CEDIDAC

BULLETIN D'INFORMATION Nº 9 (Mai 1989)

I. La MIGA: une organisation internationale pour la promotion des investissements étrangers dans les pays en développement.

Le développement économique d'un pays repose sur les investissements qui y sont pratiqués, et singulièrement sur les investissements étrangers pour les pays en voie d'industrialisation. Or, les dernières statistiques de l'OCDE font état, en termes réels, d'un flux négatif des investissements dans ces pays, soit d'un désinvestissement.

Cependant, en 1985 le Conseil des Gouverneurs de la Banque mondiale, réuni à Séoul, a adopté la Convention du 11 octobre 1985 portant création de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (MIGA), agence affiliée à la Banque mondiale. La Suisse a signé la convention le 7 juillet 1986 (FF 1987 I, p. 134) et l'a ratifiée le 8 février 1988. La dite convention est entrée en vigueur le 12 avril 1988 et les séances constitutives se sont tenues en juin de la même année (RO 1989, p. 640 et FF 1989 I, p. 1297).

Début 1989, 12 pays industrialisés et 39 pays en développement avaient ratifié la convention. La France, à l'instar de 22 autres pays, l'a signée mais ne l'a pas encore ratifiée.

L'activité de l'Agence se divise en deux volets. Une partie opérationnelle, la garantie en elle-même, et un aspect promotionnel.

A. La garantie d'un investissement se présente comme un contrat d'assurance contre des risques non-commerciaux, dit risques politiques. Une grande souplesse caractérise la MIGA dans ce

domaine. A côté des risques classiques que sont l'expropriation, la nationalisation, les conflits armés et les troubles civils, les risques liés au transfert des avoirs et des revenus, la convention prévoit encore expressément la rupture de contrat par le pays d'accueil (essentiellement le déni de justice formel) et les mesures analogues à l'expropriation (en particulier la "creeping expropriation": ensemble de mesures qui, prises individuellement, sont licites mais dont l'effet global prive l'investisseur de ses droits sur son investissement). En outre et à certaines conditions, il est possible d'étendre la garantie à d'autres risques, à l'exception des risques de dépréciation ou dévaluation du change.

Si seuls des investissements nouveaux sont admis, la convention ouvre la garantie à un très large éventail d'investissements. Citons à titre d'exemple: les prises de participation, les contrats de licence, de franchise, de joint venture, etc.

Enfin, quant au critère de la nationalité, la MIGA facilite la garantie de projets multinationaux. Des consortiums dont les membres sont des ressortissants de pays différents peuvent ainsi présenter une requête de garantie pour autant que chacun de leurs Etats soit membre de l'Agence. Notons encore que la garantie peut, après autorisation spéciale du Conseil d'Administration, être étendue au ressortissant d'un pays d'accueil; cette disposition a été insérée pour lutter contre la fuite des capitaux ou en encourager le rapatriement.

La procédure de garantie se déroule en plusieurs étapes. Sur réception d'une demande préliminaire, l'Agence remet un avis d'enregistrement. Seuls sont admissibles les projets dont l'exécution a commencé après cet acte de procédure. Dans un délai déterminé, l'investisseur doit ensuite déposer sa demande définitive. Enfin, avant d'accorder la garantie, l'Agence requiert l'approbation du pays d'accueil.

B. Le caractère international de l'Agence en fait un centre d'informations privilégié. La promotion des investissements est pour elle non seulement une obligation légale mais surtout une vocation. Par la diffusion des possibilités et des conditions d'investissement, elle entend en favoriser le flux. Par une assistance technique et des conseils aux Etats membres, elle aide à améliorer le climat d'investissement. Elle les encourage à conclure des accords de protection et de promotion des investissements, de même qu'elle invite les parties à régler leurs différends à l'amiable.

Début février 1989, 6 garanties définitives avaient été accordées, 40 demandes préliminaires enregistrées et plus de 110 enquêtes requises.

Peter Schaufelberger

II. JURISPRUDENCE

1. Représentation avec pouvoir de substitution - responsabilité d'une banque

Faits :

La société A. ouvre un compte auprès de la banque X. et, par acte du même jour, signé de deux de ses administrateurs, autorise B., avec signature individuelle, à la représenter "dans toutes ses relations avec la banque, sans aucune restriction ou limitation quelconque". La carte de signature de la banque concernant B. prévoit encore que "les pouvoirs comprennent en particulier, sans être cependant limités à cela, le droit de retirer, transférer ou disposer d'une autre manière de tous fonds qui sont actuellement ou seront disposés en tout temps sur le compte de la société".

Par acte du 12 octobre 1983, B. autorisa un certain C. à clôturer ledit compte en retirant les fonds disponibles et à ouvrir un compte pour la société A. auprès d'une autre banque.

Le Tribunal Fédéral devait trancher les questions suivantes : selon les termes de la procuration, B. avait-il le pouvoir d'autoriser un tiers à clôturer le compte et opérer divers transferts ? A défaut, quelle était la responsabilité de la banque ?

Droit :

En l'espèce, les instructions du 12 octobre 1983 émanant de B. ne constituent pas un contrat d'assignation (art. 466 CO), mais bien un cas de substitution de représentant; en effet, C. ne devait pas se borner à retirer les fonds déposés, mais devait, de surcroît, ouvrir un nouveau compte, soit conclure un nouveau contrat avec un tiers. Cette faculté est exorbitante des pouvoirs d'un assignataire, qui sont de percevoir des fonds. En l'espèce, les instructions données à C. impliquaient pour ce dernier le droit de se substituer à B.

Quand bien même la faculté de substituer un représentant n'était pas expressément prévue ni par le texte se trouvant sur le spécimen de signature, ni par une autre pièce du dossier, B. était au bénéfice d'une procuration avec pouvoir de substitution - le principe de la confiance impose cette solution. Le caractère usuel du droit de substitution dans le domaine bancaire conforte encore cette interprétation. Contrairement à l'avis de la Cour de justice, la substitution du représentant n'est pas possible uniquement si elle a été expressément autorisée; il peut aussi y avoir manifestation tacite. La banque s'est donc valablement libérée de son obligation de restituer les fonds en suivant les instructions de C.

TF, Ière Cour civile, 27 septembre 1988

2. Qualité pour attaquer une décision de l'assemblée générale dans la société anonyme

Il s'agit d'une cause patrimoniale au sens de l'article 46 OJ; la valeur litigieuse doit donc atteindre au moins 8000 francs pour que le recours en réforme soit recevable; un examen sommaire permet toutefois de vérifier que l'estimation d'une valeur litigieuse "d'au moins 15'000 francs" n'a, en l'espèce, rien d'exagéré.

Les questions de la qualité pour agir et pour défendre sont des questions de droit matériel, soumises exclusivement au droit fédéral.

Tout actionnaire peut attaquer en justice une décision de l'assemblée générale (art. 706 al. 1 CO). La question de savoir à quel moment il faut avoir la qualité d'actionnaire est controversée.

En revanche, il n'est pas nécessaire qu'un actionnaire ait participé à l'assemblée générale pour être autorisé à attaquer l'une de ses décisions : il ne faut en effet pas confondre la qualité pour agir et la question de savoir si la demande est objectivement fondée, en particulier qu'elle ne constitue pas un abus de droit.

TF, Ière Cour civile, 31 janvier 1989

3. Raisons de commerce

Le titulaire d'une raison individuelle n'est pas soumis aux règles de l'article 951 CO sur les raisons sociales; il doit seulement éviter, par une différenciation suffisante, les risques de confusion liés notamment à des recoupements de clientèle et de domaine d'activité commerciale. En l'espèce, le terme "alligator", qui n'a aucun lien avec les activités des parties, peut être considéré comme un terme de pure fantaisie. Il suffit que dans l'esprit du public, les deux raisons coexistent séparément et distinctement pour qu'on puisse nier le risque de confusion; tel est le cas en l'espèce.

TF, Ière Cour civile, 13 décembre 1988

4. Marques - concurrence déloyale

La défenderesse qui utilise comme enseigne ou à titre publicitaire la désignation AVANTI, déjà utilisée comme marque par le demandeur actif dans un domaine d'activité similaire, ne se rend pas coupable de violation du droit des marques : seul un usage à titre de marque constituerait une telle violation. En revanche, la défenderesse s'est rendue coupable de concurrence déloyale, car elle a provoqué un risque de confusion avec l'activité du demandeur. La marque AVANTI détenue par le demandeur n'est pas purement descriptive, et elle est par conséquent valable.

TF, Ière Cour civile, 22 novembre 1988

5. Révocation d'un contrat d'édition - constatation de la titularité des droits d'auteur.

Faits :

A. est propriétaire d'une maison spécialisée dans l'édition de partitions et dans la production et la distribution de disques. X., compositeur de musique, et Y., auteur de textes, lui avaient - séparément et par divers contrats soumis au droit suisse - cédé leurs droits d'auteur. En particulier un contrat du 8 décembre 1975 prévoyait la cession des droits concernant une chanson dénommée "La Pastorella".

Le 6 septembre 1982, X. et Y. résilièrent sans délai le contrat relatif à "La Pastorella", au motif que A., en violation du contrat, ne leur aurait pas fourni les décomptes relatifs aux droits découlant de la gestion des partitions (Papierlizenzen), ni payé les redevances, ce que fit A. le 28 octobre suivant; le 24 novembre, l'épouse de A. écrivit à X. et Y. que la maison d'édition n'acceptait pas la résiliation. Le 31 août 1983 X. et Y. résilièrent d'autres contrats, relatifs à 45 autres chansons, résiliations auxquelles s'opposa A.

A. ouvrit devant l'Obergericht zurichois action en constatation que "tous les droits cédés par X. et Y. concernant "La Pastorella" et 45 autres oeuvres lui appartiennent".

L'Obergericht admit sa demande pour quatre des 45 oeuvres dont les contrats avaient été résiliés le 31 août 1983, au motif qu'il n'y avait pas eu de délai supplémentaire (art. 107 CO) et que les conditions de l'article 108 CO n'étaient pas réalisées. Il rejeta la demande pour le reste.

A. recourt en réforme au Tribunal Fédéral; X. et Y., dans un recours joint, demandent de ne pas entrer en matière sur la partie de l'action admise par l'Obergericht, ou subsidiairement de la rejeter.

Droit :

Les défendeurs prétendent que les droits découlant des contrats résiliés les 6 septembre 1982 et 31 août 1983 leur sont retournés; au contraire le demandeur s'en tient aux prérogatives que les contrats lui avaient conférées. L'insécurité juridique qui en découle ne peut être écartée que par une action en constatation; celle-ci est donc recevable.

Quand bien même les recettes tirées des enregistrements des oeuvres sur des porteurs de son seraient de loin supérieures à celles tirées de la gestion des partitions - au point que A. considère cette dernière activité comme purement accessoire et dépendant de sa bonne volonté - le devoir de produire des décomptes relatifs aux recettes tirées de la gestion des partitions est un devoir essentiel : sa violation entraîne les conséquences de la demeure (art. 107 ss CO). Même si cela correspond peut-être aux usages dans le domaine de l'édition musicale, il ne ressort pas de l'état de fait du jugement attaqué que cette obligation de produire un décompte soit un pur travail accessoire de comptabilité sans rapport direct avec les prestations échangées en vertu du contrat.

L'article 383 al. 3 CO ne règle pas exhaustivement la rupture du contrat d'édition, mais s'inscrit en complément de l'article 107 al. 1 CO. Ce dernier article s'applique également en cas de retard dans le paiement des honoraires ou de violation d'autres obligations, par exemple celle de produire un décompte. En l'espèce, la fixation d'un délai supplémentaire au sens de l'article108 CO aurait été inutile, au vu de l'état de fait. Les relations contractuelles relatives à la chanson "La Pastorella" ont donc valablement pris fin le 6 septembre 1982.

En revanche, s'agissant des autres titres, on ne saurait dire que la fixation d'un délai eût été inutile; au contraire, il n'est pas prouvé que les devoirs de présenter un décompte n'aient pas été accomplis par A. Quoi qu'il en soit, les résiliations relatives à ces titres ne sont pas valables, faute pour X. et Y. d'avoir fixé un délai au sens de l'article 107 al. 1 CO. Certes, il est possible de se départir d'un contrat d'édition non seulement comme conséquence de la demeure, mais encore pour des raisons sérieuses. Cela présuppose toutefois, comme pour d'autres contrats de durée, que le rapport de confiance existant entre les parties soit brisé, au point qu'on ne puisse exiger d'un des cocontractants la continuation du contrat. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

Selon l'article 7 al. 1 LDA, la qualité de coauteurs présuppose que plusieurs auteurs aient travaillé ensemble à une oeuvre, de telle sorte que leurs apports respectifs ne puissent plus guère être distingués. Cela n'est pas le cas de l'auteur du texte et du compositeur de la musique d'une chanson, d'un opéra, etc. La musique et le texte sont des oeuvres séparées, dont les droits peuvent êtres perçus séparément.

TF, Ière Cour civile, 24 janvier 1989

6. Contrat d'insertion

Le contrat d'insertion est celui par lequel une partie s'oblige à faire paraître des annonces dans un journal édité par elle ou un tiers, alors que l'autre partie, l'annonceur est tenu au paiement du prix des annonces. Selon l'ATF 59 II 262, ce contrat doit être qualifié de contrat d'entreprise. Il faut toutefois réserver le cas où le contrat d'insertion est conclu entre l'annonceur et une agence de publicité indépendante de l'éditeur. Dans ce cas, il s'agira plutôt d'un contrat de mandat : en effet, l'agence sera chargée de conseiller l'annonceur, de réserver des espaces, d'acheminer le matériel d'impression, de procéder à la vérification des parutions et des factures. La situation de l'agence n'est pas celle d'un entrepreneur général, mais plutôt celle qui résulte d'un "Baubetreuungsvertrag"; contrairement à la situation visée à l'ATF 59 II 262, où le contrat avait été passé avec l'imprimeur, et non avec une agence de publicité, il y a lieu d'appliquer ici les dispositions sur le mandat; en revanche, le contrat passé entre l'agence de publicité et l'éditeur sera un contrat d'entreprise.

TF, Ière Cour civile, 17 janvier 1989

7. Un contrat d'entreprise peut aussi porter sur la réalisation d'une oeuvre d'art (en l'espèce, une mosaïque ornant une façade)

Le maître d'oeuvre ne doit donc pas indemniser l'entrepreneur pour les maquettes et autres travaux préparatoires, à moins que le contraire n'ait été convenu. De tels frais sont en principe compris dans le prix de l'ouvrage. Rien ne sera dû si l'ouvrage définitif n'est pas livré.

TF, Ière Cour civile, 14 mars 1989 (cet arrêt sera publié *in extenso* à la Revue valaisanne de jurisprudence).

III. VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES

Le Conseil Fédéral a proposé aux Chambres la ratification de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Voir Feuille Fédérale 1989 I p. 709 ss. , du 21 mars 1989. Pour des explications complémentaires, on peut se reporter à notre Bulletin d'information no. 8, de février 1989.

Le CEDIDAC organisera une journée d'information au sujet de la vente de marchandises dans le courant de l'année 1990.

* * * * *

FORMATION CONTINUE

27 septembre 1989 :	**Les principes comptables généralement admis, aujourd'hui et demain.**
12 octobre 1989 :	**L'aménagement du territoire en droit fédéral et cantonal.**
3 novembre 1989 :	**La révision du droit d'auteur (colloque organisé conjointement avec l'Institut suisse de droit comparé).**

Renseignements : CEDIDAC, BFSH 1, 1015 Lausanne, téléphone (021) 692 40 77.

Editeur responsable : François Zürcher, CEDIDAC, BFSH 1, 1015 Lausanne.