



Chapitre de livre

2008

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Violation contractuelle et remise du gain

Chappuis, Christine

How to cite

CHAPPUIS, Christine. Violation contractuelle et remise du gain. In: Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier. Gauch, Peter, Werro, Franz & Pichonnaz, Pascal (Ed.). Genève : Schulthess, 2008. p. 153–172.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:8431>

Violation contractuelle et remise du gain

CHRISTINE CHAPPUIS, docteure en droit, Professeure à l'Université de Genève*

Table des matières

- I. Les enseignements de l'arrêt *Schnyder*
 - A. Les questions abordées
 - B. Les faiblesses de l'arrêt
 - 1. En général
 - 2. La mauvaise foi, exigence non abordée mais controversée
- II. La remise du gain: un moyen en cas d'inexécution d'un contrat?
 - A. George Blake is a notorious, self-confessed traitor...
 - B. La situation en droit suisse
 - 1. Une thèse pour le droit suisse
 - 2. Les objections et leur réfutation
 - 3. Conditions de la restitution du gain
 - 4. Justification de la restitution du gain
- III. Conclusion

A l'époque où les Chambres fédérales adoptaient les nouvelles règles relatives à la protection de la personnalité¹, le récipiendaire du présent ouvrage doutait que l'action en remise du gain pût «jouer un grand rôle dans la protection de la personnalité, en raison des difficultés théoriques et pratiques que pose son application»². L'écho de cette prédiction (malédiction?) résonne encore plus de vingt ans après, au moment où une décision remarquable de la IIe Cour civile du Tribunal fédéral fait une application retentissante de l'art. 28a al. 3 CC dans l'affaire *Schnyder c. Ringier SA et Kraushaar*³. Après avoir examiné les enseignements généraux qui peuvent être tirés de cet arrêt, j'aimerais pousser la réflexion au-delà des conséquences d'une atteinte à la personnalité par voie de presse⁴ et développer l'idée que la remise du gain est un moyen généralement approprié en cas de violation d'un contrat.

* Tous mes remerciements vont à Sébastien Bois, assistant à la Faculté de droit de Genève, qui m'a aidée à rassembler la documentation nécessaire, et à Joëlle Becker, assistante à la Faculté de droit de Genève, pour sa relecture attentive.

¹ FF 1982 II 661, RO 1984 778.

² TERCIER, N 2105.

³ ATF 133 III 153 (5C.2006, du 7 décembre 2006); commenté de manière contrastée par STUDER, *passim*; BERGER, 406 ss; RÜETSCHI, 440 ss; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 341 ss; AEBI-MÜLLER, 93 ss.

⁴ Cet aspect central de l'arrêt SCHNYDER est examiné par Franz WERRO dans sa contribution au présent ouvrage.

I. Les enseignements de l'arrêt *Schnyder*

Suite à plusieurs articles publiés par le *Sonntagsblick* en 2002, le père de la joueuse de tennis, *Patty Schnyder*, réclame la remise du gain sur la base des art. 28a al. 3 CC et 423 CO. Les cours cantonales avaient constaté le caractère illicite de l'atteinte à la personnalité de *Schnyder* et condamné l'auteur des articles et la société propriétaire du périodique à la publication du jugement, mais rejeté les prétentions pécuniaires du demandeur. En une première audacieuse, la IIe Cour civile du Tribunal fédéral admet la prétention en remise du gain résultant de cette atteinte illicite à la personnalité, tout en renvoyant à la cour cantonale la tâche délicate d'en calculer le montant⁵.

A. Les questions abordées

La décision examine plusieurs questions, parfois vivement débattues, relatives à l'objet et à la portée du renvoi de l'art. 28a al. 3 CC. Cette disposition prévoit que «Sont réservées les actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, ainsi que la remise du gain selon les dispositions sur la gestion d'affaires» (caractère gras ajouté). Les points mentionnés ci-après sont tranchés dans un sens qui correspond aux positions que j'ai défendues par le passé, mais ne font pas l'unanimité.

- 1) Le fondement de la remise du gain en cas d'atteinte à la personnalité – que l'art. 28a al. 3 CC attribue aux règles sur la gestion d'affaires sans mandat, en particulier à l'art. 423 CO⁶ – a soulevé d'étonnantes querelles. Une partie de la doctrine plaide en effet avec force un rattachement à l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO)⁷. L'arrêt *Schnyder*⁸ retient que l'enrichissement illégitime a pour but de rétablir la situation initiale par une *restitutio in integrum* et vise essentiellement à la restitution de choses suite à un déplacement patrimonial, non à la délivrance d'un gain (*Ab-schöpfung*); le renvoi de l'art. 28a al. 3 CC, similaire à de nombreux autres renvois légaux⁹, rend la controverse sans objet puisqu'il mentionne les «dispositions sur la gestion d'affaires sans mandat»¹⁰. Le Tribunal fédéral confirme ainsi que le renvoi aboutit à l'art. 423 al. 1 CO, et non aux art. 62 ss CO. L'on ne peut que souscrire à

⁵ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 354, indiquent qu'une transaction conclue par les parties nous prive d'une décision cantonale sur ce point.

⁶ FF 1982 II 687 et n. 69. BSK ZGB I-MEILL, CO 28a N 18; BSK OR I-WEBER, CO 423 N 16; CR CO I-HÉRITIER LACHAT, CO 423 N 12; TERCIER, Contrats spéciaux, N 5362, 5373, 5376; ZK-SCHMID, CO 423 N 43 ss; NIETLSPACH, 426.

⁷ SCHLUEP, *passim*; KOHLER, Eingriffskondiktion, *passim*; Rohrschelle, 815 s. S'agissant de la violation de droits de propriété intellectuelle, voir JENNY, 131 ss, 341 ss, selon qui l'obstacle principal lié au rattachement à l'art. 423 CO tient à l'exigence de la mauvaise foi (ou faute) de l'usurpateur, que ne pose pas l'art. 62 CO; BÜRGI-WYSS, 255-263, retient une délimitation différente du champ d'application respectif de la réparation du dommage, de l'enrichissement illégitime et de la remise du gain, du fait qu'il soumet l'action en enrichissement illégitime à l'exigence d'un appauvrissement. VOSER, 103-186, dans sa remarquable thèse d'habilitation postérieure aux thèses des deux prénommés, procède à une analyse de l'enrichissement illégitime dans une perspective historique, très éclairante pour comprendre les controverses actuelles.

⁸ ATF 133 III 153 c. 2.4 p. 157.

⁹ Ces renvois sont énumérés par l'arrêt au c. 2.4 p. 158.

¹⁰ ATF 133 III 153 c. 2.4 p. 157 s.

cette conclusion (qui relève de l'évidence), tout en admettant bien entendu que l'enrichissement illégitime peut également constituer le fondement d'une restitution, dans la mesure où les conditions en sont réalisées.

- 2) Se pose alors la question de la portée du renvoi de l'art. 28a al. 3 CC¹¹. Les conditions posées par l'art. 423 al. 1 CO¹² doivent-elles être réalisées pour que la conséquence, *i.e.* la remise du gain, soit admise ou le renvoi porte-t-il uniquement sur la conséquence, les conditions étant posées par l'art. 28a CC en tant que norme de renvoi? Dans la première hypothèse, le renvoi porte sur la cause juridique et englobe les conditions (*Rechtsgrundverweisung*), dans la seconde, il est limité aux conséquences (*Rechtsfolgeverweisung*). Après avoir relevé que le Message du 5 mai 1982¹³ vise plutôt un renvoi du premier type (portant sur les conditions et les conséquences)¹⁴, l'arrêt ne tranche pas expressément le conflit entre les deux interprétations, mais bifurque immédiatement sur une autre question¹⁵.
- 3) L'arrêt enchaîne sur l'examen des conditions de la prétention en remise du gain, ce qui suppose implicitement que le Tribunal fédéral interprète le renvoi comme s'étendant aux conditions de l'art. 423 al. 1 CO (*Rechtsgrundverweisung*¹⁶). Il part de l'affirmation que le renvoi serait vide de tout contenu s'il fallait exiger un véritable acte d'usurpation (*Geschäftsanmassung*), soit s'il était nécessaire que la victime ait pu elle-même valoriser le droit atteint. On voit mal, en effet, que le demandeur exploite économiquement une série d'articles portant atteinte à sa propre personnalité. D'ailleurs, constate l'arrêt, le texte de l'art. 423 CO n'oblige pas à limiter les situations visées à la *eigentliche Usurpation*; cette disposition exige seulement une activité entreprise de manière égoïste (au contraire de l'activité altruiste visée à l'art. 419 CO). Cela signifie que donne lieu à la remise du gain une atteinte illicite aux droits de la personnalité d'un tiers, même si la victime n'avait pas été en mesure ou disposée à agir elle-même et que, partant, aucun acte d'usurpation n'a été accompli. Vu le large champ d'application ainsi accordé à la remise du gain, la qualification du renvoi prévu à l'art. 28a al. 3 CC (portant seulement sur les conséquences ou aussi sur les conditions) perd sa signification. C'est sans doute pourquoi le Tribunal fédéral résume le résultat auquel il parvient sans prendre la peine de trancher la question posée plus haut (2). Cette interprétation large de l'état de fait de l'art. 423 al. 1 CO mérite également pleine approbation¹⁷.

¹¹ ATF 133 III 153 c. 2.4 p. 158.

¹² Cette disposition vise la gestion d'affaires dite imparfaite ou intéressée (*unechte Geschäftsführung* ou *Geschäftsanmassung*). Sur les nuances terminologiques, cf. BSK OR I-WEBER, Vof. Art. 419-424 N 8-11; CR CO I-HÉRIJER LACHAT, Intro. art. 419-424 N 3-5.

¹³ FF 1982 II 687.

¹⁴ ATF 133 III 153 c. 2.4 p. 158.

¹⁵ ATF 133 III 153 c. 2.4 p. 158-159.

¹⁶ Si le renvoi ne portait que sur les conséquences de l'art. 423 al. 1 CO, les conditions de cette disposition n'auraient pas à être examinées. Dans le même sens à propos de l'art. 9 al. 3 LCD, HAHN, N 383 s. Cependant, RÜETSCHI, 441, et BERGER, 407, comprennent cet arrêt comme limitant le renvoi aux conséquences (*Rechtsfolgeverweisung*).

¹⁷ Cf. l'interprétation large retenue par SCHMID, GoA, 428 (cet auteur résume ses positions de manière saisissante dans ses deux contributions publiées *in* Die Rechtswentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert); CHAPPOIS, Remise du gain, 58 ss et réf. cit.; Enrichissement illégitime, 42 ss.

- 4) Le considérant 2.5¹⁸ s'attaque ensuite à la question épineuse du rapport entre la remise du gain et la réparation du dommage et vérifie si un cumul des prétentions est possible. Les juges considèrent que la solution devrait être différente selon qu'un acte d'usurpation a été commis ou non. Un dommage sous forme de *lucrum cessans* ne serait envisageable qu'en présence d'un tel acte (exemple: en cas de contrefaçon d'un brevet, il s'agit du gain manqué en raison de l'absence de licence). La réparation du gain que manque la victime et la remise du gain que réalise l'usurpateur s'excluraient alors mutuellement. En revanche, il en irait autrement en cas d'atteinte portée à la sphère juridiquement protégée de la victime. Dans ce cas, faute d'acte d'usurpation, un dommage sous forme de gain manqué ne pourrait pas se produire. Seul un *damnum emergens* serait possible (exemple: la victime perd son emploi, donc son salaire, suite à une atteinte à sa personnalité)¹⁹. Le cumul entre une perte effective et la remise du gain serait envisageable dans cette seconde hypothèse.

S'il faut saluer avec enthousiasme le fait que le principe même d'un cumul soit envisagé²⁰, l'on peut hésiter sur la pertinence d'une différence fondée sur l'existence d'un véritable acte d'usurpation et sur le type de dommage causé. D'une part, le critère de l'usurpation est peu convainquant. La question de savoir si la victime aurait pu ou non accomplir elle-même l'acte contraire au droit me paraît généralement sans pertinence. D'autre part, il n'est pas certain qu'un gain manqué soit le seul type de dommage qui puisse découler d'un acte d'usurpation. L'exemple donné à cet égard par l'arrêt n'est pas concluant. En effet, le salaire perdu suite à une atteinte à la personnalité (qui ne constituerait pas un véritable acte d'usurpation) représente un gain manqué²¹ et non une perte effective comme l'affirme l'arrêt. En réalité, le dommage peut se produire sous forme de gain manqué, même en l'absence d'un acte d'usurpation. A mon avis, le cumul n'est exclu que si le gain réalisé par l'un est manqué par l'autre. Dans cette hypothèse, le dommage et le gain représentent la même valeur économique qui ne devrait pas être prise en compte à deux titres différents (art. 41 ss CO, art. 423 CO). Sont cumulables, le salaire perdu par la victime et le gain tiré par l'organe de presse de la vente des périodiques attentatoires à la personnalité. La réparation du dommage et la remise du gain représentent alors deux valeurs économiques différentes.

D'autres enseignements peuvent être tirés de cet arrêt qui consacre plusieurs considérants à la preuve et à la causalité, de même qu'à la détermination du gain. Ces questions intéressent plus particulièrement Franz WERRO du point de vue des atteintes commises par les médias. Elles ne seront pas traitées dans la présente contribution.

¹⁸ ATF 133 III 153 c. 2.5 p. 159 s.

¹⁹ Exemple donné par l'ATF 133 III 153 c. 2.5 p. 160.

²⁰ CHAPPUIS, Thèse, 167 ss; Enrichissement illégitime, 70 ss.

²¹ Le gain manqué correspond à une non-augmentation de la fortune nette, alors que la perte éprouvée correspond à une diminution de la fortune nette (CR CO I-THÉVENOZ, CO 41 N 13).

B. Les faiblesses de l'arrêt

1. En général

Nonobstant le fait que, pour l'essentiel, l'arrêt *Schnyder* mérite approbation quant aux solutions adoptées, il suscite un certain malaise. Les longs développements du considérant 2.4 ne se réfèrent à aucune décision fédérale, bien que les arrêts relatifs à la gestion d'affaires imparfaite se soient multipliés depuis quelques années, aussi bien en droit des obligations qu'en droit de la propriété intellectuelle²². Il en va de même pour les conditions de l'enrichissement illégitime, que la 1^e Cour civile n'a pas toujours traitées avec la même clarté, notamment pour la question de savoir si la restitution de l'enrichissement est soumise ou non à l'exigence d'un déplacement patrimonial entre les deux parties, donc à un appauvrissement²³. De manière plus générale, l'arrêt ne cite pas les opinions contraires de la doctrine (peu importe qu'on les partage ou non), que ce soit sur l'enrichissement illégitime ou la gestion d'affaires imparfaite.

Une question troublante se pose dès lors: une divergence entre la jurisprudence des deux Cours civiles du Tribunal fédéral serait-elle à nouveau en train de se développer à propos de la protection des droits de la personnalité²⁴?

2. La mauvaise foi, exigence non abordée mais controversée

Après avoir défini la constellation typique visée par l'art. 423 al. 1 CO, le Tribunal fédéral en indique les trois conditions (à prouver par le demandeur): l'atteinte illicite aux droits de la personnalité, la survenance d'un gain et le lien de causalité entre la première et la seconde²⁵. Aucune mention n'est faite d'une éventuelle condition subjective – faute ou mauvaise foi – pourtant clairement exigée par plusieurs décisions récentes. Ainsi, selon un arrêt de la 1^e Cour civile concernant le droit d'auteur portant sur un logo *Jaguar*, «La jurisprudence a désormais posé que l'art. 423 CO ne s'applique que si le gérant est de mauvaise foi (...). Agit de mauvaise foi celui qui sait ou aurait dû savoir qu'il gère dans son propre intérêt l'affaire d'un tiers sans avoir de motif pour le faire (...). La preuve de la mauvaise foi incombe au maître (...)»²⁶. La prétention en

²² Droit des obligations: ATF 129 III 422, JdT 2004 I 56; ATF 126 III 69; TF, arrêt 4C.234/1999 du 12 janvier 2000, SJ 2000 I 421.

Droit de la propriété intellectuelle: ATF 132 III 379; 126 III 382, SJ 2000 I 113; TF, arrêt 4C.290/2005 du 12 avril 2006; TF, arrêt 4C.101/2003 du 17 juillet 2003.

²³ CHAPPUIS, Enrichissement illégitime, 45 ss.

²⁴ Cf. CHAPPUIS/PERRIN, 343-346: la divergence signalée dans cette contribution, et résolue à l'époque par une décision non publiée, est désormais apaisée par l'ATF 127 III 481 c. 1b.aa, JdT 2002 I 426, en faveur de la jurisprudence de la 1^e Cour civile qui ne soumet pas l'action en constatation de l'art. 28a al. 1 ch. 3 CC à la persistance des effets troublants de l'atteinte; elle a jugé qu'il n'y avait pas lieu de maintenir la distinction établie par la 1^{re} Cour civile quelques années auparavant entre trouble latent et perturbation effective (ATF 120 II 371, JdT 1996 I 102; ATF 122 III 449, JdT 1998 I 131).

²⁵ ATF 133 III 153 c. 3.3 p. 161.

²⁶ TF, arrêt 4C.101/2003 c. 6.2 du 17 juillet 2003, citant les arrêts suivants: ATF 129 III 422 c. 4; 126 III 69 c. 2a, 382 c. 4b/aa.

remise du gain est rejetée dans cette affaire parce que la mauvaise foi de la défenderesse n'avait pas été prouvée.

La condition subjective à laquelle le Tribunal fédéral subordonne, à juste titre, la restitution des profits s'explique, notamment, par le fondement de celle-ci. Certes, l'art. 423 CO ne mentionne pas l'exigence de la faute ou de la mauvaise foi du gérant. Le rattachement aux art. 419 ss CO explique cependant la nécessité d'une condition subjective. En effet, seul celui qui a la conscience d'intervenir dans la sphère juridique d'autrui est soumis à ces dispositions²⁷ et peut se voir imposer l'obligation fondamentale de gérer l'affaire conformément aux intérêts et intentions présumables du maître (art. 419 CO).

Cette exigence est approuvée par certains auteurs²⁸, niée par d'autres qui considèrent que l'obligation de restitution du gain n'en dépend pas²⁹. L'on renoncera à distribuer les qualificatifs de majoritaire et de minoritaire ou à placer une frontière entre ouvrages de droit des obligations et ceux du droit de la propriété intellectuelle. Deux thèses récentes ont soumis la question à un examen renouvelé conduisant à retenir une condition subjective. Au terme d'une analyse approfondie, R. JENNY³⁰, qui traite en particulier de la violation de droits de propriété intellectuelle, soumet la remise du gain sur la base de l'art. 423 al. 1 CO à la mauvaise foi (respectivement, la faute) de l'auteur de l'atteinte. A.C. BÜRGI-WYSS³¹ va plus loin encore, en exigeant que l'auteur ait adopté un comportement intentionnel.

L'idée qu'on n'oblige pas à la remise du gain la partie «innocente» – celle qui ne savait ni ne devait savoir que, par son activité, elle intervenait dans la sphère juridique d'autrui – est justifiée, indépendamment du texte sur lequel on se fonde. La difficulté est de déterminer ce que «doit savoir» une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. Si le résultat de cet examen montre qu'une personne raisonnable aurait fait certaines recherches qui lui auraient permis de se rendre compte que son activité violait, par exemple, le droit de propriété intellectuelle d'autrui, la partie qui s'abstient de ces recherches agit de manière fautive (par négligence). Sous l'angle de la bonne foi, cette partie ignore peut-être le vice juridique consistant dans l'atteinte portée au droit d'autrui, mais elle ne peut se prévaloir de cette ignorance qui est contraire à l'attention requise (art. 3 al. 2 CC). Que l'on raisonne en termes de faute ou de mauvaise foi,

²⁷ BSK OR I-WEBER CO 419 N 15 s.; CR CO I-HÉRITIER LACHAT, CO 419 N 6; TERCIER, Contrats spéciaux, N 5370 ss, 5400 ss; ZK-SCHMID, CO 419 N 21 ss.

²⁸ Parmi les auteurs qui ont examiné cette question, HOFSTETTER, 271–274, est le premier à y avoir consacré de substantiels développements dans un article datant de 1964 (Gewinnherausgabe und Aufwendungsersatz des unechten Geschäftsführers ohne Auftrag, RJB 100/1964 221 ss). Voir en outre notamment, ZK-SCHMID, CO 423 N 21–37; SCHMID, GoA, 426; CHAPPUIS, Thèse, 10, 18 ss, 28; Remise du gain, 67 s.

²⁹ Dans ce sens, HILTI, 695 ss et réf. cit. n. 5, fait un inventaire de la doctrine qu'il considère comme majoritaire. *Contra*: HAHN, N 367 s. et n. 906, fait l'inventaire inverse des auteurs qui exigent une intervention fautive, auquel elle ajoute la jurisprudence et qu'elle considère, elle aussi, comme représentant l'état actuel du droit suisse.

³⁰ JENNY, N 240–261.

³¹ BÜRGI-WYSS, 202–215.

il s'agit de déterminer l'étendue des recherches qui peuvent être attendues d'une personne raisonnable active dans le domaine en cause.

En matière de propriété intellectuelle, domaine dans lequel les critiques contre l'exigence d'une condition subjective se font parfois violentes³², les instruments internationaux permettent de traiter différemment la personne qui sait ou a des motifs raisonnables de savoir que son activité contrevient à une loi de propriété intellectuelle et celle qui l'ignore ou n'a pas de motifs raisonnables de le savoir. Ce critère subjectif permet ainsi de faire la différence entre ce que les Etats doivent prévoir (art. 13 al. 1 de la Directive européenne relative au respect des droits de propriété intellectuelle³³) et ce qu'ils ont la faculté de prévoir (art. 13 al. 2 de la Directive européenne relative au respect des droits de propriété intellectuelle). De même, l'art. 45 de l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)³⁴ fait une distinction entre celui qui porte atteinte au droit de propriété intellectuelle d'un tiers «en le sachant ou en ayant des motifs raisonnables de le savoir» à l'alinéa 1^{er} et celui qui ne le sait pas et n'a pas de motifs raisonnables de le savoir (alinéa 2). Les Etats peuvent donc moduler les conséquences de l'atteinte selon que ce critère subjectif, décrit de la même manière dans les deux instruments internationaux, est réalisé ou non.

Le critère subjectif utilisé par ces deux instruments internationaux correspond aux catégories du droit suisse, tant en ce qui concerne la faute que la mauvaise foi. Celui qui sait que son activité viole le droit de propriété intellectuelle d'autrui commettrait une faute intentionnelle et celui qui, sans le savoir effectivement, a des motifs raisonnables de le savoir, serait considéré comme ayant agi par négligence. Les textes internationaux, comme le droit suisse³⁵, réservent un traitement semblable à la faute intentionnelle et à la négligence. Quant à la mauvaise foi, elle recouvre les mêmes hypothèses que la faute. Celui qui ignore que son activité viole le droit de propriété intellectuelle d'autrui, mais n'a pas fait preuve de l'attention que les circonstances permettraient d'exiger de lui (art. 3 al. 2 CC), donc avait des motifs de le savoir, sera traité de la même manière que celui qui connaît effectivement la situation. Selon la formule consacrée, celui qui «sait ou doit savoir»³⁶ ne mérite pas protection et peut, dès lors, être appelé à restituer les profits tirés de la violation du droit³⁷.

³² Voir HULTI, *passim*.

³³ Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, JO n° L 157 du 30.04.2004 p. 0045-0086.

³⁴ Disponible sur: http://www.wto.org/french/docs_legal_lf/27-trips.pdf, site consulté le 26.10.2007.

³⁵ Sous la réserve éventuelle de l'art. 43 al. 1 CO dont l'application à la faute légère est toutefois rare.

³⁶ Voir l'arrêt cité n. 26, ainsi que, par exemple, les art. 26 al. 1 *in fine*, 29 al. 2, 39 al. 1 *in fine*, 64 CO.

³⁷ Nonobstant la vive opposition exprimée par HULTI, 695 ss, contre l'exigence de la mauvaise foi comme condition de la remise du gain, le résultat est exactement le même que celui qu'il préconise en p. 701: celui qui ne sait pas, mais doit savoir qu'il porte atteinte au droit absolu ou à la sphère juridique d'autrui, n'est pas «*unverschuldet unwissend*»; il agit par négligence ou, selon les termes de l'art. 3 CC, ne peut pas se prévaloir du fait qu'il était «*unwissend*» dans la mesure où il n'a pas fait preuve de l'attention requise (art. 3 al. 2 CC). Peu importe à cet égard comment l'on désigne la situation de celui qui ne sait pas alors qu'il aurait pu et dû savoir: «mauvaise foi» (*böser Glaube*) ou «bonne foi non légitime» (*unberechtigter gute Glaube*) (plus conforme à l'art. 3 al. 2 CC, mais moins usité) traduisent le même état de fait et conduisent au même résultat (voir, JENNY, N 241 n. 717).

En conclusion, la partie qui ignore de bonne foi que son activité viole le droit d'autrui échappera tant à l'obligation de réparer le dommage qu'à celle de restituer le gain tiré de cette violation. Seule peut se prévaloir de sa bonne foi, la partie qui n'a pas de « motifs raisonnables » de connaître la situation effective. Elle s'exposera uniquement à une prétention en enrichissement illégitime³⁸.

II. La remise du gain: un moyen en cas d'inexécution d'un contrat?

A partir des développements relatifs à la remise du gain suite à une atteinte aux droits de la personnalité, il convient de se demander si semblable prétention est ouverte à la victime d'une violation contractuelle. Après un détour par le droit anglais à la faveur d'une affaire aussi rocambolesque dans les faits que retentissante en droit, l'on examinera ce qu'il en est en droit suisse.

A. George Blake is a notorious, self-confessed traitor...

Tels sont les premiers mots prononcés par *Lord Nicholls* devant la *House of Lords* dans l'affaire *Attorney General v Blake*³⁹. De 1944 à 1961, *George Blake* fut membre des services secrets britanniques. Lors de son engagement, il signa une déclaration aux termes de laquelle il déclarait accepter «*not to divulge any official information gained by me as a result of my employment, either in the press or in book form. I also understand that these provisions apply not only during the period of service but also after employment has ceased*»⁴⁰. A partir de 1951, *Blake* devint agent de l'Union Soviétique. Pendant neuf ans, il révéla de précieuses informations et des documents secrets dont il avait eu connaissance en tant qu'agent secret britannique, une activité pour laquelle il fut condamné à quarante-deux années d'emprisonnement en 1961. Quelques années plus tard, il s'échappa de prison et se réfugia à Moscou. Par la suite, il écrivit une autobiographie dont certaines parties avaient trait à ses activités de membre des services secrets britanniques. Ayant conclu un contrat d'édition, *Blake* reçut des avances sur royalties pour approximativement £ 60 000. La publication du livre, intitulé *No Other Choice*, intervint en 1990. L'avocat général ouvrit action contre *Blake* et contre son éditeur en paiement du montant qui restait dû, soit £ 90 000. Il obtint gain de cause devant la *House of Lords* en 2000.

Jusque là, l'approche traditionnelle voulait que l'indemnité consécutive à un *tort* ou à la violation d'un contrat place la victime dans la position qui aurait été la sienne si l'acte illicite ou la violation contractuelle n'avait pas eu lieu. Vu leur fonction compensatoire, il est généralement admis que les dommages-intérêts sont calculés en fonction du dommage subi par la victime et non du profit réalisé par l'autre partie⁴¹. Seules cer-

³⁸ Sur le rapport entre les prétentions, *JENNY*, N 692 ss.

³⁹ [2000] 4 All ER 385.

⁴⁰ [2000] 4 All ER 390.

⁴¹ [2000] 4 All ER 391 et 395.

taines exceptions étaient reconnues en faveur de *restitutionary remedies*, par exemple selon la doctrine du *constructive trust*, permettant de priver le défendeur du profit réalisé par le *tort* ou la violation du contrat⁴². Après avoir passé ces cas en revue, *Lord Nicholls* constate l'absence de précédents qui auraient accordé la restitution des profits comme un moyen en cas de violation d'un contrat⁴³. Il cite ensuite quelques affaires dans lesquelles les juges sont arrivés matériellement au même résultat dans des circonstances telles que la solution juste (*the just response*) consistait à empêcher que les profits ne restent acquis à celui qui les avait réalisés par la violation d'un contrat. Et *Lord Nicholls* de conclure: «*there seems to be no reason, in principle, why the court must in all circumstances rule out an account of profits as a remedy for breach of contract*»⁴⁴. La restitution des profits ne se justifie cependant que dans des circonstances exceptionnelles que *Lord Nicholls* se refuse à définir plus avant, mais considère comme réalisées dans le cas de *Blake*. «*A useful general guide, although not exhaustive, is whether the plaintiff had a legitimate interest in preventing the defendant's profit-making activity and, hence, in depriving him of his profit*»⁴⁵. En conclusion, les juges ordonnent la restitution des profits correspondant aux royalties restant dus.

L'opinion dissidente d'un juge exprime toutefois la crainte que cette décision intuitivement juste ne conduise à l'élaboration d'une mauvaise règle aux conséquences perturbatrices pour le droit commercial⁴⁶. Cela n'empêchera pas la *Court of Appeal* d'ordonner la restitution (partielle) dans une affaire commerciale⁴⁷, après avoir constaté que l'affaire *Blake* «*marks a new start in this area of law*»⁴⁸.

Saluée comme «*the first successful common law claim to restitutionary damages for a pure breach of contract*»⁴⁹, mais également critiquée⁵⁰, la décision *Blake* a ouvert la voie, en droit anglais, aux dommages-intérêts de restitution (*restitutionary damages*)⁵¹ ou *account of profits*⁵². La doctrine n'a pas manqué de relever l'incertitude relative

⁴² CHITTY ON CONTRACTS, para. 26-020 et les exemples cités.

⁴³ [2000] 4 All ER 396 (f-g): «*This raises the question whether an account of profits can ever be given as a remedy for breach of contract. The researches of counsel have been unable to discover any case where the court has made such an order on a claim for breach of contract*».

⁴⁴ [2000] 4 All ER 397 (e).

⁴⁵ [2000] 4 All ER 398 (d).

⁴⁶ [2000] 4 All ER 405-411 (*Lord Hobhouse*).

⁴⁷ *Experience Hendrix LLC v PPX Enterprises Inc and Edward Chaplin* [2003] EWCA Civ 323; [2003] 1 All ER (Comm) 830. Voir aussi, CHITTY ON CONTRACTS, para. 26-025.

⁴⁸ [2003] EWCA Civ 323 para. 16.

⁴⁹ FOX, 33. Voir, par ailleurs, l'analyse très complète de GOFF & JONES, 20-024 à 20-034b; EDELMAN, 150 ss, 189 (*bold decision*). Pour une analyse comparée en droit français et anglais, voir ANGEL/FAUVARQUE-COSSON, *passim*.

⁵⁰ O'SULLIVAN, *passim*. Pour davantage de références, notamment hostiles à la décision *Blake*, voir BURROWS/McKENDRICK/EDELMAN, p. 989 (8).

⁵¹ CHITTY ON CONTRACTS, para. 26-022.

⁵² *Lord Nicholls* indique sa préférence pour l'expression *account of profits* ([2000] 4 All ER 397 [g]), également utilisée par GOFF & JONES, 20-024 ss, 20-027, qui mettent en garde contre le risque de confondre le dommage subi par le créancier avec le gain réalisé par le débiteur; EDELMAN, 65 ss, distingue les *restitutionary damages* qui sont une «*monetary award which reverses a transfer of value*» (66) et les *disgorgement damages*, indépendants d'un quelconque transfert de valeurs, «*measured by the actual profit accruing to the defendant from the wrong*» (72).

aux circonstances dans lesquelles la restitution des profits peut être ordonnée⁵³ et aux conséquences de la restitution dont la mesure varie entre la restitution partielle et totale⁵⁴. Insistant sur les passages de la décision précisant que la restitution des profits n'est qu'exceptionnellement un moyen adéquat⁵⁵, les auteurs ne semblent pas prêts à admettre que la restitution des profits pourrait, au choix du créancier, être réclamée en lieu et place des dommages-intérêts⁵⁶. Depuis *Blake* la jurisprudence a eu l'occasion de creuser cette piste⁵⁷, mais la conclusion de GOFF & JONES reste sombre: «*An account of profits as a remedy for breach of contract was born in Blake. It will take many years before the parameters of the equitable discretion to grant an account will be drawn. At present, the jurist can but look into a glass darkly*»⁵⁸.

B. La situation en droit suisse

La vision de ce juriste anglais, contemplant son verre (de whiskey) d'un air sombre, contraste singulièrement avec celle du juriste suisse. Aux yeux de celui-ci, la remise du gain bénéficie d'un rattachement général suffisamment bien ancré à l'art. 423 CO, pour que le législateur helvétique ait pu se contenter d'y renvoyer chaque fois qu'il entendait ajouter la remise du gain à la liste des moyens, notamment compensatoires, dont dispose la victime de certains actes contraires au droit. Qu'il s'agisse d'une atteinte illicite à la personnalité (art. 28a al. 3 CC), d'un acte de concurrence déloyale entraînant une atteinte dans la clientèle, le crédit ou la réputation professionnelle, les affaires, voire les intérêts économiques en général (art. 9 al. 3 LCD), d'une restriction illicite à la concurrence entravant l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci (art. 12 al. 1 lit. c LCart), de la violation du droit à la marque (art. 55 al. 2 LPM), du droit d'auteur (art. 62 al. 2 LDA) ou du droit sur un design (art. 35 al. 2 LDDes)⁵⁹, la victime peut demander aussi bien la réparation de son dommage que la remise du gain réalisé par l'autre partie⁶⁰. Il n'a pas été jugé utile de prévoir des règles spéciales sur les actions en dommages-intérêts (renvoi aux art. 41 ss CO) ou en réparation du tort moral (renvoi à l'art. 49 CO), pas plus qu'il n'a été jugé nécessaire de définir les conditions de la remise du gain (renvoi à l'art. 423 CO). Les unes et les autres jouis-

⁵³ CHITTY ON CONTRACTS, para. 26-022, 26-025; TREITEL, 931 s. et n. 56; CHEN-WISHART, 364 ss, conclut son analyse par les questions restant à résoudre «*on the hazardous but exciting journey upon which Blake has set the common law*» (370); voir aussi l'essai de clarifier les critères de la restitution consécutive à la violation d'un contrat de PHANG et LEE (2001).

⁵⁴ «*Disgorgement on a sliding scale*»: CHITTY ON CONTRACTS, para. 26-023.

⁵⁵ [2000] 4 All ER 397 (e) et 398 (b). GOFF & JONES, 20-029; FOX, 35.

⁵⁶ CHITTY ON CONTRACTS, para. 26-025.

⁵⁷ Voir l'analyse des décisions ultérieures par ANCEL/FAUVARQUE-COSSON, 484 ss.

⁵⁸ GOFF & JONES, 20-031.

⁵⁹ Le Tribunal fédéral rappelle la liste in ATF 133 III 153 c. 2.4 p. 158. Il faut y ajouter la violation de la loi sur les brevets d'invention, car, malgré l'absence d'un renvoi correspondant à l'art. 73 LBI, il est unanimement admis que l'action en remise du gain est aussi ouverte au titulaire d'un brevet violé: ATF 132 III 379 c. 3.2.3; 98 II 325 c. 5; 97 II 169 c. 3. BSK OR I-WEBER, CO 423 N 16; JENNY, N 86 et n. 233-234; CR CO I-HÉRITIÈRE LACHAT, CO 423 N 13.

⁶⁰ Sans préjudice du rapport entre les prétentions.

saient de la même reconnaissance justifiant qu'on fît simplement renvoi aux dispositions correspondantes.

1. Une thèse pour le droit suisse

Etant donné ce contexte général, le pas consistant à concevoir la remise du gain comme un moyen général en cas de violation d'un contrat n'est pas totalement révolutionnaire. La première difficulté consiste à identifier les hypothèses dans lesquelles la violation d'un contrat est susceptible d'entraîner l'accroissement du patrimoine de l'auteur de celle-ci. En effet, dans la plupart des cas, une telle violation cause un dommage au créancier, sans profiter au débiteur, raison pour laquelle la réflexion traditionnelle reste centrée sur la diminution patrimoniale subie par le créancier. Le dommage contractuel⁶¹ peut consister dans la valeur, pour le créancier, de la prestation promise qui est mal exécutée ou ne l'est pas du tout; il peut aussi résulter du fait qu'une autre affaire a été manquée ou encore que la prestation défectueuse atteint d'autres biens du créancier (*Mangelfolgeschaden*)⁶². Tous exemples dans lesquels le débiteur ne s'enrichit pas. Le vendeur ou l'entrepreneur qui ne livrent pas à temps ou qui livrent un objet défectueux causent un dommage à l'acheteur ou au maître, mais n'en tirent pas de profit; il en va de même du locataire qui restitue un objet endommagé; de la banque qui procède à des investissements risqués non autorisés par le client et conduisant à la perte de la mise de fonds initiale; de l'avocat qui laisse passer le délai pour introduire action.

Plus rare est la violation contractuelle qui profite au débiteur, indépendamment d'un éventuel dommage causé au créancier. Quelques exemples: 1) le locataire, qui sous-loue sans droit les locaux pour un montant supérieur au loyer⁶³, tire un gain net de la sous-location, correspondant à la différence entre le montant du loyer et celui du sous-loyer, sans causer le moindre dommage au bailleur; 2) le vendeur qui, au lieu de s'exécuter envers l'acheteur livre la marchandise à un tiers, en obtient un prix plus élevé; 3) le fournisseur de biens, dans le cadre d'un contrat de distribution exclusive à durée déterminée, interrompt les livraisons dues à son cocontractant pour passer un contrat plus lucratif avec un autre distributeur; 4) «*If A, being a liveryman, keeps his horse standing idle in the stable, and B, against his wish or without his knowledge, rides or drives it out, it is no answer to A for B to say: 'against what loss do you want to be restored? I restore the horse. There is no loss. The horse is none the worse; it is the better for the exercise'*»⁶⁴.

⁶¹ Cf. l'énumération de CR CO I-THÉVENOZ, CO 97 N 34.

⁶² Exemple récent à l'ATF 133 III 257: le prix convenu pour la vente de six perroquets est de 4'800 fr.; l'acheteur subit un dommage correspondant à la valeur de l'intégralité de sa volière contaminée par les six perroquets malades, soit approximativement CHF 2000'000; quelle que soit l'importance du dommage qui dépasse de loin la valeur de la prestation promise, il n'est pas question d'un quelconque gain réalisé du fait de la mauvaise exécution du contrat par le vendeur.

⁶³ La sous-location intervient sans droit, par exemple, lorsque les conditions en sont abusives au sens de l'art. 262 al. 2 lit. b CO. Sur l'attribution du produit de la sous-location (ou location) sans droit, voir les ATF 129 III 422, JdT 2004 I 46, et ATF 126 III 69.

⁶⁴ Exemple donné par Lord Nicholls dans l'affaire *Blake*: [2000] 4 All ER 391 (h), qui peut être rapproché de l'ATF 34 II 694: un travailleur utilise les chevaux et voitures de son employeur afin d'effectuer des

Les développements légaux, jurisprudentiels et doctrinaux en droit suisse⁶⁵ conduisent à admettre que, de manière générale, la violation d'un droit purement relatif fondé sur un contrat est susceptible de constituer une «gestion de l'affaire» du créancier, donc à fonder la restitution des profits sur la base de l'art. 423 al. 1 CO. Cette conception soulève différentes objections qui seront examinées ci-après.

2. Les objections et leur réfutation

Le premier obstacle tient à la définition même de la gestion d'affaires. L'on ne comprend comment le débiteur peut «gérer l'affaire» du créancier en violant un contrat que si l'on suit la définition large donnée à cette notion par une partie de l'opinion⁶⁶ et le Tribunal fédéral⁶⁷, selon laquelle l'intervention dans la sphère juridique d'autrui par la violation d'un droit de propriété intellectuelle, des droits de la personnalité ou d'autres droits, constitue une gestion de l'affaire d'autrui soumise à l'art. 423 al. 1 CO. L'on pourrait ensuite être tenté d'admettre que seule la violation de droits absolus soit susceptible de réaliser cette condition, mais non celle de droits purement relatifs fondés sur un contrat. Il semble néanmoins aujourd'hui admis, même selon une conception restrictive de la gestion d'affaires, que la nature du droit violé (absolu ou relatif) n'est pas un critère pertinent⁶⁸. D'ailleurs, le Tribunal fédéral admet que la violation d'une interdiction de sous-louer peut constituer un acte de gestion d'affaires au sens de l'art. 423 al. 1 CO⁶⁹ (exemple 1 ci-dessus). Dans le dernier exemple cité (4), le fait que A et B soient liés par contrat⁷⁰ ou non ne change rien à la question de savoir si B est autorisé à conserver le profit qu'il a tiré du cheval de A. Dès lors, une éventuelle remise du gain n'est pas d'emblée exclue du simple fait que le droit violé est fondé sur un contrat. Rien ne s'oppose, en principe, à ce que la violation d'un contrat soit sanctionnée par la remise du gain sur la base de l'art. 423 al. 1 CO.

C'est le contenu du droit violé qui est censé tracer la frontière entre les droits relatifs dont la violation peut donner lieu à remise du gain et ceux dont la violation n'entraîne pas pareille conséquence. N'entreraient ainsi en ligne de compte que les droits accordant à leur titulaire une «*ausschliessliche Nutzungsberechtigung*»⁷¹; seul l'ayant droit

transports pour des tiers à son propre profit; le Tribunal fédéral oblige le travailleur à délivrer à l'employeur le profit tiré de cette activité contraire au contrat sur la base d'un «*allgemeine[n] Grundsatz[es], wonach derjenige, der aus fremdem Vermögen ohne oder gegen den Willen des Eigentümers Gewinn zieht, das rechtlich nicht für sich zu tun vermag, sondern nur für den Eigentümer*» (p. 700).

⁶⁵ Rappelés in CHAPPUIS, Remise du gain, 52 ss.

⁶⁶ Ces définitions sont notamment discutées par BÜRGI-WYSS, 182 ss; cet auteur développe une conception nouvelle, proche des résultats de la *Eingriffstheorie*, selon laquelle la gestion d'affaires englobe tous types d'atteintes auxquelles l'ayant droit aurait pu consentir (200 s.). Parmi les auteurs adoptant une définition restrictive (*Zuweisungstheorie*), on trouve notamment HOFSTETTER, 268 ss, et BSK OR I-WEBER, CO 423 N 5 s.

⁶⁷ Voir *supra*, n. 22.

⁶⁸ Par ex., BSK OR I-WEBER, CO 423 N 5; BÜRGI-WYSS, 184.

⁶⁹ ATF 126 III 69 c. 2a–b.

⁷⁰ Tel était le cas dans l'ATF 34 II 694 cité n. 64.

⁷¹ BSK OR I-WEBER, CO 423 N 5; ZK-SCHMID, CO 423 N 77; HOFSTETTER, 269 (exigence du *Zuweisungsgehalt* du droit). La même notion est utilisée en droit de l'enrichissement illégitime; pour la

bénéficiant d'une telle exclusivité aurait droit à une éventuelle remise du gain. L'élément d'exclusivité ainsi requis serait le propre des droits de propriété intellectuelle ou, en matière contractuelle, de droits par exemple fondés sur un contrat de distribution exclusive. Ce critère, souvent mis en avant, n'explique cependant pas tous les cas dans lesquels la remise du gain est acceptée ou refusée. J'en donnerai deux exemples.

La jurisprudence sur la sous-location⁷² jouit d'une large acceptation. Or, on voit mal en quoi le droit du bailleur sur la chose aurait un caractère d'exclusivité à l'égard du locataire à qui l'usage de la chose a été cédé par bail. Ce nonobstant, certains des auteurs exigeant cet élément d'exclusivité pour admettre un acte de gestion d'affaires, reconnaissent le bien-fondé de la remise du gain dans cette hypothèse⁷³. Sans doute, le caractère inacceptable de la conclusion contraire n'est-il pas indifférent. Il serait en effet inéquitable que le locataire puisse conserver le bénéfice indu de la sous-location – non autorisée, par exemple, en raison de ses conditions abusives (art. 262 al. 2 lit. b CO) – sous prétexte que le droit du bailleur ne présenterait pas le caractère d'exclusivité requis l'autorisant, et lui seul, à sous-louer l'objet du bail.

La même contradiction affecte les raisonnements de la doctrine en relation avec la double vente d'un bien (*Doppelverkauf*). Si l'on tient à l'exigence de l'exclusivité conférée par le droit violé, le gain tiré d'une double vente ne devrait pas entrer en considération. L'acheteur dispose d'une créance tendant à la livraison de l'objet. Avant le transfert de propriété, ce droit personnel contre le vendeur ne confère à l'acheteur aucune exclusivité qui pourrait justifier la remise du gain résultant de la vente à un deuxième acheteur pour un prix plus élevé⁷⁴. Le fait que la double vente porte sur une chose de genre ou sur un corps certain ne modifie pas fondamentalement le raisonnement⁷⁵. Aucune exclusivité n'est accordée au titulaire d'une prétention tendant à la livraison d'une chose de genre, pas plus qu'elle ne l'est au titulaire d'une prétention tendant à la livraison d'un corps certain. L'un et l'autre ne disposent que d'un droit personnel sur la chose

doctrine suisse de langue allemande, la *Zuweisungstheorie*, permettant de se passer de l'exigence d'un appauvrissement, serait aujourd'hui dominante: voir l'analyse très éclairante des développements de l'enrichissement illégitime en Suisse par VOSER, 152–186, 156 s.; voir aussi HAHN, N 360 ss, 361, 365.

⁷² Cf. *supra*, n. 69.

⁷³ BSK OR I-WEBER, CO 423 N 6 (la sous-location interdite figure parmi les exemples retenus); ZK-SCHMID, CO 423 N 78 s. HOFSTETTER, 269 n. 5, 270 n. 9, exclut – de manière logique – la sous-location interdite des exemples d'application de l'art. 423 CO en cas de violation d'un contrat.

⁷⁴ HOFSTETTER, 270, et NIETLSPACH, 130 ss, 438, excluent, de manière cohérente, la double vente des hypothèses de remise du gain selon l'art 423 CO. En revanche, BSK OR I-WEBER, CO 423 N 6, et ZK-SCHMID, CO 423 N 78 s., l'admettent, ce qui, en apparence, contredit la définition qu'ils donnent de la gestion d'affaire.

Pour un exemple de restitution ordonnée par une cour étrangère, voir *Adras Ltd. v. Harlow & Jones GmbH*, Cour Suprême d'Israël, 2 novembre 1988 [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/881102i5.html>, site consulté le 26.10.2007], commenté par FRIEDMANN, *passim*: contrat de vente, portant sur une certaine quantité de fer entre un vendeur allemand et un acheteur israélien, exécuté seulement partiellement; le vendeur revend l'autre partie des biens à un tiers pour un prix plus élevé; restitution du bénéfice à l'acheteur ordonnée.

⁷⁵ *Contra*: BSK OR I-WEBER, 4^e éd., CO 423 N 6 *in fine*, qui limite l'exemple de la double vente mentionné dans la 3^e édition du commentaire, en ce sens que seule la double vente d'un corps certain constituerait une gestion d'affaires et que la remise du gain serait «*im Einzelnen abhängig von den konkreten Umständen*».

qui fait partie du patrimoine du vendeur jusqu'à la livraison à l'acheteur. Le droit personnel à la délivrance de la chose n'emporte aucune exclusivité en faveur de l'acheteur. Ces deux contre-exemples montrent qu'une définition fondée sur le caractère exclusif du droit violé n'est pas satisfaisante.

L'objection selon laquelle la gestion d'affaires au sens de l'art. 423 al. 1 CO exigerait que la victime elle-même ait été en mesure de réaliser le gain en cause, parce que le droit violé était sujet à une commercialisation réservée à son titulaire, est rejetée par l'arrêt *Schnyder* à juste titre⁷⁶. Parmi les exemples susmentionnés, le propriétaire du cheval (exemple 4) aurait été en mesure d'en tirer un gain semblable à celui réalisé sans droit (transport payant effectué à l'aide du cheval); il en va de même pour l'acheteur et le distributeur exclusif qui auraient, juridiquement, pu réaliser un gain sur la vente de la chose à un tiers (exemples 2 et 3). En revanche, le gain effectivement réalisé par le locataire (exemple 1) suite à la violation du contrat de bail, n'aurait pas pu l'être par le bailleur, à moins d'une violation du contrat de bail (donner la chose en location une seconde fois). Sur la base de ce critère contesté, l'on pourrait admettre la remise du gain dans les exemples deux à quatre, alors même que seul le propriétaire jouit d'un droit exclusif sur la chose, mais on devrait la refuser dans l'exemple de la sous-location. C'est précisément dans ce dernier exemple que la justification de la remise du gain s'impose avec le plus d'évidence.

Notre brève incursion en droit anglais à la faveur de l'arrêt *Blake* inspire une objection supplémentaire. La restitution des profits supposerait, selon cette décision, que le demandeur y ait un intérêt légitime⁷⁷. Dans la tradition de *common law*, la sanction normale de l'inexécution est l'octroi de dommages-intérêts, le moyen de la *specific performance* n'étant ouvert que dans des cas exceptionnels. Cette conception restrictive de l'action en exécution contribue à expliquer la théorie de l'inexécution efficace (*efficient breach*), selon laquelle le débiteur pourrait choisir de violer un contrat moyennant l'indemnisation du créancier, dans le but de réaliser une autre affaire qui lui soit plus profitable. La violation d'un contrat pour de telles raisons commerciales ne serait pas nécessairement proscrite⁷⁸. C'est la raison pour laquelle le créancier ne se voit pas nécessairement reconnaître un intérêt à l'exécution. Dans la tradition civiliste, toute obligation tend vers son exécution, que le créancier peut, si nécessaire, obtenir par la voie de l'exécution forcée en nature. Le créancier a toujours un intérêt à la réalisation du but même de l'obligation, partant, à l'exécution de celle-ci⁷⁹. Cet intérêt est «légitime» du

⁷⁶ Sur l'analyse de l'arrêt *Schnyder*, cf. *supra*, I.A(2). Voir, par ailleurs, HOFSTETTER, 268 s. n. 4; NIETLSPACH, 113 ss, 134 ss. Cette objection se recoupe avec l'exigence du *Zuweisungsgehalt* du droit violé, rejetée au paragraphe précédent.

⁷⁷ *Supra*, n. 45. Sur cette question, ANCEL/FAUVARQUE-COSSON, 486; EDELMAN, 150, 153 s., 155 ss; FRIEDMANN, 385.

⁷⁸ Pour le droit américain, voir FARNSWORTH, §12.20 p. 854 s., §12.3. Dans le même sens, une sentence arbitrale postérieure à *Blake*, refuse d'accorder la restitution des profits suite à la violation d'un contrat portant sur une marchandise commercialisable en considérant qu'il n'appartient pas au droit commercial d'émettre des jugements moraux: *AB Corporation v CD Corporation (The «Sine Nomine»)*, [2002] 1 Lloyd's Rep. 805 §10. Réticents, GOFF & JONES, 20-026 (qui critiquent la sentence arbitrale susmentionnée: 20-034a); par ailleurs, CHEN-WISHART, 369 s.

⁷⁹ Ce que reconnaît d'ailleurs TREITEL, 931 (n. 50).

fait qu'il se fonde sur le contrat. Dans la mesure où, une fois la violation consommée, l'exécution en nature de l'obligation ne peut plus être exigée (le secret a été dévoilé, la personnalité du demandeur a été atteinte, l'objet du contrat ne peut plus être livré au créancier, etc.), il ne reste que la possibilité d'une sanction financière du comportement contraire au contrat. Le critère de l'intérêt légitime retenu par la *House of Lords* ne paraît dès lors pas pertinent pour le droit suisse⁸⁰. En outre, l'idée de permettre au débiteur de violer le contrat et d'en garder le profit – pourvu qu'il indemnise le créancier de son dommage – heurte de front le principe de la fidélité contractuelle qui constitue l'un des fondements du droit suisse des obligations. Elle ne serait pas non plus de nature à faire obstacle à la restitution du gain.

En conclusion, l'on ne peut que constater l'échec des tentatives de définitions fondées sur le type de droit violé (absolu, relatif) ou sur le contenu du droit (à caractère exclusif ou non) et réfuter les objections soulevées à l'encontre de la restitution des profits. Cela étant, il reste à établir positivement les conditions de cette prétention.

3. Conditions de la restitution du gain

Selon la conception défendue ici, la restitution du gain est soumise, *mutatis mutandis*, aux mêmes conditions que la réparation d'un dommage (art. 97 ss CO ou art. 41 ss CO) et représente un moyen dont bénéficie le créancier en cas de violation d'un contrat (respectivement en cas d'acte illicite) à côté de la réparation du dommage. Ces conditions sont au nombre de quatre: 1) violation d'un contrat (qui équivaut à un acte de gestion au sens de l'art. 423 CO), 2) réalisation d'un gain (indépendamment d'un éventuel dommage), 3) lien de causalité entre la violation du contrat et le gain, enfin 4) faute ou mauvaise foi du débiteur.

La restitution du gain en matière contractuelle suppose d'abord une intervention dans la sphère juridique d'autrui, caractérisant la gestion d'affaires, qui réside dans un acte contraire à un contrat; il s'agit de la condition première de l'action en remise du gain telle que prévue à l'art. 423 al. 1 CO. En second lieu, le gain, dont la restitution est réclamée, doit avoir été réalisé au moyen de cet acte. Il doit donc se trouver en lien de causalité avec l'acte contraire au droit. On constatera souvent à cet égard que le gain réalisé ne provient pas uniquement de l'acte contraire au droit, parce que, sans l'activité propre du «gérant»⁸¹, aucun gain ne serait réalisable. Ainsi, dans l'affaire *Blake*, on ne peut pas considérer que l'intégralité des royalties provenait de la violation par *Blake* de son obligation de confidentialité à l'égard de la Couronne. Les royalties sont, pour partie en tout cas, le résultat du travail d'écriture de *Blake*. Il s'agirait de déterminer la valeur de ce travail qui viendrait se soustraire du montant total des royalties⁸². Les juges anglais n'ont pas procédé ainsi et semblent avoir condamné à la remise de

⁸⁰ Il n'est pas certain qu'il le soit davantage en droit anglais, étant donné la difficulté de donner un contenu à cet intérêt légitime.

⁸¹ L'ancienne opinion selon laquelle une activité contraire au droit ne mérite pas salaire, est aujourd'hui dépassée (cf. CHAPPUIS, Thèse, 55 s. et réf. cit. n. 252). Sur le calcul du gain et de la part imputable à la gestion d'affaires, voir JENNY, N 269 ss, 281 ss.

⁸² Cf. question évoquée par CHEN-WISHART, 366.

l'intégralité des royalties. On notera cependant que *Blake* avait déjà touché une partie des royalties promis à titre d'avance, une avance dont la Couronne a renoncé à réclamer la restitution pour des questions d'ordre pratique⁸³. En fin de compte, *Blake* aura tout de même pu conserver une partie du gain réalisé, même si aucun calcul n'a permis de déterminer quelle part des royalties correspondait à son travail d'écriture.

C'est également le critère de la causalité qui permet de résoudre, de manière nuancée, la question controversée de la double vente⁸⁴. Pour que le bénéfice réalisé par la seconde vente puisse faire l'objet de la remise du gain à l'acheteur, il doit se trouver en lien de causalité avec la violation de la première vente. Le premier contrat est violé lorsque le vendeur se place dans une situation qui l'empêche de s'exécuter envers le premier acheteur. Tel est le cas lorsque la vente porte sur un corps certain: le vendeur, en livrant la chose au second acheteur, se met dans l'incapacité de s'exécuter envers le premier acheteur. Peu importe la nature ou le contenu du droit du premier acheteur, ce droit est violé par la livraison au second acheteur, qui procure la propriété à celui-ci et, simultanément, empêche le vendeur de livrer la chose au premier acheteur. Le vendeur viole alors le droit du premier acheteur en s'exécutant à l'égard du second et, dans les conditions de l'art. 423 al. 1 CO, doit restituer au premier acheteur le gain tiré de la seconde vente exécutée. En revanche, dans l'hypothèse où la vente porte sur une quantité de choses de genre, le vendeur est en principe en mesure de s'exécuter une seconde fois. En effet, tant qu'il existe des choses présentant les caractéristiques du genre défini par les parties, le vendeur est en mesure de s'exécuter envers le premier acheteur comme envers tous les acheteurs subséquents, après s'être, le cas échéant, fourni auprès d'un tiers. La livraison à l'un est sans relation avec la livraison à l'autre. Toutefois, même dans une telle situation, les limites à la possibilité de s'exécuter peuvent être atteintes en fait (par exemple, stock limité, absence de volonté du vendeur de faire le nécessaire pour s'exécuter). Ainsi, si le vendeur prend la décision de ne pas livrer du tout à l'acheteur X dans le but d'être en mesure de s'engager et de livrer effectivement à l'acheteur Y, on pourra considérer qu'il existe une relation entre ces deux contrats, telle que l'exécution du second contrat constitue une violation de la première vente. Dès lors, le gain réalisé sur l'affaire exécutée envers Y doit être remis à X sur la base de l'art. 423 al. 1 CO. Il s'ensuit que la solution à cette question délicate ne tient pas à l'objet du contrat; la vente d'un corps certain et celle d'une chose de genre ne méritent pas un traitement différent⁸⁵. Elle réside dans le lien de causalité existant entre la violation du contrat et le gain. La seconde vente (plus précisément, son exécution) ne déclenche une obligation de restituer que si elle représente une violation du premier contrat. C'est dans cette mesure que la violation du premier contrat peut être considérée comme l'origine du gain réalisée par le vendeur.

Il résulte des développements qui précèdent que les conditions de la restitution du gain peuvent être calquées sur celles de la réparation d'un dommage. La question de savoir dans quelles circonstances la remise du gain peut être ordonnée ne devrait cependant

⁸³ [2000] 4 All ER 398 (f-g).

⁸⁴ Cf. *supra*, n. 73-74.

⁸⁵ Dans ce sens, FRIEDMANN, 387, qui partage l'opinion des juges majoritaires dans la décision *Adras Ltd. v. Harlow & Jones GmbH* (citée *supra*, n. 74).

pas être tranchée de manière générale et abstraite en fonction du droit violé (sa nature, son contenu), mais de manière plus concrète en relation avec la condition de causalité. Le rôle attribué à cette condition est donc central pour déterminer tant le principe que l'étendue de l'obligation de restituer.

4. *Justification de la restitution du gain*

Il reste à justifier l'obligation faite au débiteur de restituer au créancier le gain réalisé au moyen de la violation du contrat. L'objectif d'une prétention en dommages-intérêts fondée sur la violation d'un contrat est de replacer la partie lésée dans la situation qui serait la sienne si le contrat avait été bien exécuté, c'est-à-dire de réparer le dommage subi par cette partie du fait de l'inexécution. A l'inverse, le but de la prétention en remise du gain est de replacer l'autre partie, celle qui viole le contrat, dans la situation qui serait la sienne si elle n'avait pas violé le contrat. Il s'agit, non pas de compenser un dommage subi par la partie lésée, mais de supprimer l'avantage retiré de cette violation par la partie qui viole le contrat.

L'idée est en effet que si l'inexécution d'un contrat produit un avantage, cet avantage doit revenir au titulaire du droit plutôt qu'à celui qui l'a obtenu au moyen de la violation d'un contrat. L'adage selon lequel «Nul ne doit tirer profit de son délit» (*Das Unrecht soll sich nicht lohnen, Nemo ex delicto consequatur emolumentum*) est ainsi transposé sur le plan du contrat. On voit mal pourquoi le débiteur serait autorisé à conserver le gain qu'il tire de la violation d'un contrat, alors qu'il serait tenu de restituer celui provenant d'un délit.

La restitution des profits ainsi conçue n'a pas pour but de punir la partie qui viole le contrat⁸⁶. Ni la réparation du dommage, ni la restitution des profits ne poursuivent un but punitif, même si toutes deux déploient des effets négatifs parfois importants sur le patrimoine du débiteur⁸⁷. Une fois la restitution effectuée, le débiteur retrouve son état de fortune initial, celui existant avant la violation du contrat, alors que la réparation d'un dommage vient diminuer la fortune du débiteur (sous la réserve d'éventuelles indemnités d'assurance) et appauvrit celui-ci. Dans la mesure où l'on se contente de retrancher du patrimoine du débiteur une valeur qui ne devrait pas s'y trouver, la restitution des profits ne revêt pas un caractère punitif. En revanche, tout comme l'obligation de réparer le dommage, celle de restituer le gain entraîne un effet préventif. En effet, si le gain tiré de la violation d'un contrat doit être restitué au créancier, le débiteur n'a plus d'intérêt à violer le contrat. Perdant tout espoir d'avantages s'il viole le contrat, le débiteur sera incité à le respecter. L'effet préventif ainsi lié à l'action en remise du gain vient confirmer la force obligatoire du contrat⁸⁸.

⁸⁶ *Lord Hobhouse* accorde, à tort, à cette prétention un caractère essentiellement punitif: [2000] 4 All ER 407 (d).

⁸⁷ Lorsque l'indemnité fixée est élevée (cf. *supra*, n. 62), la réparation du dommage peut certes être ressentie comme une punition par le débiteur. Il n'en demeure pas moins que tel n'est pas le but de la réparation du dommage.

⁸⁸ FOX, 35, et EDELMAN, 244, voient la justification de la restitution du gain dans son *deterrent effect*. Sur ce point, l'approche américaine favorable à l'idée du *efficient breach* diverge en ce qu'elle ne s'oppose

III. Conclusion

Les critères qui semblent faire défaut aux juristes anglais existent en droit suisse depuis bon nombre d'années. Ils peuvent se résumer dans l'idée que la restitution des profits se justifie dans des conditions similaires à celles de la réparation d'un dommage. En effet, la remise du gain peut être conçue comme un moyen généralement approprié en cas de violation d'un contrat, qui entre en concours avec la réparation du dommage. Cette prétention – qui n'est pas nouvelle en droit suisse – devrait être soumise, *mutatis mutandis*, aux mêmes conditions que la réparation d'un dommage consécutif à la violation d'un contrat (art. 97 ss CO). Deux questions qui demeurent controversées en relation avec la gestion d'affaires sans mandat peuvent ainsi être tranchées.

La définition de l'hypothèse visée par l'art. 423 al. 1 CO permet de fixer les limites de l'obligation de restituer un gain. Il n'est donc pas étonnant que la question soit débattue. Différentes définitions ont été soutenues. Qu'elles soient centrées sur la nature du droit violé (absolu ou relatif) ou sur le contenu de ce droit (avec attribution d'exclusivité ou non), ces définitions n'apportent guère de réponse satisfaisante à la question de savoir si, dans un cas donné, le gain doit être restitué ou non. Plutôt que de poser un critère général et abstrait, la présente contribution propose de vérifier concrètement si un gain a été réalisé au moyen de la violation d'un droit fondé sur un contrat. Il faudra donc rechercher si et dans quelle mesure la violation d'un contrat a entraîné un gain pour l'auteur de cette violation.

Etant donné la parenté fondamentale entre la remise du gain et la réparation du dommage, la position du Tribunal fédéral et d'une partie de la doctrine en relation avec l'exigence d'une condition subjective mérite d'être soutenue. La partie «innocente», soit celle qui ne sait pas et n'a pas de motif de savoir que son comportement viole un contrat, échappe donc à la remise du gain.

Après la malédiction, la bénédiction: c'est dans l'hypothèse d'une atteinte à des droits purement patrimoniaux que Pierre TERCIER⁸⁹ prévoyait les développements les plus riches de la prétention en remise du gain. Comme (presque) toujours, il a raison.

pas à ce que l'auteur d'une violation contractuelle profitable conserve le profit tiré (vendeur rompant le contrat afin de revendre les biens à un tiers pour un prix plus élevé): FARNSWORTH, §12.20, 854 s.

⁸⁹ TERCIER, Contrats spéciaux, N 5379.

Bibliographie

- AEBI-MÜLLER Regina E., Anmerkung, *medialex* 2007 93 ss
- ANCEL Pascal/FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, L'obligation de restituer les profits tirés de la violation du contrat, L'arrêt *Attorney General v. Blake*: la consécration, par la Chambre des Lords, d'une nouvelle variété de dommages-intérêts, fondée non plus sur l'existence d'un préjudice, mais sur le profit tiré de la rupture du contrat, *RDC* 2005 479 ss
- BERGER Mathis, Entwicklungen im Immaterialgüterrecht/Le point sur le droit de la propriété intellectuelle, *RSJ* 103/2007 403 ss
- BURROWS Andrew/McKENDRICK Ewan/EDELMAN James, *Cases and Materials on the Law of Restitution*, 2e éd., Oxford (Oxford University Press) 2007
- CHAPPUIS Christine/PERRIN Jean-François, Le traitement des divergences de jurisprudence en droit suisse, in Ancel Pascal/Rivier Marie-Claire, *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, 329 ss
- CHAPPUIS Christine, Enrichissement illégitime: entre contrat et gestion d'affaires, in *L'évolution récente du droit des obligations*, Publications CEDIDAC 61, Lausanne 2004, 27 ss (cité: Enrichissement illégitime)
- La remise du gain: Les temps sont mûrs, in Werro Franz (édit.), *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives*, Berne 2002, 51 ss (cité: Remise du gain)
- La restitution des profits illégitimes, Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse, thèse de Genève, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991 (cité: Thèse)
- CHEN-WISHART Mindy, *Restitutionary Damages for Breach of Contract*, [114/1998] *L.Q.R.* 363 ss
- CHITTY ON CONTRACTS, Volume I, *General Principles*, 29^e éd., Londres (Sweet & Maxwell) 2004
- EDELMAN James, *Gain-based Damages, Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Oxford, Portland Oregon (Hart Publishing) 2002
- FARNSWORTH Allan E., *Farnsworth on Contracts*, 3^e éd., Aspen Law & Business 1999
- FOX David, *Restitutionary Damages to Deter Breach of Contract*, [2001] *C.L.J.* 33 ss
- FRIEDMANN Daniel, *Restitution of Profits Gained by Party in Breach of Contract*, [104/1988] *L.Q.R.* 383 ss
- GOFF OF CHIEVELEY Lord/JONES Gareth, *The Law of Restitution*, 7^e éd., Londres (Sweet & Maxwell) 2007
- HAHN Anne-Catherine, *Vergütungsansprüche für Dienstleistungen bei fehlender vertraglicher Grundlage, Ein Streifzug durch vier europäische Rechtsordnungen*, Berne 2004
- HAUSHEER Heinz/AEBI-MÜLLER Regina E., *Urteilsanmerkung*, *RJB* 2007 341 ss
- HILTI Christian, *Die «ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung» der Bösgläubigkeit – der Anfang vom Ende des Gewinnherausgabeanspruchs?*, *AJP/PJA* 2006 695 ss
- HOFSTETTER Josef, *Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag*, *Schweizerisches Privatrecht*, VII/6, 2^e éd., Bâle, Genève, Munich 2000
- HONSELL Heinrich/VOGT Nedim P./GEISER Thomas, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB*, 3^e éd., Bâle 2006 (cité: *BSK ZGB I-AUTEURS*)
- HONSELL Heinrich/VOGT Nedim P./WIEGAND Wolfgang, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR*, 4^e éd., Bâle 2007 (cité: *BSK OR I-AUTEURS*)
- JEANDIN Nicolas, *LPC et production de pièces de lege ferenda*, *SJ* 2000 II 373 ss
- JENNY Reto M., *Die Eingriffskondiktion bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, Unter Berücksichtigung der Ansprüche aus unerlaubter Handlung und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag*, Zurich, Bâle, Genève 2005

- KOHLER Patrick, Eingriffskondiktionsrechtliche Gewinnherausgabe, *in* Festschrift Siehr, Zurich 2001, 77 ss (cité: Eingriffskondiktion)
- Gewinnherausgabe bei Patentrechtsverletzungen Bemerkungen zur Entscheidung «Rohrschelle» – Bundesgericht vom 12. April 2006, *sic!* 2006 815 ss (cité: Rohrschelle)
- NIETLISPACH Markus, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht, Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Berne 1994
- O’SULLIVAN Janet, Reflections on the role of restitutionary damages to protect contractual expectations, *in* Johnston David/Zimmermann Reinhard, *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge (Cambridge University Press) 2002, 327
- PHANG Andrew/LEE Pey-Woan, Rationalising Restitutionary Damages in Contract Law – An Elusive or Illusory Quest?, [17/2001] J.C.L. 249 ss
- RÜETSCHI David, «Patty Schnyders Vater, Bundesgericht vom 7. Dezember 2006, Gewinnherausgabepflicht von Medien bei Persönlichkeitsverletzender Berichterstattung», *sic!* 2007 434 ss
- SCHLUEP Walter R., Über Eingriffskonditionen, *in* Festschrift Piotet, Berne 1990, 173 ss
- SCHMID Jörg, Die Folgen der Nichterfüllung, *in* Gauch Peter/Schmid Jörg (édit.), *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Zürcher Kommentar Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zurich 2001, 301 ss (cité: Nichterfüllung)
- Die Geschäftsführung ohne Auftrag, *in* même ouvrage, 421 ss (cité: GoA)
- Die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419–424 OR), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zurich 1993 (cité: ZK-SCHMID)
- SCHWENZER Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4^e éd., Berne 2006
- STUDER Peter, Bundesgericht: Erstmals Herausgabe eines (geschätzten) Gewinns an ein Medienopfer, Jusletter 1. Oktober 2007
- TERCIER Pierre, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich 1984
- Les contrats spéciaux, 3^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2003 (cité: Contrats spéciaux)
- THÉVENOZ Luc/WERRO Franz, Commentaire romand, Code des obligations I (art. 1–529 CO), Genève, Bâle, Munich 2003 (cité: CR CO I-AUTEURS)
- VOSER Nathalie, Bereicherungsansprüche in Dreiecksverhältnissen erläutert am Beispiel der Anweisung, Bâle, Genève, Munich 2006

- C.L.J. Cambridge Law Journal (Cambridge University Press)
- J.C.L. Journal of Contract Law
- L.Q.R. The Law Quarterly Review (London, Sweet & Maxwell)
- RDC Revue des Contrats (L.G.D.J.)