UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre de livre | 2002

Open Access

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

# Le représentant de la société simple : une hydre à deux têtes?

Chappuis, Christine

**How to cite**

CHAPPUIS, Christine. Le représentant de la société simple : une hydre à deux têtes? In: Besonderes Vertragsrecht - aktuelle Probleme : Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag. Harrer, Friedrich, Portmann, Wolfgang & Zäch, Roger (Hrsg.) (Ed.). Zürich : Schulthess, 2002. p. 587–605.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:8430

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

# Le représentant de la société simple: une hydre à deux têtes?

par
**Christine Chappuis**

**Sommaire**

I. L'art. 543 CO, une disposition spéciale et controversée ..... 588
1. Disposition spéciale ..... 588
2. Disposition controversée ..... 590

II. La portée de l'art. 543 al. 3 CO ..... 594
1. Effets envers les tiers? ..... 594
2. Caractère irréfragable de la présomption ? ..... 596
3. Lacune de la loi dans la protection des tiers ? ..... 599
a) Apparence de pouvoirs ..... 600
b) Apparence de communication (art. 33 al. 3 CO) ..... 602
c) Apparence de ratification (art. 38 CO) ..... 603

III. Conclusion ..... 603

Soient un banquier et un entrepreneur, qui s'associent en vue de la réalisation d'une vaste station de sports d'hiver. Le premier se charge du financement, tandis que le second s'occupe de la construction et des ventes. Une société tierce, ayant des liquidités à placer, investit des fonds dans l'opération. Le banquier signe une traite qui n'est pas réglée. La société s'adresse alors à l'entrepreneur, mais celui-ci fait valoir qu'il n'est pas engagé par ce prêt dont il dit tout ignorer. La demanderesse obtient gain de cause sur la base de l'art. 543 CO applicable à la représentation de la société simple[1].

La portée de la dérogation apportée par cette disposition aux règles générales sur la représentation est controversée. Le Tribunal fédéral a pris position sur certains points dans une décision Consortium immobilier Remetschwil de 1998[2], qui a

1 Etat de fait tiré d'un arrêt de la Cour de Justice de Genève, SemJud 1982 251.

2 ATF 124/1998 III 355, SemJud 1999 I 65.

suscité à la fois l'approbation et la critique de la doctrine[3]. Le but des présentes lignes est d'examiner quelle est la protection accordée au tiers qui conclut un contrat avec l'associé d'une société simple. L'importance pratique de la question est indéniable, en particulier dans le domaine immobilier que l'on sait propice aux consortiums, donc aux contrats de société simple, dans lequel les rapports de représentation sont souvent litigieux[4] et les sommes en jeu parfois considérables. Après avoir exposé les controverses entourant les rapports entre les règles générales sur la représentation et la règle spéciale sur la représentation de la société simple (I.), j'examinerai la portée de l'art. 543 al. 3 CO (II.).

## I. L'art. 543 CO, une disposition spéciale et controversée

Placé parmi les dispositions de la société simple consacrées aux rapports des associés envers les tiers, l'art. 543 CO vise les actes accomplis par un associé pour la société et constitue une règle spéciale par rapport aux règles générales sur la représentation (I.1.). Il soulève un certain nombre de questions controversées (I.2.).

### 1. Disposition spéciale

Conformément aux règles générales, une personne est liée par le fait d'autrui à condition que l'acte soit accompli en son nom et avec les pouvoirs nécessaires (art. 32 al. 1 CO). Faute de pouvoirs conférés expressément ou par actes concluants, l'effet de représentation peut découler soit d'une ratification ultérieure

3 Approuvent la décision: DANIEL STAEHELIN, Baukonsortium Remetschwil – Zürcher Anwaltskanzlei – Basler Advokaturbüro. Drei neuere Entscheide zu den Personengesellschaften, SZW/RSDA 2000 308 ss; VIKTOR AEPLI, Zur Haftung der Mitglieder einer einfachen Gesellschaft, recht 1999 42 ss; cf. aussi OSKAR VOGEL, RJB 135 (1998) 441, 443. La critiquent: WALTER FELLMANN/KARIN MÜLLER, Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers in der einfachen Gesellschaft – eine kritische Auseinandersetzung mit BGE 124 III 355, in: AJP/PJA 2000 637 ss; PETER LOSER, Konkretisierung der Vertrauenshaftung, Bemerkungen zur Vertrauenshaftung anlässlich von BGE 124 III 297, 124 III 355 und 124 III 363, recht 1999 73 ss, 78-83; ROLF BÄR, RJB 135 (2000) 394 ss.

4 Les exemples qui suivent ont pour toile de fond des immeubles, à acquérir ou à construire, à propos desquels les rapports de représentation ne sont pas clairs: ATF 4C.12/2002 du 14 mai 2002; ATF 124/1998 III 355, SemJud 1999 I 65; DC 1999 149 n° S52; DC 1997 127 n° 318; DC 1996 55 n° 126; ATF 118/1992 II 113, JdT 1993 I 567; ATF 116/1990 II 707, JdT 1991 I 357; DC 1983 54 n° 36; DC 1980 45 n° 25; SemJud 1979 27; etc.

par le représenté (art. 38 al. 1 CO), soit de la bonne foi du tiers[5], lorsque celle-ci est protégée (par ex., art. 33 al. 3 CO). L'étendue des pouvoirs est déterminée par l'acte conférant les pouvoirs (art. 33 al. 2 CO), sauf si la communication des pouvoirs faite au tiers va plus loin (art. 33 al. 3 CO)[6].

Les deux premiers alinéas de l'art. 543 CO répètent, pour l'essentiel, ces règles. L'alinéa 1er rappelle d'abord qu'en principe l'associé, qui ne traite pas „au nom de la société" (*„im Namen der Gesellschaft"*) mais en son propre nom, n'engage que lui, même s'il agit „pour le compte" (*„für Rechnung"*) de la société simple. Dans cette hypothèse de représentation indirecte, les autres associés ne deviennent créanciers ou débiteurs du tiers que sur la base d'une cession de la créance ou d'une reprise de la dette (art. 543 al. 1 et 32 al. 3 CO). L'alinéa 2 vise le cas où l'associé agit „au nom de la société ou de tous les associés" et se contente de renvoyer aux règles générales en cas de représentation directe. A vrai dire, il n'est techniquement pas possible d'agir au nom de la société simple qui n'a pas la personnalité juridique. Les effets des actes accomplis se produisent exclusivement dans la personne des associés (art. 544 al. 1 CO). C'est par simplification que la loi admet l'usage d'une dénomination commune d'autant plus opportune que le nombre d'associés est important[7].

L'application des art. 32 ss CO à la société simple appelle une autre précision. L'associé qui agit au nom de la société se lie personnellement au tiers[8]. Les règles générales prévoient au contraire que l'acte du représentant autorisé ne lie que le représenté (art. 32 al. 1 CO), à l'exclusion du représentant. En vertu du droit commun de la représentation, ce dernier est uniquement obligé en cas de

---

5 Condition ajoutée par la jurisprudence et la doctrine à l'art. 33 al. 3 CO (ATF 120/1994 II 197 consid. 2b.cc, JdT 1995 I 194; ROLF WATTER, in Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I: art. 1-529, édit. par HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND, 2e éd., Bâle/Francfort-s-l-Main 1996, art. 33 N 35; ALFRED KOLLER, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Fribourg 1985, N 277 ss) et présumée selon l'art. 3 al. 1 CC.

6 Sur ces questions, cf. THEO GUHL/ALFRED KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9e éd., Zurich 2000, § 19 N 1 ss, § 21 N 2 ss, 6 ss; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, vol. I, 7e éd., Zurich 1998, N 1318 ss, 1378 ss, 1389 ss; WATTER (n. 5) art. 33 N 3.

7 ALAIN HIRSCH, La société simple et les tiers, in: Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, Fribourg 1977, 411 ss, 413; voir aussi STAEHELIN (n. 3), 308 n. 2; PIERRE TERCIER, Les contrats spéciaux, 2e éd., Zurich 1995, N 5700.

8 ATF 95/1969 II 59, JT 1970 I 73.

représentation non autorisée, et encore n'est-il tenu que de réparer le dommage subi par le tiers (art. 39 al. 1 et 2 CO)[9].

La dérogation principale aux règles de la représentation directe résulte de l'art. 543 al. 3 CO qui institue une présomption légale en faveur du pouvoir de représentation de l'associé gérant. Cette disposition lie le pouvoir d'administrer fondé sur l'art. 535 CO au pouvoir de représenter, de telle sorte que l'associé chargé d'administrer est présumé avoir également le pouvoir de représenter les autres associés ou la société à l'égard des tiers. Cette réglementation repose sur l'idée que, de manière tout à fait générale, gestion et représentation vont de pair lorsqu'il s'agit des actes de la société simple à l'égard de l'extérieur[10].

## 2. Disposition controversée

Cette règle, d'apparence simple, soulève quatre questions énoncées ci-après. Deux d'entre elles seront approfondies plus loin[11].

*1. L'associé est-il „chargé d'administrer" lorsqu'il est au bénéfice du pouvoir de gérer prévu par la loi ou faut-il que ce pouvoir lui ait été conféré par le contrat ou une décision sociale (art. 535 al. 1 CO) ?*

Le terme français de „chargé" semble se référer au pouvoir d'administrer (de gérer) conféré par le contrat de société simple à certains associés au détriment des autres. La version italienne („*sia conferita l'amministrazione*") se rapproche de la version française, alors que le texte allemand („*Geschäftsführung überlassen*") paraît viser le pouvoir d'administrer tel qu'il résulte de la loi. La présomption posée par la loi s'explique par le fait qu'il est raisonnable de lier le pouvoir de gérer à celui de représenter, car la gestion des affaires sociales nécessite la conclusion d'actes juridiques engageant l'ensemble des associés. La source du pouvoir de gestion étant sans importance pour l'application de l'art. 543 al. 3 CO, la présomption des pouvoirs de représentation découle aussi bien du pouvoir de gestion légal que du pouvoir de gestion conventionnel[12].

---

9 ROGER ZÄCH, Berner Kommentar, Stellvertretung, Art. 32-40 OR, Berne 1990, Vorb. N 30.

10 FELLMANN/MÜLLER (n. 3), 642; LOSER (n. 3), 82 et n. 63.

11 Cf. infra, II.

12 Dans le même sens, AEPLI (n. 3), 45; PIERRE-ALAIN RECORDON, La société simple II: les rapports des associés entre eux et avec les tiers, Fiche Juridique Suisse N° 677, 1997, 26; CHRISTOPH M. PESTALOZZI/SUZANNE WETTENSCHWILER, in Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II: art. 530-1186, édit. par HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG

*2. Les pouvoirs de l'associé au bénéfice de la présomption sont-ils illimités ?*

L'art. 543 al. 3 CO ne fait aucune allusion à l'étendue du pouvoir de représentation. Ce nonobstant, ni l'associé gérant ni les tiers ne peuvent admettre l'existence de pouvoirs illimités. La loi liant le pouvoir de représentation au pouvoir de gestion, les limites posées au pouvoir de gestion par l'art. 535 al. 3 CO s'appliquent également au pouvoir de représentation. Cela signifie que les pouvoirs présumés de l'associé gérant sont restreints aux opérations ordinaires de la société, à l'exclusion des affaires extraordinaires[13]. C'est bien la limite des affaires courantes qui doit être retenue ici, pas non celle du but social, en application par analogie des règles relatives aux personnes morales[14]. Cette dernière limite est prévue notamment pour la société en nom collectif, dont le but est inscrit au registre du commerce (art. 564 al. 1 CO). En revanche, la société simple, en tant que telle, ne peut pas être portée sur le registre du commerce[15]. Le but de celle-ci, qui n'est pas connu des tiers, ne peut pas constituer une limite générale valable aux pouvoirs de l'associé gérant. Par ailleurs, les pouvoirs de l'associé gérant relèvent de la représentation civile comme l'indique le renvoi de l'art. 543 al. 2 CO et non de la représentation commerciale ou par le fait des organes. Ils sont par conséquent limités par le cercle des actes ordinaires conformément à l'art. 535 al. 3 CO, non par le but social.

---

WIEGAND, 2e éd., Bâle/Francfort-s-l-Main 2002, art. 543 N 28; ROBERT PATRY, Précis de droit des sociétés, vol. I, Berne 1976, 251; ALFRED SIEGWART, „Zürcher Kommentar", Zurich 1938, art. 543 N 9. Le Tribunal fédéral semble favorable à cette interprétation de l'art. 543 al. 3 CO: ATF 124/1998 III 355 consid. 4a, SemJud 1999 I 65 [STAEHELIN (n. 3), 308 n. 8]; pour la jurisprudence cantonale, cf. Obergericht Luzern, RSJ 1998 94 (1998) 91 N 8. *Contra*: WALTER SCHERRER, Die Geschäftsführung und die Vertretung in den Personengesellschaften, thèse, Zurich 1964, 43 s et n. 28, 63.

13 AEPLI (n. 3), 45; RECORDON (n. 12), 28 et n. 225; PESTALOZZI/WETTENSCHWILER (n. 12), art. 543 N 29; PATRY (n. 12), 251. Cour de justice de Genève, SemJud 1982 251, 255, SemJud 1979 27, 30.

14 Dans ce sens, TERCIER (n. 7), N 5706. *Contra:* LOSER (n. 3), 79; RECORDON (n. 12), 28 et n. 225.

15 ATF 124/1998 III 363 consid. II.2a, SemJud 1999 I 38. THEO GUHL/JEAN NICOLAS DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9e éd., Zurich 2000, § 61 N 14 s; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8e éd., Berne 1998, § 4 N 60 ss, § 6 N 53.

*3. La présomption posée par l'art. 543 al. 3 CO déploie-t-elle ses effets uniquement dans les rapports entre associés (internes) ou également dans les rapports avec les tiers (externes)?*

La jurisprudence et une partie importante de la doctrine[16] admettent, sans grande discussion, que la portée de la présomption serait double. Le but de l'art. 543 al. 3 CO serait d'assurer la sécurité des transactions, ce qui justifierait son effet dans les rapports externes. Cette opinion a fait l'objet de critiques[17] et mérite à tout le moins d'être nuancée selon les considérations développées plus bas[18].

*4. L'art. 543 al. 3 CO institue-t-il une présomption irréfragable de pouvoirs (praesumptio juris et de jure)?*

La présomption légale permet de conclure de l'existence d'un fait (le fait-prémisse ou indice, *factum probans*) à l'existence d'un autre fait, voire d'un droit (le fait à prouver, *factum probandum*), pour autant que la preuve du contraire ne soit pas rapportée[19]. S'agissant du pouvoir de représentation d'un associé, la loi déduit l'existence de ce pouvoir (fait à prouver) du pouvoir d'administrer (fait-prémisse). Celui qui se prévaut de l'effet de représentation est ainsi dispensé de prouver l'existence du pouvoir de représentation. Le thème de la preuve étant modifié, le demandeur (le tiers) doit établir le fait que l'associé était chargé d'administrer (art. 535 CO), au lieu d'apporter la preuve qui lui incomberait normalement, celle de l'existence des pouvoirs, dans son action contre les autres associés.

Une présomption est réfragable si le défendeur est autorisé à l'infirmer par la preuve du contraire du fait présumé, en l'espèce, à démontrer que les pouvoirs ont, par exemple, été restreints par la convention entre associés. Elle est irréfragable si la preuve du contraire n'est pas ouverte au défendeur. C'est affaire d'interprétation de déterminer si une présomption légale est réfragable ou non[20].

---

16 ATF 124/1998 III 355 consid. 4a, SemJud 1999 I 65, 68. ROLAND RUEDIN, Précis des sociétés, Berne 1999, N 1685; GUHL/DRUEY (n. 15), § 62 N 44; MEIER-HAYOZ/ FORSTMOSER (n. 15), § 12 N 61; RECORDON (n. 12), 27; TERCIER (n. 7), N 5703; PESTALOZZI/WETTENSCHWILER (n. 12), art. 543 N 26; PATRY (n. 12), 249 ss.

17 LOSER (n. 3), 79; FELLMAN/MÜLLER (n. 3), 643 ss; HIRSCH (n. 7), 415 ss.

18 Infra, II.A.

19 FELLMANN/MÜLLER (n. 3), p. 642 (3.); HENRI DESCHENAUX, Le Titre préliminaire du Code civil, in Traité de droit civil suisse, t. II,1, Fribourg 1969, p. 249 ss.

20 DESCHENAUX (n. 19), 252.

Sans beaucoup s'attarder à cette question, l'opinion majoritaire[21] – à laquelle se joint l'arrêt du Consortium immobilier Remetschwil[22] – considère que la présomption de pouvoirs est irréfragable à l'égard du tiers de bonne foi, étant donné que l'art. 543 al. 3 CO aurait précisément pour but la protection de la bonne foi. Il s'ensuit qu'une réglementation conventionnelle des pouvoirs, qui restreindrait ceux-ci par rapport à la présomption de l'art. 543 al. 3 CO, ne pourrait en aucun cas être opposée au tiers de bonne foi. Dans cette optique, la présomption relèverait nécessairement des rapports externes[23]. Cette opinion s'est également heurtée à la critique de certains auteurs[24].

Etant donné ce qui précède, deux acquis sont, à mon avis, incontestables: premièrement, la présomption de pouvoirs de représentation posée par l'art. 543 al. 2 CO se rattache aussi bien au pouvoir de gestion légal qu'au pouvoir conventionnel; deuxièmement, les pouvoirs ainsi présumés se limitent aux opérations ordinaires de la société. En revanche, j'aimerais démontrer que cette présomption déploie essentiellement ses effets dans les rapports entre associés (internes) et que la protection de la bonne foi du tiers se fonde sur les règles générales de la représentation civile.

---

21 RUEDIN (n. 16), N 1685; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (n. 15), § 12 N 61; RECORDON (n. 12), 27; TERCIER (n. 7), N 5703 et 5705; PESTALOZZI/WETTENSCHWILER (n. 12), art. 543 N 26; PATRY (n. 12), 249 ss.
Moins affirmatifs, GUHL/DRUEY (n. 15), § 62 N 44, décrivent la jurisprudence comme instituant une „*Anscheinskaskade*": il suffirait au tiers de prouver l'existence d'une société simple apparaissant comme telle pour que soit présumé le pouvoir de gestion de tous les associés (art. 535 al. 1 CO), dont serait déduit le pouvoir de représenter (art. 543 al. 3 CO), ce qui irait manifestement trop loin; la précédente édition de l'ouvrage (THEO GUHL/JEAN NICOLAS DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8e éd., Zurich 1991, § 59, 592 s), citée par l'ATF 124/1998 III 355 consid. 4a, SemJud 1999 I 65, 68, défendait encore le point de vue inverse selon lequel il est loisible aux associés de prouver que, nonobstant la présomption de l'art. 543 al. 3 CO, les pouvoirs nécessaires à la conclusion de l'acte n'existaient pas.

22 ATF 124/1998 III 355 consid. 4, SemJud 1999 I 65. La même réponse avait précédemment été apportée à cette question dans des *obiter dicta*: ATF 118/1992 II 113 consid. 3b, JdT 1993 I 567 (rés.) et ATF 116/1990 II 707 consid. 1b, JdT 1991 I 357; cf. la réflexion critique de ROLF BÄR, RJB 128 (1992) 241 s; dans son commentaire de l'ATF 124 III 355, le même auteur se demande à juste titre: „*Noch einmal ein obiter dictum ?*" [RJB 135 (1999) 595]; rien, en effet, ne laissait supposer que les tiers qui avaient, sur la base d'accords dits de réservation, effectué des versements à l'associé „gérant" fussent de mauvaise foi (qu'auraient-ils d'ailleurs su qui aurait été de nature à détruire leur bonne foi ?).

23 Cf. supra, 3.

24 Supra, n. 17.

## II. La portée de l'art. 543 al. 3 CO

Les deux dernières questions esquissées au point précédent sont approfondies dans ce paragraphe: la portée de la présomption à l'égard des tiers (I.1.) et son caractère réfragable ou non (II.2.), de manière à déterminer si la loi présente une lacune quant à la protection des tiers (II.3.).

### 1. Effets envers les tiers?

Etant donné sa place sous le titre marginal „Rapports des associés envers les tiers", l'art. 543 al. 3 CO paraît relever des rapports externes, ce qui donnerait raison à l'opinion dominante[25]. L'institution de la représentation directe implique un rapport tripartite. Pour que l'acte accompli par le représentant produise effet envers le tiers (rapport externe), il faut en principe que le représentant ait été autorisé par le représenté à agir ainsi (rapport interne). L'octroi et l'étendue des pouvoirs dépendent en premier lieu du rapport entre représentant et représenté, en matière de représentation civile comme de représentation commerciale ou par l'intermédiaire d'organes[26]. S'il s'avère que les pouvoirs existent sur la base de ce rapport, l'acte accompli correspond aux pouvoirs octroyés. Le représentant ayant agi avec les pouvoirs nécessaires, le représenté est alors lié au tiers (rapports externes) en vertu de l'art. 32 al. 1 CO, sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur l'éventuelle bonne foi de ce dernier. Le pouvoir, quand bien même son existence et son étendue dépendent des rapports internes, produit des effets envers le tiers. En cela, il concerne aussi bien les rapports internes que les rapports externes et trouve naturellement sa place sous le titre marginal de l'art. 543 CO, qui, à lui seul, n'est pas déterminant.

---

25 Cf. supra, n. 16.

26 L'opinion d'EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2e éd., Zurich 1988, 623 ss, selon laquelle l'octroi et l'étendue des pouvoirs de représentation en matière commerciale seraient détachés de la volonté de l'entreprise représentée va trop loin [dans ce sens, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (n. 6), N 1455]. En matière commerciale, comme en matière civile, l'octroi de pouvoirs repose sur la volonté du représenté [WATTER (n. 5), art. 458 N 6; le même, in Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II: art. 530-1186, édit. par HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND, Bâle/Francfort-s-l-Main 1994, art. 718 N 17], malgré le fait que l'apparence des pouvoirs occupe une place plus importante et que l'étendue des pouvoirs des représentants commerciaux et organes fait l'objet de descriptions légales.

En l'absence d'exigence légale quant à la forme, le contrat de société simple peut prendre naissance par actes concluants, sans que les parties n'en aient nécessairement conscience[27]. Par ailleurs, on l'a vu, les associés ne se soucient pas toujours de clarifier les rapports de représentation. Il n'est dès lors pas étonnant que bien des contrats de société ne règlent la question, ni expressément, ni par actes concluants[28]. L'art. 543 al. 3 CO est destiné à prévenir cette défaillance des parties en présumant que le pouvoir de représenter accompagne le pouvoir d'administrer[29]. L'art. 396 al. 2 CO assume une fonction similaire de comblement de contrats rudimentaires, lorsqu'il prévoit que le mandat „comprend le pouvoir de faire les actes juridiques nécessités par son exécution"[30]. Il s'agit d'un cas dans lequel la traditionnelle séparation entre les pouvoirs (*können*) et le contrat de base (*müssen*) s'efface[31].

Faute de stipulation contractuelle particulière, l'acte accompli par l'un des associés dans le cadre de son pouvoir de gestion ordinaire (art. 535 al. 2 et 3 CO) est couvert par les pouvoirs, tels qu'ils sont présumés conformément à l'art. 543 al. 3 CO. Nul besoin dans ce cas d'examiner la bonne foi du tiers, car la situation juridique n'est affectée d'aucun vice[32]. L'existence des pouvoirs résulte des rapports internes, la présomption ayant produit ses effets entre associés. FELLMANN[33] tient le même raisonnement à propos de l'art. 396 al. 2 CO dont il considère qu'il relève uniquement du rapport interne entre mandant et mandataire et qu'il ne peut pas être invoqué par le tiers en cas de représentation sans pouvoirs.

Dans cette optique, il est inexact d'affirmer que „le fait que l'associé gérant ait réellement, sur le plan interne, le pouvoir de gestion par rapport à l'acte en question n'est ni nécessaire ni suffisant comme base de confiance"[34]. Lorsque, sur le plan

---

27 RUEDIN (n. 16), N 1026 s; GUHL/DRUEY (n. 15), § 62 N 2; TERCIER (n. 7), N 5596. ATF 124/1998 III 363 II/2.a, SJ 1999 I 38.

28 Cf. l'état de fait de l'arrêt de la Cour de justice de Genève, SemJud 1982 251, cité en introduction.

29 FELLMANN/MÜLLER (n. 3), 642.

30 ROLF H. WEBER, in Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I: art. 1-529, édit. par HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND, 2e éd., Bâle/Francfort-s-l-Main 1996, art. 396 N 9; WALTER FELLMANN, in Berner Kommentar, Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Berne 1992, art. 396 N 23, 46 ss, 48.

31 HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7e éd., Berne 2001, § 23 p. 302 s.

32 „*Wo nichts fehlt, ist nichts zu heilen*": GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, (n. 6), N 1408, 1411.

33 FELLMANN (n. 30), art. 396 N 57 s. *Contra:* TERCIER (n. 7), N 3991.

34 ATF 124/1998 III 355 consid. 4a, SemJud 1999 I 65, 68 s.

interne, l'associé dispose du pouvoir de gestion, les pouvoirs correspondants lui sont également attribués, à défaut de règle contractuelle, sur la base de la présomption de l'art. 543 al. 3 CO. Les associés peuvent se fier à ce qu'il en soit ainsi. L'acte accompli par l'associé gérant les lie donc envers le tiers. La „base de confiance" (*Vertrauensgrundlage*) que, selon le Tribunal fédéral, le tiers devrait établir est ici sans pertinence. L'existence effective de pouvoirs est suffisante pour lier la société – même s'il est exact qu'elle n'est pas nécessaire, parce qu'elle peut être remplacée par la ratification (art. 38 al. 1 CO) ou la protection de la bonne foi du tiers (essentiellement sur la base de l'art. 33 al. 3 CO). L'effet de représentation se produit alors conformément à l'art. 32 al. 1 CO à l'égard de l'ensemble des associés (art. 543 al. 2 CO). Telle est la solution prévue par la loi pour le cas où les associés ont négligé de régler les questions de représentation dans le contrat de société simple.

Il découle des observations qui précèdent que la présomption de pouvoirs fondée sur l'art. 543 CO déploie pleinement ses effets dans les rapports entre associés et, de manière indirecte seulement, à l'égard des tiers[35] dans la mesure où elle permet d'admettre l'existence d'un pouvoir de représentation correspondant au pouvoir de gestion.

### 2. Caractère irréfragable de la présomption ?

La question du caractère irréfragable de la présomption ne se pose pas dans l'hypothèse abordée jusqu'ici de l'absence d'une réglementation conventionnelle des pouvoirs. Cette question suppose que les associés aient prévu la signature collective à deux ou assigné d'autres limites (par ex. chiffrées) aux pouvoirs de l'associé gérant, qu'ils cherchent à opposer au tiers avec lequel l'un d'entre eux a conclu. L'opinion dominante, on l'a vu[36], retient que la présomption de l'art. 543 al. 3 CO est irréfragable dans l'idée de protéger les tiers. Les éventuelles limites aux pouvoirs des associés gérants ne seraient donc pas opposables aux tiers. Dans le même mouvement, ces auteurs – et le Tribunal fédéral – se voient contraints d'admettre que le tiers qui connaît ou doit connaître ces restrictions ne mérite pas

35 Dans ce sens, AEPLI (n. 3), 44, parle de „*Reflexwirkung*" envers les tiers.

36 Cf. supra, I.2.4.

d'être protégé. C'est pourquoi la présomption est qualifiée d'irréfragable à l'égard du tiers de bonne foi uniquement (art. 3 CC)[37].

Une telle qualification de la présomption de pouvoirs aurait pour effet d'étendre les pouvoirs de l'associé gérant au point de le transformer celui-ci en un représentant commercial, semblable au fondé de procuration (art. 460 al. 3 CO), à l'associé d'une société en nom collectif (art. 564 al. 2 CO) ou à l'administrateur d'une société anonyme (art. 718a al. 2 CO). En matière de représentation commerciale, seules sont opposables au tiers de bonne foi les restrictions susceptibles d'être inscrites au registre du commerce, soit les restrictions à la signature collective ou aux affaires d'une succursale. Or, l'art. 543 al. 2 CO, en renvoyant aux règles du droit commun (art. 32 ss CO), a précisément entendu soustraire les associés de la société simple aux règles de la représentation commerciale. La protection étendue liée à l'existence du registre du commerce ne peut pas bénéficier au tiers qui contracte avec une société simple (plus précisément, ses membres). En effet, la société simple n'est pas sujette à inscription[38]. Le renvoi de l'art. 543 al. 2 CO aux règles générales de la représentation civile est donc une nécessité.

Si l'art. 543 al. 3 CO avait valeur de présomption irréfragable, le tiers bénéficierait d'une protection plus étendue[39] face à une société simple, que face à une personne juridique ou une société de personnes inscrites. En effet, le but social de ces dernières, mentionné sur le registre du commerce, trace une limite générale aux actes pouvant être accomplis par les représentants et organes, limite qui est rendue opposable aux tiers par l'inscription (art. 932 al. 1 et 933 al. 1 CO). De plus, les entreprises inscrites bénéficient de la possibilité de restreindre les pouvoirs de leurs représentants et organes à la signature collective ou aux affaires d'une succursale. L'inscription rend ces limites opposables aux tiers, lors même que ceux-ci les ignoreraient (art. 933 al. 1 CO). Il est impossible aux associés d'une société simple de profiter de cette clarification des rapports de représentation bénéficiant de la publicité du registre, puisque la société simple ne peut pas être inscrite.

En cherchant à protéger les tiers partenaires d'une société simple par le biais d'une présomption irréfragable la conception dominante va au-delà de la protection dont jouiraient ceux-ci en matière de représentation commerciale ou par le biais

37 Cf. supra, n. 22 et 21. Selon VOGEL (n. 3), 443, la présomption est réfragable dans les rapports entre associés, mais irréfragable dans les rapports externes.

38 Cf. supra, n. 15.

39 Selon FELLMANN/MÜLLER (n. 3), 641, et HIRSCH (n. 7), 414 s, une protection aussi étendue n'est pas conforme à la volonté du législateur en rapport avec l'art. 543 CO.

d'organes. Cette confusion entre les principes de la représentation civile et ceux de la représentation commerciale n'a pas manqué d'être relevée par la critique[40].

L'arrêt Consortium immobilier Remetschwil[41] laisse, de surcroît, une impression de flou en ce qui concerne les éléments de preuve que doit apporter le tiers au bénéfice de la présomption prétendument irréfragable de l'art. 543 al. 3 CO. Le tiers ne saurait – il faut donner raison au Tribunal fédéral sur ce point – se contenter de vagues indications de l'associé qui se donne pour représentant. Au risque de n'être pas légitime, sa confiance doit se fonder sur le comportement des associés dont il devrait pouvoir déduire l'existence d'une société à laquelle est lié un certain pouvoir de gestion de l'associé en cause[42]. En l'absence d'une confiance légitime en l'existence d'un rapport de société, dont le tiers puisse déduire de bonne foi le pouvoir de gestion de l'associé qui agit, l'application de l'art. 543 al. 3 CO ne peut, selon le Tribunal fédéral, même pas être envisagée[43]. On voit mal toutefois quelles sont les circonstances concrètes dont le tiers pourrait déduire que tel associé plutôt que tel autre bénéficie d'un pouvoir de gestion, à moins de contacts réguliers entre le tiers et la société. En réalité, la question de savoir qui est chargé de la gestion relève des rapports internes et n'est pas facilement accessible au tiers faute d'un registre qui permettrait les vérifications nécessaires.

La position de mandataire commercial (art. 462 CO) fournit un point de comparaison utile à cet égard. Le mandataire commercial ne peut pas, contrairement au fondé de procuration (art. 458 al. 2 CO), être inscrit au registre du commerce. Il se rapproche en cela de l'associé représentant d'une société simple. Ce représentant commercial intervient dans le cadre de l'activité d'une entreprise, elle-même inscrite au registre qui fournit les informations essentielles relatives à celle-ci. Malgré cela, la loi n'institue aucune présomption irréfragable de pouvoir en faveur du mandataire commercial. Elle se contente d'une description abstraite des pouvoirs de celui-ci. Ce sont les règles générales qui prennent le relais de la publicité du registre du commerce pour assurer la protection du tiers, en particulier, les art. 33 al. 3 et 34 al. 3 CO. Ces dispositions supposent une communication des pouvoirs au tiers, qui peut intervenir par actes concluants et être déduite du fait que le chef d'entreprise confère une certaine position à son représentant[44]. Si, pour ce

40 FELLMANN/MÜLLER (n. 3), 639 ss; LOSER (n. 3), 79, 81 s; BÄR, RJB 1992 (n. 22), 242.

41 Supra, n. 3.

42 ATF 124/1998 III 355 consid. 4a et b, SemJud 1999 I 65, 69 s.

43 ATF 124/1998 III 355 consid. 4a, SemJud 1999 I 65, 69.

44 WATTER (n. 5), art. 462 N 8 s. Restrictif sur ce point, KOLLER (n. 5), N 248.

représentant commercial, la loi a renoncé à assurer la protection du tiers par le biais d'une présomption irréfragable, il n'est pas nécessaire d'introduire une telle présomption pour le représentant – non commercial – d'une société simple.

Il apparaît en conclusion que le caractère irréfragable attribué à la présomption de l'art. 543 al. 3 CO est le fruit d'une confusion entre représentation civile et représentation commerciale, entre les règles spéciales applicables à la seconde et les règles générales sur la première.

### 3. Lacune de la loi dans la protection des tiers ?

„Un associé est présumé avoir le droit de représenter la société ou tous les associés envers les tiers, dès qu'il est chargé d'administrer" (art. 543 al. 3 CO). En rendant cette présomption irréfragable à l'égard du tiers de bonne foi, la doctrine dominante fait de ce texte une lecture qui exigerait l'ajout d'une seconde phrase à l'alinéa 3: „Aucune restriction des pouvoirs n'est opposable aux tiers de bonne foi", par ex. sur le modèle de l'art. 460 al. 3 CO. Avec BÄR[45], il faut se demander si le texte légal présente véritablement une lacune qui mériterait d'être ainsi comblée (art. 1 al. 2 et 3 CC). Avant de compléter l'art. 543 al. 3 CO, il conviendrait de constater l'existence d'une lacune. En l'espèce, la lacune – qui ne fait l'objet d'aucune discussion – consisterait sans doute en une insuffisance dans la protection du tiers. Or, selon une proposition déjà ancienne[46], le tiers est suffisamment protégé par les règles générales sur la représentation, en particulier par la théorie du pouvoir apparent. C'est ce qu'il convient de vérifier à présent.

Les règles générales (art. 32 ss CO) sur la représentation civile interviennent en vue de la protection des tiers en donnant effet à l'apparence créée dans certaines situations qui ont en commun le fait qu'une signification juridique est attachée au comportement du représenté indépendamment de la volonté de celui-ci, sur la base du principe de la confiance déduit des règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC). En effet, selon la tendance aujourd'hui majoritaire, la conscience de déclarer (*Erklärungsbewusstsein*) n'est plus une condition nécessaire de la manifestation de

45 BÄR (n. 3), 596; cf. aussi, LOSER (n. 3), 79.

46 HIRSCH (n. 7), 416 ss; dans le même sens, LOSER (n. 3), 79 ss, 81 ss et FELLMANN/MÜLLER (n. 3), 643 ss.

volonté[47]. Il suffit que la déclaration sans volonté de déclarer soit objectivement imputable au déclarant[48]. Peuvent ainsi être opposées au représenté, c'est-à-dire aux membres de la société, et indépendamment de leur volonté réelle, une apparence de pouvoirs (a), une apparence de communication (b) ou une apparence de ratification (c), pourvu qu'elles leur soient objectivement imputables.

### *a) Apparence de pouvoirs*

Dans les rapports entre les membres d'une société simple, les pouvoirs peuvent être accordés à un ou plusieurs associés, soit expressément, soit par actes concluants, selon les règles valables pour tout acte juridique (art. 1 al. 2 CO)[49]. Les déclarations et le comportement des parties doivent être interprétées selon le principe de la confiance (art. 2 al. 1 CC) pour déterminer si les pouvoirs existent et quelle est leur étendue[50]. La présomption de l'art. 543 al. 3 CO intervient dans ce cadre comme un appui à l'interprétation[51]. C'est ainsi que l'existence des pouvoirs peut découler de la relation entre associés au vu de toutes les circonstances. Le pouvoir de gestion est une circonstance dont l'art. 543 al. 3 CO déduit l'octroi du pouvoir de représentation correspondant. Sur cette base, l'associé gérant peut admettre qu'il dispose des pouvoirs nécessaires pour agir à l'égard du tiers. Celui-ci peut alors, à l'encontre des autres membres, se prévaloir des pouvoirs effectifs de l'associé gérant, que ces pouvoirs aient été conférés de manière expresse ou par actes concluants, qu'ils résultent ou non de l'application de la présomption tirée du pouvoir de gestion[52]. Il n'est pas question de protéger sa bonne foi (art. 3 CC)[53].

Dans l'hypothèse de pouvoirs conférés par actes concluants, on distingue habituellement la procuration tolérée (*Duldungsvollmacht*) de la procuration apparente

---

47 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (n. 6), N 221; ZÄCH (n. 9), art. 33 N 39 ss, 41; ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung und Kommentar zu den Art. 1-2 und 18 OR, Berne 1986, art. 1 N 46 ss. ATF 120/1994 II 197 consid. 2b.bb, JdT 1995 I 194.

48 ZÄCH (n. 9), art. 33 N 42; KRAMER (n. 47), art. 1 N 50. ATF 120/1994 II 197 consid. 2b.bb, JdT 1995 I 194.

49 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (n. 6), N 1347 s; WATTER (n. 26), art. 33 N 15 s; ZÄCH (n. 9), art. 33 N 35 ss.

50 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (n. 6), N 1355; WATTER (n. 26), art. 33 N 17; ZÄCH (n. 9), art. 33 N 39 ss.

51 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (n. 6), N 1348; dans le même sens, FELLMANN (n. 30), art. 396 N 22, pour les pouvoirs du mandataire.

52 Cf. supra, n. 32.

53 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (n. 6), N 1411.

(*Anscheinsvollmacht*). En dépit de l'imprécision terminologique qui règne en cette matière, on peut retenir que, dans le premier cas, le représenté sait que le représentant agit pour lui et le laisse faire; dans le second cas, le représenté ne connaît pas les agissements du représentant, mais devrait les connaître s'il faisait preuve de l'attention requise[54]. Une fois admise l'idée qu'une manifestation de volonté peut être valable nonobstant le défaut de la conscience de déclarer, il n'importe plus de déterminer si le déclarant pouvait savoir dans quel sens son comportement serait compris par un tiers. Il suffit que l'apparence créée par le comportement en question lui soit objectivement imputable en fonction des circonstances. Il ne se justifie par conséquent pas de traiter différemment ces deux situations[55].

Il convient de mentionner pour terminer que l'apparence des pouvoirs est souvent, mais à tort, examinée dans les rapports externes[56], la protection du tiers étant soumise à sa bonne foi (art. 3 CC). Lorsqu'il s'agit de l'octroi des pouvoirs par actes concluants, il convient d'examiner la manifestation de volonté du point de vue du destinataire, l'associé représentant, pour déterminer si celui-ci pouvait raisonnablement admettre que les autres membres de la société lui conféraient des pouvoirs de représentation. Dans l'affirmative, l'associé en cause est autorisé à agir envers les tiers de manière à lier ses co-associés (art. 543 al. 2 CO), raison pour laquelle l'effet de représentation ne dépend pas de la bonne foi du tiers. On peut citer, à titre d'exemple de cette confusion, un passage de la décision mentionnée en introduction[57]: „si les associés ont laissé l'un d'eux se comporter de manière telle que, de bonne foi, les tiers pouvaient en déduire qu'il les représentait valablement, le cocontractant qui a traité avec l'associé pourra invoquer l'existence d'un pouvoir apparent". C'est d'abord entre associés que la tolérance des actes accomplis par l'un d'eux est significative d'un octroi de pouvoirs par actes concluants. Une fois l'existence des pouvoirs admise, les autres membres sont liés par les actes de l'associé gérant envers les tiers qui, à défaut de contacts réguliers, ne sont pas en mesure de connaître le comportement antérieur des autres associés pour en faire quelque déduction que ce soit.

---

54 ATF 120 II 197 consid. 2a, JdT 1995 I 194; pour une application récente (négative) des principes développés dans cet arrêt sur les pouvoirs tolérés ou apparents, cf. ATF 4C.12/2002 du 14 mai 2002. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (n. 6), N 1411 ss, 1413; ZÄCH (n. 9), art. 33 N 46 ss.

55 Cf. ATF 120 II 197 consid. 2b.bb, JdT 1995 I 194, 198, qui n'a pas encore complètement franchi ce pas.

56 ZÄCH (n. 9), art. 33 N 46.

57 Cour de Justice de Genève, SemJud 1982 251, 254 (n. 1).

### b) *Apparence de communication (art. 33 al. 3 CO)*

Lorsque l'associé qui agit n'a reçu aucun pouvoir des autres membres de la société, ni expressément, ni par actes concluants, la protection du tiers peut éventuellement résulter d'une communication des pouvoirs par actes concluants (art. 33 al. 3 CO)[58]. Le Tribunal fédéral pose des exigences strictes à cet égard: la communication des pouvoirs du représentant au tiers doit émaner du représenté; cette communication peut consister dans un comportement du représenté qui laisse croire, selon les règles de la bonne foi, qu'il entend porter les pouvoirs à la connaissance du tiers; devant une attitude passive du représenté, des circonstances objectives suffisantes doivent permettre au tiers de conclure à l'existence de pouvoirs[59]. Ces conditions réalisées, la bonne foi du tiers a pour effet de guérir le vice consistant dans le défaut de pouvoirs du représentant. Même si l'on peut constater une tendance (dépassée ?) à déduire automatiquement une communication des pouvoirs de la position de l'employé au sein d'une entreprise[60], une certaine retenue s'impose. Le Tribunal fédéral a en effet constaté, à juste titre, que „Le tiers ne doit pas se fier à la légère aux apparences"[61] et n'a pas admis que la communication des pouvoirs résultant de la présence du représentant dans les locaux d'un magasin de sport allât jusqu'à couvrir l'installation d'un nouveau commerce d'articles de sport.

En cas de communication valable des pouvoirs, le tiers est protégé contre l'absence de pouvoirs dans la mesure où il est de bonne foi (art. 3 CC). La bonne foi guérit le vice juridique de telle sorte que l'effet de représentation se produit[62]. Le tiers qui connaîtrait ou devrait connaître l'absence de pouvoirs n'est pas lié au représenté. Dans cette hypothèse, la bonne foi du tiers (art. 3 CC) est une condition nécessaire de sa protection, contrairement au cas précédent et à celui qui suit (infra, c).

---

58 La protection est la même si les pouvoirs n'existent pas du tout [art. 33 al. 3 CO par analogie, ZÄCH (n. 9), art. 33 N 139], s'ils existent mais sont moins étendus que la communication et s'ils ont été restreints ou révoqués totalement (art. 34 al. 3 CO).

59 ATF 120/1994 II 197 consid. 2b.bb et 3b, JdT 1995 I 194.

60 Par ex., GUHL/KOLLER (n. 6), § 21 N 9 et les références de jurisprudence. Réticent, KOLLER (n. 5), N 248, considère que des circonstances particulières doivent s'ajouter à l'octroi d'une certaine position pour admettre une communication des pouvoirs aux tiers.

61 ATF 120/1994 II 197 consid. 3b, JdT 1995 I 194, 201.

62 Voir ARIANE MORIN, La responsabilité fondée sur la confiance, Etude critique des fondements d'une innovation controversée, thèse, Genève 2002, 82 s, 151 s, qui n'admet pas qu'une communication involontaire des pouvoirs puisse conduire à la protection forte de la confiance légitime du partenaire et limite le droit de celui-ci à une prétention en dommages-intérêts. Cf. aussi LOSER (n. 3), 74 ss, 80 s.

### c) *Apparence de ratification (art. 38 CO)*

La ratification par les membres de la société, conformément à l'art. 38 al. 1 CO, d'un acte accompli sans pouvoirs par l'associé gérant, peut également intervenir par actes concluants[63]. Dans l'arrêt Consortium immobilier Remetschwil, le Tribunal fédéral a clarifié la portée du silence en précisant que le silence ne peut avoir le sens d'une ratification que si une opposition était possible et pouvait être exigée du représenté[64]. Cette décision est conforme à une tendance récente qui s'est également exprimée dans la jurisprudence relative à la lettre de confirmation[65]. La ratification valable, qu'elle soit expresse ou exprimée par actes concluants, a pour effet de lier la société au tiers. La bonne foi de celui-ci n'est, à nouveau, pas une condition de l'effet de représentation.

Dans ces trois situations, le représenté doit se laisser opposer son comportement. Cette protection de l'apparence résulte des règles générales de la représentation. La protection ainsi accordée au tiers étant suffisante, la loi ne comporte aucune lacune. Il n'y a par conséquent pas lieu d'instituer une présomption irréfragable en faveur du tiers de bonne foi.

## III. Conclusion

Le tiers qui contracte avec l'associé d'une société simple est susceptible se trouver face à deux situations distinctes. Premièrement, il se peut que les membres de la société ne se soient pas souciés de clarifier leurs rapports avec les tiers, en particulier la question de savoir qui, parmi eux, a le pouvoir d'engager les autres et quelle est l'étendue de ce pouvoir. Tel semblait être le cas dans l'arrêt de la Cour de justice de Genève mentionné en introduction[66], de même que dans l'affaire du Consortium immobilier Remetschwil[67]. Une telle situation de flou profite au tiers.

---

63 ATF 101/1975 II 222 consid. 6b.bb, JdT 1976 I 141. ZÄCH (n. 9), art. 38 N 53 ss.

64 ATF 124/1998 III 355 consid. 5a et b, SemJud 1999 I 65.

65 ATF 4C.303/2001 du 4 mars 2002, SemJud 2002 I 363; ATF 123/1997 III 35 consid. 2c.aa, JdT 1997 I 322.

66 N. 1; l'associé actionné en paiement par le tiers n'avait pas réussi à établir que le pouvoir de gestion et de représentation de son co-associé avait été limité (SJ 1982, 251, 254).

67 N. 2; l'état de fait de cet arrêt n'est pas clair, mais il semblerait que, dans la liste des tâches de P., figuraient des éléments relevant du pouvoir de gestion (par ex., vente des immeubles, procédure de parcellisation); l'accord des parties était consigné dans la lettre dont le contenu est résumé par l'arrêt et ne contenait a priori aucune disposition sur l'attribution du pouvoir de représenta-

En l'absence de toute stipulation contractuelle, l'associé qui traite avec le tiers a le droit d'administrer au sens de l'art. 535 al. 1 CO et il dispose du pouvoir de représentation correspondant, selon l'art. 543 al. 3 CO. Etant donné que les pouvoirs existent, les membres de la société simple sont liés. C'est là une manifestation de l'effet indirect déployé par l'art. 543 al. 3 CO dans les rapports externes, sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir une présomption de caractère irréfragable à l'égard des tiers de bonne foi.

En second lieu, le tiers peut se trouver face à une société mieux organisée dont les membres par exemple ont décidé que la signature de deux d'entre eux était nécessaire pour tout engagement dépassant 50'000 fr. Le tiers, dans l'ignorance de cette réglementation conventionnelle, accorde un prêt de 500'000 fr. à la société. Les co-associés de celui qui a traité avec le tiers – et qui s'est, en tout état, engagé personnellement[68] – peuvent-ils opposer leur réglementation interne au tiers ? Selon la conception ici défendue, la présomption de l'art. 543 al. 3 CO ne s'applique pas en raison de la réglementation conventionnelle contraire. Il s'ensuit que l'emprunt n'est pas couvert par les pouvoirs de l'associé qui a agi. La protection du tiers est assurée par les règles générales sur la représentation civile (art. 32 ss CO).

Trois possibilités peuvent être envisagées. *Primo*, les associés ont toléré par le passé que des actes dépassant le montant fixé soient passés par l'un d'entre eux, agissant seul; les pouvoirs sont tacitement étendus (*Duldungsvollmacht*) et l'acte, nonobstant la réglementation initiale, est accompli avec pouvoirs. *Secundo*, les membres de la société, au moment de négocier le prêt, se sont manifestés à l'égard du tiers de manière telle que celui-ci a pu en déduire une communication des pouvoirs à son endroit (art. 33 al. 3 CO); si le tiers ne connaît, ni ne doit connaître la restriction initialement convenue, sa bonne foi est protégée et l'effet de représentation se produit, nonobstant l'absence de pouvoirs de l'associé qui a agi. *Tertio*, après l'octroi du prêt, les relations entre la société simple et le prêteur se sont poursuivies sans que le vice affectant le contrat de prêt ne soit soulevé, les intérêts ont été réglés sous la signature d'un autre associé, une augmentation du prêt a été sollicitée par un troisième associé, de telle sorte qu'il est possible de

---

tion. Les pouvoirs de P. étant présumés (art. 543 al. 3 CO), il n'était pas nécessaire de vérifier la confiance légitime des tiers, qui pouvaient agir contre les membres du consortium (art. 544 al. 3 CO). Les tiers qui avaient versé des acomptes pouvaient se prévaloir des pouvoirs de P., non pas parce qu'il y aurait eu une communication de pouvoirs à leur endroit, mais parce que cela correspondait à la situation réelle, même présumée. Voir aussi, ATF 116/1990 II 707, JdT 1991 I 357.

68 Cf. supra, n. 8.

conclure à une ratification par actes concluants du contrat conclu par l'un des associés sans pouvoirs (art. 38 al. 1 CO). En dehors de ces hypothèses, le tiers qui aurait accepté de prêter 500'000 fr. à une personne se présentant comme l'associé d'une société simple, sans la moindre vérification de l'identité des membres de celle-ci, de leurs capacités financières, etc., ne mériterait aucune protection. La relative sévérité montrée par la jurisprudence[69] à cet égard doit être approuvée. La règle demeure que le tiers ne peut se fier simplement aux déclarations d'une personne pour admettre que celle-ci dispose des pouvoirs nécessaires afin d'engager autrui[70].

Ce raisonnement, qui repose sur les règles générales de la représentation, applicables à la société simple par le renvoi de l'art. 543 al. 2 CO, protège le tiers de manière satisfaisante. En l'absence d'une quelconque lacune, il n'y pas lieu de compléter la loi en présumant les pouvoirs de l'associé gérant de manière irréfragable à l'égard du tiers de bonne foi.

69 ATF 120/1994 II 197, JdT 1995 I 194; confirmé récemment par l'ATF 4C.12/2002 du 14 mai 2002.

70 Le tiers ne doit pas se fier à la légère aux apparences: ATF 120/1994 II 197 consid. 3b, JdT 1995 I 194, 201.