



Article scientifique

Article

2013

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

**Droit suisse des contrats : Partie générale et contrats spéciaux (chronique  
2012)**

---

de Werra, Jacques

**How to cite**

DE WERRA, Jacques. Droit suisse des contrats : Partie générale et contrats spéciaux (chronique 2012).  
In: Journal des tribunaux. II Droit civil, poursuite pour dettes et faillites et procédure civile, 2013, vol. 161,  
n° 3, p. 163–180.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:29257>

## **Droit des contrats: Partie générale et contrats spéciaux**

par

Jacques DE WERRA

Professeur de droit des obligations et de droit  
de la propriété intellectuelle  
Faculté de droit de l'Université de Genève

### **Introduction**

Même si les arrêts figurant dans la présente chronique sont loin de donner l'image d'un droit suisse des contrats instable ou incertain, ils permettent néanmoins de constater que cette matière reste (heureusement) empreinte d'un certain dynamisme, et ce même pour des types de contrats et de figures contractuelles pour lesquels un observateur pourrait hâtivement estimer que toutes les questions importantes ont déjà été balisées et tranchées de longue date. Preuves en sont les différents arrêts rendus ces derniers mois en matière de mandat, contrat d'un classicisme absolu s'il en est, qui a néanmoins donné l'occasion au Tribunal fédéral de se prononcer sur des questions essentielles, particulièrement celle de la délimitation (délicate) entre les obligations respectives de restitution et de reddition de comptes qui s'imposent au mandataire (arrêt n° 8). Il en va de même en matière de garantie à première demande (arrêt n° 2) et de peine conventionnelle (arrêt n° 3), pour lesquelles la jurisprudence a apporté des clarifications bienvenues qui seront assurément utiles aux plaideurs et aux rédacteurs de contrats. Pour sa part, le front réglementaire ne présente pas de développement majeur qui mériterait une mention particulière dans cette introduction (voir ci-dessous III).

### **I. Jurisprudence relative à la partie générale**

1. *Conditions générales d'assurance – caractère insolite d'une clause prévoyant une réduction de moitié des indemnités journalières en cas de maladie psychique: ATF 138 III 411<sup>1</sup>*

La règle dite de l'insolite a pour effet que l'acceptation globale de conditions générales ne couvre pas les clauses insolites auxquelles

---

<sup>1</sup> Un autre arrêt récent a été rendu concernant la règle de l'insolite en matière de conditions générales: arrêt du TF 4A\_41/2012 du 31 mai 2012.

la partie faible ou moins expérimentée en affaires n'a pas été rendue spécialement attentive. Le rédacteur de conditions générales doit ainsi selon le principe de la confiance partir du principe qu'un partenaire contractuel inexpérimenté n'accepte pas des conditions contractuelles insolites. Le caractère insolite d'une clause se juge selon la perception de celui qui l'accepte au moment de la conclusion du contrat. La règle de l'insolite suppose que le destinataire n'ait subjectivement pas l'expérience du domaine concerné et que la clause ait objectivement un contenu qui déroge notablement à la nature de l'affaire, ce qui est le cas si la clause conduit à un changement majeur du caractère du contrat ou s'écarter de manière significative du cadre légal du type de contrat concerné. Plus une clause porte préjudice à la position juridique de la partie visée, plus elle sera considérée comme insolite.

En l'espèce, les conditions générales d'assurance prévoient le versement d'indemnités journalières en cas de maladie en faisant une distinction entre les maladies physiques et les maladies psychiques, les indemnités étant réduites de 50% pour ces dernières. Une telle clause n'étant pas usuelle dans la branche et portant préjudice aux attentes légitimes de l'assuré qui sont d'obtenir une couverture en cas de perte de revenu, quel que soit le type de maladie en cause (physique ou psychique), elle est objectivement insolite. Elle est également subjectivement insolite en l'espèce, nonobstant le fait que l'assuré concerné a une formation de médecin-dentiste, dès lors que cette formation ne fait pas de lui une personne expérimentée en matière d'assurance pour indemnités journalières. La clause litigieuse ne lie dès lors pas l'assuré, le Tribunal fédéral pouvant ainsi laisser ouverte la question de savoir si cette clause a valablement été intégrée au contrat, sachant qu'elle figurait seulement sur une notice d'information («Merkblatt») qui était supposée ne contenir qu'un extrait de la documentation contractuelle selon son propre titre<sup>2</sup>.

2. *Porte-fort (art. 111 CO) – conditions de l'appel à garantie à première demande: ATF 138 III 241*

Lorsqu'une garantie au sens de l'art. 111 CO est émise, celui qui se porte-fort est tenu de l'engagement pris sans égard à un éventuel litige concernant l'engagement de base, pour autant que les conditions figurant dans la garantie soient réunies. L'indépendance de la garantie trouve toutefois sa limite si l'appel à garantie est constitutif d'abus de droit. Dans un tel cas, celui qui est recherché en garantie

<sup>2</sup> «Auszug aus den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (MC04) und dem Rahmenvertrag».

a non seulement le droit, mais aussi l'obligation vis-à-vis du débiteur principal de refuser le paiement. La question de savoir si, en cas de garantie à première demande<sup>3</sup>, le bénéficiaire doit justifier de son appel à garantie même si le texte de la garantie ne le prévoit pas est débattue par la doctrine. Une approche formaliste doit être adoptée, qui doit ainsi se fonder sur la formulation de la clause de garantie. Sur cette base, le bénéficiaire de la garantie doit remplir envers le débiteur de celle-ci toutes les conditions figurant dans la clause de garantie afin de provoquer l'obligation de paiement par ce dernier, mais ne doit pas en remplir d'autres. Le débiteur ne peut donc pas exiger d'autres conditions que celles qui résultent clairement du texte de la garantie.

Ces principes font que le bénéficiaire ne peut pas être tenu de justifier la survenance d'un cas donnant lieu à garantie au-delà de ce qu'exige le texte de la clause de garantie. Il appartient au contraire au débiteur de la garantie d'énumérer dans la clause de garantie toutes les conditions posées au paiement de la somme faisant l'objet de son engagement. Le bénéficiaire doit ainsi être protégé dans la confiance qu'il peut avoir dans le texte de la garantie.

En l'espèce, l'appel à garantie était soumis à la condition que le bénéficiaire soumette par écrit au débiteur de la garantie (porte-fort) une demande de paiement ainsi qu'une confirmation que la débitrice principale n'a pas exécuté ses obligations contractuelles. Dans ces circonstances, aucune motivation supplémentaire à l'appel à garantie allant au-delà du texte de cette dernière et visant à exposer dans quelle mesure le contrat avait été violé ne pouvait être exigée.

3. *Conditions de réduction d'une peine conventionnelle – qualification du jugement constatant le caractère excessif d'une peine conventionnelle (art. 163 al. 3 CO): ATF 138 III 746*

L'art. 163 al. 3 CO prévoit que le juge doit réduire les peines qu'il estime excessives. Les principes de la fidélité contractuelle et de la liberté contractuelle imposent de la retenue dans l'exercice de ce pouvoir d'intervention judiciaire, dès lors que les parties sont en principe libres de fixer le montant de la peine (art. 163 al. 1<sup>er</sup> CO). L'intervention du juge ne se justifie que lorsque le montant convenu dépasse ce qui constitue la mesure du raisonnable selon les principes du droit et de l'équité. Une réduction se justifie en particulier lorsqu'il existe une disproportion flagrante entre le montant convenu et l'intérêt du bénéficiaire d'obtenir l'intégralité de ce dernier, ce qui doit être examiné

---

<sup>3</sup> «Garantie mit Sofortzahlungsklausel („auf erstes Anfordern”)».

en fonction des circonstances du cas concret et ne peut être déterminé de manière générale et abstraite. La qualification juridique de la réduction est controversée en doctrine. Le débat trouve historiquement sa source dans la question du pouvoir d'intervention du juge dans le contrat. On peut considérer que la réduction de la peine constitue un cas d'application légal de l'interdiction de l'abus de droit, qui a servi de fondement à la jurisprudence concernant l'adaptation de contrats en raison d'un changement de circonstances (*clausula rebus sic stantibus*). Dans cette perspective, le juge qui réduit une peine ne modifie pas le contrat par un jugement formateur, mais est simplement invité en cas de litige à constater (par un jugement constatatoire) si le fait de se prévaloir de la peine conventionnelle est compatible avec le principe de la bonne foi (respectivement avec le droit et l'équité). Si tel n'est pas le cas, le juge constate donc que seule la peine conventionnelle réduite est due. Le jugement (cantonal) qui constate un montant réduit de la peine conventionnelle ne constituant dès lors pas un jugement formateur, il ne donne pas lieu à une nouvelle créance et ne constitue pas non plus le point de départ pour le calcul des intérêts moratoires sur la peine conventionnelle réduite.

## **II. Jurisprudence relative aux contrats spéciaux (y compris aux contrats innommés)**

### **A. Contrat de vente**

#### **4. Droit applicable et validité d'un contrat de vente internationale de marchandises (art. 1, 3 et 8 CVIM; art. 20 CO): ATF 138 III 601**

La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980 (CVIM, RS 0.221.211.1) s'applique notamment lorsque les règles de droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant (art. 1<sup>er</sup> let. b CVIM). S'agissant d'un contrat de vente d'une filature conclu entre une société suisse (vendeuse) et une société indonésienne (acheteuse), la CVIM s'applique dès lors que c'est la société suisse qui effectue la prestation caractéristique (art. 118 LDIP en conjonction avec l'art. 3 de la Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, RS 0.221.211.4). Le fait que les marchandises soient destinées à être affixées sur un immeuble au lieu de destination (en Indonésie) n'empêche pas l'application de la

CVIM, pas plus que le fait que le contrat comporte une obligation de montage, ce pour autant que celle-ci ne constitue pas la part prépondérante de la valeur de la prestation de la partie qui vend la marchandise (art. 3 al. 2 CVIM).

Comme la CVIM ne régit en principe que la conclusion du contrat de vente et les droits et obligations des parties (art. 4), la question de la validité du contrat relève du droit national supplétif (art. 4 let. a). Une question de validité du contrat au sens de cette norme surgit notamment lorsqu'il s'agit de déterminer les effets d'une violation d'une norme d'interdiction nationale ou des bonnes mœurs, qui doit en l'espèce être jugée en application du droit suisse. Un contrat est nul pour cause d'illicéité au sens de l'art. 20 CO lorsque son objet, sa conclusion ou son but immédiat viole le droit positif suisse, pour autant que celui-ci prévoit expressément la nullité ou que cette dernière ressorte implicitement du but de la norme violée. Il peut s'agir de droit fédéral (y compris les traités internationaux qui lient la Suisse) ou de droit cantonal.

La violation de normes de droit impératif étranger peut conduire à la contrariété aux mœurs du contrat au sens de l'art. 20 al. 1<sup>er</sup> CO, lorsque cette violation est également conçue selon la perception suisse comme contraire aux mœurs. Cela suppose que la norme étrangère violée protège des intérêts d'importance fondamentale et vitale de l'individu et de la collectivité humaine ou des biens juridiques qui selon les principes éthiques généraux doivent l'emporter sur celui de la liberté contractuelle. Les normes concernant l'exportation de devises ne figurent en principe pas parmi de tels principes et rien à l'espèce ne permet de considérer qu'il devrait en aller différemment concernant les normes indonésiennes en cette matière.

## **B. Contrat d'entreprise**

5. *Validité de la fixation conventionnelle du point de départ du délai de prescription des actions en garanties de l'entrepreneur général contre les sous-traitants au moment de la livraison de l'ouvrage par l'entrepreneur général au maître de l'ouvrage (art. 371 CO): arrêt du TF 4A\_221/2010 du 12 janvier 2012*

L'art. 129 CO dispose que les délais de prescription fixés dans le titre 3 du Code des obligations (art. 114 à 142 CO) ne peuvent pas être modifiés conventionnellement. A contrario, les délais de prescription prévus ailleurs que dans le titre 3 peuvent l'être. L'art. 141 CO prévoit pour sa part que toute renonciation anticipée à la prescription est

nulle, ce principe s'appliquant également en dehors des délais figurant au titre 3. Le délai de prescription des droits du maître en raison des défauts de l'ouvrage régi par l'art. 371 CO n'est pas soumis à l'art. 129 CO et peut ainsi être modifié contractuellement. La modification contractuelle du délai de prescription de l'art. 371 CO qui est licite ne peut pas être conçue comme une renonciation anticipée à la prescription au sens de l'art. 141 CO. Si tel était le cas, cela signifierait que le délai de prescription ne pourrait être modifié contractuellement qu'en défaveur du créancier. En l'occurrence, le point de départ du délai de prescription des droits de l'entrepreneur général en raison des défauts de l'ouvrage contre les sous-traitants avait été fixé au moment de la livraison de l'ouvrage par l'entrepreneur général au maître de l'ouvrage, ceci afin de permettre à l'entrepreneur général de préserver ses droits contre les sous-traitants en cas de prétentions élevées contre lui par le maître de l'ouvrage<sup>4</sup>. La clause litigieuse qui visait ainsi à coordonner les prétentions contre l'entrepreneur général avec celles contre les sous-traitants ne constitue pas une renonciation à la prescription. Il est dès lors admissible de fixer le point de départ du délai de prescription à un autre moment que celui de la livraison de l'ouvrage (par les sous-traitants). La fixation contractuelle du point de départ du délai de prescription est valable, pour autant que la fin du délai de prescription n'intervienne pas plus de dix ans après le point de départ prévu légalement. Tel n'était pas le cas en l'espèce, de sorte que la clause contractuelle était valable.

6. *Détermination contractuelle des droits du maître en cas de retard ou d'inexécution des travaux par l'entrepreneur (art. 366 CO): arrêt du TF 4A\_556/2011 du 20 janvier 2012*

L'art. 366 CO régit les possibilités pour le maître de l'ouvrage d'intervenir avant la livraison s'il apparaît que l'entrepreneur est en retard ou qu'il va fournir un ouvrage défectueux. Il prévoit notamment la possibilité d'une exécution par substitution. Lorsqu'il est en droit de procéder par substitution, le maître de l'ouvrage peut exécuter lui-même les travaux qui incombait à l'entrepreneur. L'obligation de faire qui incombait à l'entrepreneur se transforme alors en

<sup>4</sup> La clause prévoyait ainsi (art. 35.2 des conditions générales de l'entrepreneur général): «Die gemeinsame Prüfung und die Abnahme des vom Subunternehmer hergestellten Werkes erfolgen gemäss Art. 157 ff SIA-Norm 118. Das Ende der Garantie- und Verjährungsfristen wird jedoch nicht von der Abnahme, bzw. Teilabnahme an berechnet, sondern erst ab der Abnahme des von der Generalunternehmung hergestellten Werkes durch den Bauherrn, wenn diese Abnahme später als die Abnahme des Werkes des Subunternehmers durch die Generalunternehmung erfolgt».

une obligation de payer les frais. Il s'agit d'une obligation de nature contractuelle, et non pas de dommages-intérêts. Dès lors que la prétention en paiement des frais n'est pas une créance en dommages-intérêts, l'art. 42 al. 2 CO n'est en principe pas applicable, étant relevé que la jurisprudence s'y réfère par analogie en matière contractuelle lorsque la preuve apparaît impossible à apporter.

L'art. 366 CO est toutefois de droit dispositif de sorte que les parties peuvent y déroger, ce qui a valablement été fait en l'espèce dans le contrat entre un entrepreneur général et un sous-traitant, le projet concernant la fourniture et l'installation d'équipements de télé-surveillance pour un tronçon autoroutier (la cause a été renvoyée à l'instance cantonale pour arbitraire dans l'appréciation des preuves, la manière d'apprécier les preuves par la juridiction cantonale n'étant en effet pas compréhensible).

### C. *Contrat de mandat*

#### 7. *Obligation de restitution des commissions de distribution de fonds de placement par la banque mandataire (art. 400 al. 1<sup>er</sup> CO): ATF 138 III 755*

Cet arrêt a donné au Tribunal fédéral l'occasion d'affiner les contours de l'obligation de restitution du mandataire fondée sur l'art. 400 al. 1<sup>er</sup> CO dans le contexte des rétrocessions et prestations financières payées dans le cadre d'activités de gestion de fortune<sup>5</sup>. La question était ainsi de déterminer si une banque au bénéfice d'un mandat de gestion de fortune confié par un client a une obligation de reddition de compte (et de restitution) sur des commissions que la banque touche de tiers (soit de la direction de fonds de placement) avec qui elle est liée par des contrats de distribution de parts de fonds, la rémunération consistant en une fraction de la commission de gestion (management fee) obtenue par la direction des fonds concernés<sup>6</sup>.

Le contrat de gestion de fortune est soumis au droit du mandat. L'obligation du mandataire de reddition de compte et de restitution de tout ce que ce dernier a reçu dans la cadre du mandat, à quelque titre que ce soit, ne vise pas seulement les valeurs patrimoniales que le mandataire a reçues directement du mandant, mais aussi les avantages indirects que le mandataire a reçus de tiers à la suite de l'exécution du mandat. Le mandataire est tenu de restituer au mandant toutes

<sup>5</sup> ATF 132 III 460, ATF 137 III 393, ATF 138 III 137.

<sup>6</sup> «Bestandspflegekommissionen» (c. 4.1).

les valeurs patrimoniales qui ont une relation intrinsèque («in einem inneren Zusammenhang») avec l'exécution du mandat. Le mandataire n'a ainsi le droit de conserver que ce qu'il a obtenu de tiers à l'occasion de l'exécution du mandat, mais sans relation intrinsèque avec le mandat qui lui a été confié.

La présente affaire soulève la question pas encore tranchée par la jurisprudence de l'application de l'obligation de restitution des banques à propos des commissions de distribution qu'elles touchent de tiers. Après avoir relevé que la doctrine (abondante) est divisée à ce propos<sup>7</sup>, le Tribunal fédéral rappelle que l'obligation de restitution – tout comme celle de rendre des comptes – est un élément central découlant de la nature de service à autrui du mandat et constitue une concrétisation de l'obligation générale de fidélité de l'art. 398 al. 2 CO. Elle garantit ainsi le respect de l'obligation de fidélité et constitue dans cette perspective une mesure préventive visant la protection des intérêts du mandant, dès lors qu'elle écarte le risque que le mandataire puisse se voir incité à ne plus prendre en considération les intérêts du mandant en raison des versements opérés en sa faveur par des tiers. La prévention de conflits d'intérêts constitue ainsi l'aune à laquelle il convient d'évaluer si l'attribution faite par un tiers en faveur du mandataire l'a été en raison même de l'exécution du mandat, ou seulement à l'occasion de ce dernier et donc sans relation intrinsèque avec le mandat confié. Dans cette perspective, en cas d'attributions faites par des tiers au mandataire, il faut admettre l'existence d'une relation intrinsèque entre une telle attribution et le mandat confié lorsque le danger existe que le mandataire puisse se sentir poussé à ne pas suffisamment prendre en compte les intérêts du mandant<sup>8</sup>. Il n'est par contre pas nécessaire pour juger de l'existence

<sup>7</sup> C. 5.1.

<sup>8</sup> On notera à cet égard que le Tribunal fédéral opère ainsi un changement de jurisprudence par rapport à ce que la Cour de droit pénal avait décidé dans un arrêt non publié du 13 janvier 2011 dans la cause n° 6B\_223/2010 dans lequel il avait été constaté au contraire que les commissions de gestion pour distribution de produits financiers n'étaient pas intrinsèquement liées au mandat de gestion de fortune: «Es besteht keine rechtlich relevante Verknüpfung zwischen dem Auftrag des Kunden zum Kauf von Fondsanteilen (vorliegend von strukturierten Produkten) und den einggenommenen Vertriebsentschädigungen der Bank. Dies ist auch die ausschlaggebende Unterscheidung zu den Retrozessionen, welche unabhängige Vermögensverwalter von den Banken kassieren. Bestandespflegekommissionen werden der Depotbank nicht aufgrund des Auftragsverhältnisses zwischen Kunde und Depotbank bezahlt, sondern für Dienstleistungen (vorliegend strukturierte Produkte), die gegenüber dem Produktanbieter [...] erbracht werden» (pour un commentaire, voir *Philipp Fischer*, *Rétrocessions – Acte IV*, *Actualité suisse* n° 841 du Centre de droit bancaire et financier, Faculté de droit de l'Université de Genève, <http://cms.unige.ch/droit/cdbf>, article n° 841, 5 novembre 2012).

d'une obligation de restitution que le mandataire viole effectivement son obligation ou que le mandant souffre un préjudice réel. Le fait que la commission payée à la banque comme distributrice des fonds de placement – pour laquelle se pose la question de sa restitution aux clients – ne provienne pas de commissions directement prélevées auprès de ces derniers ne permet pas non plus d'exclure l'obligation de restitution. L'application de l'art. 400 al. 1<sup>er</sup> CO ne dépend pas davantage du fait que le mandataire soit un gérant de fortune externe ou une banque exerçant des activités de gestion de fortune, puisque cette norme s'applique à tout mandat.

L'obligation de restitution existe également lorsque le tiers payant la commission à la banque mandataire et cette dernière appartiennent à un même groupe de sociétés. Dans un tel cas, le risque de conflit d'intérêts est encore plus sensible puisque la banque gestionnaire sera potentiellement poussée à prendre des décisions d'investissement de produits offerts par d'autres sociétés du groupe (sur la base du mandat de gestion qui lui a été confié) non seulement afin d'accroître sa propre commission de distribution, mais aussi dans le but d'augmenter la rémunération d'autres sociétés du groupe qui proposent ces produits financiers<sup>9</sup>. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de juger différemment l'obligation de restitution de l'art. 400 al. 1<sup>er</sup> CO selon que la commission a été versée par un tiers externe ou par une société qui est apparentée à la banque mandataire.

La question de savoir si des commissions de distribution constituent des versements soumis à l'obligation de restitution ne peut pas être tranchée de manière abstraite, dès lors qu'elle dépend de la relation contractuelle spécifique qui est en jeu. Il convient ainsi d'examiner à la lumière des obligations contractuelles des parties si les commissions de distribution payées sur la base d'accords de distribution par des sociétés qui offrent des produits financiers peuvent générer le risque que la banque (qui les reçoit) puisse ne pas suffisamment prendre en compte les intérêts du client. En l'occurrence, la banque bénéficiait d'un mandat de gestion lui permettant de prendre de manière indépendante des décisions de gestion des actifs confiés et ainsi d'acquérir et de vendre des parts de fonds et de produits structurés, étant rappelé que l'obligation de protection des intérêts des clients est très large dans un tel contexte. En outre, les commissions de distribution dépendaient en premier lieu du volume et visaient ainsi à récompenser le placement des produits financiers concernés dans le

---

<sup>9</sup> Cette question faisait l'objet de l'arrêt 4A\_141/2012.

portefeuille des clients. Dans ces circonstances, l'intérêt de la banque à maximiser le montant de sa commission résultant du placement des produits entre en conflit avec son obligation extensive de protection des intérêts de ses clients. Il en résulte une situation de conflit d'intérêts dès lors que la banque pourra avoir un intérêt à acquérir, garder ou augmenter des positions de certains produits financiers sur la base du mandat de gestion, même si ces décisions d'investissement ne sont pas nécessairement justifiées par les intérêts de ses clients. Dans ces circonstances, les commissions de distribution se trouvent bien dans un rapport intrinsèque avec l'exécution du mandat par la banque et font par conséquent l'objet de l'obligation de restitution.

L'existence de normes (étatiques ou d'autorégulation) concernant les placements collectifs de capitaux (particulièrement la loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux – loi sur les placements collectifs, LPCC [RS 951.31] – et la Directive concernant la transparence dans les commissions de gestion du 7 juin 2005 de la Swiss Funds Association) ne s'oppose au demeurant pas à la reconnaissance d'une telle obligation.

8. *Obligation de reddition de compte du mandataire sur des documents internes (art. 400 CO): arrêt du TF 4A\_13/2012 du 19 novembre 2012 (destiné à publication aux ATF)*

L'obligation de rendre des comptes ancrée à l'art. 400 CO a pour but de permettre au mandant de contrôler les activités du mandataire. Elle constitue la condition et le fondement de l'obligation de restitution et trouve sa limite dans le principe de la bonne foi.

L'obligation de rendre des comptes porte sur les informations relevant du rapport de mandat, étant acquis que le mandataire doit informer le mandant de manière complète et exacte et lui remettre tous les documents qui concernent les affaires dont il s'est occupé pour lui. L'obligation de restitution couvre tout ce qui a été remis par le mandant au mandataire ou ce que ce dernier a reçu de tiers en exécution du mandat, à l'exception des documents purement internes tels qu'études préparatoires, notes personnelles, projets, recueils de documentations et comptabilité interne.

Il n'est pas exact de considérer que l'obligation de rendre des comptes et celle de restitution ont la même portée. Ainsi, il peut y avoir une obligation de rendre des comptes concernant des documents relatifs à des visites de la clientèle ou des contacts avec cette dernière, même si ces documents internes ne font pas l'objet d'une obligation de restitution. Cette différence résulte du but de l'obligation de rendre

des comptes: à la différence de l'obligation de restitution qui garantit le respect de l'obligation de fidélité, l'obligation de rendre des comptes vise à permettre de contrôler l'activité du mandataire. Dans ces circonstances, on ne peut pas se soustraire à l'obligation de rendre des comptes en se prévalant du fait que les documents concernés ne sont pas soumis à l'obligation de restitution.

Il convient ainsi de différencier entre d'une part, les documents internes qui ne sont pas soumis à l'obligation de restitution mais dont le mandant doit être informé de manière adéquate, afin de lui permettre de contrôler l'activité du mandataire et d'autre part, les documents purement internes, comme des projets de contrats qui n'ont pas été envoyés, qui ne sont pas déterminants pour vérifier l'exécution conforme du mandat par le mandataire. Qu'un document interne soit soumis à l'obligation de rendre des comptes ne signifie toutefois pas encore que le mandataire doive le présenter au mandant. Il convient au contraire de procéder à une pondération des intérêts prenant en compte l'intérêt à la confidentialité du mandataire, ce qui peut conduire à une présentation partielle du document concerné.

9. *Fondement contractuel de la prétention en restitution des honoraires en cas d'exécution défectueuse du mandat par le mandataire (avocat): arrêt du TF 4A\_89/2012 du 17 juillet 2012*

La mauvaise exécution d'un mandat peut conduire à une réduction de la rémunération due au mandataire. Lorsque le résultat de l'activité du mandataire n'est pas du tout utilisable par le mandant, ce dernier ne doit aucune rémunération au mandataire. En l'espèce, la question litigieuse était celle du fondement juridique (contractuel ou en enrichissement illégitime) de la prétention en restitution des provisions payées en avance par un client à son avocat qui a mal exécuté son mandat (ce qui n'était pas contesté comme tel).

Le Tribunal fédéral expose à cet égard que celui qui fournit sans réserve et en exécution (supposée) du contrat une prestation (patrimoniale) qui dépasse ce à quoi il s'est engagé contractuellement peut réclamer le trop payé sur la base du droit de l'enrichissement illégitime. Il en va différemment en cas de prestations effectuées sous la forme de versement d'acomptes, qui sont versés sous réserve d'un décompte final du montant dû. Dans un tel cas en effet, la prestation en restitution des acomptes payés en trop est de nature contractuelle. Ceci se justifie dès lors que les parties ont convenu du paiement des acomptes et de la détermination finale du montant dû par contrat de

sorte que la partie qui se trouve avoir reçu trop d'acomptes après le décompte final est contractuellement tenue à restitution. Ce principe doit s'appliquer aussi dans le cas – réalisé en l'espèce – où aucun honoraire n'est dû, de sorte que tous les acomptes doivent être restitués sur une base contractuelle.

Indépendamment de cette argumentation, la situation litigieuse est comparable à celle existant en matière de contrats de vente, bail et entreprise en cas de réduction du prix en raison de défauts opérée afin de rétablir l'équilibre des prestations contractuelles, la prétention en restitution du trop payé étant alors également de nature contractuelle. Il en va donc de même en matière de mandat pour ce qui concerne la prétention en restitution des honoraires en cas d'inutilité de la prestation, que le mandant ait versé des provisions ou qu'il ait déjà acquitté des honoraires. Dans les deux cas, la prétention en restitution du mandant est en effet de nature contractuelle et ne relève donc pas du droit de l'enrichissement illégitime, de sorte que les délais de prescription correspondants sont applicables.

#### **D. Contrat de courtage**

##### *10. Absence de réduction de la commission de courtage nonobstant le manque d'activité importante déployée par le courtier (art. 417 al. 1<sup>er</sup> CO): ATF 138 III 669*

Lorsqu'un salaire excessif a été stipulé soit pour avoir indiqué une occasion de conclure un contrat individuel de travail ou une vente d'immeuble, soit pour avoir négocié l'un de ces contrats, il peut être, à la requête du débiteur, équitablement réduit par le juge (art. 417 CO).

Déterminer si le salaire est excessif ou non suppose de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Etant donné le caractère aléatoire du contrat de courtage, il faut partir du principe que le salaire rémunère le succès du courtier, et non l'étendue de l'activité déployée par celui-ci. Le juge effectuera une comparaison avec les commissions versées habituellement dans la région considérée. En matière immobilière, la commission correspond en règle générale à un pourcentage du prix de vente obtenu. Le taux usuel peut varier en fonction du prix qui sert de référence; il diminue alors au fur et à mesure que le prix de vente augmente. Une commission peut dépasser légèrement le tarif ou le taux habituel sans pour autant être excessive. D'autres éléments que le taux usuel peuvent entrer en ligne de compte, comme le fait que le courtier ait présenté à l'acheteur

une occasion unique correspondant parfaitement à l'objet recherché ou le fait que le courtier n'exerce pas à titre professionnel, si bien qu'il n'a pas à assumer des frais généraux et ne peut prétendre à une compensation pour les dépenses engagées dans des affaires qui ne sont pas réalisées.

En l'espèce, un taux de 3%, même appliqué à un prix de vente de 3 800 000 francs, n'a pas été jugé excessif à la lumière de la jurisprudence antérieure, le fait que la courtière n'ait fourni que des efforts très restreints pour convaincre l'acheteur n'étant pas déterminant pour juger du caractère excessif ou non de la commission convenue, puisque celle-ci rémunère le succès du courtier, et non l'activité de ce dernier.

### ***E. Contrats innommés***

#### *11. Accord de coexistence de marques – qualification et résiliation pour justes motifs: ATF 138 III 304*

L'arrêt concerne un litige résultant de violations alléguées d'un accord de coexistence de marques («Abgrenzungsvereinbarung»)<sup>10</sup> qui définissait les conditions d'enregistrement et d'utilisation de la marque postérieure «Ice-Watch» afin d'éviter un conflit avec les marques antérieures et donc prioritaires «Swatch»<sup>11</sup>.

Par un accord de coexistence de marques, le titulaire d'une marque antérieure renonce à exercer son droit exclusif à l'encontre du titulaire d'une marque postérieure, en contre-partie de quoi ce dernier s'engage à n'enregistrer et à n'utiliser sa marque que dans les limites contractuellement convenues. Le point de départ d'une telle situation est un conflit de marques identiques ou à tout le moins similaires au sens du droit des marques. Les accords de coexistence de marques doivent être qualifiés de contrats innommés synallagmatiques<sup>12</sup>, et se rapprochent fortement d'un accord transactionnel. Ils se distinguent des contrats de licence de marque, dès lors qu'un contrat de licence de marque porte sur l'usage d'une marque par un tiers (le preneur)

<sup>10</sup> Le contenu intégral de l'accord de coexistence est reproduit dans l'arrêt.

<sup>11</sup> L'arrêt concerne aussi la question de procédure civile de la validité des injonctions antiprocédure («anti-suit injunction») qui a d'ailleurs fait que l'arrêt figure aux ATF dans la partie VI. «Procédure civile», le Tribunal fédéral tranchant en l'espèce que les injonctions requises en interdiction d'intenter/continuer des procédures à l'étranger sont valables, dès lors qu'elles reposent sur des prétentions matérielles résultant de l'accord de coexistence liant les parties au litige.

<sup>12</sup> On peut regretter la formulation figurant dans le registre de l'arrêt qui indique «Classement de l'accord de délimitation de marques parmi les espèces de contrats», alors qu'on aurait pu évoquer ici la qualification du contrat de coexistence.

alors que dans un accord de coexistence, chaque partie est titulaire de marques distinctes dont il s'agit de régler la coexistence, soit les modalités d'enregistrement et d'usage des signes concernés. Un accord de coexistence ne comporte par conséquent pas d'autorisation donnée par le titulaire de la marque antérieure à l'autre partie d'utiliser sa marque, mais seulement l'engagement de ce dernier de ne pas faire valoir son droit à la marque à l'encontre du titulaire de la marque postérieure.

Les accords de coexistence de marques visent à régler de manière définitive un conflit existant ou potentiel et doivent, afin d'atteindre ce but, en principe ne pas être résiliables. Ils sont valables en droit suisse, notamment à la lumière de l'art. 27 CC. La question de savoir s'il s'agit d'un contrat de durée ou d'un contrat analogue à un contrat de durée ne doit pas être tranchée en l'espèce, dès lors que, quoi qu'il en soit, les règles relatives à la résiliation des contrats de durée sont en tout état applicables. Les accords de coexistence de marques peuvent ainsi être résiliés pour justes motifs<sup>13</sup>. Il y a juste motif de résiliation d'un contrat de durée lorsque la continuation du contrat ne peut raisonnablement pas être exigée de la partie concernée en raison d'un changement de circonstances, non seulement sur le plan économique mais également sur le plan personnel. Des violations particulièrement graves du contrat peuvent généralement constituer de justes motifs. Même des violations moins graves peuvent également rendre intolérable la continuation du contrat pour l'autre partie, lorsque ces violations se répètent en dépit d'avertissements et de mises en demeure, de sorte qu'il est à craindre que de nouveaux avertissements n'empêcheraient pas la nouvelle commission de violations du contrat. La résiliation pour justes motifs ne suppose pas qu'un délai soit fixé afin de remédier aux violations reprochées. En présence de justes motifs, il est possible de résilier avec effet immédiat indépendamment de la procédure des art. 107 ss CO, ce mode de résiliation extraordinaire n'étant dès lors pas subsidiaire.

Une résiliation prétendument fondée sur de justes motifs qui ne sont en réalité pas réalisés ne peut pas être convertie en une résiliation ordinaire, sauf si la résiliation a été désignée par erreur comme une résiliation extraordinaire (art. 18 CO).

<sup>13</sup> On préférera la terminologie de «justes motifs» qui est celle de la loi (par ex. art. 266g, 297, 337 et 418r CO), plutôt que celle de «motifs importants» utilisée par le Tribunal fédéral dans le regeste de l'arrêt qui mentionne d'ailleurs de manière peu claire la «rupture du contrat pour motifs importants», ce qui doit être compris comme «résiliation du contrat pour justes motifs».

12. *Contrat d'architecte global – validité des clauses de résiliation anticipée avec indemnisation forfaitaire (art. 404 CO): arrêts du TF 4A\_294/2012, 4A\_300/2012 du 8 octobre 2012*<sup>14</sup>

Le contrat d'architecte global est un contrat mixte dans lequel certaines des prestations de l'architecte relèvent du contrat de mandat et d'autres du contrat d'entreprise. L'art. 404 CO est applicable à la résiliation du contrat d'architecte global et cette disposition est impérative en ce sens que le droit du mandant de révoquer le contrat en tout temps, consacré par l'art. 404 al. 1<sup>er</sup> CO, ne peut être ni supprimé ni limité conventionnellement; en particulier, l'exercice de ce droit ne peut pas être entravé par une clause pénale.

Aux termes de l'art. 404 al. 2 CO, celle des parties qui révoque ou répudie le mandat en temps inopportun doit indemniser l'autre partie du dommage qu'elle lui cause. La révocation en temps inopportun est celle que le mandant ne justifie par aucun motif sérieux et qui entraîne un préjudice particulier pour le mandataire, tel que les frais désormais inutilement engagés en vue de l'exécution du mandat concerné, ou les gains auxquels le mandataire a renoncé en vue de se consacrer à ce même mandat. L'art. 404 al. 2 CO ne permet pas d'exiger le paiement du gain que la continuation du mandat aurait procuré au mandataire. La notion de l'inopportunité de la révocation est étroitement liée au préjudice qui en résulte. La révocation est conforme aux règles du contrat de mandat même si elle ne procède d'aucun motif objectif; c'est pourquoi seule l'existence d'un préjudice particulier justifie une sanction à l'exercice inopportun du droit de révocation.

Les cocontractants peuvent valablement prévoir que la révocation en temps inopportun autorisera le mandataire à réclamer une peine conventionnelle (quinze pour cent des honoraires déjà perçus par un architecte), le cas échéant sujette à réduction selon l'art. 163 al. 3 CO, ou une indemnité forfaitaire (limitée à dix pour cent des honoraires qu'un gérant d'immeubles aurait perçus à l'avenir) en relation avec le préjudice particulier qui peut être raisonnablement supputé d'après la nature et l'importance du contrat. En revanche, une peine conventionnelle ou une indemnité forfaitaire plus importante, destinée à remplacer le gain manqué par le mandataire, est incompatible avec l'art. 404 al. 1<sup>er</sup> CO. En l'espèce était litigieux l'art. 1.14.3 du règlement SIA

<sup>14</sup> Voir aussi l'arrêt du TF 4A\_55/2012 du 31 juillet 2012, dans lequel notre Haute Cour insiste avec raison sur le fait qu'il n'est pas possible de qualifier une fois pour toutes le contrat d'architecte (pas plus que celui d'ingénieur civil), la qualification devant au contraire être effectuée sur la base d'une analyse des obligations contractuelles spécifiques assumées par les parties dans le cas concret (c. 4.4).

102 (version de 1984) prévoyant que «[s]i la révocation a lieu en temps inopportun et si l'architecte n'a commis aucune faute, il a droit en outre à une indemnité égale à dix pour cent des honoraires correspondant aux prestations non accomplies, ou davantage lorsque le préjudice prouvé dépasse ce pourcentage». La validité de cette clause a été admise par le Tribunal fédéral même si elle fait référence au gain manqué de l'architecte, dès lors qu'elle assure un rapport adéquat entre la réparation à allouer et le préjudice particulier objectivement présumable. Elle met en outre l'indemnité en relation avec l'activité que l'architecte aurait encore dû fournir d'après le contrat, la quotité de dix pour cent des honoraires étant admissible au regard de la jurisprudence antérieure.

### III. Modifications législatives

Même si ces modifications ont déjà été annoncées dans la chronique de l'année passée, il faut signaler ici la nouvelle version des art. 210 et 371 CO résultant de la modification du Code des obligations du 16 mars 2012<sup>15</sup> (entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2013) ayant en particulier pour effet de prolonger à deux ans le délai de prescription de l'action en garantie pour les défauts en matière de contrats de vente et d'entreprise (sous réserve de règles particulières figurant dans ces dispositions). Il convient également de rappeler l'entrée en vigueur du nouvel art. 8 LCD au 1<sup>er</sup> juillet 2012, dont la portée n'a toutefois (apparemment) pas encore été testée devant les tribunaux.

On signalera aussi les nouvelles règles du mandat pour cause d'incapacité introduites dans le Code civil (art. 360 à 369 CC) dans le cadre de la refonte du droit de la protection de l'adulte entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013 (qui a entraîné aussi une modification de l'art. 35 al. 1<sup>er</sup> et de l'art. 134 al. 1<sup>er</sup> ch. 2 CO)<sup>16</sup>. Le mandat pour cause d'incapacité permet ainsi à toute personne ayant l'exercice des droits civils de charger un tiers de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Le mandat pour cause d'incapacité est largement régi par le droit du mandat, ce qui peut déjà découler de la règle générale de l'art. 7 CC, mais est aussi concrétisé à l'art. 365 CC qui prévoit que le mandataire

<sup>15</sup> Code des obligations (Délais de prescription de la garantie pour défauts dans le contrat de vente et le contrat d'entreprise, Prolongation et coordination), Modification du 16 mars 2012, RO 2012 5415.

<sup>16</sup> Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), Modification du 19 décembre 2008, RO 2011 725.

représente le mandant dans les limites du mandat pour cause d'incapacité et s'acquitte de ses tâches avec diligence et selon les règles du Code des obligations. Ce mandat particulier n'en demeure pas moins soumis à un régime spécifique, par exemple pour ce qui concerne son interprétation (art. 364 CC: «Le mandataire peut demander à l'autorité de protection de l'adulte d'interpréter le mandat et de le compléter sur des points accessoires») et sa résiliation (l'art. 367 CC permettant au mandataire de résilier le mandat en tout temps, en informant par écrit l'autorité de protection de l'adulte, moyennant un délai de deux mois (al. 1<sup>er</sup>), sous réserve du droit du mandataire de le résilier avec effet immédiat pour de justes motifs (al. 2). Les règles du mandat sont au demeurant rappelées dans d'autres dispositions nouvellement introduites, soit aux art. 375 CC (application par analogie des règles du mandat à l'exercice du pouvoir de représentation par le conjoint ou le partenaire enregistré) et 413 al. 1<sup>er</sup> CC (curateur soumis aux devoirs de diligence du mandataire).

Pour ce qui concerne les projets en cours, il faut naturellement signaler d'abord la continuation du chantier législatif relatif à la révision du droit de la prescription, le Département fédéral de justice et police ayant été chargé par le Conseil fédéral en août 2012 de préparer un message suite à la procédure de consultation, le projet de modification du CO ayant été «majoritairement bien accueilli» lors de la consultation<sup>17</sup>.

Par ailleurs, il conviendra de suivre avec attention le sort de l'initiative parlementaire 06.441 (Pour une protection du consommateur contre les abus du démarchage téléphonique)<sup>18</sup>. La commission juridique du Conseil des Etats a en effet proposé d'introduire dans le CO un délai de révocation général pour les contrats conclus à distance, notamment sur Internet ou par téléphone, ce droit étant destiné à s'aligner sur celui qui existe déjà pour le démarchage à domicile (art. 40a ss CO), qui resterait en vigueur, le délai de révocation étant toutefois porté à 14 jours<sup>19</sup>. Une procédure de consultation a été ouverte le 17 septembre 2012 et s'est terminée le 21 décembre 2012.

On relèvera aussi qu'en date du 27 septembre 2012 le Conseil des Etats a transmis au Conseil fédéral la motion «Adapter le droit du

<sup>17</sup> Communiqué du Conseil fédéral du 29 août 2012: [http://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2012/ref\\_2012-08-290.html](http://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2012/ref_2012-08-290.html).

<sup>18</sup> Déposée par Pierre Bonhôte au Conseil des Etats le 21 juin 2006.

<sup>19</sup> Rapport de la commission juridique du Conseil des Etats du 23 août 2012: [http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2242/Pa.Iv.06.441\\_Droit-de-revocation\\_Rapport\\_S\\_6.1\\_F.pdf](http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2242/Pa.Iv.06.441_Droit-de-revocation_Rapport_S_6.1_F.pdf); avant-projet: [http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2242/Pa.Iv.06.441\\_Droit-de-revocation\\_Projet\\_S\\_6.1\\_F.pdf](http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2242/Pa.Iv.06.441_Droit-de-revocation_Projet_S_6.1_F.pdf).

mandat et l'article 404 CO au XXI<sup>e</sup> siècle»<sup>20</sup>, celle-ci chargeant le Conseil fédéral de présenter au Parlement un projet de révision de l'article 404 du Code des obligations afin d'adapter celui-ci «aux réalités économiques et juridiques modernes», la révision devant «permettre aux parties de conclure de véritables contrats de mandat de durée»<sup>21</sup>. Il conviendra ainsi d'observer avec soin le traitement de cette motion<sup>22</sup>.

On notera enfin le récent dépôt d'une motion parlementaire au Conseil national visant à clarifier l'application de l'article 418u CO (qui prévoit une indemnité pour la clientèle – de droit impératif – en faveur de l'agent) aux contrats de distribution<sup>23</sup>. Cette motion invitait le Conseil fédéral à présenter au Parlement une modification du Code des obligations visant à clarifier l'application par analogie de l'article 418u CO aux contrats de distribution au sens large (représentation exclusive, franchise et autres contrats de distribution) en maintenant le caractère exceptionnel d'une telle application, compte tenu du caractère exorbitant de la norme dans le système légal suisse. La motivation donnée à l'appui de cette motion est que l'incertitude juridique créée par le récent arrêt du Tribunal fédéral (ATF 134 III 497) qui a admis l'application par analogie de l'art. 418u CO en matière de contrat de distribution exclusive<sup>24</sup> et par la jurisprudence postérieure<sup>25</sup> provoque une perte d'attractivité du droit suisse et aussi de la place suisse d'arbitrage. Le Conseil fédéral a toutefois proposé le rejet de la motion le 14 novembre 2012 au motif que la situation actuelle est satisfaisante notamment au vu de la nécessité de conserver une approche flexible (la décision d'allocation d'une indemnité pour la clientèle devant s'effectuer sur la base des circonstances du cas concret, comme exposé par le Tribunal fédéral dans l'ATF 134 précité) et du fait qu'une telle indemnité est consacrée en droit étranger (notamment en Allemagne et en Autriche).

<sup>20</sup> Motion (11.3909) déposée le 29 septembre 2011 par Luc Barthassat.

<sup>21</sup> [http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20113909](http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20113909).

<sup>22</sup> Sur ce sujet, voir l'article de *Franz Werro/Maxence Carron/Jacques Douzals*, Les enjeux et la concrétisation de la réforme de l'art. 404 CO, PJA 2013, pp. 213 ss.

<sup>23</sup> 12.3855 – Motion également déposée par Luc Barthassat au Conseil national le 27 septembre 2012, [http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20123855](http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20123855).

<sup>24</sup> Ceci constituant un véritable changement de jurisprudence par rapport à la jurisprudence antérieure (ATF 88 II 169) en dépit de l'indication du regeste exposant qu'il s'agirait d'une simple «précision de la jurisprudence» (ATF 134 III 497).

<sup>25</sup> Qui semble toutefois revenir à une approche plus conservatrice (arrêt du TF 4A\_86/2010 du 5 juillet 2010, c. 1.3), et donc plus conforme à la jurisprudence antérieure.