CEDIDAC

BULLETIN D'INFORMATION N° 5 (juin 1987)

I. LE POINT SUR LES CLAUSES D'EXONERATION DE RESPONSABILITE CONTENUES DANS LES CONDITIONS GENERALES DES BANQUES

L'arrêt du Tribunal fédéral qui est résumé ci-dessous II 1 est intéressant à plus d'un titre, mais son importance paraît essentielle pour les **clauses d'exonération** de responsabilité que l'on rencontre usuellement dans les **conditions générales des banques**. Il mérite dès lors un bref commentaire.

Les faits de l'espèce sont les suivants: les fonds déposés par un client auprès de sa banque ont été remis par celle-ci à un tiers qui n'était pas légitimé pour les retirer, et le client a recherché la banque en restitution des sommes déposées et indûment versées au tiers. A l'encontre de cette action, la banque fait valoir une clause de ses conditions générales mettant à la charge du client le dommage résultant du défaut de légitimation ou de faux non décelés (la faute grave de la banque étant réservée).

Or, selon l'article 100 al. 2 CO, "le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, tenir pour nulle une clause qui libérerait d'avance le débiteur de toute responsabilité en cas de faute légère, si le créancier, au moment où il a renoncé à rechercher le débiteur, se trouvait à son service ou **si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité**".

Tandis que l'ATF 109 II 116 (JT 1984 I 35) avait laissé ouverte la question de savoir s'il convient d'appliquer l'art. 100 al. 2 CO aux banques, notre arrêt admet que l'on puisse assimiler l'exploitation d'une banque à l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité et, suivant les circonstances, considérer comme nulle une clause mettant d'emblée à la charge du client, en cas de faute légère de la banque, le risque de l'exécution en mains d'un tiers non autorisé.

L'application de l'art. 100 al. 2 CO suscite plusieurs questions.

Tout d'abord, cette disposition se rapporte aux conséquences de l'inexécution des obligations. Or, dans la cause soumise au Tribunal fédéral, l'action tendait à l'exécution du contrat (la restitution des fonds déposés ou prêtés) et non au paiement de dommages-intérêts. Le Tribunal fédéral a néanmoins jugé que l'analogie commandait de se fonder sur l'art. 100 CO pour examiner la validité de la clause litigieuse. A l'appui de cette opinion, on relève en effet qu'il ne serait pas admissible pour le dépositaire de se soustraire librement à son obligation de

restitution, tandis qu'il ne pourrait s'exonérer de sa responsabilité que dans les limites de l'art. 100 CO lorsqu'il est fautivement dans l'impossibilité de restituer des fongibles déposés, par exemple.

Ensuite, il fallait se demander si l'exploitation d'une banque est assimilable à l'exercice d'une industrie "concédée" par l'autorité. Même si de nombreux auteurs sont favorables à cette assimilation (pour un aperçu de la doctrine, voir D. Guggenheim, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 2e éd., Genève 1981, pp. 60 ss.), il n'en demeure pas moins que l'exploitation d'une banque n'est pas soumise à une "concession" au sens du droit public; pour les banques du secteur privé, il s'agit au contraire d'une autorisation de police. On peut certes estimer que la notion de concession selon l'art. 100 al. 2 CO doit être comprise de manière plus large qu'en droit public (pour les banques du secteur privé) et considérer (pour les banques cantonales) que l'acte de fondation par l'Etat est assimilable à une concession. Il n'est cependant pas certain qu'une telle interprétation de l'art. 100 al. 2 CO soit conforme à la ratio legis de cette disposition, dont on a dit qu'elle devait protéger les particuliers qui ne peuvent contracter qu'avec un concessionnaire au bénéfice d'un monopole (ATF 91 I 233, à propos de l'art. 101 al. 3 CO: "l'exception faite par l'art. 101 al. 3 CO ne se justifie que par l'existence d'un rapport de dépendance entre le particulier et son cocontractant, au monopole duquel il ne peut échapper en s'adressant ailleurs").

Enfin, l'application concrète de l'art. 100 al. 2 CO suppose une faute (grave ou légère) de la banque.

Les conséquences de cette jurisprudence ne doivent pas être surestimées. L'arrêt ne consacre pas la **nullité** des clauses du genre de celle qui était litigieuse: il réserve les circonstances de chaque cas, non seulement pour apprécier la faute du débiteur mais aussi pour déterminer s'il y a lieu de prononcer la nullité de la clause; le juge doit procéder à une pesée des intérêts en présence, dans laquelle il faudra tenir compte du fait que la banque doit légitimement pouvoir se prémunir contre certains risques dont la réalisation peut être difficilement évitée.

Mais il ne faut pas non plus sous-estimer les conséquences de cet arrêt. On songera par exemple à des clause analogues à l'art. 2. 9 des conditions générales Eurochèque, ainsi libellé: "sauf négligence grave de la banque, le titulaire du compte doit supporter pour lui-même et son fondé de procuration les conséquences de toute disparition, utilisation abusive, falsification ou contrefaçon de la carte ec et des eurochèques ou de la révélation du code ec, même si la disparition de la carte ou la révocation d'une procuration a été annoncée à la banque" (la prise en compte limitée des dommages - art. 3. 3 des conditions générales Eurochèque - étant réservée). A l'instar de la clause examinée par le Tribunal fédéral, cette réglementation institue en effet un **transfert du risque** - que devrait supporter la banque en cas d'exécution à un tiers non autorisé - sur la tête du client. Il devrait donc être désormais possible de se prévaloir de la nullité de cette réglementation, suivant les "circonstances".

En outre, l'application de l'art. 100 al. 2 CO a pour corollaire que c'est l'art. 101 al. 3 CO qui réglera la mesure dans laquelle la banque peut s'exonérer conventionnellement de sa responsabilité découlant d'une faute légère d'un auxiliaire - mais non lorsque la faute a été commise par un organe. La délimitation entre organe et auxiliaire revêtira donc une importance particulière.

Ivan Cherpillod

II. JURISPRUDENCE

Résumé d'arrêts du Tribunal fédéral

1. Dépôt / prêt bancaire - représentation - clause de transfert du risque d'une exécution en main d'une personne non autorisée - gestion d'affaires entreprise par le client dans l'intérêt de la banque

Faits.

B., ressortissant vietnamien domicilié au Viêt-nam, père de H. et K., a conféré en 1967 à son fils H., établi en France, une procuration autorisant celui-ci notamment à "retirer de toutes caisses publiques ou autres (...) tous titres, valeurs et sommes qui y seraient déposés". Cette procuration devait permettre à H. d'opérer la vente de biens immobiliers sis en France.

En 1968, B. ouvrit un compte auprès d'une banque suisse à Genève et désigna son épouse comme représentant, la formule ad hoc indiquant que "toute procuration qui n'est pas expressément révoquée reste en vigueur sans modification".

B. étant demeuré au Viêt-nam après la chute de Saïgon, ses deux fils se rendirent à Genève pour solliciter de la banque qu'elle leur délivre les fonds détenus au nom de B., afin que celui-ci n'ait pas à craindre les investigations du nouveau gouvernement et un rapatriement des fonds. La banque refusa tout d'abord de solder le compte sur la base de la procuration de 1967, puis accepta de le faire après diverses démarches entreprises par H. et K. et leurs mandataires. Les comptes furent débités en faveur de H. et K., le second disposant d'une procuration du premier, puis transférés par K. aux Etats-Unis.

Revenu en Europe en 1978, B. assigna la banque en paiement des sommes débitées. Parallèlement, il entreprit des démarches auprès de K. pour obliger celui-ci à restituer les fonds, obtenant ainsi une partie des sommes.

Droit

a. Les fils avaient-ils qualité de représentants de B. à l'égard de la banque? Tel n'était pas le cas sur le plan interne (relations représentant-représenté), puisque la procuration de 1967 avait été délivrée pour la vente d'immeubles sis en France. Sur le plan **externe**, il fallait savoir si H. devait être considéré comme étant habilité à disposer des fonds sur la base de la communication des pouvoirs, telle qu'elle avait été faite à la banque et selon le sens que celle-ci pouvait raisonnablement lui donner en fonction de l'attention que les règles de la bonne foi permettaient d'exiger de sa part sur le vu des circonstances (cf. ATF 99 II 39 = JT 1974 I 162). Le Tribunal fédéral a résolu la question par la négative: même si la procuration de 1967 était libellée de façon très générale, les circonstances ne permettaient pas à la banque de s'y fier de bonne foi (manière dont la procuration était signée, nombreux contacts entre B. et sa banque sans intervention de H., signature de H. non communiquée à la banque, épouse désignée comme représentant; et même si l'on pouvait penser que les fils agissaient à titre fiduciaire, rien n'exigeait que les fonds leur fussent remis de manière inconditionnelle); au surplus, on ne pouvait considérer que le demandeur avait ratifié les actes accomplis par ses fils pour le motif qu'il avait entrepris des démarches pour recouvrer les fonds auprès de K. (même s'il n'était pas lésé tant qu'il disposait d'une créance en restitution contre la banque).

b. En outre, la banque faisait valoir qu'elle était libérée de sa responsabilité parce que ses conditions générales comportaient la clause suivante: "Vérifications en

matière de signature et de légitimation: le dommage résultant de défauts de légitimation ou de faux non décelés est à la charge du client, sauf en cas de faute grave de la banque"

En l'espèce, le client réclamait la restitution des sommes déposées ou prêtées, soit l'exécution du contrat et non des dommages-intérêts. Il exerçait donc une action qui n'était pas subordonnée à l'existence d'une faute de la banque. Celle-ci ayant offert sa prestation à un tiers non autorisé, elle devait normalement s'exécuter derechef en main du véritable créancier; c'était ainsi en principe la banque qui subissait un dommage, non le client. La clause précitée devait dès lors s'analyser non comme une limitation ou une exclusion de la responsabilité contractuelle de la banque, mais comme un engagement du client de prendre à sa charge - même lors de cas fortuit - le dommage subi par la banque: elle transférait sur la tête du client le **risque** que la banque devait en principe supporter en cas d'exécution en main d'une personne non autorisée.

Dans quelle mesure une banque peut-elle reporter sur la tête du client le risque d'une exécution dépourvue d'effet libératoire, par le biais d'une telle clause insérée dans ses **conditions générales**? Le Tribunal fédéral a jugé que la solution réside "dans l'examen de la clause incriminée au regard de l'ensemble des circonstances du cas concret", en prenant l'art. 100 al. 2 CO comme fondement de ce contrôle judiciaire. Même si cette disposition a trait aux conséquences de l'inexécution des obligations, la similitude des situations commandait de l'appliquer par analogie au cas d'espèce (cf. ATF 109 II 116 = JT 1984 I 35 , où la question avait été laissée ouverte), et d'assimiler l'exploitation d'une banque à l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité.

Ainsi, en vertu de son pouvoir d'appréciation (art. 4 CC), le juge pourra tenir pour nulle une clause mettant d'emblée à la charge du client, en cas de faute légère de la banque, le risque de l'exécution en main d'une personne non autorisée à recevoir la prestation. Il devra prendre en considération l'ensemble des circonstances du cas concret et les autres stipulations du contrat, et procéder à une pesée des intérêts en présence.

Le Tribunal fédéral a jugé que la clause devait être tenue pour nulle en l'espèce dès lors que la banque, qui disposait du temps nécessaire à la réflexion, avait fait taire ses doutes et avait permis que le plus clair de la fortune de son client soit remis aux fils de celui-ci, alors que le risque que courait le demandeur aurait pu être écarté autrement; la **faute** de la banque devait même être considérée comme **grave**, la défenderesse ayant négligé les précautions élémentaires que son client pouvait attendre d'elle.

c. Enfin, comment fallait-il qualifier le fait que le demandeur avait entrepris des démarches pour obliger son fils K. à lui remettre les fonds indûment perçus? Le Tribunal fédéral a jugé qu'en agissant ainsi, B. entendait être couvert pour le cas où il n'obtiendrait pas gain de cause contre la banque, et qu'au moins à titre éventuel, pour le cas où il pourrait récupérer ses fonds auprès de la banque, le demandeur avait géré sans mandat l'affaire de la banque (art. 419 CO).

Le Tribunal fédéral a soumis cette gestion d'affaires au droit suisse, même si ce pseudo-contrat doit normalement être rattaché au droit du domicile du gérant (ATF 31 II 665): on doit déroger à la règle de rattachement habituelle lorsque les circonstances, en particulier un lien avec un autre contrat, rattachent le contrat ou le quasi-contrat à un autre ordre juridique. Or, en l'espèce, le centre des relations litigieuses résidait dans le contrat conclu avec la banque, soumis au droit suisse .

Dès lors, tel le mandataire (art. 400 CO), le demandeur devait rendre compte de sa gestion et remettre au maître ce qu'il avait reçu pour lui (art. 419 et 420 CO; ATF 34 II 700), et il lui appartenait de faire bénéficier la banque des droits acquis pour elle en sa qualité de gérant (art. 401 CO par analogie) (TF, 1ère Cour civile, 18 novembre 1986).

2. Responsabilité de l'organe de contrôle dans la SA

Faits. Faillite d'une SA, dont la masse a cédé à des créanciers la prétention contre l'organe de contrôle selon l'art. 260 LP.

Droit. Le Tribunal fédéral a d'abord rappelé que le créancier cessionnaire selon l'art. 260 LP est autorisé à agir en son nom, et qu'en sa qualité de cessionnaire des droits de la masse, le créancier peut faire valoir d'une part les droits de la société en faillite contre les contrôleurs (art. 260 LP, action sociale) et d'autre part sa prétention personnelle en réparation du dommage indirect qu'il a subi comme créancier de la société (art. 756 al. 2 CO) (cf. ATF 111 II 183 et 86 III 158 = JT 1961 I 476).

Ensuite, le Tribunal fédéral a exposé les droits et obligations des **contrôleurs**. L'organe de contrôle doit en particulier vérifier la clarté et la sincérité du bilan et établir un rapport à l'intention de l'assemblée générale. Pour que la vérification de la conformité aux règles établies par la loi pour les évaluations en matière de bilan (art. 960, 662 ss CO) permette de tirer des conclusions sérieuses, les contrôleurs doivent s'assurer que les actifs portés au bilan existent réellement et que les passifs de la société sont entièrement comptabilisés (arrêt du TF, in Blzr 75/1976 n° 21, en français dans l'Expert-comptable suisse 1976 n° 9 p. 24 ss): l'organe de contrôle ne peut se contenter de constater que des installations n'ont pas été amorties, mais doit s'assurer en outre, compte tenu de l'exigence de l'art. 665 al. 1 CO d'une déduction des "amortissements commandés par les circonstances", que le solde actif du bilan existe réellement; il doit aussi examiner, le cas échéant avec un spécialiste en la matière, si un **stock de marchandises** est porté au bilan selon le principe de la valeur minimum exprimé à l'art. 666 CO (ATF 93 II 25 = JT 1968 I 148). L'organe de contrôle doit encore, selon l'art. 728 CO, signaler dans son rapport à l'assemblée générale -et non seulement au conseil d'administration - les insuffisances constatées ou supposées quant à la vérité et à la clarté du bilan; s'agissant d'erreurs d'évaluations mettant en question la survie de la société et compromettant gravement les intérêts des actionnaires et des créanciers, il ne peut se borner à proposer l'approbation sans réserve du bilan, mais doit en envisager sérieusement le renvoi. Bien que les contrôleurs n'aient pas à rechercher systématiquement les irrégularités dans la gestion, ils doivent signaler selon l'art. 729 al. 3 CO les **irrégularités constatées**. En cas d'insolvabilité de la SA, ils sont tenus de faire état, dans leurs rapports, de l'obligation d'informer le juge conformément à l'art. 725 al. 3 CO. Ils ont de même l'obligation d'attirer l'attention sur le fait que la moitié du capital social n'est plus couverte et que l'administration est dès lors tenue, selon l'art. 725 al. 1 CO, de convoquer immédiatement une assemblée générale et de lui faire connaître la situation.

En l'espèce, la moitié du capital social n'était de loin plus couverte à la fin 1970. L'organe de contrôle avait donc manqué à ses devoirs en omettant de faire état de cette situation dans son rapport à l'assemblée générale et de signaler les obligations attachées à l'art. 725 al. 1 CO. Toutefois, sous l'angle du rapport de causalité adéquate entre la faute commise et le dommage allégué, l'organe de contrôle ne répond pas du dommage causé originairement par l'administration,

mais seulement de son **aggravation** due au fait qu'il n'a pas renseigné immédiatement l'assemblée générale - ce qui a accru l'endettement de la société et les pertes des créanciers. Or, en l'espèce, la situation s'était rétablie à fin 1973 au point que l'hypothèse visée par l'art. 725 al. 1 CO n'était plus réalisée. Dès lors, à supposer qu'il y ait eu une relation de causalité naturelle entre la violation de ses obligations et le dommage, la responsabilité de l'organe de contrôle n'était pas engagée du moment que s'était rétablie une situation conforme au but visé par les art. 729 al. 3 et 725 al. 1 CO (TF, 1ère Cour civile, 18 novembre 1986).

3. Modèles industriels - concurrence déloyale

Faits. Têtes de lecture pour tourne-disques fabriquées d'après un modèle déposé; imitation de ces têtes de lecture et des aiguilles de rechange y relatives; action en cessation de trouble intentée par l'imitateur.

Droit.

a. **Action fondée sur la LDMI.** Le Tribunal fédéral a en premier lieu rappelé les conditions matérielles de validité d'un **modèle déposé**. Le modèle, au sens de la LDMI, est une forme plastique, combinée ou non avec des couleurs, devant servir de type pour la production industrielle d'un objet; il doit présenter une certaine originalité et révéler ainsi un minimum d'esprit inventif. Pour être protégée, la forme doit avoir été donnée à l'objet pour des motifs esthétiques; la protection ne s'étend pas aux procédés de fabrication, à l'utilisation ou à l'effet technique de l'objet fabriqué. Sous l'angle du droit des dessins et modèles, chacun peut donc résoudre, quant à la forme adoptée, les problèmes techniques de la même manière que le déposant du modèle, et nul ne peut monopoliser par un dépôt de modèle une forme conditionnée par la technique.

En l'espèce, seules les saillies de préhension latérales de la tête de lecture déposée pouvaient jouir de la protection légale, les autres éléments étant conditionnés par la technique ou dépourvus de caractère esthétique.

Selon l'art. 24 LDMI, il y a imitation illicite lorsque le produit véritable ne peut être distingué du produit contrefait qu'après un examen attentif. Or, en l'espèce, la comparaison entre le modèle et les imitations faisait ressortir nettement leurs **différences** dans la forme de leurs saillies de préhension. L'action fondée sur la LDMI devait donc être rejetée.

b. **Action fondée sur la LCD.** Sur ce point, le Tribunal fédéral a rappelé que la forme d'une marchandise peut en principe être librement utilisée lorsqu'elle n'est pas protégée par une règle du droit de la propriété intellectuelle: rien n'interdit d'imiter même servilement la marchandise d'autrui, si la forme n'est pas l'objet d'un droit exclusif; il n'en va autrement que si la forme de la marchandise sert à la distinguer et que la contrefaçon crée un risque de confusion, parce qu'elle est de nature à tromper l'acheteur sur la qualité ou la provenance du produit (mais tel n'est pas le cas en l'espèce, les têtes de lecture et les aiguilles ne possédant pas de force distinctive particulière).

Les emballages sous lesquels les imitations étaient commercialisées faisaient référence au nom et à la marque du fabricant des produits originaux.

Certains de ces emballages utilisaient cette marque sans autre précision; ils ont été tenus pour illicites au sens de la LMF et de l'art. 29 al. 2 CC, car ils pouvaient donner à penser qu'ils contenaient des produits originaux.

D'autres emballages, en revanche, faisaient figurer la mention "**remplacement pour...**" (marque du fabricant des produits originaux). Sur ce point, le Tribunal fédéral a déclaré que celui qui, comme en l'espèce, est autorisé à produire ou à commercialiser des pièces de rechange destinées aux produits d'autrui a le droit de se référer au produit principal et même de le désigner - mais il faut cependant que le producteur de la pièce de rechange cherche à éviter, par des indications, précisions ou adjonctions appropriées, que l'acheteur puisse croire que le produit émane du producteur de la marchandise principale. Cependant, en l'espèce, il n'existait pas de tel risque de confusion, notamment parce que les emballages comportaient l'adjonction de la marque du fabricant des pièces de rechange (TF, 1ère Cour civile, 27 janvier 1987).

NOUVELLES DU CEDIDAC:

1. Le Conseil d'Etat a chargé le professeur François Dessemontet de l'enseignement du droit des obligations, partie générale, pour succéder au professeur François Gilliard. M. Dessemontet continuera à diriger le Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne.

2. M. Ivan Cherpillod, collaborateur scientifique du CEDIDAC et rédacteur du bulletin d'information, entre en stage d'avocat le 1er juin 1987. Il demeure responsable pour la rédaction de notre bulletin.

DATE IMPORTANTE:

9 et 10 octobre 1987: Journées d'étude sur **la nouvelle loi fédérale de droit international privé**

Editeur responsable : Ivan Cherpillod, CEDIDAC, BFSH 1, 1015 Lausanne-Dorigny