

Tribunal de commerce du canton de Berne, 1er décembre 1997,
H. T. Co Ltd. c. La Bernoise Assurances, Berne

Faits: Par mémoire du 1^{er} avril 1996, la société H. T. Co Ltd a introduit par devant le Tribunal de commerce du canton de Berne une action en paiement contre la société La Bernoise Assurance à Berne. Elle a retenu les conclusions suivantes:

1. Condamner la défenderesse à payer à la demanderesse la somme de 451'100 fr. plus intérêts à 5 % dès le 28 mai 1994.
2. Sous suite des frais et dépens.

La créance que la société H. T. Co Ltd fait valoir découle d'un contrat d'assurance passé avec la défenderesse en vue de couvrir le transport à l'étranger de collections de montres. Ces dernières ayant été dérobées le 28 mai 1994 à l'Ile M., l'assurée a alors fait valoir des prétentions en réparation du sinistre. La défenderesse a toutefois refusé toute prestation, considérant notamment que la réalisation d'un événement couvert n'avait pas été rendue vraisemblable. Après un échange de courriers infructueux, la demanderesse a engagé la présente procédure.

En date du 23 mai 1996, la défenderesse a déposé par l'intermédiaire de son mandataire une demande de sûreté pour les dépens au sens de l'art. 70 Cpcb (cf. doss. p. 16). Cette requête était motivée notamment par le fait que la demanderesse n'a pas de domicile en Suisse et qu'il n'existe aucun traité international entre l'Ile M. et la Confédération helvétique.

Dans sa réponse du 17 juin 1996 à la demande de sûreté, la demanderesse a conclu à ce que la requête en cause soit rejetée dans toutes ses conclusions, sous suite de frais et dépens. En effet, à l'en croire la société H. T. est inscrite à la fois au registre du commerce de l'Ile M. et à celui du Val-de-T., de sorte qu'en cas de gain du procès par la requérante, cette dernière n'aurait aucune peine à obtenir paiement à l'adresse de la requise en Suisse.

Par décision rendue le 21 juin 1996 par le Juge instructeur du Tribunal de céans, la requête de sûreté a été admise et la demanderesse a été invitée à verser 30'000 fr. auprès du Greffe du Tribunal de commerce.

En date du 28 juin 1996, la demanderesse a demandé que le montant des sûretés soit augmenté à 42'000 fr. Malgré les conclusions retenues par la demanderesse dans sa prise de position du 5 juillet 1996, le Juge instructeur a, par décision du 11 juillet 1996, ordonné le versement d'une sûreté complémentaire de 12'000 fr.

Dans son mémoire de réponse du 27 septembre 1996, la défenderesse a conclu à ce que la demanderesse soit déboutée de toutes ses conclusions, sous suite de frais et dépens. Le mandataire de La Bernoise Assurance fait en particulier valoir que la société H. T. Co Ltd n'a pas la légitimation active car elle a été radiée en 1991 déjà et que le contrat passé le 19 mai 1994 n'est donc pas valable. Par ailleurs, il n'est pas prouvé que la collection des montres J.-B. a quitté la Suisse et en tous les cas le comportement de la demanderesse constituait une violation grave des devoirs de prudence.

Par mémoire de réplique du 19 décembre 1996, le mandataire de la demanderesse a allégué que cette dernière a en tout point respecté ses obligations contractuelles. Concernant la question de la légitimation active, Me v. N. explique que si la société H. T. a effectivement été radiée faute d'activité, elle a été réinscrite le 24 février 1995 et qu'il s'agissait là d'une réactivation. L'avocat de la demanderesse conclut à ce que la défenderesse soit condamnée à verser à sa cliente la somme de 449'100 fr. plus intérêt à 5 % dès le 1^{er} juillet 1994, sous suite de frais et dépens.

Dans son mémoire de duplique du 6 mars 1997, Me E., mandataire de la défenderesse, a maintenu les conclusions déposées le 27 septembre 1996. Selon lui, aucune société H. T. Co Ltd n'étant inscrite au moment de la conclusion du contrat, ce dernier doit être considéré comme nul, et il ne saurait être question d'en déduire des droits. Dans ces conditions, la demande doit être rejetée, faute de légitimation active. En tous les cas, l'inobservation des prescriptions de sécurité dont on peut objectivement faire grief au représentant de la demanderesse a libéré l'assureur de ses obligations.

La procédure a été limitée à la question de la légitimation active de la demanderesse par ordonnance du 7 avril 1997. Lors de l'audience du 3 juillet 1997, le mandataire de la demanderesse a confirmé ses mémoires de demande et de réplique, concluant à ce que la légitimation active soit reconnue à la société H. T. Co Ltd.

Pour sa part, Me E. a confirmé ses mémoires de réponse et de duplique, expliquant en outre que la défenderesse se trouvait dans une erreur essentielle au moment de la signature du contrat et que l'on pouvait reprocher une réticence à la demanderesse. Dans ces conditions, le contrat invoqué par demanderesse est en tous les cas inexistant ou nul.

A cette même audience, MM. M. et H. ont été entendus en qualité de partie et il a été procédé à l'audition comme témoin de M. E. P., inspecteur auprès de la défenderesse.

Les plaidoiries finales ainsi que le prononcé du jugement dont été fixés au 1er décembre 1997. Les mandataires respectifs des parties y ont maintenu les conclusions qu'ils avaient retenues à l'audience du 3 juillet 1997.

Il convient au préalable de rappeler les faits à l'origine de la présente procédure.

La société H. T. P. Co Ltd a été fondée en avril 1982 et inscrite le 7 mai 1982 dans le Companies Act de l'Ile M. Son siège se trouvait à Port-L., "C. House" Chaussée et M. M. en est devenu président directeur général une année plus tard.

Le 29 juin 1991, cette société a été radiée vraisemblablement faute d'activité ainsi qu'en raison du non-versement de l'émolument annuel. M. M. a déclaré qu'il ignorait la radiation et ne l'a apprise qu'après le sinistre. Cette version est plausible dans la mesure où M. M. a quitté l'Ile M. en 1985 pour se consacrer à diverses activités en Suisse dans le domaine de l'horlogerie.

Au mois de mai 1994, M. M. a eu une discussion avec M. P., inspecteur à La Bernoise Assurance au sujet d'un futur contrat couvrant le transport à l'étranger de collections de montres. A cette occasion, M. M. a précisé qu'il souhaitait passer le contrat non pas avec sa société suisse V. SA, mais avec sa société mauricienne, H. T. P. Co Ltd, ce notamment pour des raisons commerciales. Il a en outre remis une carte de visite à l'assureur sur laquelle était inscrite le nom de la société devant bénéficier de l'assurance et mentionnant l'adresse "... D. St. C., Beau-B.". M. P. s'est alors renseigné pour savoir s'il était possible d'assurer une société domiciliée à l'étranger et, sur la base d'un avis favorable de l'agence de Lausanne, a donné son accord. L'élément déterminant n'était toutefois pas le nom de la société assurée, mais l'interlocuteur physique. M. M. était en effet un client de longue date et avait conclu plusieurs assurances privées personnelles avec La Bernoise Assurance et La Bernoise Vie.

Le 18 mai 1994, la défenderesse a écrit à H. T. Co Ltd par M. M. pour confirmer le principe de l'acceptation d'une couverture pour le voyage prévu à la fin de la semaine. Le 19 mai 1994, une police d'abonnement "collections de voyageurs" a été offerte par La Bernoise Assurance et acceptée le même jour par M. M. Le contrat prévoyait une somme assurée de 401'000 pour la collection "haut de gamme" et de 50'000 fr. pour la collection "bas de gamme". Le taux prévu était de 2,90 % pour un périple ne dépassant pas 60 jours de Suisse en Arabie Séoudite via les Iles M. Les personnes assurées étaient M. M. lui-même et une relation d'affaire de ce dernier, M. Ro. I.T. A cette même date, la défenderesse a précisé que le décompte de prime et la police seraient prochainement envoyés à M. M.

Le carnet ATA a été délivré le 24 mai 1994 au nom de V. SA, la Chambre de commerce n'ayant pas voulu d'une société étrangère. Le dépôt de 130'000 fr. requis a également été versé par cette société à la Chambre de commerce.

Le 28 mai 1994, M. Ro. qui transportait les collections assurées a été agressé lors du transport des montres de l'aéroport de l'île M. à Port-L. Sous la menace d'une arme, la mallette contenant les collections lui a été dérobée. L'enquête policière ouverte n'a à ce jour pas abouti.

Le 29 mai 1994, M. M. a averti la défenderesse du vol et a eu un entretien le 31 mai 1994 avec M. He., représentant de l'assureur. Selon les notes prises par ce dernier, M. M. aurait confirmé à cette occasion que la société H. T. était inscrite à l'île M. au siège social figurant sur la carte de visite remise à l'époque à M. P., soit Beau-B., siège de la société Re. appartenant à M. Ro.

Le 1er juin 1994, la police d'assurance précitée a été délivrée au nom d'H. T. Co Ltd, par l'intermédiaire de M. M., avec effets au 19 mai 1994. Un décompte de prime pour un montant de 13'081 fr. 90 a été envoyé par la défenderesse le 8 juin 1994 et la somme réclamée a été payée au mois de juillet par M. M. personnellement, au nom d' H. T. Co Ltd.

Le 2 septembre 1994, La Bernoise Assurance a admis que M. Ro. était assuré au sens de l'art. 3 CGAC. Elle a cependant relevé que contrairement à ce qui avait été dit le 31 mai 1994, la demanderesse n'était pas inscrite à l'île M. et qu'en tout état de cause, une indemnisation n'entrait pas en ligne de compte. Par lettre du 17 octobre 1994, Me Ru., avocat nouvellement constitué de la demanderesse, a expliqué qu'H. T. Co Ltd était encore inscrite à l'île M. sous le nom d'H. T. P. et qu'il s'agissait bien de la société sinistrée. En réponse à ce courrier la défenderesse a toutefois objecté le 27 octobre 1994 que la société H. T. P. Ltd avait été radiée le 29 juin 1991.

Le 24 février 1995, H. T. Co Ltd a été inscrite en tant qu'"International Company" au registre des sociétés de l'île M. Si M. M. n'est pas actionnaire lors de la constitution, il devient en revanche deux jours plus tard actionnaire unique et directeur général de la nouvelle société en lieu et place d'une certaine G. P. M. M. a expliqué à l'audience du 3 juillet 1997 qu'il avait procédé ainsi pour gagner du temps et écourter son séjour à l'île M.

Le 3 mai 1995, la raison sociale "E. SA en liquidation" ayant son siège à N. et M. M. comme administrateur modifie sa raison sociale en "H. T. SA". Il n'y a toutefois aucune relation juridique entre la demanderesse, société de droit mauricien, et H. T. SA, société suisse, si ce n'est la personne de l'administrateur, M. M.

La défenderesse ayant son siège à Berne, la compétence des tribunaux bernois est donnée et n'est du reste pas contestée par les parties. Conformément à l'art. 5 aCpcb (applicable en vertu de l'art. 1 lit b des dispositions transitoires), le Tribunal de commerce connaît comme seule juridiction cantonale de toutes les contestations commerciales qui, au sens des articles 72 et 73 de la loi d'organisation judiciaire, dérivent du droit des choses mobilières et du droit des obligations et qui sont susceptibles de recours en réforme au Tribunal fédéral.

En l'espèce, le litige a sans conteste trait à l'activité commerciale des deux parties qui sont toutes deux inscrites au Registre du commerce ou dans un registre étranger équivalent. Il relève du droit des obligations et porte sur un montant supérieur à 8'000 fr.

Il reste toutefois à examiner le droit applicable (suisse ou mauricien) pour pouvoir juger de la compétence à raison de la matière du Tribunal de commerce. En effet, un recours en réforme n'est - sous réserve de l'art. 43a OJ - recevable que pour violation du droit fédéral, y compris des traités internationaux conclus par la Confédération (art. 43 OJ). Depuis la révision de la loi fédérale d'organisation judiciaire, l'application du droit fédéral à la place du droit étranger est visée à l'art. 68 al. 1 lit b OJ et peut ainsi faire uniquement l'objet d'un recours en nullité (Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Berne 1990, n. 5 ad art. 68 OJ).

Il est vrai que les parties n'ont à aucun moment invoqué l'incompétence *ratione materiae* du Tribunal de commerce. Cet élément n'est cependant pas déterminant, car l'attribution de compétence sur ce point précis est de droit impératif et le juge doit dès lors examiner d'office si cette condition de recevabilité est remplie (Leuch/Marbach/Kellerhals, *Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern*, Berne 1995, n. 3 ad art. 191 Cpcb), l'article 10 du Décret sur le Tribunal de commerce étant au demeurant inapplicable en l'espèce.

Il y a lieu de remarquer à titre préliminaire que faute de convention internationale entre la Suisse et l'Ile M., la LDIP est en soi applicable.

Toutefois, l'article 1 al. 1 LDIP qui règle de façon générale le champ d'application de la loi en question limite cette dernière à "la matière internationale". Aucune définition n'est il est vrai proposée qui permettrait de préciser dans quelles circonstances le "caractère international" d'un litige est donné. La doctrine considère cependant qu'il n'est ni nécessaire, ni souhaitable de codifier précisément cette question, la détermination d'un rapport de droit international devant en effet se faire de manière concrète, eu égard aux circonstances particulières de l'affaire (Honsell, *Internationales Privatrecht*, Bâle 1996, n. 2 ad art. 1 LDIP; Heini IPRG Kommentar, Zurich 1993, n. 5 ad art. 1 LDIP). Il résulte de ce principe qu'à défaut d'un élément suffisant d'extranéité ou de caractère international, la LDIP ne s'applique pas à un litige. Ainsi, en matière de contrat la nationalité du co-contractant n'est en règle générale pas déterminante pour admettre le caractère international. La demanderesse ayant toutefois son siège à l'Ile M., il sied de se référer dans un premier temps aux règles prévues en matière de sociétés par les articles 154 ss LDIP. En effet, sous réserve des articles 156 à 161 LDIP, le droit mauricien auquel renvoie l'article 154 LDIP régit notamment les questions relatives à la jouissance et à l'exercice des droits civils ainsi qu'au pouvoir de représentation des personnes agissant pour la société. Il ne s'agit cependant in casu que d'une question préalable permettant de juger de l'existence de la demanderesse au moment de la conclusion du contrat d'assurance. Une fois cette question tranchée, il appert que le litige ne présente plus un caractère d'extranéité suffisant pour justifier l'application des règles de conflit internationales.

Le cas d'espèce a en effet ceci de paradoxal qu'il est nécessaire d'appliquer préalablement un droit étranger pour arriver à la conclusion que ce dernier n'est finalement pas applicable au fond du litige, faute d'extranéité suffisante. Cet examen ne saurait toutefois pas à lui seul exclure la possibilité d'un recours en réforme contre le présent jugement dans la mesure où une mauvaise application de l'article 1 LDIP constitue une violation d'une règle de droit fédéral et est donc susceptible d'être entreprise par cette voie de droit.

Compte tenu des considérations qui suivent et seront développées sous chiffre 4, le Tribunal estime que la présente affaire reste à trancher sous l'angle du droit suisse, même si certains problèmes doivent être résolus à titre préliminaire selon le droit mauricien. Dans cette perspective, et au vu des circonstances particulières, il n'existe plus de raison suffisante d'admettre un lien avec l'étranger nécessitant l'application de la LDIP et, le cas échéant, du droit mauricien.

Même si l'élément d'extranéité devait être admis, le droit suisse n'en serait pas moins applicable au fond du litige en vertu de l'art. 117 LDIP. En effet, à défaut d'élection de droit, un contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits. Ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a son établissement (si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale). Il ne fait aucun doute que la prestation caractéristique est en l'espèce celle de La Bernoise Assurance. Le contrat passé entre les parties ne pouvant être assimilé à "une prestation de consommation courante" au sens de l'art. 120 LDIP, c'est ainsi le droit de l'Etat dans lequel l'assureur a son siège qui est applicable (Honsell, *Internationales Privatrecht*, n. 58 ad art. 117 LDIP et la doctrine citée).

En tout état de cause, l'application du droit mauricien (comme il le sera démontré) ne permettrait pas d'arriver à un résultat différent sur le fond. Il y a lieu de noter à ce propos que s'agissant d'un litige de nature patrimoniale, les parties sont tenues le cas échéant de collaborer à son établissement (non pas "beweisen", mais "nachweisen": ATF 119 II 93; 121 III 436). En l'espèce, les arguments développés par les parties l'ont été presque exclusivement sur la base du droit suisse, le droit mauricien n'ayant été cité qu'assez marginalement.

Au vu de ce qui précède, la compétence du Tribunal de commerce à raison de la matière pour connaître du présent litige doit être admise.

Il y a lieu de rappeler au préalable que la présente procédure a été limitée au problème de la légitimation active de la demanderesse. Avant d'examiner si la société H. T. Co Ltd peut déduire des droits du contrat d'assurance passé le 19 mai 1994, il convient ainsi logiquement de statuer sur la validité de ce dernier. L'administration des preuves a en effet démontré que la société H. T. P. Co Ltd (au nom de laquelle l'acte en question avait été passé) a été radiée le 29 juin 1991, près de trois ans avant la conclusion du contrat d'assurance, et que la nouvelle société H. T. Co Ltd n'a été inscrite que 9 mois après, soit le 24 février 1995.

Conformément à l'art. 154 LDIP, les sociétés sont régies par le droit de l'Etat en vertu duquel elles sont organisées si elle répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit. La société qui ne remplit pas ces conditions est régie par le droit de l'Etat dans lequel elle est administrée en fait. Sous réserve du deuxième alinéa de cet article, c'est la théorie de l'incorporation qui a ainsi été reprise par la LDIP (Honsell, opus cité, p. 1139 ss).

En l'espèce, la société H. T. P. Co Ltd a été enregistrée le 7 mai 1982 au registre prévu à cet effet de l'Ile M. en tant que "Private Company". Son siège se trouvait à Port L., "C. House" Chaussée et M. M. en a été élu "President and Managing Director" par décision prise le 18 juillet 1983. Faute d'activités et de paiement de l'émolument annuel selon toute vraisemblance, la société en question a été radiée le 29 juin 1991. La terminologie utilisée "defunct" indique que la société n'existait plus à cette date et que la radiation avait probablement un effet constitutif. Cette conclusion s'impose d'autant plus qu'en droit mauricien une société est tenue de verser chaque année un émolument pour continuer de figurer au registre, un défaut de paiement étant sanctionné. La procédure de radiation est cependant relativement longue, et prévoit plusieurs avertissements et une publication avant qu'une décision définitive ne soit prise. Même en supposant que la radiation n'ait été que déclarative, il ressort des déclarations de M. M. qu'H. T. P. Co Ltd n'avait plus eu aucune activité pendant plusieurs années avant sa radiation, ce qui lui aurait certainement fait perdre sa personnalité juridique. Quant à savoir si le droit mauricien permet comme le droit anglais la réinscription d'une société "défunte" durant une certaine période, la question peut rester ouverte. En effet, les formalités nécessaires prescrites par la loi (la réinscription doit en particulier être effectuée par un juge) n'ont de toute évidence pas été remplies. Par ailleurs, la demanderesse n'a rien de commun avec la société radiée si ce n'est son nom et la personne de M. M. (pour le droit anglais: cf. Paul L. Davies, *Principles of Modern Company Law*, London 1997, p. 846 ss; G. Morse, *Charlesworth's Company Law*, London 1987, p. 790 ss).

Il appert donc qu'au moment où le contrat d'assurance a été passé avec la défenderesse, la société H. T. P. Co Ltd n'avait plus d'existence juridique à l'Ile M.

Il reste par conséquent à examiner si cette société répondait aux exigences du droit de l'Etat dans lequel elle était administrée de fait, à savoir la Suisse, où M. M. résidait depuis plus de six ans (art. 154 al. 2 LDIP).

Conformément à l'article 643 al. 1 CO, une société anonyme n'acquiert la personnalité que par son inscription au registre du commerce. Dans ces conditions, il est manifeste que la

demanderesse ne saurait invoquer la "favor recognitionis" pour justifier de son existence. Compte tenu du principe de l'inscription constitutive, la règle développée à l'article 154 al. 2 LDIP est d'ailleurs en règle générale inapplicable aux sociétés de capitaux, sauf éventuelle conversion en une forme de société de personnes (Honsell, opus cité, n. 12 et 13 ad art. 154 LDIP). En l'espèce, aucun indice ne permet d'admettre que la société H. T. P. Co Ltd pouvait correspondre à l'un des types de sociétés de personnes prévues en droit suisse. De plus, il est douteux que l'on puisse parler "d'administration", M. M. n'ayant plus eu aucune activité sous le nom d'H. T. P. Co Ltd avant la signature du contrat litigieux. Au vu de ces éléments, il appert que la société en question n'avait pas davantage d'existence en Suisse qu'à l'Ile M.

Il s'agit à ce stade d'examiner les effets de la radiation d'H. T. P. Co Ltd sur la validité du contrat passé entre les parties.

En droit suisse, la perte de la personnalité juridique met fin aux pouvoirs des organes (Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 2ème édition, p. 608). Ceux-ci ne peuvent donc pas engager une société qui n'existe plus ni, sous réserve de l'art. 645 CO, une société qui n'existe pas encore (ATF 123 III 24 ss). Lors de la conclusion du contrat litigieux, H. T. P. Co Ltd n'existait ni à l'Ile M., ni en Suisse. Dans ces conditions, il était impossible à M. M. d'agir au nom de cette société. Les effets en droit suisse d'une telle "représentation" sont décrits aux articles 38 ss CO qui s'appliquent soit directement, soit par analogie (Zäch, Commentaire bernois, n. 1 ad art. 38 et 39 CO). Le représentant agit alors "in falschem Namen" et le contrat ainsi passé est inexistant car non susceptible de ratification (cf. notamment Bucher, opus cité, p. 642), engageant toutefois la responsabilité du faux représentant conformément à l'art. 39 CO.

Il paraît évident d'admettre que le droit mauricien, applicable sur la base de l'article 154 LDIP (Dutoit, Droit international privé suisse, Bâle 1996, n. 11 ad art. 155 LDIP), connaît des principes analogues.

En résumé, il ne peut être question d'un contrat liant H. T. P. Co Ltd et la défenderesse, cette société ayant été déclarée "defunct" en 1991 déjà.

Concernant la seconde société inscrite le 24 février 1995, Me v. N. a affirmé dans son mémoire de réplique qu'il s'agissait en fait plus "de la réactivation d'une inscription préexistante que d'une nouvelle inscription".

Cette thèse ne résiste toutefois manifestement pas à un examen comparatif. Les deux sociétés n'ont en effet ni les mêmes statuts, ni les mêmes organes, ni le même capital social, ni la même raison sociale, ni le même siège. Elles ne sont en outre pas régies par le même droit, l'une ayant le statut de société de droit indigène, l'autre de droit international.

Du reste, même en admettant que la société Pa. a continué d'exister nonobstant sa radiation et que M. M. aurait ainsi pu agir valablement en son nom lors de la conclusion du contrat litigieux, force serait de constater que seule la société "Pa." aurait alors la légitimation active pour agir.

L'argumentation principale du mandataire de la demanderesse se base cependant sur l'art. 645 CO respectivement son pendant mauricien, l'art. 79 de l'International Companies Act de 1994.

En droit suisse, les actes faits au nom de la société avant l'inscription entraînent la responsabilité personnelle et solidaire de leurs auteurs. Toutefois, lorsque des obligations expressément contractées au nom de la future société en formation ont été assumées par elle dans les trois mois à dater de son inscription, les personnes qui les ont contractées en sont libérées, et la société demeure seule engagée (art. 645 CO).

Le but de cette disposition est double: limiter la possibilité pour des personnes physiques d'agir pour le compte d'une future société anonyme en engageant par la suite cette dernière et protéger le tiers de bonne foi au cas où la société n'est finalement pas fondée (Forstmoser, Commentaire bernois, n. 33 ad art. 838 CO). L'article 645 CO n'est pas une exception au principe selon lequel un représentant ne saurait engager une personne non

encore existante. En effet, ce sont les fondateurs qui sont dans un premier temps liés, comme s'ils agissaient en leur propre nom. La relation contractuelle se noue ainsi entre ces derniers et leurs co-contractants, mais si la SA voit effectivement le jour, les co-contractants sont réputés avoir donné leur accord au transfert à la société des droits et obligations et donc à la libération anticipée des personnes ayant agi au nom de la future SA (ATF 123 III 24 ss). Avant la reprise des engagements, les fondateurs se trouvent ainsi vis-à-vis de la société dans une situation analogue à celle d'un gérant d'affaire sans mandat (Gutzwiller, Commentaire zurichois, n. 4 ad art. 838 CO).

Dans l'hypothèse d'une reprise, le partenaire de bonne foi n'encourt aucun risque si la société avec laquelle il conclut n'existe pas au moment de la conclusion du contrat mais prend naissance par la suite seulement et assume les obligations ainsi contractées. Par conséquent, en droit suisse, le partenaire contractuel ne peut invalider le contrat passé en alléguant qu'on ne lui avait pas signalé que la SA n'existait pas encore mais était simplement en formation (Böckli, Schweizerisches Aktienrecht, Zürich 1995, p. 63). Son erreur sur ce point n'est pas déterminante, puisqu'en tout état de cause le contrat sera réputé conclu avec la SA qu'il considérait comme son co-contractant. Selon la doctrine et la jurisprudence, peu importe que la personne agissant au nom de la société précise ou non que cette dernière est seulement en formation ou déjà inscrite.

Le besoin de protection du co-contractant renaît toutefois si la SA n'est par la suite pas inscrite ou refuse d'assumer les obligations passées en son nom et que le contrat a été passé en fonction de la personnalité de cette dernière (intuitu personae). Il convient alors de lui accorder selon les règles habituelles la possibilité d'invalider le contrat qui le lie au fondateur étant entendu que le contrat n'est alors pas nul, mais annulable.

De ce point de vue, l'argumentation subsidiaire retenue par la défenderesse selon laquelle La Bernoise Assurance n'aurait jamais conclu un contrat avec une société qui n'était pas (encore) inscrite est dénuée de pertinence. Comme il l'a déjà été mentionné, le fondateur "représentant" n'a en effet pas l'obligation de signaler que la société qu'il compte engager est uniquement en formation. L'administration des preuves a en outre démontré que M. M. lui-même ignorait la disparition de la société au nom de laquelle il agissait, ce qui exclut toute tromperie de sa part. Par ailleurs, une erreur sur la personne du co-contractant n'est envisageable que pour autant qu'il existe. En tout état de cause, l'audition de M. P. a permis d'établir que la personne exacte du preneur d'assurance était indifférente à La Bernoise Assurance, seule comptant la personne de M. M. avec qui la défenderesse avait déjà eu des relations d'affaire. De l'avis du Tribunal de commerce, un contrat passé au nom de ce dernier lui-même ou de la société V. SA aurait aussi été conclu par La Bernoise Assurance si M. M. en avait exprimé le souhait.

Le droit mauricien, théoriquement applicable en l'espèce compte tenu de l'art. 154 LDIP (Vischer, IPRG Kommentar, n. 6 ad art. 155 LDIP, Honsell, opus cité, n. 5 ad art. 155 LDIP), connaît un principe identique qui vise les sociétés en formation avant leur naissance. Il s'agit de l'article 119 du Companies Act de 1984 et de l'article 79 de l'International Companies Act de 1994. Seule cette dernière disposition pourrait le cas échéant jouer un rôle puisqu'elle régit les contrats passés avant l'incorporation de la demanderesse.

Les différences avec le droit suisse sont les suivantes:

- le contrat initial doit avoir été passé par écrit
- Il peut avoir été passé non seulement au nom de la future société (in the name) mais encore pour son compte (on behalf)
- sa reprise par la société doit intervenir non dans un délai de trois mois, mais dans un délai raisonnable "reasonable time".

Au vu de l'état de fait, l'article 79 de l'International Companies Act de 1994 n'est cependant pas davantage applicable au cas d'espèce que ne le serait l'article 645 CO. Il importe en effet de savoir au nom de qui M. M. a agi puisque le mécanisme de l'article 645 CO et de la disposition correspondante de droit mauricien dépendent avant tout de cette question (Forstmoser, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, p. 169).

En l'espèce, il a été établi que M. M. n'a pas agi pour la demanderesse, mais pour la société H. T. P. Co Ltd qu'il croyait encore exister. Pour pouvoir invoquer les dispositions sur la reprise d'actes passés au nom ou pour le compte d'une société en formation, il est en effet essentiel que le fondateur ait eu la conscience et la volonté d'agir comme tel au moment où il a passé le contrat. M. M. a cependant admis qu'il avait uniquement décidé de fonder la demanderesse lorsqu'il avait appris que Pa. était radiée depuis 1991. Il appert donc qu'aucune société n'était en formation lors de la conclusion et que le projet d'une telle fondation n'était même pas conçu. Aucun acte juridique n'étant pensable ni désirable pour le compte d'une société qui ne serait pas encore en voie de constitution, il ne peut être question d'une éventuelle "reprise".

La date de conclusion du contrat d'assurance correspond ainsi à un vide juridique. D'une part, H. T. P. Co Ltd au nom de laquelle des engagements ont été pris n'existait plus depuis près de trois ans, de l'autre, la demanderesse H. T. Co Ltd ne se trouvait pas encore en formation. Or comme il l'a été démontré plus haut, il ne saurait être question d'une reprise des engagements passés au nom d'une société en formation, lorsqu'une volonté correspondante de son "organe" fait défaut. La conséquence d'un acte passé au nom d'une société inexistante ne peut être que la nullité de ce dernier. L'application éventuelle du principe décrit à l'article 20 al. 1 CO (impossibilité initiale objective) aurait d'ailleurs les mêmes conséquences (Gauch/Schluep, *Schweizerisches Obligationenrecht AT*, Zurich 1995, no 631 ss).

A la date de conclusion de la police d'assurance, il était en effet impossible d'assurer une société radiée depuis près de trois ans.

L'inexistence d'H. T. P. Co Ltd ainsi constatée a par ailleurs une répercussion directe sur le droit applicable: M. M., de nationalité suisse, domicilié en Suisse et dont les activités ont leur centre dans ce pays a en effet conclu en Suisse avec un partenaire suisse un contrat au nom d'une société étrangère inexistante. Dans ces conditions, la LDIP ne s'applique pas, faute d'un élément d'extranéité suffisant. Il convient par conséquent de se baser exclusivement sur le droit suisse pour examiner les conséquences de ce vide juridique.

En dernier lieu, la question d'une éventuelle cession entre M. M. et la demanderesse peut rester ouverte, le droit à l'exécution d'un contrat nul ne pouvant à l'évidence être cédé.

Quant à une éventuelle conversion, bien qu'elle ne soit pas uniquement possible lorsque la nullité provient d'un vice de forme (Tangodan, *La nullité, l'annulation et la réalisation partielle des contrats*, thèse Genève 1952, p. 114; Weil, *Konversion von Rechtsgeschäften*, thèse Zurich 1934, p. 499, il paraît exclu de l'appliquer au cas d'espèce. Il n'existe en effet pas de présomption de la volonté hypothétique en faveur de l'admission de la conversion. La partie voulant s'en prévaloir pour en tirer un droit doit alléguer et prouver l'état de fait la justifiant, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce. Au surplus, même en admettant une telle possibilité, la conversion devrait intervenir au profit d'une personne autre qu'H. T. Co Ltd qui n'existait pas lors de la conclusion du contrat litigieux, cette personne pouvant être M. M. lui-même ou V. SA. Dès lors et en tout état de cause, une conversion ne permettrait pas d'admettre la légitimation active de la demanderesse.

Au vu de ce qui précède, la demande doit être rejetée, faute de légitimation active de la société H. T. Co Ltd.

La demanderesse qui succombe entièrement doit supporter les frais judiciaires et verser une indemnité pour les dépens de la défenderesse (art. 58 Cpcb). Le montant des sûretés fournies par H. T. Co Ltd couvre d'ailleurs largement les dépens de La Bernoise Assurance

qui pourra disposer de la somme correspondante dès l'entrée en force du présent jugement, le solde devant être restitué à la demanderesse.

Par ces motifs

LE TRIBUNAL DE COMMERCE DU CANTON DE BERNE
après avoir délibéré et voté publiquement

1. r e j e t t e la demande introduite le 1 er avril 1996 par la société H. T. Co Ltd;

2. f i x e les frais judiciaires de la présente procédure à 16'176 fr. 60, soit un émolument de 8'000 fr. par partie ainsi que 176 fr. 60 de débours;

3. d i t que chaque partie supporte la moitié des frais judiciaires par 8'088fr. 30, montants prélevés sur les avances qu'elles ont fournies;

4. c o n d a m n e la demanderesse à payer à la défenderesse les frais de procédure suivants:

a) honoraires d'avocat	fr. 24'000.00
b) débours et vacations	fr. 422.20
c) TVA à 6,5 % sur fr. 24'422.20	fr. 1'587.45
d) frais judiciaires	fr. 8'088.30
Total:	fr. 34'097.95

d i t que dès l'entrée en force du présent jugement, les sûretés déposées par la demanderesse à raison de 42'000 fr. seront acquises à la défenderesse à concurrence de fr. 34'097.95;

i n f o r m e les parties qu'elles peuvent recourir en réforme auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans les 30 jours dès réception de l'expédition complète de la décision (art. 43 ss OJF), l'acte de recours devant être adressé au Tribunal de commerce à l'attention du Tribunal fédéral.