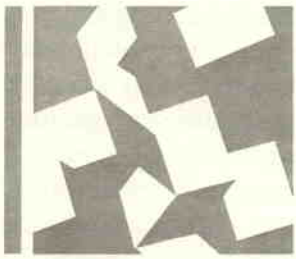
CEDIDAC Juin 1991



Bulletin d'information N° 15

I. Le point sur la peine conventionnelle lors de la résiliation des contrats de service

En 1990, le Tribunal fédéral a rendu entre autres deux arrêts sur la peine conventionnelle convenue pour la résiliation des contrats.

A

1) Dans une cause jugée le 24 avril 1990, la Première Cour civile devait décider du délai de prescription applicable à la restitution d'une **peine conventionnelle** qu'une société gérant un hôtel au bénéfice d'un contrat de management s'était versée à elle-même par virement d'un compte de l'hôtel géré, duquel elle disposait.

a) L'action en restitution de ce montant avait été rejetée comme prescrite par la juridiction inférieure. Le Tribunal fédéral a cassé le jugement entrepris et a renvoyé la cause au Tribunal cantonal compétent. Il a considéré que le délai de prescription décennal de l'article 127 CO s'applique lorsque le mandataire a disposé de biens ou d'actifs appartenant au mandant d'une manière qui n'est pas conforme au contrat. Le Tribunal fédéral restreint ainsi la portée d'un arrêt rendu à propos du contrat d'entreprise et publié aux ATF 107 II 220 (= JdT 1982 I 598), dans lequel il avait jugé que le droit au remboursement du prix de l'ouvrage payé en trop découle non du contrat, mais des dispositions sur l'enrichissement illégitime.

En vertu de l'article 400 CO, le mandataire est soumis à l'obligation de rendre des comptes. Il convient donc d'examiner si le prélèvement spontané de la peine conventionnelle par le mandataire était fondé sur une clause contractuelle valable.

b) Le Tribunal fédéral saisit alors l'occasion qui lui est offerte de qualifier le **contrat de management**. Il ne s'agit pas d'un contrat de mandat typique, mais d'un contrat mixte, qui comprend d'autres éléments que ceux du mandat. Il ne s'agit pourtant pas d'un contrat de fourniture de personnel comme celui qu'on conclut avec une agence de travail temporaire, puisque la direction du personnel hôtelier est confiée à l'entreprise de management. Il ne s'agit pas non plus d'un simple contrat de société simple, mais bien d'un contrat mixte comprenant certains caractères propres au mandat et au contrat de société simple.

c) L'article 404 alinéa 1 CO[1] s'applique aux con-

1. Art. 404 al. 1 CO : «Le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps».

trats mixtes auxquels il paraît approprié, c'est-à-dire ceux qui supposent une **relation de confiance** entre les parties, cette confiance revêtant une importance particulière. En l'espèce, le propriétaire de l'hôtel géré supportait seul les risques liés à l'entreprise, bien que les deux parties fussent intéressées au profit. De plus, il laissait le gérant disposer des comptes de l'hôtel.

d) N'est donc pas valable sans autre l'accord des parties prévoyant une peine conventionnelle au cas où l'hôtel serait, durant une période de quatre ans et demi, vendu à un tiers qui ne reconduirait pas l'entreprise de management dans ses fonctions. **La peine conventionnelle ne doit pas dépasser le cadre de ce qui serait dû aux termes de l'article 404 alinéa 2 CO**[2]. A cet égard, il n'est toutefois pas indispensable que le mandataire fasse valoir qu'il a entrepris des investissements rendus inutiles par la résiliation du contrat.

En l'espèce, la peine conventionnelle était fixée en proportion des honoraires annuels dus, à un taux dégressif avec les ans. La clause en question revêt d'autant plus le caractère d'une peine conventionnelle que la résiliation a lieu plus tôt. Sa validité est d'autant plus incertaine. Par conséquent, il convient d'examiner si la résiliation a eu lieu «en temps inopportun», c'est-à-dire si l'autre partie y a donné lieu et si la résiliation comporte des désavantages pour elle compte tenu du moment auquel on la lui signifie et des dispositions qu'elle avait prises.

2. Art. 404 al. 2 CO : «Celle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit toutefois indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause».

En bref, cet arrêt confirme la validité de principe d'une clause pénale dans un contrat soumis à l'article 404 CO, mais il laisse planer des doutes sur les limites apportées à la liberté des parties de fixer d'un commun accord le montant du dommage qui devra être indemnisé en cas de résiliation du contrat. Aux motifs de réduction traditionnels déduits de l'article 163 alinéa 3 CO[3] viennent s'ajouter des motifs propres à la systématique du mandat. Fondé sur des relations de confiance particulières, le contrat mixte doit pouvoir être révoqué en tout temps. Une peine conventionnelle ne peut pas limiter ce droit de révocation. **Si la résiliation n'est pas inopportune, c'est-à-dire en réalité inopportune et injustifiée, le montant de la peine ne sera pas dû.**

De surcroît, la peine ne sera pas valable si elle a pour but de compenser le bénéfice qui échappe à l'entreprise de services (voir déjà ATF 110 II 386 = JdT 1985 I 279).

2) Dans un arrêt du 19 septembre 1990 déjà rapporté dans le précédent bulletin d'information CEDIDAC (No 14, pp. 10-11), le Tribunal fédéral a précisé que **la garantie de provision dans le contrat de courtage n'a pas le caractère d'une clause pénale**. En effet, son but est d'assurer au courtier la rémunération due pour ses efforts, même si le mandant refuse le contrat que le courtier lui propose. La garantie de provision n'a donc pas pour but de limiter la possibilité de résilier le contrat.

3. Art. 163 al. 3 CO : «Le juge doit réduire les peines qu'il estime excessives».

B

Cette jurisprudence appelle deux observations.

1) La différence entre la «garantie de provision» et la «clause pénale» qu'on rencontre dans un contrat de management est assez délicate. On voit bien que la garantie de provision rémunère le courtier pour les efforts déjà accomplis lorsqu'il a présenté un acheteur potentiel au vendeur. Son bénéfice est compris dans cette garantie. De même, la clause pénale sanctionnant une résiliation intempestive d'un autre contrat de service devrait souvent, dans l'esprit des parties, couvrir les bénéfices manqués par l'entreprise de services à la suite de la résiliation. En effet, les activités de service comme le management entraînent fréquemment des profits à plus long terme. Lorsque les parties ont décidé de les partager, pourquoi ne pas tolérer qu'une clause pénale compense ce bénéfice perdu ? Si l'entreprise de services a fait tout ce que le contrat exige d'elle - ce qui constitue une condition pour l'application de l'article 404 alinéa 2 CO, il ne paraît pas naturel qu'elle ne puisse en retirer la rémunération, partiaire, normalement différée au fil des ans; il convient au contraire qu'elle puisse se prémunir contre une résiliation anticipée et intempestive au moyen d'une peine conventionnelle comprenant son bénéfice manqué.

2) L'investissement d'un gestionnaire est presque purement intellectuel, immatériel. Il réunit une équipe de direction, il communique des techniques, il met à profit des relations d'affaires, sa connaissance des médias et des sup-

ports publicitaires, son savoir-faire. L'article 404 alinéa 2 CO ne vise pas ce type d'«investissement» intellectuel, il se limite aux «dépenses» faites en pure perte. Sur ce point, l'évolution des affaires conduit à abolir la différence existant entre une «dépense» en numéraire et un «investissement» intellectuel. Assurément, l'évaluation des investissements faits en vain est délicate. La technique de la clause pénale permet justement de lever cet obstacle, en donnant au juge une première appréciation des intérêts en jeu. Il sera toujours libre de la réduire lorsque l'équité le demande.

François Dessemontet

II. JURISPRUDENCE

1. Marques de fabrique - action en cessation de trouble - concurrence déloyale

Faits:

La demanderesse A, une célèbre société anonyme italienne spécialisée dans la mode et les produits de luxe, portant le nom de son fondateur (B), a déposé deux marques internationales, l'une en 1977 et l'autre en 1980. Ces marques sont également protégées en Suisse où les produits de A sont vendus par des preneurs de franchise.

Le défendeur B, petit-fils du fondateur de la société A, s'est lancé à son propre compte dans le design de mode, d'accessoires de mode, de meubles et de lampes. En 1982, il a déposé une marque internationale incorporant ses nom et prénom, ainsi que ses initiales encerclées. Cette marque est protégée en Suisse depuis 1984, mais elle n'a à ce jour jamais été utilisée.

Le 25 juin 1987, la société A a déposé auprès du Tribunal de Commerce du canton de Berne une **requête en nullité de la marque internationale** de B, tendant également à interdire à B l'utilisation de son nom ou de ses nom et prénom comme désignation dans ses affaires.

Le 8 novembre 1989, le Tribunal de Commerce a déclaré nulle la partie suisse de la marque internationale de B et lui a interdit l'utilisation de son patronyme, accompagné ou non de son prénom, comme désignation pour des activités commerciales touchant des produits que les marques internationales de la demanderesse A protègent.

Dans son recours en réforme, le défendeur conclut à l'annulation de la décision attaquée, au déboutement de la demanderesse et au renvoi de la cause devant l'instance cantonale pour nouvelle décision. La demanderesse a interjeté un recours joint dans lequel elle conclut à ce que soit interdit à B, sous menace de sanctions pénales, d'utiliser son patronyme, avec ou sans son prénom, comme désignation, en matière commerciale, de produits qui ne sont pas fabriqués par la demanderesse. A et B concluent au rejet des conclusions de la partie adverse.

Droit:

[1...]

2) Le défendeur allègue que l'interdiction qui lui a été faite n'est pas assez précisément formulée et qu'elle viole de ce fait le droit fédéral.

a) Pour justifier une **action en cessation de trouble**, l'interdiction doit porter sur un comportement clairement défini (ATF 97 II 93). L'intimé doit savoir ce qui lui est interdit et les autorités savoir ce qu'elles ont à empêcher ou à réprimer. Sur plainte ou requête, reprochant un nouvel acte interdit au défendeur, le juge (pénal ou d'exécution) doit se borner à vérifier si les conditions de faits sont réunies.

b) L'interdiction suivante satisfait aux exigences de précision fixées par le droit fédéral (ATF 115 II 92):

«Il est fait interdiction au défendeur (B) d'utiliser dans ses affaires commerciales les désignations «B»/»P B» en rapport avec des produits protégés par les marques internationales x et y (de A)».

Le Tribunal de Commerce estime qu'il y a **risque de confusion** entre les marques de A et de B et prohibe par conséquent l'utilisation de la marque la plus récente. Il estime en outre que l'utilisation, par B, des désignations «B» ou «P B» constitue un acte de concurrence déloyale (au sens de l'art. 3 lit. d LCD), pour des produits qui entraient, à l'époque du jugement, dans la catégorie de ceux que protégeaient les marques de A. Le Tribunal de Commerce limite **l'interdiction** aux relations commerciales et n'exclut pas le droit que pourrait avoir B à utiliser son nom en matière de droit d'auteur, pour une utilisation non professionnelle, ou dans le cas contraire avec une adjonction suffisamment distinctive. En raison de la clarté de l'interdiction formulée, le juge d'exécution ou pénal, saisi d'une requête de A, n'aura qu'à résoudre des questions de faits pouvant sans difficulté être jugées dans la suite de la procédure.

3) Le défendeur prétend que le Tribunal de Commerce a admis à tort qu'un danger existait que l'acte prohibé soit commis.

a) Une action en cessation de trouble présuppose un **intérêt juridiquement protégé** et suffisant, de nature matérielle et qui n'existe que lorsqu'il y a un risque imminent que l'acte illicite ne soit commis (ATF 109 II 346, cons. 3 et références). Cela présuppose soit que le défendeur a déjà commis une violation et qu'on ne peut exclure une récidive, soit que des éléments concrets font penser qu'il est prêt à commettre une première violation (ATF 104 II 134 et références).

b) Dans la présente cause, il s'agit d'une première violation, car le défendeur n'a pas utilisé à ce jour sa marque en Suisse, ni développé d'autre activité commerciale. Le Tribunal de Commerce conclut de l'inscription de la marque ainsi que des déclarations de B qu'il a l'intention de l'utiliser et selon toute vraisemblance au delà du droit des marques. Le Tribunal justifie ainsi le prononcé d'une **interdiction faite dans l'optique du droit de la concurrence**. Cette intention d'utilisation admise par le Tribunal de Commerce est une appréciation des preuves qui lie le TF dans le recours en réforme (ATF 115 II 486, c. 2a).
Il n'y a pas d'inadvertance manifeste, comme le prétend B. Dans l'enquête, le Tribunal de Commerce a saisi le sens effectif d'une déclaration faite par le défendeur, telle qu'elle a été exprimée et est ainsi parvenue par l'appréciation des preuves à une constatation qui lie le TF. Il ne s'agit pas d'une déclaration sortie de son contexte et elle ne viole pas le droit fédéral. Il est tout à fait conforme à l'expérience générale que l'inscription d'un nom en tant que marque se fasse dans l'intention d'utiliser ce nom de manière étendue à des fins commerciales et pas uniquement à des buts propres au droit des marques. Sur cette base, le Tribunal de Commerce estime que, conformément au droit fédéral, la demanderesse a un intérêt juridiquement protégé à l'action en cessation.

4) Le défendeur nie le risque de confusion entre les signes litigieux et s'oppose au prononcé de nullité de sa marque postérieure.

a) **La marque postérieure de B n'est admissible que si elle se distingue, par des caractères essentiels, des marques de la demanderesse** (art. 6 al. 1 LM). Cela dépend de l'impression globale que laisse le signe litigieux sur les acheteurs, qui peuvent être influencés de manière déterminante par un seul des éléments qui la composent (ATF 112 II 363, c. 2 et réf.). Les critères sont plus sévères lorsque les marchandises en cause sont de nature semblable (ATF 102 II 125, c. 2 et réf.). Il faut examiner la question de droit (ATF 95 II 464, c. II/1): existe-t-il un risque de confusion? Il n'est pas nécessaire que des confusions se soient déjà produites. Il suffit que la confusion ait trait à l'entreprise en tant que telle (ATF 87 II 38 et réf.). On doit également tenir compte d'un risque de confusion indirecte qui donne l'impression au public que les marchandises portant des signes similaires proviennent d'entreprises étroitement liées économiquement (ATF 102 II 126).

b) D'après le Tribunal de Commerce, le signe de la demanderesse, connu en Suisse comme à l'étranger, attribue exclusivement les marchandises qui le portent à la société A. **Il faut apprécier avec des critères plus sévères le risque de confusion s'agissant de marques de haute renommée** (RSPI 1976, p. 66; RSPI 1985, p. 65). La marque de B se distingue de celle de A par le prénom P et l'acronyme P B placé dans un cercle. Les signes combinés se jugent également selon l'impression globale qu'ils provoquent et c'est le mot qui est déterminant dans la mesure où l'image n'est qu'un ajout figuratif subordonné (ATF 93 II, c. 2a). Cela est également applicable pour des acronymes entrelacés (Lucas David, *Schweizerisches Wettbewerbsrecht*, 2ème éd. 1988, p. 83, note 226). L'impression globale doit donc être appréciée selon le nom P B exclusivement. Pour décider de la force distinctive de la marque verbale et des éléments qui composent la marque, il faut tenir compte du fait que l'impression globale est clairement marquée par le nom de famille B. Le prénom P, ajouté, ne possède pas la force distinctive déterminante.

5) Le défendeur allègue que le jugement du Tribunal de Commerce et cette interdiction violent son **droit au nom et son droit d'auteur**.

a) Le défendeur considère que le Tribunal de Commerce lui a interdit d'utiliser commercialement son patronyme, avec ou sans prénom, sous quelque forme que ce soit.

Après avoir pesé les intérêts en présence, le Tribunal de Commerce a jugé qu'il fallait

admettre la demande en cessation de trouble et interdire au défendeur d'utiliser le nom B ou la désignation P B, en restreignant toutefois l'interdiction à certaines catégories de marchandises. Demeurait intact le droit pour le défendeur d'exercer en Suisse une activité sous son propre nom, à condition néanmoins, en cas d'activité professionnelle, que sa marque se distingue par des éléments importants de la marque de la société A.

Les explications du Tribunal ne peuvent être comprises que comme signifiant, non pas une interdiction pure et simple d'utiliser le nom B, mais uniquement d'utiliser ce nom seul. Le Tribunal ne résout pas la question de savoir si des combinaisons ne produisant pas de risque de confusion sont possibles, car il n'avait pas à statuer sur de telles combinaisons.

b) **Les mêmes principes sont appliqués en droit des marques ou de la concurrence pour juger si deux signes sont assez distincts** et excluent un risque de confusion (ATF 111 II 510, c. 2 et réf.). La LCD a cependant une portée plus étendue (ATF 113 II 75). C'est de la même manière qu'il faut se demander dans les deux domaines si, et dans quelle mesure, on peut restreindre, voire interdire, l'utilisation à des fins commerciales d'un nom de famille.

c) D'après la jurisprudence constante du TF, **une raison de commerce** conforme aux articles 944 ss CO doit être valide au sens de la loi sur les marques pour être utilisée comme marque (ATF 107 II 362, c. c). Elle doit en outre satisfaire aux exigences de véracité posées par le droit de la concurrence (ATF 85 330 c. 3/4).

aa) Le droit au nom accorde au titulaire, entre autres, le droit de participer sous son propre nom à la vie économique. Cependant, et contrairement à une jurisprudence antérieure, le TF a estimé, dans l'arrêt Terry (RSPI 1976 p. 61 = GRUR Int 1977 p. 79), qu'une marque consistant en un nom peut être devenue si caractéristique pour les produits de l'entreprise du titulaire de la marque que le public identifie le nom aux produits de cette entreprise et les acheteurs de toute autre marque postérieure, même pourvue d'éléments destinés à distinguer la marque nouvelle, supposent qu'elle désigne ces produits ou se réfère à cette entreprise. Dans de tels cas, il faut interdire au titulaire de la marque postérieure d'utiliser son nom de famille comme élément caractéristique, car c'est le seul moyen d'éviter un risque de confusion (c. 5c).

bb) La jurisprudence cantonale partage dans l'ensemble le même point de vue. (Pour des décisions récentes, voir RSPI 1988, p. 151 et RSPI 1988, p. 155).

cc) La doctrine estime également, dans sa majorité, que des restrictions apportées au droit au nom pour des motifs de concurrence sont admissibles au sens des jurisprudences citées (cf. par ex. Von Büren, *Kommentar zum Wettbewerbsgesetz*, pp. 146 ss; Bitzi, *Der Familienname als Marke*, pp. 55 ss).

d) Dans les conflits entre le droit au nom d'une part, le droit des marques et le droit de la concurrence d'autre part, il faut peser dans chaque espèce les intérêts en présence, et, en particulier, suivre la jurisprudence du TF la plus récente (Terry). **Il ne faut pas nécessairement admettre une priorité de principe du droit au nom**. En l'espèce, comme il s'agit d'une marque de haute renommée, il faut être plus sévère en fixant les critères qui permettent de distinguer les deux marques, et le défendeur est donc obligé de tenir compte de ces exigences. C'est à juste titre que le premier juge a estimé que les désignations prohibées du défendeur ne se distancient pas suffisamment [...].

aa) Conformément à ce qui précède, le Tribunal de Commerce fait interdiction au défendeur d'utiliser son nom en matière commerciale sans adjonction d'éléments distinctifs. Il n'empêche donc pas la création d'une raison individuelle conforme à l'article 945 CO, mais réserve expressément cette décision dans son jugement.

bb) Le Tribunal de Commerce reconnaît expressément que le droit d'auteur accorde au défendeur le droit d'apposer son nom sur des oeuvres protégeables, en respectant toutefois, s'il a l'intention de participer à la concurrence économique avec de telles oeuvres, les limites de la loi sur la concurrence déloyale et des lois de propriété intellectuelle.

cc) La jurisprudence récente du TF reconnaissant au titulaire d'une **marque de haute renommée** la faculté d'utiliser celle-ci pour des produits qui ne ressemblent plus au produit original (RSPI 1985, pp. 63 ss, Bally), il n'y a pas lieu de revoir la décison d'étendre l'interdiction à toutes les catégories des marchandises que la demanderesse a placées sous la protection de sa marque.

6) Dans son **recours joint**, la demanderesse a conclu

à ce que l'interdiction soit étendue à toutes les activités commerciales du défendeur. Sur la base de la seule pesée des intérêts en présence pour l'utilisation du nom, il faut d'emblée rejeter une telle extension. La restriction du droit d'employer son propre nom dans ses affaires commerciales ne peut, en aucun cas, aller au-delà de ce qui est justifié par un intérêt actuel de la demanderesse.

7) Il faut donc rejeter aussi bien le recours que le recours joint.

TF, 1ère Cour civile, 29 octobre 1990

2. La marque «Fioretto» n'est pas descriptive

L'Office fédéral de la propriété intellectuelle a refusé d'enregistrer la marque «Fioretto», au motif que la désignation utilisée signifiait, en langue italienne, «petite fleur» et constituait ainsi une indication descriptive de la forme de la marchandise.

Les mots et les images qui se composent uniquement de signes ou de désignations propres à indiquer, dans les affaires, la nature, la composition, la qualité, la quantité, la finalité, l'utilisation, la valeur, la provenance et le moment de production d'une marchandise constituent des désignations descriptives ou génériques (TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, 3ème édition, vol. 1, p. 292). Selon la jurisprudence et la doctrine, les indications concernant la forme, l'emballage ou le conditionnement sont également inadmissibles lorsqu'elles reprennent des éléments couramment utilisés pour une catégorie de marchandises ou lorsqu'on insiste ainsi sur certains avantages (ATF 106 II 246 c. e).

Les sucreries, en particulier les bonbons, sont disponibles sur le marché sous les formes les plus variées, et revêtent souvent la forme d'un animal, d'un fruit, d'une fleur, ou de figures géométriques. Les formes choisies pour les marchandises de cette nature ne s'imposent pas fonctionnellement. Une marque verbale qui se référerait à une telle forme librement choisie ne devient donc pas automatiquement descriptive; il faut encore que les acheteurs reconnaissent ce signe comme une **indication descriptive** sans effort particulier de raisonnement ou d'imagination.

La marque «Fioretto» n'éveille chez l'acheteur aucun lien avec une catégorie particulière de marchandises et ne se réfère pas non plus à un élément de conditionnement caractéristique pour celle-ci. Les formes et les modèles de fleurs représentent au contraire un élément de conditionnement très apprécié et largement répandu pour toutes sortes de marchandises.

Les mêmes principes s'appliquent à l'**emballage**. Il convient toutefois de faire une distinction: alors que les marques qui font référence à la nature ou à la forme de l'emballage appartiennent généralement au domaine public, car il importe de laisser les formes d'emballage techniquement simples et bon marché à la disposition de tous, les représentations graphiques ou colorées des emballages peuvent être monopolisées. En l'espèce, la marque «Fioretto» n'aboutit pas à la monopolisation du modèle des fleurs apposées sur un emballage, puisque le droit des marques limite sa protection au seul signe. Le modèle des fleurs n'est de surcroît pas typique pour la catégorie de marchandises concernée et ne revêt donc pas un caractère descriptif.

TF, Ière Cour civile, 6 novembre 1990

3. Contrat de dépôt; assignation, représentation sans pouvoirs

Faits:

La société A, entièrement dominée par K.H., a donné mandat à la banque P (défenderesse) d'accorder à la société K.H. AG un crédit fiduciaire de DM 750'000.—, remboursable à concurrence de DM 600'000.— sur le compte privé de K.H. auprès de la défenderesse. Par contrat du 1er octobre 1975, la société I, également propriété de K.H., succéda à la société A comme fiduciant.

K. H. remit par acte entre vifs les deux sociétés K.H. AG et I à son fils, Kl.H., demandeur; au décès de K.H., son compte privé fut dévolu à sa femme en tant qu'héritière unique, puis, au décès de celle-ci, aux frères et soeurs du demandeur.

Encore du vivant de sa mère, le demandeur avisa la défenderesse de ne plus verser les remboursements sur le compte privé, mais d'en créditer la société I. La défenderesse donna suite à cette instruction sans se soucier de la légitimation de Kl.H.

W. H., le frère de Kl.H., actionna, après la mort de sa mère, la banque P en remboursement des montants détournés au profit de la société I. Faute d'avoir pu rapporter la preuve

du consentement du titulaire du compte privé aux instructions susmentionnées, la défenderesse fut condamnée en juin 1988 au paiement de DM 137'508,70 avec intérêts.

En 1989, le demandeur intenta une action contre la défenderesse en libération des avoirs qu'il détenait auprès d'elle pour un total de Fr. 196'942.—. La banque opposa une prétention en dommages-intérêts et en enrichissement illégitime de Fr. 256'836,30 pour représentation sans pouvoirs. Le Tribunal de commerce du canton de Zurich alloua un montant de 29'051,10 au demandeur.

La défenderesse interjeta un recours en réforme au TF.

Droit:

A

Le fait de disposer sciemment de la fortune d'autrui en donnant l'impression d'y être autorisé constitue nécessairement **une représentation sans pouvoirs**. Outre l'intérêt négatif (art. 39 al. 1 CO), voire positif (art. 39 al. 2 CO), dû au tiers lésé, l'article 39 alinéa 3 réserve en tous les cas l'action fondée sur l'enrichissement illégitime; dans la mesure où la prétention de la défenderesse repose sur les articles 62 ss CO, la question de savoir si la banque avait connaissance de l'absence des pouvoirs ne se pose pas.

B

Un tiers peut intenter une action en répétition de l'enrichissement illégitime non seulement contre le pseudo-représenté, mais aussi contre le représentant sans pouvoirs qui a reçu la prestation pour le compte du pseudo-représenté. Le représentant sans pouvoirs reste en outre tenu à restitution s'il remet - en l'espèce au moyen d'une assignation - la prestation à une quatrième personne, soit à la société I.

1) Toute instruction faussement exécutée dans le rapport de provision ou le rapport de valeur fait naître une prétention en **restitution de l'indu** entre les parties liées par la relation juridique sans cause. Il en va de même si les deux rapports juridiques s'avèrent sans fondement; on rejettera ici aussi une action directe de l'assigné contre l'assignataire. L'assignant ne peut s'opposer à ce qu'on se retourne d'abord contre lui, comme si les prestations étaient venues s'ajouter à son patrimoine. Dans le cas contraire, l'assigné pourrait se voir opposer les exceptions que l'assignataire pourrait faire valoir contre l'assignant ou celles qu'il pourrait tirer de l'article 64 CO, soit des risques liés à un rapport juridique sur lequel il n'a aucune influence.

2) Lorsque, comme en l'espèce, c'est le rapport de provision qui est affecté par l'absence de pouvoirs de l'assignant, ce dernier devient débiteur de l'indu; faute de pouvoir prouver un enrichissement du pseudo-représenté, le lésé ne pourra même s'en prendre qu'au pseudo-représentant. La responsabilité de ce dernier se limite toutefois aux seules prestations faites sans cause juridique par la défenderesse à la société I.

C

Dans la mesure où le préjudice de la défenderesse dépasse l'enrichissement du demandeur, la défenderesse subit un dommage pour lequel il convient de savoir si le demandeur doit réparation.

1) L'action en réparation de l'article 39 alinéa 1 CO tombe si la défenderesse connaissait ou devait connaître l'absence de pouvoirs du représentant. Une banque viole son devoir de diligence lorsqu'elle ne contrôle pas les pouvoirs d'un représentant ou lorsqu'elle renonce même à l'exigence de pouvoirs de représentation au motif de relations d'affaires existantes ou de liens familiaux avec le pseudo-représenté. La **négligence** ne peut, en l'espèce, être qualifiée de légère.

2) Les conséquences d'une faute concomitante du tiers sont très controversées en doctrine. Alors que certains auteurs voient dans l'absence de faute une condition négative de la responsabilité et excluent par conséquent toute réparation en cas de négligence, d'autres n'en déduisent qu'un motif de réduction des dommages-intérêts au sens de l'article 44 CO.

Bien que l'opinion selon laquelle l'inattention coupable du lésé exclurait la responsabilité du représentant sans pouvoirs semble conforme à une interprétation littérale du texte, elle est en contradiction avec le système suisse de la répartition des dommages, applicable tant la faute concomitante apparaît ainsi comme un **motif de réduction du dommage** et seulement exceptionnellement comme un motif d'exclusion, lorsque l'intensité de la faute interrompt le lien de causalité adéquate. Toute violation du devoir de diligence du lésé ne doit donc pas être comprise comme un chef d'exclusion de responsabilité, ce d'autant moins si le représentant sans pouvoirs a agi intentionnellement. Une

application par analogie de l'article 44 CO s'impose dans de tels cas pour pondérer la responsabilité du représentant sans pouvoirs et celle de son cocontractant. Cette interprétation s'aligne par ailleurs sur le système de l'article 39 alinéa 2 CO, qui fait dépendre l'allocation de dommages-intérêts positifs de l'équité, équité qui permet également de prendre en considération les torts respectifs. En l'espèce, le demandeur a agi intentionnellement et le défendeur doit se laisser imputer une violation de son devoir de diligence qui ne peut être qualifiée de légère; une réduction d'un tiers de sa prétention en dommages-intérêts apparaît ainsi comme justifiée.

TF, Ière Cour civile, 18 décembre 1990

Impressum:

François Zürcher, éditeur responsable

CEDIDAC
Université de Lausanne
1015 Lausanne-Dorigny
Tél: 021/692.40.77
Fax: 021/692.40.98

OFFRE EXCEPTIONNELLE

A l'occasion de la sortie du vingtième ouvrage de sa collection, le CEDIDAC vous propose de compléter votre collection de ses livres au prix spécial de Fr. 40.- par ouvrage (Fr. 60.- pour les personnes non-membres du CEDIDAC). Cette offre n'est valable que pour une commande minimale de trois livres, directement auprès de notre institut, et jusqu'au 30 septembre 1991.

FORMATION CONTINUE

Jeudi 3 octobre 1991

L'espace judiciaire européen

La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

NOUVELLES PUBLICATIONS

Sont sortis de presse récemment:

N° 18: Pierre-Robert Gilliéron: les dispositions de la nouvelle loi fédérale de droit international privé sur la faillite internationale, 153 pages. Prix: Fr. 75.- (Fr. 50.- pour les membres du Club du CEDIDAC).

N° 19: Les arrêtés fédéraux urgents contre la spéculation foncière. Travaux de la Journée d'étude organisée par le CEDIDAC le 8 mars 1990, 472 pages. Prix: Fr. 90.- (Fr. 60.- pour les membres du Club du CEDIDAC).

N° 20: Les contrats de vente internationale de marchandises - Commentaire de la Convention de Vienne, entrée en vigueur le 1er mars 1991 pour la Suisse. 308 pages. Prix:Fr. 90.- (Fr. 60.- pour les membres du Club du CEDIDAC).

Ces ouvrages peuvent être commandés à notre secrétariat, CEDIDAC, BFSH 1, 1015 Lausanne, Tél. (021) 692 40 77 Fax. (021) 692.40.98