BULLETIN D'INFORMATION No 11 (Février 1990)

I. Calendrier 1990

8 mars 1990	Journée d'étude sur les **trois arrêtés fédéraux urgents contre la spéculation foncière**
9 mai 1990	**Assemblée générale du Club du CEDIDAC** qui se tiendra au BFSH 1, salle 123 à 14 heures 15.
4 octobre 1990	Journée d'étude sur les contrats de **vente internationale** de marchandises (un programme provisoire se trouve en fin de ce bulletin)

****

F.J. Burrus SA nous a fait don de plusieurs collections de périodiques portant sur la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence. Cet enrichissement de notre centre de documentation permet aux collaborateurs du CEDIDAC d'avancer plus efficacement dans leurs recherches. Nous tenons à remercier vivement F.J. Burrus SA de ce geste généreux, témoin d'un soutien fidèle et amical.

François Dessemontet

****

II. Doctrine

Vers un espace judiciaire européen

Le Conseil fédéral adoptera prochainement le Message par lequel il propose aux Chambres fédérales d'approuver la **Convention de Lugano** du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Il est probable que cet instrument entrera en vigueur pour la Suisse dans la première moitié de l'année 1991. Il n'est donc pas inutile d'attirer d'ores et déjà l'attention des praticiens sur cette importante convention, qui créera un véritable espace judiciaire européen. Quand elle aura été ratifiée par les Etats qui ont participé à son élaboration, elle liera en effet tous les pays de la Communauté économique européenne et ceux de l'Association européenne de libre-échange, donc les dix-huit Etats de l'Europe occidentale. Elle créera entre eux, sur le plan de la procédure, des liens analogues à ceux qui unissent déjà les pays communautaires.

La Convention de Lugano règle la procédure pour l'ensemble du droit civil et commercial, à l'exception du droit des personnes et de la famille (partiellement), du droit des successions, de la réalisation forcée et de l'arbitrage.

Très progressiste, elle détermine la **compétence** des tribunaux, par des règles de compétence directe, qui conditionnent déjà la recevabilité de l'action. L'exception d'incompétence peut donc être soulevée dès que le procès est engagé. Le tribunal saisi doit même, d'office, refuser d'entrer en matière si une juridiction d'un autre Etat contractant est compétente à titre exclusif en vertu de la Convention.

La compétence judiciaire est fondée en principe sur le domicile du défendeur. Mais la Convention prévoit un certain nombre de fors alternatifs. C'est ainsi qu'en matière contractuelle, le défendeur peut être actionné également devant le juge du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée. Cette disposition, qui heurte l'article 59 de la Constitution fédérale, pourra faire l'objet d'une réserve de la Suisse; mais cette réserve, qui est du reste soumise à plusieurs restrictions, cessera de produire effet au plus tard le premier janvier de l'an 2000. D'autres fors alternatifs concernent les obligations alimentaires, les contestations relatives à l'exploitation d'une succursale ou de tout autre établissement, la responsabilité délictuelle et les actions en réparation de dommage ou en restitution fondées sur une infraction. Il convient de signaler spécialement cette dernière compétence, qui permet d'introduire l'action civile, quel que soit le domicile du défendeur, devant la juridiction compétente en vertu du droit national pour connaître de l'action pénale, même si le lieu de cette juridiction ne coïncide pas avec le lieu où

l'acte dommageable a été commis. Dans le domaine des assurances et pour certains contrats conclus par les consommateurs, des fors alternatifs sont prévus en faveur des preneurs d'assurance, des assurés, des bénéficiaires et des consommateurs.

Des fors exclusifs sont institués notamment en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles.

Les décisions prises dans un Etat contractant sont **reconnues** dans les autres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure. La Convention de Lugano énumère cependant un certain nombre de cas où la décision ne doit pas nécessairement être reconnue; il en est ainsi, par exemple, s'il est établi que la reconnaissance est contraire à l'ordre public de l'Etat requis.

Enfin, l'**exécution** des décisions étrangères est fortement simplifiée. Le maximum de formalités exigées est que, sur requête d'une partie, la décision soit reconnue exécutoire dans le pays où elle doit être mise à exécution. La juridiction saisie de la requête statue à bref délai, sans entendre la partie adverse. Une seule instance de recours est admise.

Joseph Voyame

Nous renvoyons ceux qui désirent en savoir davantage au Message du Conseil fédéral sur la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale; ce Message est très complet et constitue un véritable commentaire de la Convention (il sera bientôt disponible auprès de l'Office central fédéral des imprimés et du matériel, OCFIM-EDMZ, 3027 Berne).
On pourra consulter également le rapport officiel que MM. Paul Jenard et Gustav Möller ont consacré à la Convention de Lugano (à demander à l'Office des publications officielles des Communautés européennes, L-2985 Luxembourg) ou, pour avoir un simple aperçu, les textes de deux exposés présentés par M. Joseph Voyame et publiés respectivement dans Le nouveau droit international privé suisse, publication CEDIDAC No 9, Lausanne 1988, pp. 257-265 et dans Droit international privé/Convention de Lugano, Publication de la Fédération suisse des avocats, volume 7, Zurich 1989, pp. 123-133.
Tous les actes de la conférence de Lugano, y compris les comptes-rendus des séances de négociations, seront publiés, en français et en anglais, dans la collection de l'Institut suisse de droit comparé, à Lausanne, volumes Nos 13 et 14.

Peter Schaufelberger

III. Jurisprudence

1. Révocation d'une cession de créances lors d'une faillite - calcul du montant soumis à révocation (art. 288 LP)

Faits:

En 1982, la société A S.A. était au bénéfice d'un crédit en compte courant de 200'000 francs et d'un crédit saisonnier de 100'000 francs, moyennant cautionnement personnel de l'actionnaire majoritaire. Le crédit saisonnier n'ayant pas été remboursé, il fut convenu de l'annuler et de porter le crédit en compte courant à 300'000 francs, contre un nouveau cautionnement personnel et la cession globale à la banque B par A S.A. de ses créances sur ses débiteurs.

La faillite de A S.A. fut prononcée en novembre 1983. Le 21 février 1985, la masse en faillite A S.A. ouvrit action en révocation de la déclaration de cession pour obtenir la restitution de toute somme encaissée par la banque B de ce chef.

Le Tribunal de district prononça la révocation. Le Tribunal cantonal confirma l'arrêt attaqué, précisant que la défenderesse devait remettre "les créances cédées encaissées à son profit". La banque B recourt auprès du Tribunal fédéral.

Droit:

La valeur litigieuse en matière d'action révocatoire n'est pas fixée par l'intérêt pécuniaire réel du demandeur dans le procès, mais par la somme réclamée, même si celle-ci est manifestement exagérée.

Le terme de "connivence" figurant dans le texte français de l'article 288 LP vise le caractère reconnaissable de l'intention de porter préjudice aux créanciers. Celui-ci existe lorsque le créancier bénéficiaire peut, en usant de l'attention commandée par les circonstances, prévoir que l'acte juridique incriminé aura pour effet naturel de porter préjudice aux autres créanciers. S'il y a des indices d'un tel préjudice, le créancier bénéficiaire doit alors interroger le débiteur et prendre les renseignements nécessaires (ATF 99 III 89 = JT 1975 I 27).

La banque B pouvait légitimement subordonner l'augmentation du crédit en compte courant à la fourniture de garanties supplémentaires. En l'espèce, toutefois, la garantie fournie dépassait largement l'augmentation de crédit consentie de sorte que, d'un point de vue objectif, la cession

des débiteurs a entraîné un préjudice pour les autres créanciers de la faillie. La banque B, agissant comme mandataire de la société A S.A., a cependant réglé certaines dettes de la société envers d'autres créanciers; c'est dans la seule mesure où la banque B a profité de la cession litigieuse, au-delà de l'augmentation de crédit consentie contre la garantie, qu'il pourrait y avoir lieu à révocation.

TF, IIème Cour civile, 13 juillet 1989

2. Transmission d'une marque - usage à titre de marque - étendue des pouvoirs de représentation du conseil d'administration - calcul du dommage

Faits:

Lussolin SA distribue des produits chimiques sous sa raison de commerce. Celle-ci n'est toutefois pas enregistrée comme marque. En 1967, X quitte la société et fait enregistrer en 1981 la marque "Lussolin" auprès de l'OFPI pour la céder en juillet 1982 à la fondation C.

Lussolin SA ouvre action le 1er septembre 1986 contre la fondation C demandant à ce que soit constaté la nullité de la marque "Lussolin", ordonné à l'OFPI de radier l'inscription et, sous commination de l'article 292 CP, fait interdiction d'utiliser les signes "Lussolin" et "Lussolin-Produkte" sur les prospectus, les en-têtes, etc. Le Tribunal administratif donne suite à ces conclusions, ordonnant en outre le paiement de 150'000 francs de dommages-intérêts. La fondation C, défenderesse, recourt.

Droit:

Selon l'article 11 LMF, une marque ne peut être transférée qu'avec l'entreprise dont elle sert à distinguer les produits. Marque et entreprise sont inséparables (ATF 111 II 291 = JT 1986 I 331). Une cession sans transfert de l'entreprise, c'est-à-dire une cession en blanc, reste sans effets; elle est nulle. La jurisprudence a toutefois réservé le cas - dénué de pertinence en l'espèce - de la cession entre entreprises étroitement liées (ATF 84 IV 122 = JT 1959 I 588 rés.). Une cession en blanc illicite entraîne de surcroît la nullité de la marque.

En l'espèce, non seulement X a précisé qu'il avait transféré une marque et non une entreprise, mais on doit aussi constater qu'au moment du transfert il ne disposait plus d'aucune entreprise. Dès le moment où la nullité de la marque découle déjà de la cession en blanc, il n'est plus

nécessaire de savoir si X aurait pu acquérir valablement la marque pour des produits distincts de ceux de la demanderesse.

Seul l'usage à titre de marque d'un signe peut violer le droit à la marque d'autrui. Constitue un tel usage l'apposition d'une marque sur un objet ou son conditionnement (ATF 113 II 73 = JT 1987 I 230 rés.). Par conséquent une action en cessation ne saurait viser que cet usage-là d'un signe distinctif.

Un comportement conforme au droit des marques peut en outre violer le droit des raisons de commerce, le droit à une concurrence loyale ou le droit de la personnalité et fonder une action en cessation du lésé. Que l'autorité cantonale ne motive l'arrêt attaqué que par des considérations fondées sur le droit des marques n'exclut pas une autre violation du droit fédéral. Bien au contraire, le Tribunal fédéral, s'en tenant à l'objet de la demande et selon l'adage *iura novit curia*, doit appliquer d'office le droit fédéral aux faits tels qu'ils sont établis.

L'illicéité, et par conséquent la déloyauté, disparaîtrait en cas de consentement de la demanderesse. La fondation C fait valoir un tel consentement par un accord signé le 2 novembre 1983 dans lequel Lussolin SA, en la personne de Mme Y, reconnaît la marque litigieuse, s'engage à faire radier sa raison sociale, à en reprendre une autre et à payer une peine conventionelle de 50'000 francs par mois dès le 31.1.1984. Les pouvoirs de représentation du conseil d'administration s'étendent à tous les actes que peut impliquer le but social (article 718 CO). Sauf clause statutaire contraire, la vente ou la liquidation d'une entreprise sortent manifestement du but social. Il en va de même du changement de la raison sociale, qui nécessite une révision des statuts et entre dès lors dans la compétence de l'assemblée générale. Mme Y a donc manifestement dépassé ses pouvoirs de représentation et il n'est pas possible de conclure à un consentement de Lussolin SA.

Même si la jurisprudence précise que les prétentions en dommages-intérêts doivent être séparées de celles en restitution du gain (ATF 97 II 178 = JT 1971 I 612 rés.), et que le droit des marques ou l'ancien droit de la concurrence déloyale ne permettent pas d'intenter une action en restitution du gain, cela n'interdit pas au juge de prendre en considération le gain réalisé par la demanderesse pour le calcul du dommage. Le gain réalisé ensuite d'une violation de la LMF ou de la LCD est d'ailleurs également un précieux indice pour apprécier le gain manqué (*lucrum cessans*), compte tenu des circonstances du cas particulier, des différentes structures organiques et des pratiques commerciales des concurrents.

TF, Ière Cour civile, 7 avril 1989

3. Imitation d'une marque - apposition de cette marque sur des montres destinées à l'exportation - applicabilité de la LMF

Faits:

La société A est titulaire de la marque "Atrexa". En décembre 1983, elle reçoit commande de 3000 montres devant revêtir en exclusivité pour l'acheteur la marque "Atrexa", puis être envoyées en Arabie Saoudite. La marque n'y est pas protégée.

En août 1984, un tiers, agissant pour le client précité, commande à la société B 200 montres d'un modèle déterminé, également disponible sur le marché suisse, en demandant d'y apposer la marque "Atrexa". Elles seront vendues en Arabie Saoudite.

Après avoir appris de son propre client l'imitation de la marque "Atrexa", la société A ouvre action en paiement de dommages-intérêts pour la marchandise livrée mais non écoulée en Arabie Saoudite ainsi que pour la valeur des montres commandées mais non encore livrées. La Cour de justice rejette la demande considérant que la LMF ne trouve pas application dès le moment où les montres sont destinées à l'exportation dans un pays où la marque n'est pas protégée. A recourt au TF en temps utile.

Droit:

En vertu du principe de la territorialité, la législation suisse ne peut accorder une protection pénale qu'au droit exclusif conféré pour la Suisse. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation du Tribunal fédéral, tombe sous le coup de l'article 24 LMF celui qui envoie des marchandises revêtues illégalement d'une marque à l'étranger où la marque n'est pas protégée; un tel envoi, et non seulement la livraison à l'acheteur, constitue déjà une mise en circulation de marchandises munies illicitement d'une marque au sens de la disposition précitée (ATF 110 IV 108 = JT 1985 I 198).

Dans la mesure où elle sanctionne l'usage illicite fait en Suisse d'une marque protégée dans ce pays et l'usage qui porte atteinte à une marque protégée en Suisse, cette jurisprudence doit également valoir en matière de protection civile de la marque. Si une telle protection n'était pas accordée, l'apposition de marques contrefaites ou imitées sur des produits fabriqués en Suisse et destinés exclusivement à l'exportation deviendrait alors admissible. Cette jurisprudence est au demeurant conforme à la solution adoptée en droit des brevets; constitue ainsi une utilisation illicite d'une invention brevetée en Suisse la vente et l'exportation hors de Suisse de produits en violation des brevets (ATF 92 II 298 = JT 1967 I 622 rés.).

TF, Ière Cour civile, 20 septembre 1989; SJ 1990, pp. 54 ss

N.B: Voir les arrêts de la Cour de cassation publiés aux ATF 109 IV 145 = JT 1984 I 294 et ATF 110 IV 108 = JT 1985 I 198 et l'arrêt précédent de la Cour civile aux ATF 113 II 73 = JT 1987 I 230.

4. Concours idéal entre LMF et CP - usage conforme au droit des marques - publication du jugement

Faits:
Un ressortissant tchèque a importé à plusieurs reprises, puis vendu des chemises, des pulls et des trainings avec la marque Lacoste et le signe figuratif "crocodile".

Droit:
L'article 24 LMF est en concours idéal avec l'article 154 CP puisque celui-ci protège l'acheteur contre des produits imités et celui-là le commercant. Les deux dispositions protègent donc des biens juridiques différents. L'article 154 CP ne trouve en l'occurrence aucune application, car le prévenu avait informé tous les clients qu'ils achetaient des imitations; l'élément subjectif faisait ainsi défaut.

En revanche il n'est pas pertinent de retenir le fait que les étiquettes et les crocodiles furent livrés séparément. Ce faisant, le prévenu acceptait de voir ses clients coudre les accessoires sur leurs vêtements. Il faut donc admettre le dol éventuel et la culpabilité au sens de l'article 155 CP.

Le droit des marques confère une titularité sur un signe en relation avec une catégorie de produits inscrite au registre des marques et effectivement commercialisée sous ce signe. Cela ne fait aucun doute dans le cas présent pour la marque Lacoste et le signe figuratif "crocodile". La culpabilité du prévenu doit donc aussi être admise au sens de l'article 24 lit.c LMF.

Le droit de la concurrence loyale (LCD) ne s'applique pas, même s'il existe une infraction susceptible de tomber sous le coup de la LCD, si le droit des marques ou une autre loi spéciale de propriété intellectuelle couvre déjà le même état de fait.

Quant aux exigences posées pour la publication des jugements dans le contexte d'autres lois spéciales de propriété intellectuelle, il faut appliquer par analogie l'article 70 al. 2 LBI, qui renvoie à l'article 61 CP pour définir les conditions dans lesquelles un jugement peut être publié, .

Tribunal de district de Bülach, Juge unique, 11 mai 1989

Programme provisoire

Journée d'étude du 4 octobre 1990

Les contrats de vente internationale de marchandises

08.30 Accueil

09.00 **Le droit applicable aux contrats de vente internationale de marchandises**
par Walter Stoffel, professeur à l'Université de Fribourg

10.00 **La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises**
par François Dessemontet, professeur aux Universités de Lausanne et Fribourg

11.00 Pause

11.30 **La garantie des défauts**
par François Chaudet, avocat, professeur à l'Université de Lausanne

12.45 Déjeuner au Restaurant de Ville de Dorigny

14.30 **Les nouveaux INCOTERMS**
par un représentant de la Chambre de commerce internationale (Paris)

15.30 Pause

16.00 **Assurances et vente**
par Jean Louis Bilat, directeur d'une compagnie d'assurance

17.00 Clôture

IV. Publications

Trois livres récents sont venus s'ajouter à la série des publications du CEDIDAC:

No 12 I. Romy, E. Wollmann Gautier, M. Wernli: **Concurrence déloyale: textes législatifs et répertoire des arrêts fédéraux et cantonaux,** édité par F. Dessemontet, 832 pages, Fr. 90.- (Fr. 70.- pour les membres du Club du CEDIDAC)

No 13 M. Wernli, I. Romy, E. Wollmann Gautier: **UWG: Gesetz, Materialien, Rechtsprechung,** herausgegeben von F. Dessemontet, 840 pages, Fr. 90.- (Fr 70.- pour les membres du Club du CEDIDAC)

No 14 Philippe Reymond: **La cession des contrats,** 125 pages, Fr. 75.- (Fr. 50.- pour les membres du Club du CEDIDAC)

et à paraître prochainement:

No 15 **La répression des opérations d'initiés,** Travaux de la journée d'étude organisée par le Centre du droit de l'entreprise le 19 octobre 1988, env. 170 pages, Fr. 75.- (Fr. 50.- pour les membres du Club du CEDIDAC)

Renseignements:

CEDIDAC, Université de Lausanne, BFSH 1, 1015 LAUSANNE (tél. 021/692 40 77)

Editeur responsable:

Peter Schaufelberger, CEDIDAC, BFSH 1, 1015 Lausanne