

Commentaire de : Arrêt: [4A\\_88/2019](#) du 12 novembre 2019

Domaine : Droit des obligations (général)

Tribunal : Tribunal fédéral

Cour : Ire Cour de droit civil

CJN - domaine juridique : Droit des obligations/droit des contrats (sauf bail et travail)

[De](#) | [Fr](#) | [It](#)

## Wer herausgibt was wem woraus?

Quelques réflexions sur l'arrêt [4A\\_88/2019](#) et la remise de gain.

### Auteur

Grégoire Geissbühler



### Rédacteur/ Rédactrice

Jean-Paul Vulliétty



Jacques de Werra



*Les créances et les dettes sont des éléments de l'actif et du passif, indépendamment de leur chance d'être un jour récupérées ou payées. Ainsi, l'obligation du gérant de restituer aux clients tiers des prestations surfacturées empêche l'action en remise du gain du maître pour ces factures – que les clients réclament ou non la restitution des montants payés en trop.*

### Résumé

[1] A. SA (fournisseur) et C. SA (distributrice) étaient liés par un contrat de distribution pour des cartes, couplées à un abonnement, qui permettaient de décrypter le signal de chaînes de télévisions. Ces cartes étaient censées ne pouvoir être utilisées que sur le territoire français, mais fonctionnaient également en Suisse.

[2] C. SA agissait par son actionnaire et administrateur unique, B. Ce dernier a été par la suite directement actionné par A. SA, via un *Durchgriff*.

[3] B. et C. SA n'étaient pas agréés pour distribuer les cartes et abonnements en Suisse. Toutefois, B. concluait des contrats avec des clients fictifs, domiciliés en France pour les besoins de son activité, avant de les revendre à des clients suisses, à un prix majoré.

[4] Après que le contrat de distribution pour la France a pris fin, B. a continué de revendre et de renouveler des abonnements à des clients, malgré les mises en demeure de A. SA. Au total, 78 clients sont concernés.

[5] A. SA ainsi que trois clients ont finalement déposé plainte pénale contre B., ce qui a conduit à sa condamnation, notamment pour escroquerie. A. SA a ensuite actionné B. en remise du gain sur la base de la gestion d'affaire sans mandat, mais n'a obtenu qu'une petite partie des sommes réclamées.

[6] A. SA recourt au Tribunal fédéral, ce qui donne lieu à l'arrêt [4A\\_88/2019](#). Le raisonnement du Tribunal fédéral paraissant parfois abstrait, il nous semble utile de l'illustrer par quelques graphiques.

### **Gestion d'affaire sans mandat**

[7] Le fait que B. ait agi comme gérant de l'affaire de A. SA, et qu'il s'agisse d'une gestion sans mandat, imparfaite, volontaire et de mauvaise foi n'est pas contesté. Le Tribunal fédéral rappelle utilement les conditions de cette action au considérant 3.1.1, sans toutefois en explorer les détails.

[8] De même, si la nécessité d'un lien entre l'activité du gérant et le profit est admise, la doctrine est en désaccord sur la qualité et l'intensité du lien nécessaire. Le Tribunal fédéral n'approfondit toutefois pas la question, le lien était simplement nié en l'espèce, pour les raisons que nous examinerons plus loin.

[9] Il reste toutefois deux questions en suspens : l'évaluation du gain fait par B., et les droits concurrents de A. SA et des clients de C. (victimes d'un acte illicite) à sa remise.

### **Evaluation du gain**

[10] Le demandeur doit établir et prouver précisément sa prétention, faute de quoi il sera débouté, même si l'existence d'un dommage est prouvée (cf. art. 42 al. 1 [CO](#), « La preuve du dommage incombe au demandeur. ») (BSK OR I-KESSLER, CO 42 N 1 ; CR CO I-WERRO, CO 42 N 1 s.). Cette règle, que l'on rencontre principalement en matière d'acte illicite et de violation contractuelle, s'applique également en matière de gestion d'affaire sans mandat pour l'évaluation du gain à remettre.

[11] L'art. 42 al. 2 CO permet de tempérer cette rigueur en matière de preuve, mais son application est elle-même soumise à un standard très élevé. Le demandeur doit avoir apporté tous les éléments en sa faveur pour que le juge puisse estimer le dommage. À défaut, le juge rejettera l'entier de la demande (BSK OR I-KESSLER, CO 42 N 10 ss ; CR CO I-WERRO, CO 42 N 24 ss.).

[12] Dans le cas d'espèce, A. SA n'avait démontré que les prix pratiqués pour quatre clients sur 78, et avait extrapolé les chiffres pour les autres clients. Cette manière de faire, si elle est certainement plus commode, ne répond toutefois pas aux critères stricts posés pour la démonstration d'un dommage ou d'un gain. Au contraire, A. SA aurait dû alléguer et prouver, pour chacun des 78 clients, quel était le « prix officiel » qu'elle aurait facturé et quel était le prix auquel B. SA avait facturé ses prestations à ses clients.

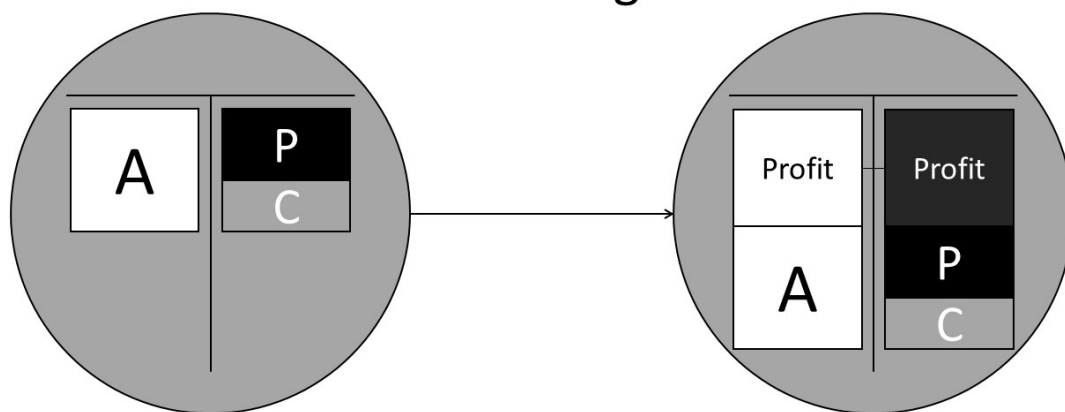
[13] A. SA n'aurait en tout état pas réussi à obtenir la remise de ce gain, pour les raisons exposées ci-après.

### **Remise du gain**

[14] La gestion d'affaire sans mandat ne doit pas enrichir, ni appauvrir le gérant. Ainsi, le Code des obligations prévoit que le gain doit être remis au maître (art. 423 al. 1 CO), et que le gérant a droit au remboursement de ses impenses (art. 422 et 423 al. 2 CO) (CR CO I-HÉRITIER LACHAT, CO 423 N 1, 17 ss, 25 ss.).

[15] Comptablement, cela signifie que si le gérant réalise un profit (inscrit à l'actif), une dette comparable doit être inscrite au passif en faveur du maître – elle correspond à l'action en remise du gain prévue à l'art. 423 CO. En définitive, la situation patrimoniale nette du gérant (ses fonds propres) ne sont pas affectés.

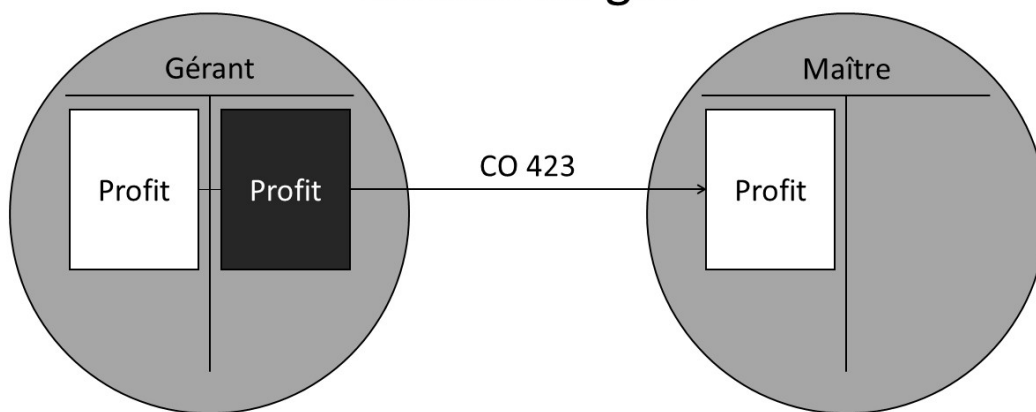
## Remise du gain



[16] Il s'agit bien sûr d'une approche comptable et théorique, sachant que si le maître ignore le profit fait à ses dépens ou n'agit pas contre le gérant, ce dernier pourra disposer sans entrave de son gain. Elle est toutefois importante pour la qualification des prétentions de parties.

[17] Cette dette du gérant correspond à une créance du maître. Sur le plan comptable à nouveau, on voit que cela permet de transférer le gain obtenu du patrimoine du gérant à celui du maître.

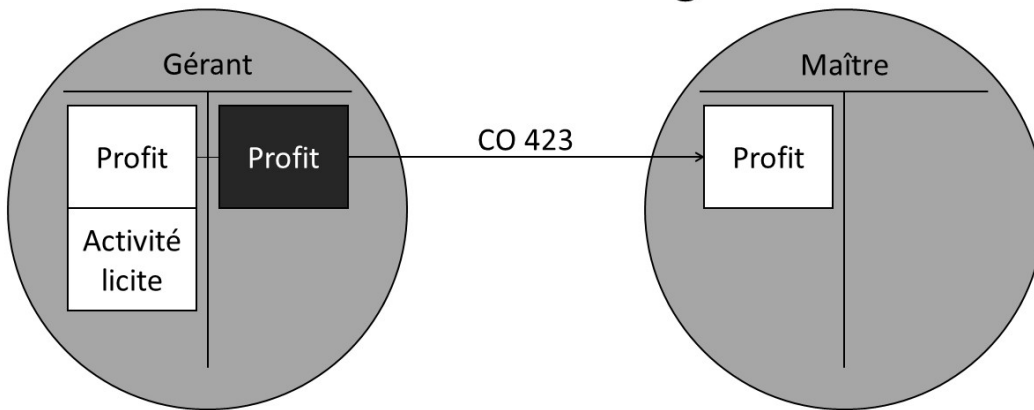
## Remise du gain



[18] Ce cas simple, qui est celui initialement envisagé par la loi, est parfois plus compliqué à appréhender. Par exemple, on peut concevoir que le gérant ne fasse pas que profiter des affaires du maître, mais qu'il augmente son profit par une activité licite qu'il déploie – le maître n'aurait à lui seul pas réalisé ce gain.

[19] Ce cas de figure est nommé « concours de causes » ou « atteinte combinée » (« *Kombinationseingriff* »). Dans cette hypothèse, le gérant peut conserver la part résultant de son activité propre (licite), et ne doit restituer que la part correspondant au profit dégagé par la seule gestion de l'affaire du maître.

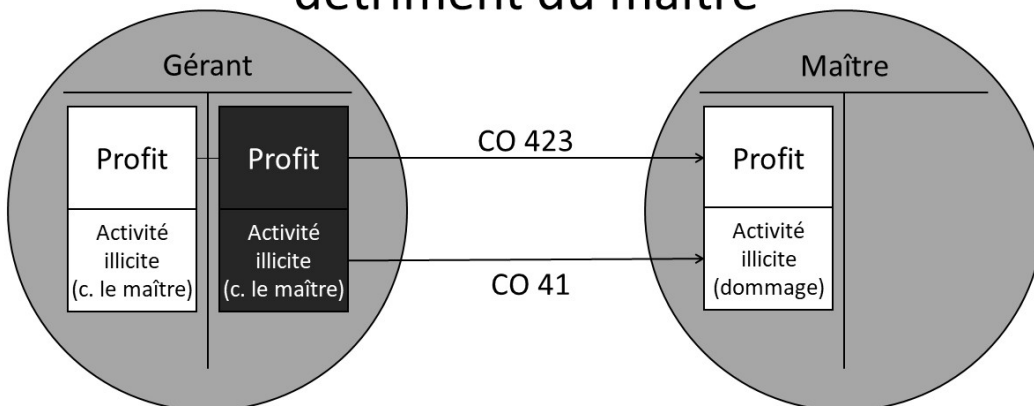
## Kombinationseingriff



[20] En revanche, le cas d'espèce porte sur une activité illicite déployée par le gérant. Ce dernier a surfacturé les abonnements proposés, ce qui a conduit à sa condamnation pour escroquerie. On ne se trouve donc ni dans un cas de profit « simple », ni dans un cas de *Kombinationseingriff*. Le Tribunal fédéral raisonne alors en deux temps.

[21] Si l'acte illicite a été fait au détriment du maître, celui-ci peut se voir indemniser tant pour le profit dégagé par le gérant que pour son dommage – l'exemple donné est celui d'un vol, suivi d'une revente de la chose. Même si le maître peut agir par une seule action, les postes des prétentions du maître dans ce cas sont toutefois distincts, l'une découle de l'acte illicite, l'autre de la gestion d'affaire (cumul d'actions, art. 90 [CPC](#)) (CR CPC-BOHNET, CPC 90 N 4 et 4c.).

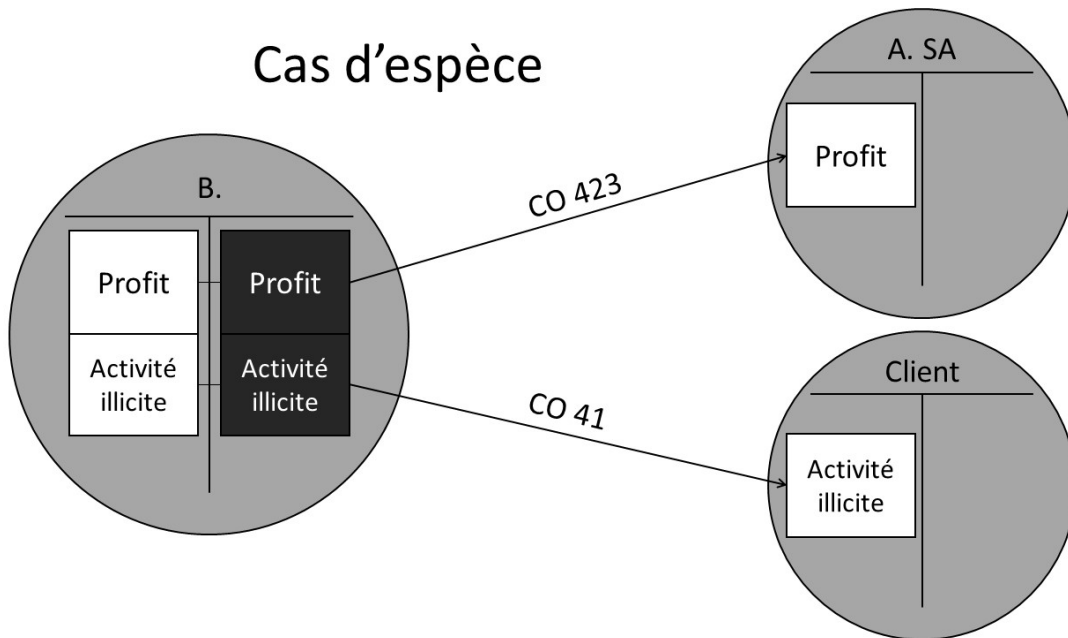
## Activité illicite au détriment du maître



[22] En revanche, le maître ne pourra se prévaloir d'un acte illicite au détriment d'un tiers. Ces sommes résultent d'un acte illicite et sont une dette du gérant envers les tiers. Elles sont inscrites au passif et diminuent d'autant les profits réalisés par le gérant, et donc son obligation de remboursement.

[23] Dans le cas d'espèce, cela signifie que la surfacturation au préjudice des clients doit être remboursée à ceux-ci (le Tribunal fédéral la qualifie d'enrichissement illégitime, le contrat conclu avec B. étant nul), mais que A. SA ne peut s'en prévaloir.

## Cas d'espèce



[24] A. SA ne peut donc réclamer que le montant correspondant au « prix officiel » de ses prestations et le montant qui lui a été reversé par B. – ce montant correspond à ce que A. SA aurait pu obtenir en vendant directement ses produits aux clients concernés.

[25] B. avait déjà rétrocédé le prix officiel pour la plupart des clients, hormis E., pour qui seuls CHF 192 sur CHF 1'380 (« prix officiel ») avaient été rétrocédés. La différence entre ces montants doit être restituée à A. SA, mais non la différence entre le « prix officiel » et le prix effectivement payé par E.

[26] A. SA fait valoir que les clients ne réclameront pas la restitution du montant payé en trop. Nous devons concéder que ce raisonnement est probablement vrai : les frais qui devraient être engagés par chacun des clients pour récupérer quelques centaines de francs seraient disproportionnés, et les clients seraient également exposés au risque que B. soit insolvable.

[27] Toutefois, cet argument ne suffit pas pour fonder une prétention de A. SA. Il s'agit d'une *res inter alios acta* qui ne concerne pas cette société, et les clients sont libres d'agir ou non, sans que cela n'ait d'effet sur elle. A. SA ne prétend pas agir pour le compte des clients – le ferait-elle qu'on lui opposerait le principe voulant que nul ne plaide par procureur ([ATF 90 I 113](#), c. B et 3b).

### Conclusion

[28] Parmi les différentes sources d'obligations, il est généralement admis – bien que la doctrine soit critique – que l'enrichissement illégitime est subsidiaire aux autres actions (CR CO I-CHAPPUIS, CO 62 N 36 ; BSK OR I-SCHULIN/VOGT, CO 62 N 37 ss.). Cela ne signifie toutefois pas qu'une telle prétention disparaît dès qu'un autre chef de responsabilité est envisageable. Dans le cas d'espèce, la prétention en enrichissement illégitime a prévalu, car elle représentait une créance distincte du gain réalisé par le gérant.

[29] Cet arrêt illustre également la notion d'actif et de passif et leur relation avec les actions du Code des obligations. Un actif se trouvant effectivement dans le patrimoine d'une personne (chose, somme d'argent, etc.) est identique à un actif à recevoir d'un tiers (une créance). La source du droit est également sans importance : une créance contractuelle (une somme d'argent déposée sur un compte bancaire, par exemple) ou une créance extracontractuelle (comme en l'espèce), sont équivalentes, même si les chances d'en obtenir le paiement varient grandement.

[30] Sur le plan comptable, le crime, la gestion, ou même l'enrichissement illégitime ne paient pas. Le profit du gérant ou de l'auteur, s'il augmente effectivement l'actif, est immédiatement contrebalancé par un passif équivalent

– le patrimoine net n'est donc pas modifié. Quant au maître ou à la victime, son patrimoine net n'est pas affecté non plus si les conditions d'une action sont remplies : la créance vient combler le manque laissé par l'acte litigieux.

[31] Toutefois, le droit n'est pas d'application automatique, et si le créancier ignore qu'il peut agir, ou renonce devant les obstacles procéduraux, la distinction entre les types et les sources d'actifs prendra toute son importance.

GRÉGOIRE GEISSBÜHLER est docteur en droit, avocat en l'étude LALIVE à Genève et chargé de cours à l'Université de Lausanne.

**Proposition de citation** : Grégoire Geissbühler, Wer herausgibt was wem woraus?, in : CJN, publié le 11 février 2020

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

**EDITIONS WEBLAW**

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

[www.weblaw.ch](http://www.weblaw.ch)