



Article scientifique

Article

2000

Published version

Open Access

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

Gestion d'affaires imparfaite (Geschäftsanmassung) : du nouveau

Chappuis, Christine

How to cite

CHAPPUIS, Christine. Gestion d'affaires imparfaite (Geschäftsanmassung) : du nouveau. In: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2000, vol. 72, n° 4, p. 201–204.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:24039>

Gestion d'affaires imparfaite (*Geschäftsanmassung*): du nouveau

par Prof. Dr. Christine Chappuis, Genève

Les nouvelles dispositions du Code civil sur la protection de la personnalité introduisaient, en 1983, le premier d'une longue série de renvois¹ aux règles sur la gestion d'affaires, dont le but était de compléter l'action en réparation du dommage par une action en remise du gain. Les conditions et les conséquences de l'art. 423 al. 1 CO n'étaient pas encore clairement établies, ce dont le législateur avait conscience². Deux questions, en particulier, faisaient alors l'objet de controverses dans la doctrine: la définition de l'acte de gestion, d'une part, l'exigence de la mauvaise foi du gérant, d'autre part. Selon l'un des pères de la révision, il était d'ailleurs «douteux que cette action – jusqu'ici peu connue et peu utilisée – puisse jouer un grand rôle dans la protection de la personnalité, en raison des difficultés théoriques et pratiques que pose son application»³. Malgré les incitations réitérées du législateur, l'action en remise du gain n'a pas gagné la faveur des plaideurs. Vingt ans plus tard, deux arrêts du Tribunal fédéral vont peut-être corriger ce désamour en tranchant clairement les questions évoquées. On commencera par exposer brièvement les deux arrêts (I.), avant d'examiner les acquis nouveaux de la jurisprudence en matière de gestion d'affaires au sens de l'art. 423 CO (II.) et d'en proposer une lecture personnelle (III.).

I. Les arrêts

Le premier arrêt⁴ a pour objet un litige entre un bailleur et son locataire liés par un bail portant sur des locaux destinés à l'exploitation d'un café. Le locataire sous-loue ceux-ci de manière autorisée. Après la résiliation du bail, la sous-location est maintenue et les locaux ne sont pas libérés. Le bail-

leur réclame au locataire un montant correspondant aux loyers et redevances de gérance versés par le sous-locataire, ce que les instances cantonales lui refusent. Le Tribunal fédéral fait droit à la demande du bailleur sur la base de l'art. 423 CO.

Le second arrêt⁵ concerne le domaine bancaire. Il met en cause le titulaire d'une procuration valable après la mort du représenté (*über den Tod hinaus*⁶), qui transfère tous les avoirs du *de cuius* auprès d'une banque sur un compte ouvert à son propre nom. L'exécuteur testamentaire désigné par le *de cuius* réclame la réparation du dommage subi par la succession tant à la banque pour avoir accepté de transférer les fonds sur la base de la procuration *post mortem* qu'au représentant pour en avoir donné l'ordre. Le Tribunal fédéral admet la responsabilité de la banque en vertu de l'art. 398 al. 2 CO et retient une obligation de délivrer le gain à charge du représentant conformément à l'art. 423 CO⁷.

II. Les acquis nouveaux en matière de gestion d'affaires imparfaite

La classification en quatre catégories des cas de gestion d'affaires proposée par Hofstetter⁸ fait son entrée officielle dans la jurisprudence du Tribunal

¹ Art. 28a al. 3 CC; cf. par ailleurs, art. 9 al. 3 LCD (1986), art. 55 al. 2 LMF (1992), art. 62 al. 2 LDA (1992), art. 15 al. 1 LPD (1992) renvoyant aux art. 28a à 28l CC, notamment 28 al. 3 CC, art. 10 al. 1 LTo (1992) renvoyant aux art. 61 à 66 LDA, notamment 62 al. 2 LDA, art. 12 al. 1 lit. c LCart (1995).

² Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de la personnalité: art. 28 CC et 49 CO) du 5 mai 1982, FF 1982 II 661 ss, 687 (n. 71). En matière de propriété intellectuelle, le droit à la remise du gain était déjà reconnu: Message à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale du 18 mai 1983, FF 1983 II 1037 ss, 1110. Dernier en date, le Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence du 23 novembre 1994, FF 1995 I 472 ss, 581, 583, n'exprime plus de doutes à ce sujet.

³ Tercier Pierre, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich 1984, N. 2105.

⁴ ATF 126/2000 III 69, SJ 2000 I 187.

⁵ ATF non publié UBS SA et B. contre M. du 12 janvier 2000.

⁶ Par opposition à la procuration donnée pour le cas du décès (*für den Todesfall*), dont la validité, particulièrement en matière bancaire, peut poser problème: Züch Roger, *Berner Kommentar, Stellvertretung* (art. 32-40 CO), Berne 1990, N 47 ss, 51 ad art. 35 CO; Erb Felix, *Die Bankvollmacht*, thèse, Zurich 1974, p. 304 ss, 306 s.

⁷ Le présent commentaire ne porte que sur les considérations qui touchent à la gestion d'affaires sans mandat. L'arrêt contient cependant des passages intéressants relatifs aux devoirs de la banque confrontée aux instructions d'un représentant fondées sur une procuration valable au-delà de la mort. Il retient un manque de diligence manifeste à charge de la banque qui a omis de s'assurer de l'existence d'héritiers avant de procéder au transfert de la totalité des avoirs de la succession sur la base d'une telle procuration (c. 3).

⁸ Hofstetter Josef, *Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag*, Schweizerisches Privatrecht VII/2, Bâle 1979 (cité: SP), p. 207 ss, Gewinnherausgabe und Aufwendungsersatz des unechten Geschäftsführers ohne Auftrag, in RJB 100/1964 221 ss (cité: RJB), 228 ss, 229, Le mandat et la gestion d'affaires sans mandat, *Traité de droit privé suisse*, vol. VII/II.1, Fribourg 1994 (cité: TDP), p. 229, 252 ss, 260 ss, 263 ss. Dans le même sens, Tercier Pierre, *Les contrats spéciaux*, 2^e éd., Zurich 1995, N 4449 ss; Schmid Jörg, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, Fribourg 1992, N 7 ss; Lischer Urs, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag im schweizerischen Recht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1990, p. 13 ss.

fédéral⁹. Il s'agit dès lors de distinguer la gestion *altruiste* entreprise dans l'intérêt du maître – qui se subdivise en gestion altruiste régulière (parfaite, art. 422 CO) ou irrégulière, selon qu'elle est commandée ou non par l'intérêt du maître – de la gestion *intéressée* (égoïste) entreprise dans l'intérêt du gérant; cette dernière hypothèse se subdivise à son tour en deux cas: gestion intéressée de bonne foi et gestion intéressée de mauvaise foi (ou imparfaite). L'art. 423 CO, qui régit ce dernier cas, est la disposition retenue par les deux arrêts comme fondement de la prétention des demandeurs. Une clarification bienvenue des conditions d'application de cette disposition est intervenue à cette occasion en ce qui concerne aussi bien la définition de l'acte de gestion (A.) que l'exigence de la mauvaise foi du gérant (B.).

A. Définition large de l'acte de gestion

L'art. 419 CO oblige celui qui «gère l'affaire d'autrui» à délivrer au maître les profits qui résultent de son acte. Une partie de la doctrine a développé une définition restrictive de l'acte de gestion imparfaite à deux égards. Pour certains auteurs, seuls pourraient faire l'objet de la gestion visée par l'art. 423 CO les actes que le maître aurait lui-même pu accomplir. Selon une autre opinion, l'acte de gestion devrait en outre remplir la condition de l'illicéité. Le Tribunal fédéral donne tort aux uns comme aux autres.

Sur la première question: Selon la définition large, tout acte empiétant sur le patrimoine d'autrui constitue une gestion d'affaire imparfaite¹⁰. Une décision ancienne¹¹ était fréquemment citée à l'appui de la conception restrictive de la gestion de l'affaire d'autrui¹², selon laquelle les actes que le maître lui-même n'aurait pas pu accomplir étaient exclus du champ d'application de la gestion imparfaite.

S'agissant de la sous-location, on estimait que le bailleur, en cédant l'usage de la chose au locataire, avait renoncé à faire des affaires à ce sujet. Il ne pouvait par conséquent pas réclamer le gain réalisé par le biais de la sous-location. En accord avec bon nombre d'auteurs¹³, le Tribunal fédéral considère que le contrat limite l'usage que le locataire peut faire de la chose, partant, que la sous-location non autorisée par le bailleur porte atteinte à la sphère juridique de ce dernier, ce qui suffit pour admettre l'existence d'un acte de gestion au sens de l'art. 423 al. 1 CO¹⁴. Ce raisonnement permet d'assurer que l'avantage tiré de la sous-location, soit le montant du sous-loyer (déduction faite du loyer, art. 423 al. 2 CO), profite au bailleur et non au locataire qui n'agit pas conformément à ses obligations.

Sur la seconde question: la condition de l'illicéité n'est pas mentionnée à l'art. 423 CO, pas plus d'ailleurs qu'à l'art. 419 CO¹⁵. S'il est vrai que l'atteinte à la sphère juridique d'autrui est souvent constitutive d'un acte illicite (par exemple, la vente d'une chose confiée, la mise en valeur du brevet d'autrui, l'utilisation d'une marque protégée), tel n'est toutefois pas nécessairement le cas. Il suffit de songer à la sous-location contraire au contrat examinée plus haut. Aucun motif raisonnable n'impose d'ajouter la condition de l'illicéité que n'exige pas la loi. C'est précisément l'un des intérêts de l'art. 423 CO que d'être détaché des catégories classiques que constituent l'acte illicite (art. 41 CO) et l'inexécution d'une obligation (art. 97 CO). Le facteur décisif n'est pas la violation d'un devoir absolu ou relatif envers une personne, mais la réalisation d'un profit au moyen du patrimoine d'autrui. Dans son arrêt du 12 janvier 2000¹⁶, le Tribunal fédéral saisit la chance de ne

⁹ ATF cité n. 5, c. 6aa.

¹⁰ Weber Rolf H., in Honsell/Vogt/Wiegand, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2^e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, n. 6 ad art. 423 CO; Schmid Jörg, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Geschäftsführung ohne Auftrag (art. 419-424 CO), Zurich 1993, n. 14 ad art. 423 CO; Tercier, op. cit. n. 8, N 4440 ss, 4510; Chappuis Christine, La restitution des profits illégitimes, thèse, Genève 1991, p. 7 ss, 14.

¹¹ ATF 39/1913 II 702 c. 4 et 5 (it.).

¹² Voir en particulier, Hostenstein Patrizia, Wertersatz oder Gewinnherausgabe? Unter den Gesichtspunkten der ungerechtfertigten Bereicherung und der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag, Zurich 1983, p. 161 ss (Lehre des Zuweisungsgehalts eines Rechtes); Hofstetter, TDP, op. cit. n. 8, p. 262 ss (fonction attributive des droits subjectifs), RJB, op. cit. n. 8, p. 239 ss.

¹³ Cf. Hauser Markus, Vertragswidrige Untervermietung. Anspruch des Vermieters auf Herausgabe des unerlaubt bezogenen Mietzinses, RSJ 78/1982 269 ss; Schmid, op. cit. n. 10, N. 1244 ss, 1247; Lischer, op. cit. n. 8, p. 147 s.; Chappuis, op. cit. n. 10, p. 11 s., 133 ss. Contra: Nietlispach Markus, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht, thèse, Zurich 1994, p. 448 ss et réf. cit.

¹⁴ ATF 126/2000 III 69, c. 2b, SJ 2000 I 187, 188.

¹⁵ Exigent cependant l'illicéité: Engel Pierre, Contrats de droit suisse, Berne 2000, p. 569, 574; Nietlispach, op. cit. n. 13, p. 105; Schluep Walter R., Über Eingriffskonditionen, in Mélanges Piotet, Berne 1990, p. 173 ss, 194; Moser Rudolf, Die Herausgabe des widerrechtlich erzielten Gewinnes, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der eigennützigen Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 423 OR, thèse, Zurich 1940, p. 240, 242. Dans le même sens, Bucher Eugen, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3^e éd., Zurich 1988, p. 262, qui limite les cas de gestion imparfaite à la violation de droits absolus.

¹⁶ Cf. *supra*, n. 5.

pas se perdre dans un débat sans fin sur la réparation du dommage purement économique¹⁷ en abandonnant la motivation retenue par la Cour cantonale (qui avait fondé la condamnation du représentant sur l'art. 41 CO), pour lui préférer une application de l'art. 423 CO. Il a ainsi retenu le fait que l'ordre de transfert des avoirs litigieux après le décès du représenté constitue un acte de gestion sur le patrimoine des héritiers¹⁸, sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur l'éventuelle illicéité de cet acte.

B. La mauvaise foi du gérant

La seconde controverse tranchée concerne l'exigence de la mauvaise foi (faute) du gérant. La doctrine est extrêmement partagée sur la possibilité d'exiger du gérant de bonne foi (non fautif) la délivrance des profits¹⁹. La question a une importance toute particulière dans le domaine de la propriété intellectuelle et industrielle, qui a identifié depuis de nombreuses années²⁰ l'avantage de la restitution des profits par rapport à la réparation

du dommage. Avant 1971, la faute était une condition nécessaire de la remise du gain dans la mesure où celle-ci était considérée comme une manière de calculer le dommage réparable sur la base des art. 73 LB et art. 41 CO. L'arrêt *Merck & Co. Inc. contre Leisinger*²¹ de 1971 clarifie le rapport entre la prétention en réparation du dommage subi par le titulaire du brevet et la délivrance du gain réalisé par l'usurpateur en distinguant clairement les deux prétentions, la première relevant des art. 73 LB et 41 CO, la seconde étant soumise à l'art. 423 CO. Il affirme, sans s'y attarder, que l'action en délivrance du gain ne suppose pas la faute et concerne tant l'usurpateur de bonne foi que celui qui est de mauvaise foi²². Plus récemment, certains auteurs²³ ont tiré d'une affirmation, qu'on peut qualifier d'*obiter dictum*, la reconnaissance par la jurisprudence de l'exigence de la mauvaise foi²⁴. Etant donné la permanence et l'importance de la controverse, la conclusion paraissait un peu hâtive. Les deux arrêts commentés donnent toutefois raison à ces auteurs.

L'arrêt du 12 janvier 2000²⁵ mentionne expressément que «dans la gestion imparfaite, le gérant s'immisce dolosivement dans la sphère juridique d'autrui comme s'il s'agissait de ses propres affaires»²⁶. Plus loin, l'arrêt se réfère à une gestion imparfaite, accomplie de mauvaise foi, et au fait que le défendeur «devait se rendre compte qu'il risquait de porter atteinte aux intérêts de la succession»²⁷. Le doute qui pouvait subsister du fait de l'usage de l'adverbe «dolosivement» est ainsi levé: est soumis à l'obligation de restituer celui qui sait qu'il gère l'affaire d'autrui tout comme celui qui ne le sait pas, mais devrait le savoir (art. 3 CC). Le représentant *post mortem* qui donne l'ordre de transférer tous les avoirs du *de cuius* sur son propre compte est dès lors soumis à l'art. 423 CO lorsqu'il affirme l'absence d'héritiers, sans vérification aucune, et poursuit ses démarches à l'égard de la banque après avoir appris l'existence d'une fille du défunt. L'exigence désor-

¹⁷ Cf. sur cette question, *Rey Heinz*, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2^e éd., Zurich 1998, N. 672, 695 ss; *Schwenzer Ingeborg*, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allgemeiner Teil, Berne 1998, N. 50.19 ss. Cf. en outre, *Delcò Fabio*, *Die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben beim Ersatz reiner Vermögensschäden*, thèse, Zurich 2000.

¹⁸ ATF cité n. 5, c. 6bb.

¹⁹ Ne posent pas l'exigence de la mauvaise foi, notamment, *Engel*, op. cit. n. 15, p. 574; *Bucher Andreas*, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 4^e éd., Bâle, etc. 1999, N. 605; v. *Büren Roland/David Lucas*, *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, vol. I/2, 2^e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, p. 120; *Meili Andreas*, in *Honsell/Vogt/Geiser*, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch I* (art. 1-359 CC), Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, n. 18 ad art. 28b CC; *Troller Alois*, *Immaterialgüterrecht*, vol. II, 3^e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1985, p. 996 s.; *Tercier*, op. cit. n. 3, N. 2135; *Dessemontet François*, *L'enrichissement illégitime dans la propriété intellectuelle*, in *Mélanges Kummer*, Berne 1980, p. 191 ss, 200 ss, 202; *Blum Rudolf E./Pedrazzini Mario M.*, *Das Schweizerische Patentrecht*, vol. III, 2^e éd., Berne 1975, Anm 7 ad art. 73 LB, p. 562; *Moser*, op. cit. n. 15, p. 216 s. Exigent la mauvaise foi, en particulier, *Schwenzer*, op. cit. n. 17, N. 59.17; *Tercier*, op. cit. n. 8, N. 4525; *Weber*, op. cit. n. 10, n. 8 ad art. 423 CO; *ZK-Schmid*, op. cit. n. 10, n. 21 ss, 31 ad art. 423 CO; *Nietispach*, op. cit. n. 13, p. 119 ss, 123; *Holenstein*, op. cit. n. 12, p. 168 ss; *Lischer*, op. cit. n. 8, 45 ss, 51; *Hofstetter*, TDP, op. cit. n. 8, p. 265 ss; *Chappuis*, op. cit. n. 10, p. 18 ss, 28 (exigence de la conscience que l'affaire est celle d'autrui).

²⁰ *Dessemontet François*, *Les dommages-intérêts dans la propriété intellectuelle*, in JT 1979 I 322 ss; *le même*, op. cit. n. 19; *Blum/Pedrazzini*, op. cit. n. 19, p. 562 ss.

²¹ ATF 97/1971 II 169, 175 ss c. 3, JT 1971 I 612 (rés.).

²² ATF 97/1971 II 169, 177 s. c. 3, JT 1971 I 612 (rés.).

²³ *Weber*, op. cit. n. 10, n. 8 ad art. 423 CO; *Tercier*, op. cit. n. 8, N. 4525; *ZK-Schmid*, op. cit. n. 10, n. 26 ad art. 423 CO.

²⁴ ATF 119/1993 II 40, 43, 45 c. 2b: «celui qui utilise dans son propre intérêt une prestation d'autrui qui ne lui était pas destinée ou qui ne lui a pas été fournie dans ce but-là devra indemniser l'auteur de ladite prestation conformément aux règles concernant l'enrichissement illégitime (art. 62 CO) ou la gestion d'affaires imparfaite (art. 423 CO; ...), selon qu'il a agi de bonne ou de mauvaise foi».

²⁵ ATF cité n. 5.

²⁶ ATF cité n. 5, c. 6aa.

²⁷ ATF cité n. 5, c. 6bb.

mais posée par le Tribunal fédéral de la mauvaise foi du gérant est confirmée par l'arrêt relatif à la sous-location. Celui-ci admet en effet «que l'art. 423 al. 1 CO s'applique à la gestion d'affaires imparfaite de mauvaise foi. [...] Elle est dite «de mauvaise foi» lorsque son auteur sait ou devrait savoir qu'il s'immisce dans la sphère d'autrui sans avoir de motif pour le faire»²⁸.

La question également controversée de savoir si le gérant de bonne foi est soumis à l'obligation de délivrance lors même qu'il s'est dessaisi des profits (application par analogie de l'art. 64 CO)²⁹ perd son objet dans la mesure où seul le gérant de mauvaise foi peut être tenu de restituer le gain. Il n'est plus nécessaire de protéger le gérant de bonne foi tenu à restitution, puisque sa bonne foi le soustrait aux conséquences de l'art. 423 CO.

III. Appréciation et conclusion

Les décisions commentées méritent d'être saluées dans la mesure où elles montrent quelles sont les conséquences possibles des renvois opérés par les lois mentionnées plus haut³⁰. Elles sont susceptibles de donner substance à l'action en délivrance du gain. Ce nonobstant, on regrettera une tournure utilisée par l'arrêt du 12 janvier 2000, selon lequel «L'attitude du gérant engendre par conséquent l'obligation de réparer selon l'art. 423 CO»³¹. Il ne s'agit en effet pas d'obliger le gérant à réparer un dommage subi par le lésé, mais de le contraindre à délivrer les profits tirés de la gestion, ce que démontre bien l'affaire de la sous-location. Le mon-

tant du sous-loyer ne représente pas un dommage pour le bailleur, dans la mesure où la sous-location n'entraîne pas une diminution patrimoniale. L'art. 423 CO oblige à la restitution d'une augmentation du patrimoine du gérant, peu importe que, par ailleurs, le maître ait subi un dommage ou non. La différence avec la prétention délictuelle en réparation du dommage est d'importance. Elle est double: premièrement, le fait pertinent n'est pas la diminution involontaire du patrimoine subie par le lésé, mais l'augmentation du patrimoine du gérant; en second lieu, il n'est pas nécessaire de vérifier la condition de l'illicéité, remplacée par celle, plus large, de l'atteinte à la sphère juridique du maître.

On peut encore se demander si, à l'occasion de la révision du droit de la responsabilité civile, le moment ne serait pas venu de rapatrier la délivrance des profits dans la partie générale du Code des obligations à laquelle – les arrêts sous revue en sont la parfaite illustration – cette prétention appartient. Une disposition pourrait ainsi être insérée entre les art. 41 ss CO consacrés à l'acte illicite et les art. 62 ss CO relatifs à l'enrichissement illégitime. La teneur de cette disposition serait la suivante: *Celui qui réalise un gain résultant de la gestion d'une affaire dont il sait ou doit savoir qu'elle est celle d'autrui est tenu à restitution.*

Quel que puisse être le droit désirable, le Tribunal fédéral vient de trancher les questions de droit positif que le législateur lui avait abandonnées et de trouver un bon moyen pour échapper à la difficile question de la réparation d'un dommage purement économique dans certains cas. Serait-ce le début d'une nouvelle jeunesse pour l'art. 423 CO ? Il est grand temps que les plaideurs s'intéressent à la possibilité d'obtenir, au lieu ou à côté de la réparation du dommage subi par leur client, la remise du gain réalisé par celui qui prend la position de gérant.

²⁸ ATF 126/2000 III 69, 72 c. 2a, SJ 2000 I 187.

²⁹ Cf. Schmid, op. cit. n. 8, N. 774 et réf. cit. n. 76.

³⁰ Cf. supra, n. 1.

³¹ ATF cité n. 5 c. 6bb in fine.