succursales que les banques suisses en mains étrangères peuvent établir à l'étranger, ou à leurs filiales, si le droit étranger impose l'établissement d'une filiale plutôt que d'une succursale ou d'une représentation. Il n'est pas certain que le Parlement ait légiféré dans cette perspective, les intérêts du marché suisse en Suisse étant à cette époque perçus avec plus d'intensité que ceux du marché financier suisse à l'étranger. Entre-temps, le Concordat de Bâle a posé le principe de l'intervention prioritaire de l'autorité de surveillance du pays de la société mère<sup>76</sup>, ce qui suppose que les autorités suisses ne peuvent se

<sup>73</sup> Par ex., ATF 102 II 309; voir en général mon article dans l'Expert comptable suisse, 1985, 220.

<sup>74</sup> RSPI 1986, 273; ATF 95 I 280 (refusant la raison "International Bank of Berne").

<sup>75</sup> Cf. ATF 98 II 61-63.

<sup>76</sup> Cf. B. Kleiner, Kommentar (1990), n. 10 ad art. 2 LB.

désintéresser de l'effet à l'étranger de notre pratique en fait de raisons sociales bancaires.

On en arrive ainsi, par d'autres voies, à remettre en honneur le principe universaliste que Ladas et d'autres avaient soutenu pour les noms commerciaux<sup>77</sup>. Nous devons reconnaître que les règles étrangères prévalent dans une certaine mesure pour la formation des raisons sociales d'entreprises étrangères, en particulier pour la titularité du nom commercial. De surcroît, comme nous l'avons vu, l'article 10bis CUP nous interdit d'exiger la réciprocité en matière de raisons sociales<sup>78</sup>. Réciproquement, au moment de légiférer, nous devons être conscients du fait que nos règles s'appliquent à l'étranger, et qu'il nous incombe de prendre en compte les intérêts du public et des milieux d'affaires étrangers - parfois même les dispositions d'application immédiate du droit étranger<sup>79</sup>.

### 3. La pratique de la Commission fédérale des Banques

Dans cette perspective universaliste, la pratique de la Commission fédérale des banques prend tout son relief.

D'une part, la Commission - à la suite du législateur - a sauvé les droits acquis des banques qui étaient déjà en mains étrangères en 1969<sup>80</sup>. Le Parlement avait expressément refusé un effet rétroactif à l'arrêté urgent de 1969<sup>81</sup>. L'avant-projet de 1982 sauvait également les droits de ces instituts bancaires<sup>82</sup>. Ce faisant, le législateur montre que les intérêts privés à la conservation d'une raison sociale méritent aussi l'attention, dans la pesée des intérêts en présence, à côté de la protection des épargnants et des commerçants.

En second lieu, la commission considère qu'une société dominée à raison de 45% du capital social par un étranger auquel font face cinq actionnaires suisses est dominée d'une "autre manière" au sens de l'article 3bis LB<sup>83</sup>.

*A contrario*, M. Kleiner a, semble-t-il, raison de suggérer qu'une société dont la majorité des actionnaires est étrangère demeure suisse lorsqu'un important noyau dur de son actionariat est suisse.

D'ailleurs, le Tribunal fédéral semble avoir publié une seule décision en désaccord avec la pratique de la Commission, l'arrêt Econ Bank AG<sup>84</sup>. Aux termes de cet arrêt, une désignation de fantaisie est admissible pour la raison

<sup>77</sup> Voir ci-dessus n. 47 s.

<sup>78</sup> Voir texte à n. 12 ci-dessus.

<sup>79</sup> Voir pour l'art. 19 LDIP, La propriété intellectuelle et les licences, Dessemontet, Mélanges von Overbeck, 735-737.

<sup>80</sup> Décision du 14 octobre 1976, Bull. CFB 1 (1977), 27.

<sup>81</sup> Le Conseil fédéral voulait contraindre les banques étrangères à s'adapter dans un délai de trois mois. Le Conseil des Etats avait limité cette obligation aux banques dominées depuis moins de dix ans par des étrangers (Bull. Stén. CdE 1968, 341). Le Conseil national l'a entièrement abandonnée (Bull. Stén. CN 1969, 21).

<sup>82</sup> Art. 64 al. 4.

<sup>83</sup> Décision du 22 février 1977, Bull. CFB 1 (1977), 22 s.

<sup>84</sup> ATF 98 Ib 375; appréciez aussi le cons. 4c, 382 : "Wie aufgrund der Beratungen in den eidgenössischen Räten festgestellt werden kann, bestand beim Gesetzgeber keine Klarheit über Bedeutung und Tragweite der gleichlautenden Bestimmungen in Art. 3bis Abs. 1. lit. b BankG und Art. 1 Abs. 1 lit. b BB 1969".

sociale d'une banque en mains étrangères. La Commission s'y est d'ailleurs pliée en en déduisant les conséquences pour une autre société qu'elle avait contrainte de mentionner "banque à capital étranger" : elle a accepté que ces termes disparaissent de la raison sociale<sup>85</sup>.

De surcroît, il convient de relever que l'article 49 de la nouvelle loi sur la protection des marques protège les indications de provenance. Il prend en considération les critères suivants pour déterminer la provenance :

- a. le siège social de la personne qui fournit les services;
- b. la nationalité des personnes qui exercent le contrôle effectif de la politique commerciale et de la direction;
- c. le domicile des personnes qui exercent le contrôle effectif de la politique commerciale et de la direction.

Cette disposition s'applique aussi aux services bancaires. Or l'article 47 al. 3 interdit l'usage d' "*un nom, d'une adresse ou d'une marque en rapport avec des produits ou des services d'une autre provenance lorsqu'il crée un risque de tromperie*". Et par nom, il faut entendre également une raison sociale. Or, le siège social helvétique d'une banque en mains étrangères (lit. a) n'est pas un critère suffisant pour admettre qu'elle se targue de fournir des services de "banque suisse". Le domicile des dirigeants en Suisse (lit. c) est imposé par la législation bancaire et l'art. 708 al. 1 CO et n'est guère suffisant pour considérer qu'une banque est suisse au sens de l'article 49 LPM. Il reste donc comme unique critère la *nationalité des dirigeants effectifs*.

La nouvelle loi corrobore donc l'opinion de M. Kleiner : ce n'est pas un actionnariat dispersé en mains étrangères, mais la nationalité des dirigeants effectifs qui fournit le critère central pour savoir si l'indication de provenance est fallacieuse ou non.

Un seul dirigeant étranger, ou une minorité de dirigeants effectifs de nationalité étrangère ne suppriment pas le caractère helvétique d'une banque, pas plus que le caractère suisse de telle multinationale n'est mis en doute du fait que son président ou son administrateur délégué est étranger.

Toutefois, ce critère est d'appréciation délicate. Le droit des sociétés anonymes impose une majorité d'administrateurs de nationalité suisse (art. 708 al. 1 CO). Il convient donc d'identifier les dirigeants effectifs pour appliquer l'article 49 LPM.

En attendant une modification de la loi sur les banques, celle-ci continue à s'appliquer pour la raison sociale des instituts bancaires en plus de l'article 49 LPM. D'ailleurs, les "conditions supplémentaires" et les "principes ... prescrits pour les prestations de service considérées" sont réservés par l'article 49 al. 2 LPM.

---

<sup>85</sup> Décision du 2 septembre 1976, Bull. CFB 1 (1977), 30 s.

Pour conclure sur ce point, les propositions de M. Kleiner sont dignes d'intérêt. Elles ne sont pas conformes au droit actuel, mais M. Kleiner a raison de souligner qu'au droit nouveau des sociétés anonymes peut correspondre une nouvelle pratique pour les raisons sociales des banques helvétiques dont les actions sont accessibles au public étranger. Le critère absolu demeurera la véracité des raisons sociales. Aucune norme générale ne permettrait de régler à l'avance toutes les difficultés qui peuvent se présenter. Cependant, la pesée des intérêts en présence conduira par exemple à tenir compte de droits acquis depuis très longtemps par une institution bancaire. De même, la différence des versions linguistiques pourra amener à des constatations intéressantes. Ainsi, la raison sociale "Union Bank of Switzerland" est en somme moins admissible - pour un institut qui viendrait à être possédé par des actionnaires isolés de l'étranger - que la raison "Union de Banques Suisses", car cette seconde raison indique que les banques fusionnées elles-mêmes étaient helvétiques, mais ne dit rien sur l'institut résultant de leur union. A vrai dire, si l'on a toléré la Banque du Gothard, la Banque du Simplon, la Banque Val Lugano ou la Banque Commerciale de Lugano au nom des droits acquis<sup>86</sup>, a fortiori peut-on admettre une appréciation plus souple encore s'agissant d'établissements dont le management et la base historique sont helvétiques. On se demandera même avec M. Alain Lévy si une indication sur l'actionnariat dans le rapport de gestion ne suffirait pas à prévenir les risques subsistant pour les épargnants suisses et étrangers<sup>87</sup>. De toute manière, la pratique large en fait de raisons sociales antérieures à 1969 entraîne qu'on ne peut se fier à la seule raison sociale d'une banque pour savoir si elle est suisse ou non. D'ailleurs, les *ratings* internationaux sont sans doute, à tout prendre, des indications plus utiles que les raisons sociales ou le caractère suisse d'un institut quant au crédit des banques avec lesquelles on envisage d'entrer en contact.

## B. Les banques privées

### 1. La pratique

La Commission des Banques et le Registre du commerce admettent très largement l'utilisation des termes "banque privée", et depuis fort longtemps<sup>88</sup>. Ceci se comprend fort bien. Assurément, le terme "privée" est d'un usage plus délicat dans le domaine bancaire. En fait, ce terme revêt plusieurs significations :

- a) Est une banque privée toute banque qui n'est pas possédée par un Etat cantonal ou une corporation de droit public, ou investie d'un statut juridique particulier. Ce sens se retrouve par exemple dans la doctrine juridique

<sup>86</sup> Voir ATF 98 Ib 379. Quant à son résultat relativement libéral, cette décision est critiquée par Duperrex, 7 et par Ch. Müller, Die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb einer nach schweizerischem Recht organisierten Bank, thèse Zurich (Berne) 1978, 143-145.

<sup>87</sup> Op. cit., 57.

<sup>88</sup> Ex. : "Banque Privée Edmond de Rothschild S.A." (1924); "Banca Privata Solari & Blum S.A." (1926); "Paribas Privatbank AG" (1972); "Privat Kredit Bank" (1958); "Wirtschafts- und Privatbank AG" (1959); "Privatbank für Ärzte, Zahnärzte und Tierärzte AG" (1979); "Privatbank Vermag AG" (1987); "PGB Privatbank Genève S.A." (1987); "Trafina Privatbank AG" et "Cantrade Banque Privée S.A." (raisons sociales aimablement communiquées par le professeur P. Nobel).

lorsqu'elle commente l'article 763 CO ou les articles 100 et 101 CO<sup>89</sup>. Le même sens se retrouve dans l'expression "privatiser" une banque.

- b) Peut également être une banque privée une banque dont l'actionnariat est constitué d'une ou plusieurs personnes en nombre restreint, de telle sorte que le grand public ne peut guère acheter des titres de cette société, alors même qu'ils seraient cotés en bourse. La "banque privée" est en somme une société privée, c'est-à-dire une société anonyme dont les actions ne sont pas dispersées dans le public. C'est sans doute dans ce sens que le Registre du commerce puis la CFB ont autorisé dès 1924 certaines banques à s'intituler banque privée.
- c) Pour le droit bancaire et la pratique suisses, l'expression "banque privée" possède encore une autre connotation : est un banquier privé celui qui bénéficie des exemptions prévues dans la loi sur les banques<sup>90</sup>. Il s'agit de banques constituées sous une raison individuelle, et plus souvent en société en nom collectif ou en commandite, dans lesquelles une personne physique répond sans limitation de montant. Ne font partie de l'Association des banquiers privés que les banques qui remplissent cette condition. L'exemple récent d'une ancienne banque privée genevoise transformée en société anonyme et qui ne fait plus partie de l'Association bien qu'elle possède un actionnaire dominant manifeste avec clarté ce que les milieux bancaires entendent par "banquier privé".

Dans de nombreuses sociétés anonymes de banque, le contact personnel entre les clients des banques et leurs propriétaires économiques existe peut-être aussi bien que dans une banque privée, mais ce ne sont pas des banquiers privés. A ce point de vue, la connotation de cet adjectif utilisé dans la raison sociale pourrait être trompeuse pour la clientèle qui ne serait pas au courant des subtilités de la législation helvétique sur les banques.

- d) D'un autre côté, il semble qu'une évolution récente se dessine dans la signification des termes "banque privée", une évolution encore plus sensible dans l'expression anglaise "*private banking*". Ces termes en viennent à désigner davantage un mode de conduite des affaires qu'un statut précis. On fait allusion au caractère personnel de l'accueil des clients et du suivi de leurs dossiers, à la discrétion accrue qui entoure peut-être les opérations entreprises, à l'accent mis sur la gestion de fortune, donc du patrimoine privé des individus ou de leurs fonds de prévoyance. Le public en contact avec les milieux bancaires de Suisse, qu'il réside en Suisse ou à l'étranger, est conscient de cette évolution intervenue depuis septante ans.
- e) Il n'est pas nouveau qu'un terme descriptif change légèrement de sens, au point que l'une de ses connotations nouvelles supplante un autre sens plus ancien. La jurisprudence en matière de raisons de commerce donne des exemples de ce phénomène. Ainsi, le terme "industrie" a finalement été admis pour une entreprise de taille moyenne, dans un arrêt de 1980, en tout

<sup>89</sup> Voir par ex. D. Guggenheim, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 1ère éd. Genève, 1981, 61.

<sup>90</sup> Cf. les art. 4 al. 4, 5 al. 2 et 6 al. 6 LB, ainsi que les art. 3 et 27 al. 3 OB de 1972 révisée le 23 août 1989 (ROLF 1989, pp. 1772 s). En général, cf. Ch. Rahn, Die rechtliche Stellung des Privatbankiers, thèse Zurich 1984, 35 s.

cas dans sa forme plurielle<sup>91</sup>, tandis qu'il avait été rejeté en 1946, motif pris que le mot industrie ne devrait être utilisé que pour désigner l'ensemble de l'activité professionnelle qui consiste à acquérir des matières premières pour en faire des produits et les façonner<sup>92</sup>.

Dans une situation de ce genre, il convient de se demander si le terme incriminé est trompeur pour le lecteur moyen<sup>93</sup>, ou pour un public usant d'une attention moyenne<sup>94</sup>. On tiendra compte tout particulièrement des milieux avec lesquels l'entreprise est en contact direct<sup>95</sup>. Or, l'on vient de voir que les milieux d'affaires suisses sont conscients du glissement de sens des termes "banque privée", de même que les milieux internationaux où une signification étroite du concept n'a probablement plus cours depuis longtemps. Des publicités à l'intention du public international, il ressort clairement que l'on utilise désormais les mots "*private banking*" dans un sens assez large. Je conclus donc sur le point qu'en dépit de certaines objections de principe tenant aux particularités de la banque privée helvétique, l'emploi de l'adjectif "privé" n'est trompeur ni directement, ni indirectement.

En revanche, les termes "banquiers privés" ne peuvent pas être employés par n'importe quel institut bancaire<sup>96</sup>.

## 2. Les patronymes suisses dans les banques en mains étrangères

Une dernière remarque combinera les réflexions faites pour les banques en mains étrangères et les banques privées. Parfois, lorsqu'elles se transforment en sociétés anonymes, les banques privées se vendent, ou se sont déjà vendues. Il leur arrive aussi de se vendre et de se revendre. Des patronymes notoires, D., F., G., H., L., O. et P. par exemple, au moins aussi connus que le patronyme "Tobler" cité dans la littérature<sup>97</sup>, pourraient ainsi orner les enseignes de "banques privées" en mains étrangères, actives par exemple dans les Caraïbes ou ailleurs.

La Suisse peut-elle tolérer ceci ?

L'étude de cette question en droit international privé nous conduit à penser que les instances de surveillance de la société bancaire suisse, le cas échéant le juge suisse qui serait saisi d'un litige veilleront aux intérêts des investisseurs et des épargnants étrangers. Certes, le nom social d'une entreprise est l'un de ses actifs, et il bénéficie donc d'une protection imprescriptible dans le temps. De surcroît, la jurisprudence suisse admet que le patronyme inséré dans une raison sociale de personne morale demeure dans cette raison même après le départ de

<sup>91</sup> Arrêt La Nationale S.A., ATF 106 II 352. Voir cependant l'arrêt Eur-Control Marketing S.A. rendu par le TF le 18 novembre 1980, SAS 1983, p. 177 = RSPI 1986, p. 288, dans lequel le TF tente de réconcilier sa jurisprudence de 1946 et celle de 1980.

<sup>92</sup> ATF 72 I 360 = JdT 1947 I 335.

<sup>93</sup> ATF 100 Ib 243 = JdT 1976 I 526.

<sup>94</sup> ATF 91 I 215 = JdT 1965 I 630.

<sup>95</sup> RSPI 1980, 186 = Sem. jud. 1980, 497 s.

<sup>96</sup> Cf. B. Kleiner, Kommentar, n. 43 ad art. 1 LB.

<sup>97</sup> Décision de la CFB du 2 septembre 1976, Bull. CFB 1 (1977), 31.

l'intéressé<sup>98</sup>. Cependant, la conjonction de ces deux principes peut aboutir à permettre l'exploitation d'un nom notoire de banquier dans des circonstances trompeuses. Il se justifierait, le cas échéant, de raisonner par analogie avec le Tribunal fédéral : même si une raison sociale patronymique est constituée de façon conforme à la loi, son usage est susceptible de tomber sous le coup d'autres normes, par exemple de la loi sur la concurrence déloyale<sup>99</sup>.

#### D. CONCLUSION

La raison sociale est un phare, qui signale de loin l'existence d'une entreprise. Or, les banques vivent de confiance, elles ont besoin d'être connues, d'être identifiées, d'être respectées. Le droit des raisons sociales bancaires est donc promis à un bel avenir.

---

<sup>98</sup> Arrêt du TF du 6 octobre 1992 (non publié) : MacCooperative, Genossenschaft der Macintosh-Anwender (in Gründung) c. Direktion der Justiz des Kantons Zürich; ATF 79 II 182 (S.A.); RSPI 1979, 178; SAS 1944/1945, 43.

<sup>99</sup> ATF 85 II 330.

## Abréviations

Abs.	Absatz
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
Bull. CFB	Bulletin de la Commission fédérale des Banques
Bull. CE	Bulletin des Communautés européennes
Bull. Stén. CdE	Bulletin sténographié du Conseil des Etats
Bull. Stén. CN	Bulletin sténographié du Conseil national
CC	Code civil suisse
Cf.	conferre
CFB	Commission fédérale des Banques
CO	Code des obligations suisse
cons.	considérant
Const. féd.	Constitution fédérale
ex.	exemple
Disp. trans.	dispositions transitoires
EEC	European Economic Community
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
IPR	Internationales Privatrecht
JdT	Journal des Tribunaux
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur de 1992
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
litt.	littera
n.	note
no	numéro
op cit.	opere citato
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle
RSPIDA	Revue suisse de la propriété intellectuelle et du droit d'auteur (jusqu'en 1985).
s	pages suivantes
Sem. jud.	Semaine judiciaire
spéc.	spécialement
TF	Tribunal fédéral
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb