



Schweizerische Juristen-Zeitung

RSJ – Revue Suisse de Jurisprudence

LEITARTIKEL
L'ARTICLE DE FOND

363

Le droit à la déconnexion des outils de travail numériques

Prof. Karine Lempen

ENTWICKLUNGEN
LE POINT SUR

373/386

Le point sur la partie générale
du droit des obligations |
Entwicklungen im Obligationen-
recht, Allgemeiner Teil

Prof. Pascal Pichonnaz et
André Lopes Vilar de Ouro

Entwicklungen im Versicherungs-
und Haftpflichtrecht | Le point sur
le droit des assurances privées et
de la responsabilité civile

Prof. Walter Fellmann

RECHTSPRECHUNG
JURISPRUDENCE

397

Aktuelle bundesgerichtliche
Rechtsprechung

Urteile 7B_383/2023,
7B_384/2023 vom
14. Dezember 2023

Die Beschwerdeinstanz kann
trotz inzwischen erfolgter
Anklage selber über eine hängige
Beschwerde gegen die verfügte
Freigabe von beschlagnahmten
Vermögenswerten entscheiden

GESETZGEBUNG
LÉGISLATION

405

Der Wettbewerb von
Bundesunternehmen mit
Privaten soll klaren Spielregeln
unterworfen werden

8

1. Mai 2024
120. Jahrgang
www.sjz.ch

REDAKTION | RÉDACTION

Dr. Omar Abo Youssef
Dr. Pascal Hachem
Prof. Dr. Pascal Pichonnaz
Dr. Meinrad Vetter

Schulthess



Le point sur la partie générale du droit des obligations | Entwicklungen im Obligationenrecht, Allgemeiner Teil

Période de février 2023 à janvier 2024



Prof. Dr iur. Pascal Pichonnaz, LL.M. (Berkeley), avocat, Fribourg*



André Lopes Vilar de Ouro, MLaw, Fribourg**

Comme pour la précédente chronique¹, nous relevons ici les nouveautés essentielles intervenues en partie générale du droit des obligations de février 2023 à janvier 2024, à l'exclusion de la responsabilité civile qui fait l'objet d'une chronique spécifique².

I. Les textes législatifs et les projets

A. Le taux de l'intérêt moratoire

L'initiative parlementaire (n° 16.470) du conseiller national Fabio Regazzi³, déjà présentée dans la précédente chronique⁴, a pour but la modification de l'intérêt mo-

ratoire fixé au taux de 5% par l'art. 104 CO⁵. Lors de la consultation, la *Commission des affaires juridiques du Conseil national* (CAJ-CN) a proposé deux solutions: la première consiste à retenir un taux variable se référant au SARON (Swiss Average Rate Overnight), lequel se situerait dans tous les cas entre un minimum de 2% et un maximum de 15%; la seconde consiste en l'abaissement du taux actuel à un taux fixe de 3%⁶. Le 28 avril 2023, suite à une nouvelle mise en consultation, la CAJ-CN a décidé à l'unanimité de soumettre l'option d'un taux d'intérêt variable à son Conseil⁷. L'art. 73 al. 1 P-CO 2023⁸ renverrait à l'art. 104 CO dont l'al. 2 aurait la teneur suivante:

«² Le taux de l'intérêt moratoire est fixé chaque année pour l'année civile suivante par le Conseil fédéral. Il correspond au Swiss Average Rate Overnight (SARON) composé à trois mois (SAR3MC), majoré de 2 points; le taux ainsi calculé est arrondi au nombre entier le plus proche conformément aux règles de l'arrondi commercial. Le taux de l'intérêt est au minimum de 2% et au maximum de 15% par an. »

Le 16 août 2023, le *Conseil fédéral* a rendu son avis, estimant qu'il n'est pas nécessaire de modifier l'art. 104 CO. Pour le *Conseil fédéral*, non seulement, en droit public, les taux d'intérêts moratoires ont été revus pour être fixés

* Prof. Dr Pascal Pichonnaz, LL.M., est professeur ordinaire, titulaire de la Chaire de droit privé et de droit romain de l'Université de Fribourg. Il est également Président de l'Institut européen du droit (*European Law Institute* [ELI], <europeanlawinstitute.eu>).

** André Lopes Vilar de Ouro, MLaw, est assistant diplômé et doctorant auprès de la Chaire de droit privé et de droit romain de l'Université de Fribourg.

1 Pascal Pichonnaz/Aurélien Santarossa, Le point sur la partie générale du droit des obligations/Entwicklungen im Obligationenrecht, *Allgemeiner Teil*, RSJ 2023 432 ss.

2 Walter Fellmann, Entwicklungen im Versicherungs- und Haftpflichtrecht/Le point sur le droit des assurances privées et de la responsabilité civile, RSJ 2024 8.

3 Conseiller national Fabio Regazzi, Initiative parlementaire (n° 16.470) «Aligner l'intérêt moratoire appliqué par la Confédération sur le taux du marché» déposé le 29.9.2016, <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160470>> (dernière consultation le 7.3.2024); CAJ-CN, Communiqué de presse «La commission ouvre une consultation afin d'adapter le taux de l'intérêt moratoire appliqué par la Confédération» du 7.7.2022, <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-n-2022-07-07.aspx?lang=1036>> (dernière consultation le 7.3.2024).

4 Pichonnaz/Santarossa (nbp 1) RSJ 2023 432 ss, 432 s.

5 Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) (CO) du 30 mars 1911 (RS 220).

6 CAJ-CN (nbp 3).

7 CAJ-CN, Rapport du 28 avril 2023 concernant l'initiative parlementaire (n° 16.470) «Aligner l'intérêt moratoire appliqué par la Confédération sur le taux du marché», FF 2023 1335.

8 Projet concernant la modification du code des obligations (Adaptation du taux d'intérêt moratoire) du 28 avril 2023, FF 2023 1336 (cité P-CO 2023).

à 4% et 5% selon les domaines, mais encore le contexte économique n'est aujourd'hui plus le même que lors du dépôt de l'initiative en 2016, puisque les taux de référence étaient alors extrêmement bas. Il souligne également que l'intérêt moratoire a une double fonction de réparation du dommage du créancier, mais aussi d'incitation faite au débiteur de payer ses dettes. Pour le *Conseil fédéral*, un taux de 5% maintient ainsi une certaine pression sur le débiteur; il rejette toutefois l'idée que certains créanciers tarderaient à recouvrer leur créance pour bénéficier d'un taux d'intérêt plus élevé que le marché. Cet argument est pertinent, puisqu'un débiteur peut en tout temps payer une dette qui serait échue; partant, le créancier n'a pas de moyens de retarder artificiellement le recouvrement, si le débiteur ne le souhaite pas. En outre, le *Conseil fédéral* considère que baisser le taux d'intérêts donnerait un mauvais signal en comparaison européenne (où les taux sont plus élevés). Si un taux flexible devait être adopté, il faudrait revoir à la hausse la majoration de 2 points prévue. L'argument du *Conseil fédéral* selon lequel le taux de 5% est connu et simple d'utilisation ne saurait être à lui seul déterminant, mais il a pour lui le fait qu'un taux qui doit s'appliquer à tout type de débiteur doit être simple à comprendre et facile à mettre en œuvre.⁹

Le 27 septembre 2023, la majorité du *Conseil national* a suivi sa commission¹⁰. Le 12 décembre 2023, le *Conseil des États* a suivi l'avis de la CAJ-CE et du *Conseil fédéral* en décidant de ne pas entrer en matière¹¹. L'affaire est ainsi retournée au *Conseil national*. Un taux fixe à 5% paraît parfois trop élevé et parfois trop bas selon la situation des taux de référence; il a toutefois le grand avantage d'être facile à appliquer. Un taux variable permettrait d'assurer peut-être un meilleur équilibre entre, d'une part, les intérêts du créancier à couvrir son dommage et, d'autre part, le souci d'éviter que le débiteur ne bénéficie d'une situation de prêt trop avantageuse, en raison d'un taux d'intérêt assez bas. Enfin, l'intérêt du débiteur, consommateur, est aussi de ne pas tomber dans une spirale infernale en raison d'un taux d'intérêt trop élevé. Cela incite dès lors à considérer le taux fixe de 5% comme une solution équitable sur la durée, même si ponctuellement le taux peut apparaître comme trop bas.

9 *Conseil fédéral*, Avis du 16 août 2023 concernant le rapport de la CAJ-CN du 28 avril 2023 concernant l'initiative parlementaire (n° 16.470) « Aligner l'intérêt moratoire appliqué par la Confédération sur le taux du marché », FF 2023 2044.

10 *Conseil national*, Session d'automne 2023 du 27 septembre 2023, BO 2023 N 2013 ss.

11 *Conseil des États*, Session d'hiver 2023 du 12 décembre 2023, BO 2023 E 1148 ss.

Le 28 février 2024, le *Conseil national* a finalement décidé de ne pas entrer en matière, revenant sur sa proposition, dès lors que le *Conseil des États* s'opposait au projet et que la CAJ-CN avait ensuite changé d'avis.¹² On en reste donc au statu quo, après toutefois une saga de près de huit ans.

B. L'interruption de la prescription en cas d'actions des organisations ou de transactions collectives

La modification du Code de procédure civile (CPC)¹³ visant à renforcer la protection des intérêts collectifs¹⁴, déjà présentée dans la précédente chronique¹⁵, est actuellement devant la CAJ-CN¹⁶.

Ce projet entend permettre aux entités qualifiées de faire valoir des prétentions en réparation (art. 307d ss P-CPC) et de conclure des transactions collectives en procédure ou hors de toutes procédures (art. 307k P-CPC). Le régime actuel est insatisfaisant. En outre, le 25 juin 2023 sont entrées en vigueur des législations de transposition de la Directive (UE) 2020/1828 permettant dorénavant de condamner des entreprises par une action représentative à verser une indemnisation en faveur des entités qualifiées, qui répartiront celle-ci¹⁷. La Suisse doit ainsi, elle aussi, adopter une mesure de défense collective des droits si elle entend éviter que tous les litiges se règlent à l'étranger et soient ensuite reconnus et exécutés en Suisse, notamment au travers de la Convention de Lugano (CL)¹⁸ pour nombres d'entre eux.

12 *Conseil national*, Session de printemps 2024 du 28 février 2024 (texte provisoire), <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=63576>> (dernière consultation le 7.3.2024).

13 Code de procédure civile (CPC) du 19 décembre 2008 (RS 272); *Conseil fédéral*, objet (21.082) « Code de procédure civile. Modification », <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20210082>> (dernière consultation le 7.3.2024).

14 Message sur une modification du code de procédure civile (Action des organisations et transaction collective) du 10 décembre 2021, FF 2021 3048.

15 Pichonnaz/Santarossa (nbp 1) RSJ 2023 432 ss, 432 s.

16 *Conseil fédéral* (nbp 13).

17 Art. 24 ch. 1 de la Directive (UE) 2020/1828 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 409 du 4.12.2020, 1.

18 Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano, CL), conclue le 30 octobre 2007 (RS 0.275.12).

Le projet actuel souffre toutefois d'une lacune s'agissant de la prescription. En effet, il faudrait ajouter à l'art. 135 ch. 3 et 4 P-CO 2021¹⁹, relatif aux actes interruptifs de la prescription, le texte suivant :

« La prescription est interrompue : [...] (3) lorsqu'une action des organisations est intentée ou qu'une demande pour faire admettre une action des organisations visant à faire valoir un droit à réparation du fait de l'atteinte invoquée est déposée ou (4) lorsqu'une transaction collective concernant des prétentions soulevées par des personnes concernées par l'atteinte invoquée est conclue. »

Ainsi, les personnes qui se désisteraient d'une action des organisations ou d'une transaction collective conserveraient la possibilité d'intenter une action individuelle. Cela vaut tout particulièrement dans un régime d'adhésion (*opt-in*), tel qu'il est prévu par le Projet.

La CAJ-CN a pris connaissance de l'analyse d'impact de la réglementation²⁰ et de l'étude de droit comparé²¹ qu'elle avait requises. Elle a toutefois estimé qu'il « serait opportun d'élargir l'examen des mesures de sécurité possibles pour empêcher l'utilisation abusive des instruments d'action collective et de valider l'analyse d'impact de la réglementation en interrogeant les entreprises directement concernées ». On peine à voir de quoi la CAJ-CN aurait encore besoin avant de donner son aval à un projet nécessaire et tout à fait mesuré. Les travaux de la Commission devraient reprendre au 1^{er} trimestre 2024.

II. La jurisprudence

A. Le moment de la conversion d'une créance en monnaie étrangère invoquée en compensation d'une créance en francs suisses (art. 120 ss CO): ATF 149 III 61

En mai 2009, une société de production de principes actifs chimiques s'est associée à une société de vente

de produits pharmaceutiques pour fournir, par l'intermédiaire de la seconde, des produits pharmaceutiques à trois autres sociétés moyennant paiement d'un montant annuel minimal garanti (*annual guaranteed payments*). En raison de divergences sur la rémunération, la société de production et la société de vente ont ouvert action contre les trois autres sociétés pour obtenir le paiement de leurs créances. Devant le Tribunal fédéral, les sociétés créancières font notamment valoir l'application d'un taux de conversion erroné lors de la compensation. Une société débitrice a compensé partiellement les créances en francs suisses avec ses propres créances en euros et en dollars américains. Afin de pouvoir procéder à cette compensation, elle a converti ses créances libellées en devises étrangères en francs suisses, en se basant sur les taux de change en vigueur au moment de l'échéance des créances en monnaie étrangère. La société débitrice des obligations en monnaie étrangère se plaint du fait que le taux de change aurait dû être celui du moment de la réception des déclarations de compensation.

Comme le Tribunal fédéral ne s'est jamais prononcé sur la question de la date de la conversion, il analyse dans le détail cette question. Aux termes de l'art. 124 al. 2 CO, le moment et l'effet de la compensation sont réglés ainsi : « Les deux dettes sont alors réputées éteintes, jusqu'à concurrence du montant de la plus faible, depuis le moment où elles pouvaient être compensées. » Selon cette disposition, l'effet extinctif de la compensation n'a ainsi pas lieu au moment de la déclaration, mais rétroagit au moment où les créances auraient pu être compensées²². Le Tribunal fédéral retient que cet effet rétroactif doit aussi s'appliquer au taux de conversion²³. En effet, attendre avant de déclarer compenser, alors que la compensation est possible, ne porte pas à préjudice selon le droit actuel. De même, le débiteur qui entend compenser avec l'une de ses créances ne doit pas pouvoir spéculer sur l'évolution du taux de conversion, ce qui serait le cas si le taux était celui de la déclaration et non celui de la

19 Projet du Code de procédure civile (CPC) (Action des organisations et transaction collective) du 10 décembre 2021, FF 2021 3049, 7 (cit. P-CO 2021).

20 *Ecoplan*, RFA zu Verbandsklage und kollektivem Vergleich, Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) zur Änderung der Zivilprozessordnung (Vorlage 21.082), Schlussbericht du 23.6.2023, <<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/rfa-schlussbericht.pdf>> (dernière consultation le 7.3.2024).

21 *Eva Lein/Constance Bonzé*, Etude de droit comparé – mandat externe, Exercice collectif des droits du 24.6.2023, <<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/rechtsvergleichende-studie.pdf>> (dernière consultation le 7.3.2024).

22 TF 4A_17/2013 du 13.5.2013 cons. 3.1.

23 Dans le même sens : *Viktor Aeppli*, In: Peter Gauch (édit.), Zürcher Kommentar, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Bd. V/1h: Obligationenrecht, Das Erlöschen der Obligation, Erste Lieferung: Art. 114-126 OR, 3^e éd., Zurich 1991, art. 120 CO N 70; *Nicolas Jeandin/Lyuska Hulliger*, In: Luc Thévenoz/Franz Werro (éds), Commentaire romand, Code des obligations 1, Art. 1-529 CO, 3^e éd., Bâle 2021, art. 120 CO N 15; *Ulrich Schroeter*, In: Corinne Widmer Lüscher/David Oser (éds), Basler Kommentar, Obligationenrecht 1, Art. 1-529 OR, 7^e éd., Bâle 2020, art. 84 CO N 44; *Corinne Zellweger-Gutknecht*, In: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (éds), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 7. Teilbd.: Das Erlöschen der Obligation, 2. Unterteilbd.: Verrechnung, Art. 120-126 OR, Berne 2012, art. 120 CO N 218.

prise des effets de la compensation²⁴. Par conséquent, si le débiteur décide de compenser, il doit se trouver dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait compensé à la première occasion possible. Le Tribunal fédéral indique en outre que souvent l'autre partie peut aussi compenser, de sorte que si toutes deux restaient passives, elles participeraient toutes deux potentiellement à la spéculation à la hausse ou à la baisse. En outre, l'art. 124 al. 2 CO est une norme de droit dispositif; partant, les parties auraient pu y déroger et exclure l'effet rétroactif de la déclaration de compensation ou convenir du moment de la conversion de la créance en monnaie étrangère invoquée en compensation (c. 7.10).

Certes, nous avons critiqué l'effet rétroactif de la compensation, en nous fondant sur des éléments historiques et de droit comparé²⁵, plaidant ainsi pour un changement de la loi tendant à ce que, comme pour un paiement, la compensation produise des effets au jour de la déclaration, à l'image de ce qui existe aujourd'hui dans de nombreux pays, et qui est promu par l'art. 13:106 des Principes européens de droit des contrats (PECL)²⁶ et par l'art. 8.5 ch. 3 des Principes UNIDROIT²⁷ sur les contrats commerciaux internationaux²⁸. Le projet de révision de la Partie générale (CO 2020) n'a finalement pas été mis en œuvre par le Parlement²⁹; celui-ci prévoyait un effet extinctif au jour de la déclaration de compensation (*ex nunc*). Nous sommes ainsi pour l'instant limité à retenir un effet rétroactif de la compensation, favorisant ainsi de manière indue celui qui tarde à invoquer la compensation (puisque en tant que débiteur, il ne paie pas d'intérêts moratoires sur sa dette qu'il compense rétroactivement).

24 Dans le même sens: BK OR-Zellweger-Gutknecht (nbp 23) art. 124 CO N 126.

25 Pascal Pichonnaz, *Elnige Gedanken zur Rückwirkung der Verrechnung*, in: Thomas Gelser/Thomas Koller/Ruth Reusser/Hans Peter Walter/Wolfgang Wiegand (éds), *Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung*, Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Berne 2002, 69 ss; Pascal Pichonnaz, *La compensation, Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, Fribourg 2001, N 2108 ss.

26 Art. 13:106 PECL: « [Effect of Set-Off] Set-off discharges the obligations, as far as they are coextensive, as from the time of notice. »

27 UNIDROIT, *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce International 2016*, disponible à l'adresse <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016/>> (dernière consultation le 7.3.2024).

28 Art. 8.5 ch. 3 des Principes UNIDROIT: « [Effets de la compensation] La compensation prend effet au jour de la notification. »

29 Conseil fédéral, *Rapport «Modernisation de la partie générale du code des obligations»* du 31 janvier 2018 en réponse aux Postulats 13.3217 Blschof et 13.3226 Caroni du 31 janvier 2018 (clt. CO 2020), <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curla/2013/20133217/Bericht%20BR%20F.pdf>> (dernière consultation le 7.3.2024).

Or, compenser, c'est payer. Si tel est le cas, c'est bien le jour de prise d'effets de la compensation qui doit être déterminant pour le taux de change; il s'agit alors du taux au siège du créancier de la dette payée par compensation (créance compensée). Le Tribunal fédéral reconnaît que la compensation avec des créances en monnaie étrangère est possible, renvoyant d'ailleurs à un arrêt de 1937³⁰, qui avait procédé sur ce point à une analyse historique remontant au Code fédéral des obligations de 1881. À l'instar de l'arrêt de 1937, le Tribunal fédéral admet que l'art. 84 al. 2 CO ne permet pas de limiter la compensation aux seules situations dans lesquelles la personne qui compense entend payer une dette en monnaie étrangère (en utilisant une créance en francs suisses). L'affirmation selon laquelle l'art. 84 al. 2 CO ne concerne que «l'extinction de l'obligation par exécution, i.e. par paiement» est délicate, puisque compenser, c'est justement payer. Il s'agit d'une exécution qui donne satisfaction au même titre que le paiement. La volonté du Tribunal fédéral est toutefois claire; il entend permettre au maximum la compensation de créances en monnaies différentes. Cela signifie dès lors que je peux éteindre une dette en euros que détient à mon encontre mon créancier, situé en Suisse, en opposant en compensation une créance en US dollars. La question est alors celle de savoir quel cours appliquer à la conversion d'une créance de US dollars en euros, au lieu de paiement, à savoir en Suisse (siège du créancier de la créance compensée). Un tel taux de conversion n'existe pas et le tribunal devra alors trouver une solution prétorienne, fondée probablement sur une double conversion au lieu de paiement (p.ex. la créance en US dollars est transformée en francs suisses, puis de francs suisses transformée en euros, monnaie de la créance compensée). Même si, comme l'affirmait le Tribunal fédéral en 1937, la devise n'est que l'expression d'une valeur, il faut encore pouvoir déterminer cette valeur au lieu du paiement et dans la devise considérée. On peut imaginer d'adapter cette double conversion aux circonstances, afin d'éviter des pertes de valeur indues, et non voulues par les parties.

Enfin, le Tribunal fédéral indique que, de toute manière, l'art. 124 al. 2 CO est de droit dispositif et qu'il est possible d'y déroger par convention, y compris en fixant le moment de conversion³¹. Pour fixer contractuellement le taux de conversion, il faudrait toutefois déterminer une formule abstraite, puisqu'il n'est pas toujours possible

30 ATF 63 II 383 cons. 5.

31 Dans le même sens: BK OR-Zellweger-Gutknecht (nbp 23) art. 124 CO N 96 et N 136.

de connaître à la conclusion du contrat quelles seront les devises des créances compensantes utilisées pour payer une dette issue du contrat.

B. La déclaration de compensation devant le Tribunal fédéral: TF 4A_428/2022 du 25 septembre 2023³²

Pour régler les créances issues de divers accords, des parties ont conclu un contrat de liquidation de leurs créances. Ce contrat a été signé par toutes les parties. La société créancière a par la suite conclu un accord de cession dont la validité a fait l'objet de contestations. La partie cessionnaire a néanmoins déposé une demande en paiement auprès du Tribunal de commerce de Zurich contre la débitrice cédée. Le tribunal a accordé le montant réclamé avec intérêts et a levé l'opposition à la poursuite, considérant la cession comme valable. Dans son recours en matière civile, la débitrice cédée soulève pour la première fois devant le Tribunal fédéral l'objection de compensation. Le Tribunal fédéral doit déterminer si une telle objection est valable à ce stade de la procédure.

Selon l'art. 99 LTF³³, aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF). Toute conclusion nouvelle est irrecevable (art. 99 al. 2 LTF). Par conséquent, les faits ou moyens de preuve qui se rapportent à l'objet du procès devant l'instance précédente, mais qui sont survenus ou ont pris naissance après la décision attaquée, ne sont pas déterminants devant le Tribunal fédéral³⁴. Cependant, ces faits et moyens de preuve peuvent exceptionnellement être pris en compte lorsqu'il s'agit des conditions de jugement au fond devant le Tribunal fédéral³⁵.

Selon le Message du Conseil fédéral relatif à la LTF³⁶, les exceptions sont des moyens de droit qui ne sont pas pris en compte d'office, mais qui sont plutôt laissés à la seule disposition des parties. Outre la prescription, la compensation est expressément citée comme exemple. Toujours selon le Message, le principe de la confiance

interdit d'attendre que la procédure atteigne le Tribunal fédéral pour soulever de telles exceptions, car aucune partie ne peut remettre en question une décision uniquement en raison d'une erreur dont elle est elle-même responsable³⁷. Par conséquent, l'introduction de la LTF n'a en principe rien changé à l'irrecevabilité de l'exception de compensation soulevée pour la première fois devant le Tribunal fédéral³⁸. Le Tribunal fédéral ajoute que dès lors qu'il faut déclarer la compensation pour que celle-ci produise ses effets (art. 124 al. 1 CO), une prise en compte devant le Tribunal fédéral supposerait que la partie ait formulé une déclaration de compensation déjà devant l'instance inférieure. Or, cette condition n'est pas remplie si la compensation n'est déclarée que devant le Tribunal fédéral. Le Tribunal fédéral rejette ainsi, à juste titre, l'argument de la compensation³⁹.

Le Tribunal fédéral a, dès lors, réglé (de manière convaincante) l'issue de l'objection de compensation dans la procédure spécifique. Il reste que la compensation est une institution de droit matériel et que son invocation (l'expression d'un droit formateur) peut se faire sans forme. Que se passe-t-il dès lors avec cette déclaration de compensation faite en procédure (*eigentliche Prozessverrechnung*) sur le plan matériel? Cette question est débattue en doctrine depuis très longtemps⁴⁰. La solution la plus simple consiste probablement à considérer, comme l'a proposé Bucher⁴¹ (repris par Zellweger-Gutknecht⁴²), que la créance compensante ne peut s'éteindre que si la créance compensée a aussi été éteinte (*condition de droit*⁴³); partant, si un jugement n'a pas pris en compte la déclaration de compensation et n'a pas réduit ou éteint la créance compensée, la déclaration de compensation doit être considérée comme inefficace. Partant, la créance compensante existe toujours et peut toujours être opposée en justice. Cela revient à considérer que la déclaration de compensation en procédure n'a pas eu d'effet, non seulement sur le plan procédural, mais également sur le plan du droit matériel. Il est alors possible d'invoquer l'exécution forcée de la créance reconnue

32 Arrêt commenté par Arnaud Nussbaumer-Laghzaoui, La déclaration de compensation devant le Tribunal fédéral, Lawinside du 8.12.2023, <<https://www.lawinside.ch/1382/>> (dernière consultation le 7.3.2024).

33 Loi sur le Tribunal fédéral (LTF) du 17 juin 2005 (RS 173.110).

34 ATF 143 V 19 cons. 1.2; ATF 139 III 120 cons. 3.1.2; ATF 133 IV 342 cons. 2.1.

35 TF 4A_50/2019 du 28.5.2019 cons. 4.3.1.

36 Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, FF 2001 4000 (cit. Message LTF 2001).

37 Message LTF 2001 (nbp 36) 4138 ch. 4.1.4.3 relatif à l'art. 93 P-LTF.

38 TF 4A_290/2007 du 10.12.2007 cons. 8.3.1.

39 BK OR-Zellweger-Gutknecht (nbp 23) Vorb. zu Art. 120-126 OR N 129.

40 BK OR-Zellweger-Gutknecht (nbp 23) Vorb. zu Art. 120-126 OR N 118; Pichonnaz (nbp 25) N 2031 s.

41 BK OR-Zellweger-Gutknecht (nbp 23) Vorb. zu Art. 120-126 OR N 122 et N 144 ss; Pichonnaz (nbp 25) N 2024 ss.

42 Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2^e éd., Zurich 1988, 432.

43 BK OR-Zellweger-Gutknecht (nbp 23) Vorb. zu Art. 120-126 OR N 159 ss.

44 BK OR-Zellweger-Gutknecht (nbp 23) Vorb. zu Art. 120-126 OR N 161; Bucher (nbp 42) 508.

en justice (en l'espèce par l'arrêt du Tribunal fédéral). Alors, de deux choses l'une, soit la créance compensante est liquide et peut être opposée en compensation dans la procédure d'exécution forcée (art. 213 s. LP⁴⁵)⁴⁶, soit elle est contestée et une compensation hors procédure ne pourra pas empêcher l'exécution forcée. On constate que, dans cette dernière hypothèse, le débiteur, titulaire de la créance compensante, devra le faire valoir séparément, sans pouvoir invoquer la compensation.

Une autre approche consiste à considérer que la déclaration de compensation a produit son effet matériel, même si elle n'a pas été prise en compte par le tribunal pour une question de procédure (en l'espèce le Tribunal fédéral). Dans cette approche matérielle⁴⁷, on doit considérer qu'il y a abus de droit pour le créancier de la créance reconnue en justice de s'opposer à une action ultérieure du débiteur (créancier de la créance compensante) en invoquant que la créance compensante aurait été éteinte par l'effet de la déclaration de compensation⁴⁸. D'autres auteurs invoquent un enrichissement illégitime, mais il est difficile de retenir le caractère illégitime lorsque la créance principale repose sur une décision ayant force de chose jugée⁴⁹. Quelle que soit la solution dogmatique retenue, on doit constater que les exigences de procédure empêchent la mise en œuvre du droit matériel de la compensation, lorsque la déclaration de compensation en procédure ne respecte pas les exigences formelles. Certains auteurs ont suggéré une dérogation aux limites procédurales posées par le droit des *nova*⁵⁰, d'autres ont considéré qu'il fallait retenir que l'égalité des armes en procédure et le principe de célérité du procès justifiait de bloquer l'effet de compensation d'une déclaration de compensation incompatible avec les exigences procédurales. C'est cette dernière option que privilégie le Tribunal fédéral.

45 Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) du 11 avril 1889 (RS 281.1).

46 TF 5A_674/2022 du 26.10.2022 cons. 4.2; TF 5A_175/2010 du 25.5.2010 cons. 3.3.2.

47 BK OR-Zellweger-Gutknecht (nbp 23) Vorb. zu Art. 120-126 OR N 122 et N 155 ss; Pichonnaz (nbp 25) N 2026.

48 Pichonnaz (nbp 25) N 2107 nbp 2816.

49 BK OR-Zellweger-Gutknecht (nbp 23) Vorb. zu Art. 120-126 OR N 157.

50 Cf. Richard Frank/Hans Sträuli/Georg Messmer, ZPO, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3^e éd., Zurich 2000, N 1 ss; ég. BK OR-Zellweger-Gutknecht (nbp 23) Vorb. zu Art. 120-126 OR N 153.

C. La notification du commandement de payer constitue un acte interruptif de prescription: TF 4A_219/2021 du 25 janvier 2023

En mai 1999, la demanderesse et le défendeur, alors mariés, naviguaient sur le lac Léman avec des amis afin d'y pratiquer le ski nautique. Le défendeur pilotait le bateau alors que la demanderesse se trouvait à l'avant. Après le passage d'une vague, cette dernière est tombée à l'eau. Elle est alors passée sous le bateau et sa jambe gauche a été happée par l'hélice au niveau du genou, lui causant de graves lésions. En 2003, le défendeur avait fait opposition à un commandement de payer portant sur une somme de 500 000 CHF. Par la suite, la compagnie d'assurance a renoncé à plusieurs reprises à se prévaloir de la prescription, sous réserve que celle-ci n'ait pas été d'ores et déjà acquise. Le 29 février 2012, la demanderesse a déposé une réquisition de poursuite pour un montant de 4 000 000 CHF contre le défendeur, lequel a fait opposition. Le 25 février 2014, et à réitérées reprises année après année, la demanderesse a introduit de nouvelles poursuites contre la compagnie d'assurance, laquelle a fait opposition. En décembre 2018, la demanderesse a finalement introduit une procédure au fond. Les défendeurs ont alors notamment soulevé l'exception de prescription. Le Tribunal fédéral devait ainsi déterminer si la prescription interrompue par une réquisition de poursuite est interrompue une nouvelle fois lors de la notification du commandement de payer.

Selon l'art. 135 ch. 2 CO, la prescription est interrompue lorsque le créancier fait valoir ses droits par des poursuites («*durch Schuldbetreibung*»; «*mediante atti di esecuzione*»), par une requête de conciliation, par une action ou une exception devant un tribunal ou un tribunal arbitral ou par une intervention dans une faillite. Un nouveau délai commence à courir dès l'interruption (art. 137 al. 1 CO). Partant, le Tribunal fédéral a dû déterminer si la notification du commandement de payer est un acte de poursuite interruptif de la prescription au sens de l'art. 135 al. 2 CO, distinct du dépôt d'une requête de poursuite. Se fondant sur une analyse de la jurisprudence⁵¹ et de la doctrine⁵², il a reconnu que la notification du commandement de payer était bel et bien un acte de poursuite, de sorte que la notification produisait un

51 ATF 114 II 335 cons. 3a; ATF 70 II 85 cons. 3; ATF 51 II 563 cons. 1; ATF 39 II 66 cons. 2; TF 4A_513/2010 du 30.8.2011 cons. 4.1 non publié in ATF 137 III 453.

52 Cf. notamment Pascal Pichonnaz, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (éds), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, 3^e éd., Bâle 2021, art. 138 CO N 9.

(nouvel) effet interruptif de la prescription. Ainsi, tant le dépôt de la réquisition de poursuite auprès de l'Office des poursuites⁵³, que la notification effective du commandement de payer interrompent le délai de prescription au sens de l'art. 135 ch. 2 CO.

Dès lors, non seulement une réquisition de poursuite remplissant les conditions de l'art. 67 LP interrompt la prescription (dès sa remise à la poste)⁵⁴, d'ailleurs même si le commandement de payer devant en résulter n'a jamais été notifié au débiteur⁵⁵ ou que le créancier annonce déjà vouloir la retirer avant la notification⁵⁶. Lorsqu'un commandement de payer est notifié à la suite d'une réquisition de poursuite, il y a donc un acte interruptif de prescription faisant courir un nouveau délai de prescription (art. 137 CO). La question est importante puisque, contrairement à une procédure judiciaire, le délai de prescription n'est pas suspendu durant la procédure de poursuite, mais un nouveau délai commence à courir le lendemain de chaque acte de poursuite (art. 138 al. 2 CO)⁵⁷.

D. La clause insolite dans les conditions générales d'un contrat informatique: TF 4A_372/2022 du 11 juillet 2023

Une entreprise active dans la fourniture de matériel et des logiciels informatiques, ainsi que des services de maintenance, a conclu trois contrats avec une autre société, sa cliente. Ces accords prévoyaient un contrat de licence, un contrat de prestations de services informatiques et un contrat de maintenance. Les parties ont intégré des conditions générales spécifiques à chacun de ces trois contrats. En particulier, l'art. 6 des conditions générales (CG) complétant le contrat de prestations de services contenait la clause suivante :

« Le Client pourra émettre une réserve de prestation dûment motivée dans un délai maximum de 30 jours sous forme d'un courrier recommandé avec AR [sc. accusé de réception] après émission de la facture pour tout ou partie des prestations de la facture [...] »

Cette clause prévoyait également pour la cliente le paiement d'une indemnité forfaitaire de 107 289 CHF si elle résiliait le contrat sans faute de la part de l'entreprise. La

cliente a résilié les contrats avec effet immédiat en raison d'un important dépassement du budget initial et de failles informatiques à l'origine d'un dommage qu'elle estimait à plusieurs millions de francs. La question litigieuse porte sur le caractère insolite de l'art. 6 des CG accompagnant le contrat de prestations de services.

Le Tribunal fédéral rappelle que des clauses standardisées, préformulées par une partie, destinées à régir un grand nombre de relations contractuelles, n'ont comme telles aucune valeur normative⁵⁸; les partenaires contractuels doivent les incorporer à leur accord (« keine Geltung ohne Übernahme »), en convenant expressément ou tacitement qu'elles en feront partie intégrante et le compléteront⁵⁹. En vertu de la règle de l'insolite (*Ungewöhnlichkeitsklausel*), l'adhésion donnée globalement à des conditions générales ne couvre pas les clauses inhabituelles, sur l'existence desquelles l'attention de la partie la plus faible ou la moins expérimentée en affaires n'a pas été spécialement attirée⁶⁰. L'auteur de conditions générales doit s'attendre, selon le principe de la confiance, à ce que son partenaire contractuel inexpectamment n'adhère pas à de telles clauses, qui sont inattendues ou atypiques⁶¹. Une clause qui est usuelle dans une branche de l'économie peut être insolite pour qui n'évolue pas dans cette branche⁶². De surcroît, la clause doit objectivement apparaître comme étrangère à l'affaire, en ce sens qu'elle en modifie la nature de façon essentielle ou sort notablement du cadre légal d'un type de contrat⁶³. Plus une clause porte atteinte à la situation juridique du cocontractant, plus elle risque d'être considérée comme insolite⁶⁴.

En l'espèce, Le Tribunal fédéral considère que la clause standardisée impartissant à la cliente trente jours au maximum pour s'opposer aux prestations facturées, au moyen d'un courrier recommandé avec accusé de réception, est inhabituelle. En outre, elle porte sérieusement atteinte à la situation juridique de la cliente: si cette

58 Pascal Pichonnaz, in: Vincent Martenet/Pascal Pichonnaz (éds), Commentaire romand, Loi contre la concurrence déloyale, Commentaire, Bâle 2017, art. 8 LCD N 43.

59 TF 4C.282/2003 du 15.12.2003 cons. 3.1; Ariane Morin, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (éds), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, 3^e éd., Bâle 2021, art. 1 CO N 165 et N 169.

60 CR LCD-Pichonnaz (nbp 58) art. 8 LCD N 95.

61 ATF 126 III 278 cons. 4b, JdT 2000 I 579.

62 TF 4A_601/2015 du 19.4.2015 cons. 2.2.3.

63 ATF 138 III 411 cons. 3.1; ATF 135 III 225 cons. 1.3; ATF 119 II 443 cons. 1a; ATF 109 II 452 cons. 4; CR LCD-Pichonnaz (nbp 58) art. 8 LCD N 97.

64 ATF 138 III 411 cons. 3.1; ATF 135 III 1 cons. 2.1; ATF 119 II 443 cons. 1a.

53 Cf. pour tous les autres CR CO I-Pichonnaz (nbp 52) art. 135 CO N 11 ss.

54 ATF 138 III 528 cons. 4.1; TF 5P.339/2000 du 13.11.2000 cons. 3c.

55 ATF 144 III 425 cons. 2.1.

56 CR CO I-Pichonnaz (nbp 52) art. 135 CO N 12a.

57 CR CO I-Pichonnaz (nbp 52) art. 138 CO N 9.

dernière omet de réagir dans le délai prescrit, elle sera contrainte de payer les factures réputées admises (c. 3.6).

Cela étant, le Tribunal fédéral relève que le contrat de prestations de services informatiques lie des sociétés commerciales ; dans ces circonstances, il n'existe pas un déséquilibre des forces. Toutefois, le champ d'application de la règle de l'insolite ne se limite pas aux contrats conclus entre « une partie forte » et « une partie faible ». Une clause contenue dans des conditions générales peut également être insolite pour une partie qui n'est pas rompue aux pratiques commerciales d'un domaine particulier. En l'occurrence, l'entreprise était spécialisée en informatique et donc rompue aux particularités des contrats informatiques, contrairement à la cliente qui avait simplement besoin d'un logiciel pour l'exploitation de son entreprise. Le Tribunal fédéral conclut dès lors que « [d]ans ce contexte, on ne peut pas postuler que les parties étaient sur pied d'égalité au niveau de l'expertise juridique – d'autant moins que l'on ignore dans quelles circonstances ces contrats spécialisés ont été négociés puis signés et quelles personnes (dotées ou non de connaissances juridiques spécifiques) ont agi pour le compte de la cliente. Rien n'indique que l'attention de cette dernière aurait été attirée d'une quelconque façon sur cette clause insolite et l'on ne trouve rien de tel dans les écritures cantonales des parties, singulièrement dans la procédure de l'entreprise demanderesse. Pour toutes ces raisons, la clause ne saurait être opposée à la cliente. » La même objection, fondée sur les mêmes motifs, a été retenue à l'encontre de l'indemnité forfaitaire de 107 289 CHF prévue en cas de résiliation sans faute de l'entreprise. Les deux clauses ont donc été considérées comme « insolites » (c. 3.6 et c. 3.7).

Dans cette décision, le Tribunal fédéral applique avec une certaine bienveillance la règle de l'insolite, ce que l'on peut approuver. Notre Haute Cour retient que tant la cliente que l'entreprise sont des sociétés commerciales et que « dans cette configuration, l'on peut difficilement parler de « partie forte » et de « partie faible », comme cela se fait à propos d'un contrat de travail ou d'un bail d'habitation ». Cependant, cette configuration ne suffit pas à exclure l'application de la règle de l'insolite : « En l'occurrence, [l'entreprise] était spécialisée en informatique, et donc rompue aux particularités des contrats informatiques, contrairement à [la cliente] qui avait simplement besoin d'un logiciel pour l'exploitation de ses entreprises. » Il n'en reste pas moins que le fait qu'une partie ait pu être conseillée lors des négociations par une personne dotée ou non de connaissances

juridiques spécifiques et rompue aux particularités des contrats informatiques ne semble pas être déterminant pour exclure le caractère insolite de la clause. En effet, ignorant ces circonstances, le Tribunal fédéral aurait pu renvoyer la cause à l'instance inférieure afin d'éclaircir ces éléments, ce qu'il n'a pas fait. On peut le comprendre, puisque de deux choses l'une, soit la clause a été négociée, notamment par le fait qu'elle ait été discutée et évaluée (p.ex. en recourant à un conseiller en informatique), et alors le régime de la clause insolite ne s'applique pas, soit l'intégration globale des conditions générales signifie justement qu'aucun conseil spécifique n'a pu être donné sur cette clause en particulier. Or, c'est justement l'intégration globale des conditions générales, sans lecture ni discussion du contenu, qui permet de remettre en question la portée du consentement donné par l'une des parties⁶⁵. C'est pourquoi l'attention de la partie la moins expérimentée doit être attirée spécialement sur la clause atypique ou inattendue.

Dans un contrat B2B, il appartient donc à la partie ayant rédigé les conditions générales d'attirer l'attention de son partenaire contractuel sur une clause potentiellement insolite, qu'elle soit assistée ou non, en particulier en la mettant en évidence graphiquement, si elle entend éviter le risque ultérieur qu'une telle clause soit considérée comme insolite.

E. La preuve du dommage d'investissement : TF 4A_131/2022 du 20 juin 2023⁶⁶

En 2012, un client a ouvert une relation bancaire auprès d'une succursale d'une banque, puis il a demandé en mai 2013 de clôturer cette relation bancaire et de transférer le solde sur un autre compte. Pendant cette période et sur conseil des employés de la banque, il a toutefois effectué des placements risqués (« *blash* » – « *buy low and sell high* »). En mai 2014, le client a déposé une demande afin d'obtenir le paiement de 252 000 EUR, correspondant à la perte réalisée sur la relation bancaire depuis l'ouverture du compte jusqu'à sa clôture. En mai 2021, la demande a été partiellement admise, puisque la banque a été condamnée à payer 144 616.25 EUR. En février 2022, le Tribunal d'appel du Tessin a admis l'appel de la banque et a rejeté l'appel incident du client. Devant le Tribunal fédéral, la question litigieuse porte sur les exigences de

65 CR LCD-Pichonnaz (nbp 58) art. 8 LCD N 93.

66 Arrêt commenté par Sébastien Pittet, Preuve du dommage d'investissement : L'hypothèse passive ne suffit toujours pas, Centre de droit bancaire et financier du 16.8.2023, <<https://cdbf.ch/1297/#>> (dernière consultation le 7.3.2024).

preuve en matière de dommage d'investissement dans une relation de conseil en placement.

Le Tribunal fédéral commence par rappeler que celui qui réclame des dommages-intérêts fondés sur un contrat de mandat, supporte le fardeau de l'allégation et le fardeau de la preuve du dommage subi⁶⁷. En cas de la mauvaise exécution d'un mandat de conseil en placement, le créancier doit en principe obtenir l'indemnisation de l'intérêt positif; il doit être placé dans la situation qui eût été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté⁶⁸. Le dommage correspond alors à la différence entre la valeur hypothétique du patrimoine du client en cas de bonne exécution du contrat et la valeur réelle des investissements effectués par la mauvaise exécution du contrat. Exceptionnellement, une hypothèse d'un comportement passif peut entrer en considération, pour autant que le demandeur prouve, avec un degré de vraisemblance prépondérante, que si le conseil avait été correctement donné, il n'aurait pas effectué d'investissement alternatif⁶⁹.

En l'espèce, le client s'appuie sur l'hypothèse du comportement passif et fait valoir qu'il n'existe pas d'éléments suffisants pour déterminer la valeur hypothétique de ses actifs sur la base d'investissements hypothétiques. Toutefois, comme il se limite à une déclaration générale de son opinion sans s'appuyer sur des constatations de fait précises, le Tribunal fédéral retient que le client n'a apporté aucun élément concret qui permette de présumer, avec un degré de vraisemblance prépondérant, qu'il n'aurait pas effectué d'investissement si le conseil avait été diligent. Par conséquent, le client doit requérir l'indemnisation de son intérêt positif, à savoir prouver et chiffrer le dommage en fondant son calcul sur des investissements hypothétiques conformes au contrat. Comme une telle preuve n'a pas été apportée, le Tribunal fédéral confirme la décision du Tribunal cantonal et rejette la demande.

Si cet arrêt du Tribunal fédéral permet de rappeler l'importance du respect du fardeau de l'allégation et de l'établissement des moyens de preuve afin de prouver l'étendue du dommage en matière d'investissement, il appelle néanmoins des remarques. En particulier, l'ar-

rêt met en évidence une différence notable en matière de fardeau de la preuve selon la qualification du contrat. Dans un précédent arrêt⁷⁰, le Tribunal fédéral a retenu que, dans un *contrat de gestion de fortune*, il appartient à la banque de prouver qu'elle a suffisamment informé le client sur les risques liés aux opérations bancaires. En outre, il a retenu que le client n'a pas besoin de démontrer l'évolution hypothétique de son portefeuille en cas d'exécution conforme du contrat, mais qu'il peut se contenter de réclamer le montant initial de son compte. En cas de contrat de gestion de fortune, il appartient ainsi à la banque de prouver de quelle façon le patrimoine du client aurait évolué si le contrat avait été exécuté de manière conforme.

En l'espèce, il s'agissait toutefois d'un *mandat de conseil en placement*, pour lequel les décisions ne sont pas prises indépendamment par le conseiller, mais bien par le client (sur les conseils de ce dernier). Est-ce la raison pour laquelle le Tribunal fédéral n'admet pas le renversement du fardeau de l'allégation et de la preuve qu'il retient en matière de contrat de gestion de fortune? À tout le moins, le Tribunal fédéral ne l'affirme pas clairement ainsi. Dans l'arrêt du 29 mai 2020 précité, le Tribunal fédéral semble justifier le renversement du fardeau de l'allégation et de la preuve par le fait que la banque doit supporter les risques inhérents aux investissements en matière de gestion de fortune. Cela signifie-t-il que dans le contrat de gestion de fortune, la banque assume nécessairement le risque inhérent aux investissements (à moins de l'exclure valablement), alors que dans le contrat de conseil en placement (comme dans l'arrêt commenté), le risque inhérent aux investissements est supporté par le client? Une telle distinction paraît toutefois difficile à retenir pour des contrats fruits de la pratique, dont la répartition des risques dépend plus de l'aménagement contractuel que de règles dispositives. D'ailleurs, les deux contrats sont soumis aux règles du mandat (art. 394 ss CO)⁷¹. En matière de contrats bancaires, l'étendue du devoir d'information dépend du type de relation contractuelle entre la banque et le client⁷². Dans un arrêt de 2018⁷³, le Tri-

67 TF 4A_556/2019 du 29.11.2020 cons. 4.3; TF 4A_539/2014 du 7.5.2015 cons. 3.1.

68 ATF 144 III 155 cons. 2.2; TF 4A_556/2019 du 29.11.2020 cons. 4.3.2.

69 TF 4A_421/2021 du 31.3.2023 cons. 4.2; TF 4A_556/2019 du 29.11.2020 cons. 4.3.2; TF 4A_297/2019 du 29.5.2020 cons. 6.4.2; TF 4A_202/2019 du 11.12.2019 cons. 6.5.1.

70 TF 4A_449/2018 du 29.5.2020, commenté par Céline Hirsch, *Gestion de fortune: D'un déficit d'information à un déficit de huit millions*, Centre de droit bancaire et financier du 29.4.2019, <<https://cdbf.ch/1061/>> (dernière consultation le 7.3.2024).

71 Pour la gestion de fortune: ATF 132 III 460 cons. 4.1; ATF 110 II 361; pour le conseil en placement: ATF 124 III 155 cons. 2b; cf. é.g. Franz Werro, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (éds), *Commentaire romand, Code des obligations I*, Art. 1-529 CO, 3^e éd., Bâle 2021, Intro. art. 394-406h CO N 8 et art. 394 CO N 25.

72 Pour plus de développements, cf. CR CO I-Werro (nbp 71) art. 394 CO N 19a.

73 TF 4A_54/2017 du 29.1.2018.

bunal fédéral a toutefois affirmé que dans un contrat de conseil en placement « lorsque la banque s'engage, en principe contre rémunération, à suivre les investissements effectués personnellement par son client, en observant l'évolution des avoirs que celui-ci détient auprès d'elle ou d'un tiers, et à le conseiller régulièrement, en lui proposant des investissements ou des changements dans l'affectation de ses capitaux, il s'agit d'un contrat de conseil en placements qui se rapproche du contrat de gestion de fortune, mais s'en distingue par le fait que c'est le client qui décide, en dernière analyse, des placements à effectuer : il y a participation active de la banque à la planification d'investissements et à leur changement dans le temps »⁷⁴. Ce rapprochement entre les deux contrats rend d'autant plus difficile à comprendre la différence radicale dans le fardeau de l'allégation et de la preuve que retient le Tribunal fédéral, donnant l'impression que le fait que la décision finale soit prise par le client en cas de contrat de conseil en placement suffise à justifier la différence. Ce serait oublier un peu vite que la décision du client se fonde en principe sur les informations et les conseils fournis par la banque, bien mieux informée⁷⁵.

F. La détermination de l'avantage pécuniaire résultant d'un enrichissement illégitime : TF 4A_168/2023 du 21 avril 2023

En octobre 2021, une entreprise active dans le conseil, le courtage et la gestion d'immeuble, a utilisé une photo aérienne d'une localité dans la documentation de vente d'un immeuble, ainsi que sur les réseaux sociaux. Cette photo a été prise par le demandeur, lui-même photographe, qui l'a publiée sous la rubrique « portfolio » de son site internet. L'entreprise n'a adressé aucune demande ou autorisation au photographe pour l'utilisation de sa photo. Toujours en octobre 2021, à la suite d'une conversation téléphonique entre le président du conseil d'administration de l'entreprise et le photographe, la photo a été supprimée des réseaux sociaux et n'a plus été utilisée par l'entreprise. Puis, le photographe a adressé à l'entreprise une facture de 3500 CHF, restée impayée. Le

photographe a fait valoir une violation de son droit d'auteur, exigeant le paiement d'une indemnité de 2820 CHF. Pour chiffrer son dommage, il s'est référé aux recommandations de prix de l'Association Suisse des Banques d'Images et Archives Photographiques (SAB/ASBI). Sur la base de l'art. 62 al. 2 LDA⁷⁶ et de l'art. 62 al. 1 CO, le Tribunal de commerce du canton de Berne a admis que le photographe pouvait obtenir la restitution de l'enrichissement illégitime. Lors de l'évaluation de la prétention en enrichissement illégitime, le tribunal a conclu, en appliquant l'art. 42 al. 2 CO par analogie, qu'une indemnité de 55 CHF était appropriée. Le Tribunal fédéral devait ainsi décider si les critères pour fixer l'avantage pécuniaire issu d'un enrichissement dû à la violation d'un droit d'auteur étaient ou non appropriés.

Le Tribunal fédéral commence par expliquer que la détermination de la valeur objective de l'avantage pécuniaire, à savoir la valeur du marché, est déterminante pour le calcul du droit à la restitution de l'indu. Il rappelle également que la nature immatérielle d'un droit d'auteur exclut la possibilité d'en prouver la valeur marchande avec exactitude. Par conséquent, le juge peut se contenter d'une estimation pour chiffrer la valeur marchande du droit par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO. Le Tribunal fédéral reprend pour l'essentiel l'argumentation du Tribunal de commerce et estime que le photographe n'a pas suffisamment allégué et prouvé la valeur du marché du droit d'auteur violé par l'entreprise. Il rappelle que le demandeur doit démontrer tous les éléments de fait auxquels il a accès et sur la base desquels le tribunal peut éventuellement estimer le dommage⁷⁷. Or, en l'absence d'un accord individuel, des recommandations d'associations, comme celles de l'ASBI, sur lesquelles se fonde le photographe pour chiffrer son dommage, n'ont pas de valeur juridique propre. Le simple fait de présenter une facture choisie aléatoirement dans laquelle il ne fait pas directement référence aux recommandations de l'ASBI ne suffit pas à prouver leur application. De plus, il ne démontre pas suffisamment que les tarifs de l'ASBI sont généralement appliqués dans la branche et correspondent aux prix du marché. Ainsi, le Tribunal fédéral conclut que l'instance inférieure n'a pas violé le droit fédéral en ne se fondant pas sur les recommandations de l'ASBI pour déterminer l'avantage pécuniaire résultant de l'enrichissement illégitime.

74 TF 4A_54/2017 du 29.1.2018 cons. 5.1.3 ss.

75 Il en va de même en matière médicale. L'obligation d'information du médecin porte notamment sur le diagnostic, le pronostic, les risques du traitement, les alternatives thérapeutiques et sur les aspects financiers de celui-ci, y compris la couverture des honoraires par l'assurance-maladie (cf. CR CO I-Werro (nbp 71) art. 394 CO N 20). La décision finale relative au consentement et au choix du traitement est prise par le patient sans que cela ne justifie un renversement du fardeau de l'allégation et de la preuve. Le Tribunal fédéral retient à juste titre qu'il appartient au médecin de prouver qu'il a suffisamment renseigné son patient et obtenu son consentement éclairé (ATF 133 III 121 cons. 4.1.2).

76 Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (Loi sur le droit d'auteur, LDA) du 9 octobre 1992 (RS 231.1).

77 ATF 144 III 155 cons. 2.3; ATF 143 III 297 cons. 8.2.5.2; ATF 132 III 379 cons. 3.

Comme pour le précédent (ci-avant II.E), cet arrêt souligne l'importance du fardeau de l'allégation et des moyens de preuve. En outre, il met en évidence que les recommandations d'associations professionnelles et autres normes autonomes telles que les conditions générales ou les normes SIA n'ont pas de valeur juridique propre. Elles ne s'appliquent que si elles ont été valablement intégrées au contrat. En l'espèce, à défaut de contrat, toute intégration était impossible. Toutefois, même si ces règles ne peuvent être présumées correspondre à l'usage, elles peuvent servir d'indice notamment dans la détermination du prix du marché. Ainsi, l'on ne saurait déduire de cet arrêt que les recommandations de prix de l'ASBI ne peuvent en aucun cas servir de base à l'estimation du dommage. En revanche, il appartient à celui qui s'en prévaut d'alléguer et d'apporter la preuve (ou de rendre vraisemblable) de leur application étendue en pratique et de leur intégration probable si un contrat avait été conclu.

G. La prescription applicable à l'action en responsabilité contre l'assurance de protection juridique (art. 127 CO): ATF 149 III 242⁷⁸

Cet arrêt est déjà résumé dans le Point sur le droit de la responsabilité civile et des assurances⁷⁹. L'affaire est en soi simple; un assuré a fait appel à son assurance de protection juridique pour l'assister dans ses démarches contre un préavis de l'Office de l'assurance-invalidité du canton de Berne ayant pour objet l'octroi de trois quarts de rente invalidité. Suite au rejet de l'appel, l'assuré a déposé une demande en paiement de 30 000 CHF contre son assurance de protection juridique lui reprochant d'avoir manqué de diligence dans les conseils prodigués. Le Tribunal fédéral a dû trancher la question de savoir si l'action en responsabilité de l'assuré contre son assurance protection juridique était alors soumise au délai de cinq ans de l'art. 46 al. 1 LCA ou à celui de dix ans de l'art. 127 CO. Se fondant sur les versions allemande et italienne de l'art. 46 al. 1 LCA («*die Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet*», «*il fatto su cui è fondato l'obbligo di fornire la prestazione*»), plutôt que la version française «moins précise» («créances qui découlent du contrat d'assurance»), le Tribunal fédéral retient que l'«obligation» visée par l'art. 46 al. 1 LCA est celle de l'assureur de fournir les prestations prévues dans le contrat d'assurance et le «fait» est la réalisation du

risque qui donne naissance à cette obligation de l'assureur. Dans le cas d'un contrat d'assurance de protection juridique, l'assureur fournit, d'une part, un service sous forme d'assistance juridique et, d'autre part, une prestation pécuniaire, ainsi que, dès le début du litige, la garantie du paiement des frais du litige⁸⁰. Par conséquent, le «fait» duquel naît l'obligation de l'assureur correspond à la réalisation du risque, à savoir l'apparition du besoin d'assistance juridique⁸¹ et donc le *dies a quo* du délai de prescription de l'art. 46 al. 1 LCA court dès ce moment-là et non dès le début du litige avec celui qui est appelé à devenir la partie adverse au procès, ni dès la fin du procès, par jugement définitif ou transaction⁸².

Le Tribunal fédéral retient ensuite que les «créances qui découlent du contrat d'assurance» au sens de l'art. 46 al. 1 CO sont uniquement celles dont l'assureur assume l'obligation en raison de la survenance du risque couvert, à savoir le besoin d'assistance juridique. En d'autres termes, la créance en dommages-intérêts fondée sur la responsabilité contractuelle subséquente à la prestation d'assurance, fondée sur la violation du devoir de diligence de l'assureur de protection juridique, n'est pas visée par la lettre de l'art. 46 al. 1 LCA. Le délai de prescription est ainsi celui de l'art. 127 CO.

Le Tribunal fédéral indique rejeter notre avis selon lequel la violation des obligations accessoires d'information de l'assureur serait aussi affectée par le délai de prescription réduit de l'art. 46 al. 1 LCA, comme accessoire de l'obligation principale de l'assureur⁸³. Il invoque le fait que le fondement de la responsabilité est *directement* le contrat de mandat, ce qui justifie dès lors d'appliquer l'art. 127 CO. À notre sens, plus qu'une question d'interprétation littérale de l'art. 46 al. 1 LCA, ce qui compte est de déterminer pour quelle raison le délai de l'art. 46 al. 1 LCA est plus court. Le Tribunal fédéral indique que les «prétentions de l'assuré nées du risque couvert au sens de l'art. 46 al. 1 LCA [sont] ignorées de l'assureur tant que l'assuré ne les fait pas valoir». Est-ce la raison d'un délai de prescription plus court? Le Tribunal fédéral ajoute que «la créance en dommages-intérêts est fondée sur des faits dont l'assureur a connaissance». Nous ne sommes toutefois pas certains que cette distinction fasse sens, dès lors que dans les deux cas, c'est

⁷⁸ Arrêt commenté par Franz Werro, La prescription de l'action en dommages-intérêts contre l'assureur, Revue de l'avocat 2023 449 ss.

⁷⁹ Fellmann (Fn. 2) contribution suivante dans la présente édition.

.....
⁸⁰ ATF 119 II 468 cons. 2c.

⁸¹ ATF 126 III 278 cons. 7a; ATF 119 II 468 cons. 2c; TF 4A_609/2010 du 7.2.2011 cons. 1.2.1.

⁸² ATF 119 II 468 cons. 2c; TF 4A_609/2010 du 7.2.2011 cons. 1.2.1.

⁸³ CR CO I-Pichonnaz (nbp 58) art. 127 CO N 28.

la connaissance de l'assuré, titulaire de la créance, qui devrait être considérée, pour savoir s'il doit agir en justice plus rapidement ou non.

Il est certes possible de considérer, comme le fait le Tribunal fédéral, que la créance en dommages-intérêts n'est pas la conséquence d'une violation *accessoire* des obligations de l'assureur liées au risque assuré, mais plutôt celle d'un *engagement indépendant*. C'est alors bien l'art. 127 CO qui doit s'appliquer, au même titre que toute créance issue d'un contrat d'information soumis aux règles du mandat.

III. La doctrine

Monographies: *Theodor Bühler*, Geschichte des schweizerischen Obligationenrechts, Allgemeiner Teil, Zurich/Genève 2023; *Gaspard Couchepin*, Les peines conventionnelles, Etude approfondie de la clause pénale en droit suisse, d'institutions voisines et notions de droit comparé, Bâle 2024; *Valérie Dittli*, Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, unter besonderer Berücksichtigung des Valutaverhältnisses, Berne 2023; *Alfred Koller*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I: Handbuch des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts, 5^e éd., Berne 2023; *Alfred Koller*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II: Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Obligationenrechts, Berne 2023; *Sylvain Marchand*, Les stipulations codifiées du droit suisse, Limitation de responsabilité, Conditions, Clause pénale, Cession de créance, Reprise de dette, Solidarité, Porte-fort, Stipulation pour autrui, Bâle 2023; *Raphael Märki*, Der Verjährungseinredeverzicht, Zurich/Saint-Gall 2023; *Christoph Müller/Sabrina Pearson-Wenger*, Swiss Contract Law in International Commercial Arbitration, Cambridge 2023; *Hansjörg Peter*, Principes du droit sur la base du droit romain, Successions, droits réels, obligations, procédure, exécution forcée, Berne 2023.

Commentaires: Regina E. Aebi-Müller/Christoph Müller (éds), Berner Kommentar, Update, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–109 OR (ohne Art. 62–67 OR), 10^e éd., Berne 2023.

Actes de colloques/mélanges: Philippe Meier/Denis Tappy (éds), Jurisconsultus es, iuris nihil a te alenum putamus, Mélanges en l'honneur du Professeur Denis Piotet, Berne 2023; Marie-Laure Papaux van Delden/Sylvain Marchand/Frédéric Bernard (éds), Le juge ap-

précie, Mélanges en l'honneur de Bénédicte Foex, Zurich/Genève 2023; Michelle Cottier/Karine Lempen/Julia Xoudis (éds), Lettres à Christine Chappuis, Zurich/Genève 2023; Jean-Baptiste Zufferey (édit.), Journées suisses du droit de la construction 2023, Fribourg 2023.

Articles: *Tobias Aggteky/Robin Grand*, Zur Genehmigungsfiktion in Banken-AGB – eine kritische Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, RSDA 2023 661 ss; *David Ballmer*, Die Vertraulichkeitsvereinbarung nach schweizerischem Recht, RSJ 2023 67 ss; *Bernhard Berger/Jan Heller*, Wirkung einer Gerichtsstandsvereinbarung auf einen Begünstigten aus einem echten Vertrag zugunsten Dritter und Bürgschaftsrecht, Besprechung von BGer 4A_120/2022, 23.11.2022, PJA 2023 648 ss; *Philip Carr*, Unterbrechung der Verjährung einer Fremdwährungsforderung durch Klage in Schweizer Franken, Besprechung von BGer 4A_298/2021, 8.11.2022 (zur Publikation vorgesehen), PJA 2023 514 ss; *Philipp H. Haberbeck*, Anspruch der Garantin auf Abtretung der gesicherten Forderung?, PJA 2023 30 ss; *Philipp H. Haberbeck*, Erfüllungs- oder Schadenersatzklage des durch ein Fehlverhalten eines Bankangestellten geschädigten Bankkunden?, Besprechung von BGer 4A_407/2021, 13.9.2022, teilweise publiziert als BGE 149 III 105, PJA 2023 1108 ss; *Stefanie Jung*, Ein Spielraum für absichtliche Täuschungen in unternehmerischen Verhandlungen?, RSJ 2023 962 ss; *Alfred Koller*, Auslegung und ergänzende Auslegung von Schuldverträgen, Insbesondere das Verhältnis von ergänzender Auslegung und dispositivem Recht, Jusletter du 3 juillet 2023; *Alfred Koller*, Sparverträge zugunsten Dritter, Unter besonderer Berücksichtigung von Sparverträgen auf den Todesfall, PJA 2023 793 ss; *Johannes Landbrecht/Joël Leibenson*, Clauses de modification unilatérale des conditions générales des banques, Revue de l'approche suisse à l'occasion d'un revirement de jurisprudence allemande, RSDA 2023 431 ss; *Melinda F. Lohmann/Theresa Pressler*, Algorithmische Vertragserfüllung (Teil 1), Eine zukunftsgerichtete Betrachtung der Rechtsfiguren der Erfüllungsgehilfin und der Substitutin unter Analyse des Urteils BGer 4A_305/2021 vom 2. November 2021, RSJ 2023 879 ss; *Melinda F. Lohmann/Theresa Pressler*, Algorithmische Vertragserfüllung (Teil 2), Eine zukunftsgerichtete Betrachtung der Rechtsfiguren der Erfüllungsgehilfin und der Substitutin unter Analyse des Urteils BGer 4A_305/2021 vom 2. November 2021, RSJ 2023 927 ss; *Marc Meyer*, Solidarität bei zeitlich auseinanderliegenden Ereignissen mit Fokus auf Personenschäden, REAS 2023 3 ss; *Ariane Morin*, Les crises systémiques et le droit des contrats, SJ 2023

317 ss; Nicola Moser, Emerging risks und Verjährung, REAS 2023 391 ss; Arnaud Nussbaumer-Laghzaoui, L'interprète du contrat face aux clauses d'intégralité et de confidentialité, Analyse de droit matériel et procédural, RSJ 2023 367 ss; Damien Oppliger, Portée objective d'une clause arbitrale: Compétence en matière d'exception de compensation, Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_420/2022, 30.3.2023, PJA 2023 900 ss; Arnaud Parreaux, Vers une prescription décennale des créances de l'artisan, Jusletter du 11 décembre 2023; Pascal Pichonnaz, De l'importance de bien définir l'ouvrage objet de la réduction du prix en cas de défauts, DC 2023 140 ss; Pascal Pichonnaz, De l'impossibilité fautive de réparer et la perte des droits, DC 2023 338 ss; Pascal Pichonnaz, Grundstückkaufvertrag/Contrat de vente immobilière, DC 2023 149 s.; Pascal Pichonnaz, La jurisprudence récente en droit privé: Le contrat de vente et le contrat d'entreprise, in: Jean-Baptiste Zufferey (édit.), Journées suisses du droit de la construction 2023, Fribourg 2023, 269 ss; Pascal Pichonnaz, Chapter 5: The Transformation of information duties, in: Hans-W. Micklitz/Ch. Twigg-Flessner (éds), The Transformation of European Consumer Law, London 2023, 81 ss; Pascal Pichonnaz, Informed Consumer or Informed Parties: Towards a General Information Duty?, Revue européenne de droit de la consommation (REDC) 2023 267 ss; Pascal Pichonnaz, A Bird's Eyes View: The Oscillation between Ius com-

mune and National Law, in: André Janssen/Matthias Lehmann/Reiner Schultze (éds), The Future of European Private Law, Baden-Baden 2023, 43 ss; Pascal Pichonnaz, § 111 Aufrechnung (compensatio), in: Ulrike Babusiaux/Christian Baldus/Wolfgang Ernst/Franz-Stefan Meissel/Johannes Platschek/Thomas Rübner (éds), Handbuch des Römischen Privatrechts, Bd. II, §§ 59-112, Tübingue 2023, 2993 ss; Jörg Schmid, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2022, Obligationenrecht, ZBJV 2023 323 ss; Jörg Schmid/Franz Werro, Weitere Verträge und Haftpflichtrecht/Autres contrats et responsabilité civile, DC 2023 350 s.; Hubert Stöckli/Pascal Pichonnaz, Werkvertrag/Contrat d'entreprise, DC 2023 150 ss; Riccarda Stoppelhaar, Der vertraglich pauschalierte Schadenersatz im schweizerischen Recht, PJA 2023 1339 ss; Meinrad Vetter/Anna Züst, Die Durchsetzung von Fremdwährungsforderungen, RSJ 2023 663 ss; Markus Vischer, Mängelrechte des Vermieters bei der Rückgabe einer mangelhaften Mietsache, PJA 2023 673 ss; Jacques de Werra, Droit des contrats: Partie générale et contrats spéciaux, JdT 2022 II 333 ss; Franz Werro, La prescription de l'action en dommages-intérêts contre l'assureur, Revue de l'avocat 2023 449 ss; David Wikibirchler/Marko Dobec, Unterschreiben von Verträgen in digitalen Raum, PJA 2023 278 ss; Christapor Yacoubian, Digitale Systeme als «Erfüllungsgehilfen» – Relevanz der fehlenden Rechtsfähigkeit?, PJA 2023 412 ss.