UNIVERSITÉ DE GENÈVE

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

Article scientifique | Article | 1998

Published version | Open Access

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

Le droit bancaire privé suisse = Das schweizerische Bankprivatrecht

Thévenoz, Luc

How to cite

THÉVENOZ, Luc. Le droit bancaire privé suisse = Das schweizerische Bankprivatrecht. In: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1998, vol. 70, n° 4, p. 192–205.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:6149

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

Résumé de la jurisprudence / Zusammenfassung der Rechtsprechung

Le droit bancaire privé suisse
Das schweizerische Bankprivatrecht

par Luc Thévenoz, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève, directeur du Centre d'études juridiques européennes*

La présente chronique de jurisprudence bancaire en droit privé fait suite à celle parue l'année dernière (RSDA 1997 148–174) sous la plume des Prof. Dieter Zobl et Luc Thévenoz. Les abréviations sont conformes à celles parues in RSDA 1997 248.

Die vorliegende Zusammenfassung knüpft an die frühere von Prof. Dieter Zobl und Prof. Luc Thévenoz in SZW 1997 148–174 an. Für Abkürzungen vgl. SZW 1997 248.

Aperçu

1. **Gestion de fortune**
2. **Crédits documentaires**
3. **Paiement au guichet postal**
4. **Responsabilité du donneur de crédits**
5. **Conditions générales des contrats bancaires**
6. **Convention de banque restante**
7. **Secret bancaire**

Résumés

I. **Bankverträge – *Contrats bancaires***
A. Allgemeines – *Généralités*
B. Einlagen – *Dépôts*
C. Kredite – *Crédits*
D. Anlagen, Beratung, Vermögensverwaltung – *Placements, conseils, gestion de fortune*
E. Bankgarantien – *Garanties bancaires*

II. **Sicherheiten – *sûretés***
A. Personalsicherheiten – *sûretés personnelles*
B. Dingliche Sicherheiten – *sûretés réelles*

III. **Zahlungsverkehr – *Moyens de paiement***
A. Wechsel, Check – *Effets de change, chèques*
B. Überweisungen – *Virements*
C. Dokumentenakkreditive – *crédits documentaires*

IV. **Diverses – *Divers***

Aperçu

Depuis notre dernière chronique, la jurisprudence bancaire en droit privé s'est enrichie en particulier dans le domaine de la gestion de fortune, notamment lorsqu'elle est confiée à un gérant indépendant de la banque dépositaire (1), et de crédits documentaires à paiement différé (2). Une étape a clairement été franchie par le Tribunal fédéral quant au moment du paiement effectué au guichet postal (3). Il convient encore de relever des développements intéressants en matière de responsabilité du bailleur de crédits (4), de conditions générales (5), de convention de banque restante (6) et de secret bancaire (7).

* Je remercie vivement Me *Claude Bretton-Chevallier* et Me *Corinne Corminboeuf*, toutes deux assistantes à la Faculté de droit de l'Université de Genève, de leur aide dans le rassemblement et le premier dépouillement des décisions dont la sélection est ici présentée. Un remerciement particulier va à Mme *Nina Sauerwein*, elle aussi assistante dans la même institution, qui a revu la version allemande des chapeaux.

1. Gestion de fortune

Le devoir d'information du négociant non bancaire a retenu l'attention du Tribunal fédéral dans une décision importante (**r12**). Se fondant sur les obligations

de diligence et de fidélité du mandataire (art. 398 CO), l'arrêt donne une portée étendue aux obligations d'information, de conseil et de mise en garde du gérant qui exécute ou fait exécuter des opérations sur devises. Ces informations doivent être adaptées aux connaissances du client, sur lesquelles le gérant a l'obligation de se renseigner. Même écrite et contresignée par le client, une mise en garde n'exonère pas la responsabilité de celui qui a fait miroiter des perspectives de gains irréalistes. Ces développements confirment l'importance croissante du devoir d'information[1], que le législateur a étendu à toutes les activités des négociants (art. 11 LBVM). Le Tribunal fédéral exige une attitude plus active du gérant de fortune[2] que le minimum résultant des règles de conduite pour négociants de l'Association suisse des banquiers de janvier 1997 (BF98 / 45–19)[3].

Cet arrêt se distingue également par le raisonnement sur l'étendue du dommage causé par le gérant qui manque à son obligation d'information, de conseil et de mise en garde. Se référant explicitement à la responsabilité du médecin qui intervient sans avoir préalablement obtenu le consentement libre et éclairé de son patient[4], notre Haute Cour présume que le client, convenablement éclairé, n'aurait pas entrepris les spéculations hasardeuses dont il s'avère par la suite qu'elles lui ont causé des pertes. En d'autres termes, le gérant ou le négociant qui manque à son devoir d'information supporte toute perte qui résulte des placements choisis, que ces choix aient été déraisonnables[5], ou raisonnables mais malheureux.

La jurisprudence relative à la responsabilité de la banque dépositaire d'avoirs dont la gestion est confiée à un gérant externe (**r13** à **r16**) reste en revanche beaucoup plus prudente[6]. Pour autant que le gérant ne soit ni un organe ni un auxiliaire de la banque dépositaire, et qu'il n'en présente pas l'apparence, les obligations de celle-ci sont pour l'instant strictement confinées à l'administration technique des avoirs, à l'exception de toute obligation de surveillance sur l'activité du gérant externe. La banque doit bien sûr veiller à ce que les opérations ordonnées par le gérant restent dans le cadre des pouvoirs qui lui ont été communiqués, mais les procurations utilisées à cette fin sont formulées en termes tellement généraux que ce chef de responsabilité devrait rester exceptionnel (cf. **r15** et **r16**).

On peut se demander si l'affirmation du Tribunal de commerce de Zurich est toujours fondée, qui libère le dépositaire de toute obligation d'informer le client sur les risques des placements choisis dès lors que le client a délibérément choisi de ne pas lui confier la gestion de son portefeuille (**r13**). L'art. 11 LBVM s'applique à tout négociant, ce qu'est la banque dépositaire, même en l'absence d'un mandat de gestion[7].

Surprenant et critiquable est cet arrêt du TF qui exonère un gérant non professionnel agissant à titre amical de toute responsabilité pour les pertes que ses choix déraisonnables ont causé au motif qu'il a procédé aux mêmes opérations dans la gestion de sa propre fortune et qu'il a subi les mêmes pertes (**r14**). Si on doit certes admettre que la diligence due par un gérant professionnel agissant à titre onéreux est plus élevée que celle que l'on est en droit d'attendre d'un ami agissant à titre gratuit dont on sait qu'il n'a pas les qualifications requises (*diligentia quam in suis*), on ne saurait déduire des pertes subies personnellement par celui-ci la conclusion qu'il a apporté à sa gestion la diligence réduite que l'on était en droit d'attendre de lui.

1 Cf. surtout *S. Abegglen*, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft: Entwurf eines Systems zu ihrer Konkretisierung, thèse, Berne (Stämpfli) 1995.

2 ATF 119 II 333, RSDA 1995 28 r36.

3 *L. Thévenoz/U. Zulauf (éd.)*, Réglementation et autoréglementation des banques, bourses, négociants, fonds de placement et marchés financiers en Suisse, Zurich (Schulthess) 1998; paraît en allemand sous le titre Regulierung und Selbstregulierung der Banken, Börsen, Effektenhändler, Anlagefonds und Finanzmärkte in der Schweiz.

4 ATF 119 II 456, 463, avec références à la jurisprudence antérieure.

5 Ce qui est le critère appliqué par la jurisprudence à la responsabilité du gérant pour le choix d'un placement, cf. ATF 119 II 333, JdT 1994 I 610; TF, SJ 1994 284 et 729.

6 Cf. récemment *H.P. Dietzi*, «Die Verantwortlichkeit der Bank gegenüber einem Kunden für Handlungen eines von diesem eingesetzten Vermögensverwalters», RSDA 1997 195; *A. de Beer*, «Die Verantwortlichkeit der Bank gegenüber einem Kunden für Handlungen eines von diesem eingesetzten Vermögensverwalters – eine Replik», RSDA 1998 125; *A. Bizzozero*, «Situation juridique de la banque relativement à l'activité d'un gérant indépendant», *A.B. Lévy*, «La gestion de fortune par un gérant indépendant», et *A. von Planta*, «Commentaire sur la banque et le gérant indépendant», in *Journée 1996 de droit bancaire et financier*, Berne (Stämpfli) 1996.

7 Les directives pour négociants de 1997 (BF98 / 45–19) ne prévoient d'ailleurs pas d'exception au devoir d'information, à moins que le client ne confirme par écrit «qu'il connaît les risques afférents à ce type d'opération – qui doivent être décrits exactement – et qu'il renonce à des informations supplémentaires» (art. 3 al. 5).

On notera que la Commission fédérale des banques a revu récemment ses directives fixant les conditions dans lesquelles le gérant est autorisé à passer des ordres directement auprès du *broker*, engageant par là les avoirs et la responsabilité de la banque (**r17**). La situation ne paraît pas différente lorsque, ce qui est plus fréquent, le gérant dispose d'un terminal lui permettant d'intervenir sur le marché électronique de la Bourse Suisse ou de la SOFFEX sous l'identificateur de la banque.

2. Crédits documentaires

Plusieurs lettres de garantie pour connaissement manquant (*letters of indemnity*)[8] ont retenu à nouveau[9] l'attention du Tribunal fédéral. La première remplaçait l'un des trois originaux du connaissement, qui avait été perdu. Elle fut émise au vu et au su de toutes les parties à l'accréditif, et n'a pas suscité de difficulté (**r27**). Plus délicate apparut l'émission de plusieurs lettres de garantie par le vendeur (bénéficiaire du crédit documentaire) en faveur du transporteur afin de permettre à l'acheteur (donneur d'ordre) de disposer de la marchandise sans devoir fournir de couverture à sa banque. La responsabilité du vendeur fut retenue au motif que ce comportement avait privé la banque émettrice de la sûreté que celle-ci aurait acquise par la remise des connaissements (**r28**). Si elle avait été en jeu, la responsabilité de l'acheteur aurait été également engagée.

Il n'est pas étonnant que ce soient les accréditifs à paiement différé qui suscitent le plus de problème (**r28** à **r30**). En acceptant d'être payé un certain temps après la présentation des documents, le vendeur concède un crédit à l'acheteur. Mais cette facilité ne profite à l'acheteur que si la banque émettrice accepte à son tour de lui remettre les documents sans être simultanément couverte de la somme d'accréditif[10]. Qu'en est-il lorsque la banque à laquelle le vendeur a présenté les documents accepte de lui escompter la somme d'accréditif avant son exigibilité? S'agit-il d'un paiement anticipé au sens de l'art. 81 CO, auquel la banque émettrice et le donneur d'ordre ne peuvent rien objecter à moins d'avoir formellement stipulé son interdiction dans les conditions d'accréditif? C'est là l'opinion du Tribunal fédéral[11], qui n'est pas nécessairement suivie par les juridictions cantonales[12]. Où est-ce l'achat par la banque de la créance du bénéficiaire, toutes les objections et exceptions restant opposables à celle-ci en tant que cessionnaire[13]? Revoyant l'application du droit allemand sous l'angle de l'arbitraire, le Tribunal fédéral a distingué suivant que ce rachat est le fait de la banque confirmatrice (ou confirmante, selon le vocabulaire quasi-religieux des *Règles et usances uniformes* de 1993, RUU 500) ou d'une banque simple domicile de paiement, qui agit sous les instructions de la banque émettrice et n'est pas personnellement engagée à l'égard du bénéficiaire. La première paie sa propre dette avant terme, ce qui éteint la créance du bénéficiaire contre elle-même en même temps que la créance (subsidiaire) du bénéficiaire contre la banque émettrice.

3. Paiement au guichet postal

Comme bien avant lui de nombreux tribunaux cantonaux[14], le Tribunal fédéral a enfin renversé une jurisprudence vieille de presque quatre-vingts ans[15] et reconnu que celui qui, se servant d'un bulletin de paiement remis par son créancier, paie au guichet postal le dernier jour du délai sauvegarde celui-ci (**r26**). Le créancier supporte seul le risque de retard ou d'erreur dans la bonification à son compte postal ou dans l'acheminement des fonds à sa banque. C'est la conséquence logique de la désignation d'un domicile

[8] *J. Dohm*, «Les ‹Traders' Letters of Indemnity›, notamment dans le négoce du pétrole», RSDA 1992 245; *H. Schönle/ L. Thévenoz*, «La lettre de garantie pour connaissement (*letter of indemnity*) dans les opérations de crédit documentaire», *Revue de droit suisse* 1996 I 47.

[9] L'ATF 119 III 132 porte déjà sur une telle lettre de garantie, même si le considérant 5, seul publié, ne le mentionne pas.

[10] Ce paradoxe apparaît clairement dans l'arrêt rapporté sous **r28**, cf. points **1** et **2** du résumé.

[11] ATF 100 II 145, JdT 1975 I 326.

[12] Cf. Trib. cant. VD 1.6.1993 et Cour de justice GE 4.3.1993, rapportés par *R. Barbey*, «Jurisprudence récente de droit bancaire privé», in *Journée 1994 de droit bancaire et financier*, Berne (Stämpfli) 1994, pp. 34–35.

[13] Telle est notamment l'opinion majoritaire en France et en Allemagne. Sur cette controverse, cf. surtout *H. Schönle*, «Rechtsprobleme des Dokumentenakkreditivs mit hinausgeschobener Zahlung», in *Droit des obligations et droit bancaire: Études*, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1995, pp. 241 ss.: *S. Tevini du Pasquier*, Le crédit documentaire en droit suisse, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1990, pp. 61 ss.

[14] Et certaines décisions cantonales: BJM 1995 138; RJN 1994 49; VD, RSJ 1987 244.

[15] ATF 55 II 200.

de paiement (La Poste), qui reçoit le paiement du débiteur en tant qu'auxiliaire et représentant indirect du créancier. Cela fait longtemps que la part croissante des paiements sans remise de numéraire au créancier appelait une telle évolution! Ce principe ne bénéficie cependant pas au débiteur qui prend l'initiative de faire porter en espèces le paiement de sa dette au créancier au moyen d'un mandat de poste[16].

4. Responsabilité du donneur de crédits

La responsabilité du bailleur de fonds, *a chameleon-like catch-word with several meanings*[17], est dans la plupart des pays industrialisés une source intarissable d'arrêts plus ou moins fracassants. C'est au contraire une rareté dans notre jurisprudence[18].

Pour la (quasi-absence de) responsabilité à l'égard de l'emprunteur, cela s'explique surtout par la liberté contractuelle que le code des obligations reconnaît quant aux termes et conditions dans lesquels la banque peut dénoncer ses crédits. Pour l'essentiel, la banque doit veiller à respecter la procédure de dénonciation qui résulte du contrat ou de la loi[19] et être diligente dans la réalisation de ses sûretés[20].

Plus rare encore est la mise en œuvre de la responsabilité de la banque par des tiers. Le Tribunal cantonal valaisan eut à se pencher sur la responsabilité extra-contractuelle du fait de l'apparence de solvabilité que la banque aurait... prêtée à son emprunteur, mais aussi du fait d'une gestion apparemment déficiente des décaissements (**r5**). La conception objective de l'acte illicite, suivie depuis des décennies par les tribunaux et la majorité des auteurs suisses[21], explique le déboutement du demandeur. Selon cette conception, un comportement n'est illicite que s'il enfreint une règle écrite ou non écrite de l'ordre juridique destinée à protéger le bien juridique lésé. Or la juridiction cantonale a retenu qu'il n'existe pas de devoir à charge de la banque de veiller aux intérêts des tiers pouvant entrer en relation d'affaires avec sa clientèle.

En cohérence avec la conception objective de l'illicéité, les juges valaisans ont précisé que le recours à la création d'un état de fait dangereux (*Gefahrensatz*) ne dispense pas le juge d'identifier soit le droit subjectif absolu mis en danger, soit le devoir général de comportement qui a été enfreint. C'est une précision bienvenue par rapport à l'arrêt *Evers & Co.*[22], où le Tribunal fédéral l'avait omise à tort.

Ce déboutement du demandeur ne doit pas faire perdre de vue d'autres hypothèses dans lesquelles la banque est susceptible d'engager sa responsabilité à l'égard de tiers, notamment pour s'être comportée comme organe de fait de son emprunteur[23], pour avoir donné à des tiers des renseignements inexacts[24] ou encore pour avoir adopté un comportement pénalement répréhensible, notamment dans la banqueroute de son client.

5. Conditions générales des contrats bancaires

Le Tribunal fédéral a confirmé qu'une clause générale de nantissement figurant dans les documents contractuels signés par le client n'est pas insolite dans le contexte d'un contrat de compte courant ou de dépôt de valeurs mobilières. Il en a cependant interprété

16 ATF 119 II 232, JdT 1994 I 201, rés. RSDA 1995 17 r7.

17 *W.W. Park*, «Arbitration in Banking and Finance», *Annual Review of Banking Law* 17 (1998) 220.

18 Ce n'est pas faute de pouvoir compter sur une doctrine fouillée, cf. récemment *F. Bertheau*, Die Haftung der Kreditgeberbank gegenüber dem Kreditnehmer: Eine Untersuchung der verschieden Haftungsgrundlagen unter besonderer Berücksichtigung des Krediteröffnungsvertrages, Zurich (Schulthess) 1997; *V. Armspach*, Bankhaftung bei drittgläubigerschädigender Kreditvergabe – Eine Präzisierung der Verhaltens- und Sorgfaltspflichten der kreditgewährenden und kreditsichernden Bank, Francfort s.M. (Lang) 1997; *F. Chaudet*, «L'obligation de diligence du banquier en droit privé», RDS 1994 II 1, 41 ss; *A. Länzlinger*, Die Haftung des Kreditgebers: Beurteilung möglicher Haftungstatbestände nach schweizerischem und nach amerikanischem Recht, thèse, Zurich (Schulthess) 1992.

19 Cf. TF, SJ 1994 729, RSDA 1997 154 r31 (crédit lombard).

20 ATF 118 II 112, RSDA 1994 48 r66.

21 Un courant doctrinal récent a cependant ouvert une nouvelle fois la controverse en critiquant l'étroitesse de la conception objective, cf. surtout *F. Werro*, «Die Sorgfaltspflichtverletzung als Haftungsgrund nach Art. 41 OR», RDS 1997 I 343.

22 ATF 93 II 329, JdT 1969 I 130, cons. 5 (responsabilité de la banque émettrice pour la formulation ambiguë d'un crédit documentaire).

23 *F. Dessemontet*, «La responsabilité de la banque dispensatrice de crédits comme organe de fait de son débiteur», in *Emptio – Venditio inter nationes: Festschrift für Heinz Neumayer*, Bâle (Vg für Recht und Gesellschaft) 1997, pp. 403 ss.

24 *H. Schönle*, «Die Bankauskunft nach Schweizerischem Recht», in *Droit des obligations et droit bancaire...* (n. 13) pp. 185 ss.

restrictivement la portée en admettant qu'elle ne s'applique qu'aux opérations bancaires entre le déposant et la banque, et ne garantit donc pas les créances que la banque pourrait faire valoir pour d'autres causes, notamment quand celles-ci sont postérieures (**r21**). Cet arrêt lui a donné l'occasion utile de rappeler que l'étendue des sûretés générales ou renouvelables (nantissement général, cession globale) doit être examinée à la fois sous l'angle de l'interprétation du contrat et sous celui de son admissibilité au regard des droits de la personnalité du constituant.

Une interprétation *contra proferentem* du contrat (mal) rédigé par un négociant en devises à son client a permis de corriger un véritable abus, qui consistait à prétendre pour chaque opération d'achat ou de vente d'une option sur devises une commission de 300 USD par contrat sous-jacent (et non par option). Le procédé avait généré en huit mois des commissions de 50'000 USD pour un portefeuille de 125'000 USD (**r12**). À défaut d'une interprétation correctrice du contrat, on aurait pu songer à l'usure!

6. Convention de banque restante

Deux arrêts du Tribunal fédéral (**r2** et **r13**) reviennent sur la correspondance « banque restante » dans le droit fil de la jurisprudence antérieure. Le mandat de domiciliation qu'elle constitue emporte la fiction, contractuellement voulue, qu'un avis est réputé reçu et opposable par le client dès qu'il est déposé dans le dossier de correspondance que la banque tient à son intention. Notre Haute Cour rappelle à juste titre que cette fiction connaît une limite, lorsque son application serait inéquitable de sorte que le fait de s'en prévaloir constitue, pour la banque ou même pour un tiers[25], un abus de droit. Une communication extraordinaire avec laquelle le client ne doit pas compter ne peut pas être considérée comme reçue du seul fait qu'elle est versée dans le dossier de correspondance. Le contraste est frappant, me semble-t-il, avec la jurisprudence en matière d'entraide pénale avec les Etats-Unis (TEJUS) qui retient que le délai d'opposition commence de courir dès qu'une décision reçue par la banque est versée dans ce même dossier[26]! L'étendue de cette exception s'apprécie donc différemment suivant que l'intérêt public ou seulement des intérêts privés sont en jeu.

7. Secret bancaire

On savait notre Haute cour peu encline à accueillir des prétentions civiles fondées sur la violation du secret bancaire, en tout cas lorsqu'il s'agit des conséquences fiscales d'une soustraction d'impôts. Elle avait précédemment nié le caractère réparable du dommage subi par le client au motif que l'impôt soustrait était dû de toute manière, et que le but des amendes pénales infligées en Suisse ou à l'étranger exclut que celles-ci soient supportées par un tiers par l'effet d'une responsabilité civile[27]. Sans se référer à ce précédent, les juges de Mon Repos ont adopté une formule encore plus incisive pour refuser une constitution de parties civiles. Il est vrai que les faits rappelés dans l'arrêt paraissent extraordinairement ténus (**r31**).

Il semble conforme au bon sens que l'obligation d'un réviseur bancaire de témoigner dans une procédure pénale, voire de produire des pièces, soit comparable à celle des organes de la banque. Un doute pouvait cependant subsister dès lors que le réviseur d'une société anonyme, tout comme l'avocat, est tenu d'une obligation de discrétion protégée par l'art. 321 CP, dont la levée est généralement plus rarement admise par les procédures cantonales et fédérales. Le Tribunal fédéral a confirmé la validité de la procédure pénale zurichoise, qui astreint les réviseurs bancaires aux mêmes obligations de témoignage et de production de pièces que les banquiers (**r34**). Cela se justifie certainement au regard de la double nature de l'activité du réviseur bancaire, mandataire de la banque certes, mais aussi et surtout bras séculier de la Commission fédérale des banques chargé de procéder à toutes les constatations et vérifications que celle-ci ne peut assurer en raison d'un secrétariat dont la taille défie toute comparaison internationale. On ne saurait me semble-t-il appliquer le même raisonnement à l'avocat, qui n'assure précisément pas une tâche publique de surveillance déléguée par le législateur. Certes, l'avocat confident de faits protégés par le secret bancaire est également visé par l'art. 47 LB dans l'intérêt du client de la banque[28]. Mais il n'en est pas moins tenu par son

[25] Cf. ATF 106 III 57: celui qui fait séquestrer les avoirs bancaires d'étrangers domiciliés à l'étranger doit, dans une certaine mesure, supporter les risques de retard liés aux communications adressées «banque restante».

[26] ATF 124 II 124.

[27] ATF 115 II 72, RSDA 1990 228 r17.

[28] ATF 121 IV 45, rés. JT 1997 IV 19, RSJ 1995 179 n° 9, PJA 1995 940 obs. *Watter.*

propre secret professionnel à l'égard de son propre client, qui est la banque. On ne voit pas pourquoi il faudrait refuser à celle-ci un privilège qui protège tous ceux qui ont besoin des services juridiques pour le soin desquels le législateur a statué l'art. 321 du code pénal.

Résumés

I. Bankverträge – *Contrats bancaires*

A. Allgemeines – *Généralités*

r1 Vertragszins, Verzugszins – Einschränkung des Zinseszinses (Art. 105 Abs. 1, 314 Abs. 3 OR);
Intérêt conventionnel, intérêt moratoire – composition des intérêts, restrictions de l'anatocisme (art. 105 al. 1, 314 al. 3 CO).

Les intérêts conventionnels courus sur une créance en capital ne portent intérêt moratoire qu'à partir du jour de la réquisition de poursuite pour la somme correspondante. Le *dies a quo* de l'intérêt moratoire sur les intérêts ne coïncide pas nécessairement avec celui de l'intérêt moratoire pour le principal.

TF (Civ. I), 24.6.1996 (A c. H SA): SJ 1997 148 [cons. 6].

r2 Banklagernde Korrespondenz – stillschweigende Genehmigung einer Geschäftsführung ohne Auftrag;
Convention de banque restante – ratification par le silence d'une gestion d'affaires sans mandat.

1. Les communications remises «banque restante» à la demande du client lui sont opposables comme s'il les avait effectivement reçues. Il est censé en avoir pris connaissance immédiatement. **2.** En raison des conséquences choquantes que pourrait avoir, dans certaines circonstances, l'application stricte de la fiction de réception du courrier, le juge conserve la faculté d'apprécier la situation en équité. Une situation manifestement contraire à l'équité pourra être sanctionnée au titre de l'abus de droit. **3.** Il n'y a pas lieu d'appliquer l'exception au principe quand, dans le cadre d'un dépôt de titres sans mandat de gestion, la banque a réinvesti le produit du remboursement anticipé d'une obligation en rachetant une obligation de même qualité (notation).

TF (Civ. I), 17.10.1995 (Dame P c. banque X): C.52/1995, n.p.

B. Einlagen – *Dépôts*

r3 Gelddepot – Formular A – wirtschaftliche Identität (Art. 2 Abs. 2 ZGB) zwischen Kontoinhaber und wirtschaftlich Berechtigtem (nein); keine Verrechnung;
Dépôt d'argent – Formule A – identité économique (art. 2 al. 2 CC) entre le titulaire du compte et son ayant-droit économique (non) – pas de compensation.

A la demande de restitution des avoirs déposés par un Anstalt liechtensteinois, la banque oppose en compensation une créance en responsabilité (fondée sur d'autres faits) contre la personne autorisée à signer pour l'Anstalt, laquelle s'était également désignée comme ayant-droit économique en signant la formule A. L'instruction met en évidence que cette personne est intéressée à parts égales avec un tiers aux avoirs de l'Anstalt. **1.** Le formulaire A prévu par la Convention de diligence des banques tend à prévenir l'utilisation du système bancaire suisse pour le blanchiment de capitaux anonymes ou d'origine douteuse. La confiance que la banque peut porter aux indications qui y figurent doit être mise en relation avec le but que poursuit l'utilisation du formulaire. **2.** L'indication de l'ayant-droit économique sur la formule A ne suffit pas à établir l'identité économique entre la personne ainsi désignée et le titulaire du compte, encore moins à prouver l'abus de droit qui justifierait la levée du voile social et la mainmise sur les avoirs en compte pour couvrir les dettes de l'ayant-droit économique.

TI Tribunal cantonal, 9.5.1996: RSJ 1997 377 n° 3.

C. Kredite – *Crédits*

r4 Darlehen – Rückzahlungsverzug – Haftung des Borgers – Nachweis des die Verzugszinsen übersteigenden Schadens (Art. 106 OR);
Prêt de consommation – emprunteur en demeure de remboursement – responsabilité – preuve d'un dommage du créancier supérieur à l'intérêt moratoire (art. 106 CO).

1. Le dommage supérieur à l'intérêt moratoire doit en principe être prouvé de manière concrète. Il y a cependant une présomption naturelle qu'un institut financier ou une société d'assurance place les sommes qui lui reviennent en remboursement de prêt afin d'en obtenir un rendement. **2.** Une expertise ayant établi que la somme remboursée aurait pu être placée avec un rendement de 7,75% pendant une première période, de 2% pendant une deuxième période, le créancier ne peut pas faire valoir le taux de 7,75% (CO 106) pendant la première période et le taux de l'intérêt moratoire, fixé conventionnellement (CO 104 al. 2) pendant la deuxième. Son préjudice doit être évalué globalement pour toute la durée et comparé avec l'intérêt moratoire.

TF (Civ. I), 7.5.1997 (G c. X Rückversicherungsgesellschaft): ATF 123 III 241 (d).

r5 Ausservertragliche Haftung der kreditgewährenden Bank gegenüber Dritten (Art. 41 Abs. 1 OR);
Responsabilité extra-contractuelle de la banque dispensatrice de crédits à l'égard de tiers (art. 41 al. 1 CO).

Sur un crédit de construction de 800'000 CHF, la banque a décaissé env. 163'000 CHF pour des dépenses sans rapport direct avec la construction financée. Action en dommages-intérêts d'un entrepreneur qui a obtenu un acte de défaut de biens à hauteur de 104'000 CHF. Le dommage subi par l'entrepreneur, qui est purement économique, résulterait de

l'octroi du crédit, qui aurait créé l'apparence de solvabilité du promoteur, et d'une surveillance déficiente dans son utilisation. **1.** L'entrepreneur n'étant pas contractuellement lié à la banque, il ne peut se prévaloir d'une responsabilité pour acte illicite que si la banque a violé une norme de comportement écrite ou non écrite destinée à le protéger contre les atteintes à son patrimoine. La création d'un état de fait dangereux pour le bien d'autrui n'est illicite que pour autant que l'atteinte à ce bien le serait également. L'illicéité d'une omission suppose que la loi impose l'acte et réprouve l'omission. **2.** «Aucune obligation générale de droit n'impose à un établissement bancaire de veiller encore, dans le cadre de ses rapports avec sa clientèle, à l'intérêt des tiers pouvant entrer en relation d'affaires avec cette dernière.» **3.** N'étant pas au bénéfice d'une hypothèque légale, l'entrepreneur ne peut invoquer la responsabilité de la banque selon CC 841.

VS Tribunal cantonal, 28.8.1996 (Paul Marchet c. Banque Populaire Suisse): RVJ 1997 173.

r6 Immobilienleasing – Qualifikation – sachliche Zuständigkeit;
Leasing (crédit-bail) immobilier – qualification – juridiction compétente ratione materiae.

1. Le contrat de leasing se distingue du contrat de bail en ce que, contrairement au bailleur, le crédit-bailleur offre avant tout un financement et ne répond ni de la délivrance du bien ni de la garantie pour les défauts. Contrairement au locataire, le preneur ne verse pas un loyer mais rembourse le financement qui lui a été accordé; il supporte tous les risques et les charges liés à la chose, dont il a non seulement l'usage mais également la jouissance. **2.** Le leasing immobilier n'est pas un contrat de bail, de sorte que le Tribunal des baux et loyers (GE) est incompétent pour connaître des litiges qui s'y rapportent.

GE Cour de justice, 22.11.1996 (R et C SA c. CS Leasing Immobilier SA): SJ 1997 237.

r7 Konsumkredit – Finanzierter Kauf – Anwendbarkeit des Abzahlungsrechts auf Darlehen und auf Kaufvertrag (Art. 226m Abs. 2 OR);
Crédit à la consommation (petit crédit) – vente financée – application des règles sur la vente par acomptes au prêt et à la vente (art. 226m al. 2 CO).

1. Le vendeur et la banque «s'entendent pour procurer la chose à l'acheteur contre paiement ultérieur du prix par acomptes» lorsque *in casu* le vendeur s'entremet auprès de la banque, que celle-ci connaît l'utilisation qui sera faite du crédit et en verse la somme directement en mains du vendeur, et qu'elle octroie à ce dernier une commission d'apport. **2.** Les dispositions sur la vente par acomptes régissent non seulement le contrat de prêt mais aussi le contrat de vente, à moins qu'il ne s'agisse d'un achat au comptant pour lequel le versement initial minimum fixé par la loi a été fait en mains du prêteur et le prix de vente au comptant acquitté sans supplément lors de la conclusion. Le contrat de vente qui ne comporte pas toutes les mentions obligatoires est nul, indépendamment des énonciations qui figurent dans le contrat de prêt.

TF (Civ. I), 12.4.1996 (R c. K): ATF 122 III 160 (d), JdT 1997 I 7, RJB 1998 208 obs. Wiegand.

r8 Konsumkredit – kantonaler Maximalzinsfuss (ZH) – Anwendung auf vorher abgeschlossene Verträge;
Crédit à la consommation (petit crédit) – législation cantonale sur le taux maximal (ZH) – applicabilité aux contrats en cours.

Le taux maximal de 15% introduit dans la législation zurichoise avec effet le 1.11.1993 s'applique également aux contrats conclus avant cette date. Il ne s'agit pas d'un effet rétroactif au sens propre.

ZH Obergericht, 7.6.1996: ZR 1997 127 n° 49.

r9 Gewerbliche Kreditvermittler – keine öffentliche Bewilligung (GE) – Nichtigkeit des Darlehens (nein; Art. 20 OR).
Intermédiaire professionnel – absence d'autorisation administrative (GE) – nullité du prêt (non; art. 20 CO).

Obtention d'un prêt bancaire par l'entremise d'un intermédiaire agissant régulièrement comme courtier pour la banque qui lui verse une commission (ici: 3030 CHF pour un prêt de 50'000 CHF). **1.** Quel que soit le sens et le but de l'autorisation requise par la législation genevoise relative aux intermédiaires pour la conclusion de prêts, l'inobservation de cette exigence par l'intermédiaire n'affecte pas la validité du contrat conclu par son truchement entre un emprunteur et la banque qui a fourni le prêt, contrat auquel l'intermédiaire n'est pas partie.

FR Tribunal cantonal, 4.12.1996 (Banque Z c. époux A): RFJ 1997 84.

D. Anlagen, Beratung, Vermögensverwaltung – *Placements, conseils, gestion de fortune*

r10 Optionsvertrag (im allgemeinen) – Qualifikation – Fälligkeit – Verjährung;
Contrat à option (en général) – qualification – exigibilité – prescription.

L'arrêt porte sur une option tendant à la construction d'un ouvrage sur un bien-fonds. **1.** Un droit d'option confère à son titulaire la possibilité de donner effet ou de prolonger un contrat dont le contenu est déjà déterminé au moyen d'une déclaration unilatérale de volonté. Le contrat est ainsi soumis à une forme particulière de condition potestative suspensive. **2.** En principe, les créances assorties d'une condition purement potestative se prescrivent dix ans après la conclusion du contrat.

TF (Civ. I), 5.12.1995 (Steinmann AG c. Willy Schuchter): ATF 122 III 10 (d), JdT 1998 I 111 [cons. 4a & 6].

r11 Unlauterer Wettbewerb – Beratungsvertrag – abratende Auskunft – keine Herabsetzung (Art. 3 lit. a UWG);

Concurrence déloyale – conseil en placement – conseil négatif – dénigrement (non; art. 3 lit. a LCD).

Recommandation dans un rapport écrit de ne pas investir dans les parts d'un fonds de placement (manque de liquidité du titre, frais, diversification). **1.** Un propos est dénigrant lorsqu'il rend méprisable le concurrent, ses marchandises etc. Tout propos négatif ne suffit, il doit revêtir un certain caractère de gravité. **2.** Dénigrement non admis s'agissant de propos inexacts («... für diese Fonds kaum bezahlte Preise zu eruieren sind...») tenus par un conseiller en placement qui, dans l'ensemble du contexte, ont une portée secondaire.

TF (Cass. pén.), 9.2.1996 (A c. Staatsanwaltschaft LU et X GmbH): ATF 122 IV 33 (d). Cet arrêt pénal est transposable aux prétentions civiles du concurrent victime d'un acte de concurrence déloyale.

r12 Vermögensverwaltungsvertrag – Devisenoptionen – Auslegung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – übermässige Kommissionen – Informations-, Beratungs- und Warnpflichten – haftungsbeschränkende Klauseln (Art. 100, 101 und 398 OR);

Gestion de fortune – options sur devises – interprétation des conditions générales – commissions excessives – devoir d'information, de conseil et de mise en garde – organisation adéquate – responsabilité du gérant – clauses limitatives de responsabilité (art. 100, 101 et 398 CO).

Gestion discrétionnaire de 125'000 CHF placés dans des options sur devises. Après prélèvement de 48'924 CHF de commissions, 59'555 CHF ont été perdus. Condamnation au remboursement de ces deux montants confirmée par le TF. **1.** Interprétation *contra proferentem* des conditions générales: le client devait comprendre qu'une commission de 300 USD était prélevée pour chaque opération, quel que soit le nombre de contrats sur lesquels portait la transaction. **2.** Les règles du mandat relatives à l'obligation de diligence et de fidélité s'appliquent au négociant chargé de gérer discrétionnairement les avoirs qui lui sont confiés, quelle que soit la qualification des interventions par lesquelles il achète ou vend des options pour le compte de son client. **3.** Le négociant en options ou en opérations à terme est soumis à un devoir d'information. Le conseiller en placement et le gérant de fortune sont en outre tenus d'un devoir de conseil et de mise en garde. Ils doivent s'informer spontanément des connaissances de leur client et de sa disponibilité à prendre des risques. Le client doit être renseigné quant aux risques des investissements envisagés et, suivant les besoins, conseillé avec précision sur les possibilités d'investissement et mis en garde contre les décisions hâtives. Ces devoirs sont particulièrement prononcés pour des opérations à terme et des options. Il ne suffit pas de mentionner simplement le risque de perte et de recueillir formellement le consentement de l'investisseur sur cette base lorsque simultanément des perspectives de gain irréalistes lui ont été décrites. **4.** Le personnel du négociant n'était pas suffisamment formé et l'organisation de son exploitation était déficiente. Cette faute dans l'acceptation du mandat de gestion (*Übernahmeverschulden*) lui interdit de se prévaloir des connaissances insuffisantes de la conseillère affectée au client. Cela correspond à la notion objectivée de la faute selon le droit suisse. **5.** Comme la responsabilité du négociant est engagée pour une omission, le dommage réparable comprend toutes les pertes qui auraient été évitées si le client avait été dûment informé, conseillé et mis en garde. Selon l'expérience générale de la vie, le client ne se serait pas laissé entraîner à des opérations spéculatives si le négociant l'avait informé de façon adéquate. **6.** La clause d'exclusion de responsabilité figurant dans les conditions générales reste sans effet. En tant qu'elle concerne les organes, ceux-ci ont commis une négligence grave. La clause n'est pas claire quant à une exclusion de la responsabilité à raison des auxiliaires. Il n'est pas besoin de décider si l'exclusion de la responsabilité du mandataire serait nulle en soi du fait qu'elle serait contradictoire avec la bonne et fidèle exécution de l'affaire qui lui est confiée.

TF (Civ. I), 7.10.1997 (X AG c. Y): ATF 124 III 155 (d), rés. RSDA 1998 145.

Cf. Matthias Kuster, «Verschärfte Aufklärungspflicht des Vermögensverwalters», Der Schweizer Treuhänder 1998 311. Traduction et commentaire à paraître dans La Semaine judiciaire.

r13 Vermögensverwaltungsvertrag – unabhängiger Vermögensverwalter – begrenzte Vollmacht – banklagernde Korrespondenz – Informationspflicht – Erforderlichkeit einer Sicherheitsmarge – Haftung der Depotbank;

Gestion de fortune – gérant indépendant – procuration limitée – correspondance banque restante – devoir d'informer – exigence d'une marge – responsabilité de la banque dépositaire.

Le client exige de la banque dépositaire l'indemnisation du dommage que lui ont causé l'achat et la vente d'options sur devises qui dépassaient de plus de 50% la valeur de la fortune gérée, représentaient une concentration excessive des risques de la gestion, ne constituaient pas une couverture suffisante de son crédit lombard et n'étaient pas couvertes par le dépôt d'une marge appropriée. **1.** La banque n'encourt pas de responsabilité du chef du gérant indépendant qui n'était *in casu* ni son organe ni son auxiliaire. **2.** La banque dépositaire de fonds et de valeurs mobilières est tenue d'une obligation de diligence en tant qu'elle se charge de l'administration des titres, caractérisée par les actes de nature technique qui tendent à maintenir leur valeur économique (encaissement de revenus, surveillance des échéances et remboursements anticipés, échange des titres, etc.). Lorsque le client a délibérément préféré les compétences professionnelles et techniques d'un gérant indépendant à celles de la banque, celle-ci n'encourt aucune obligation de surveillance sur le gérant ni aucune responsabilité pour les décisions ob-

jectivement erronées de ce dernier. C'est même le cas lorsque la banque devait connaître la stratégie convenue entre le client et le gérant et que celui-ci s'en écarte. **3.** Une obligation d'informer le client sur les risques caractéristiques des options suppose l'existence d'un contrat de gestion de fortune; elle ne concerne donc pas la banque. **4.** L'exigence du dépôt d'une marge en garantie des risques encourus lors de la vente d'options tend à protéger la banque. Le client ne peut pas se plaindre de l'absence de cette précaution lorsqu'il n'en a pas expressément exigé le respect par la banque. **5.** La banque a manqué à la diligence due au client en conservant la correspondance malgré la révocation de la convention de banque restante. Le client n'ayant cependant pas pu prouver que la réception de cette correspondance lui aurait permis d'éviter son dommage en lui permettant de restreindre ou de révoquer en temps utile la procuration du gérant, la violation de cette obligation n'est pas la cause adéquate du dommage subi.

ZH Handelsgericht, 13.5.1996 (X c. SBV): UlHG940510, n.p.

r14 Vermögensverwaltung – unabhängiger Vermögensverwalter – Haftung des nichtgewerblichen kostenlosen Vermögensverwalters: diligentia quam in suis – Haftung der Depotbank: keine Überwachungs- und Warnpflichten – Umfang der Vollmacht – «Effekten»;
Gestion de fortune – gérant externe – responsabilité du gérant non professionnel agissant à titre gratuit: diligence quam in suis – responsabilité de la banque dépositaire: pas d'obligation de surveiller et d'avertir – étendue du pouvoir de gestion – notion de «titres».

Gestion discrétionnaire entreprise à titre gratuit par un gérant non professionnel (crieur en bourse) dont le mandant sait qu'il ne dispose pas de compétences spécifiques à la gestion. Opérations spéculatives entreprises par le gérant pour le compte de son mandant et pour son compte propre. **1.** La diligence due par le mandataire ne se mesure pas toujours selon des critères objectifs. *In casu*, les parties avaient convenu que le mandataire devait gérer les biens du demandeur comme les siens propres. On ne saurait donc appliquer les directives de l'ASB sur le mandat de gestion pour mesurer la diligence due par le gérant. **2.** Le gérant ayant in casu investi les avoirs de son mandant de la même manière que les siens propres, aucune violation de son obligation de diligence ne peut lui être reprochée. **3.** La banque qui, sans être au bénéfice d'un mandat de gestion, s'engage uniquement à exécuter des ordres de bourse confiés sporadiquement n'est pas tenue à une sauvegarde générale des intérêts du mandat. Elle ne doit renseigner le client qu'à sa demande, sauf s'il apparaît que celui-ci n'a aucune idée des risques qu'il court. Ces principes s'appliquent d'autant plus strictement que le client est représenté par un gérant de fortune indépendant. **4.** La procuration donnant au gérant le pouvoir de procéder à tous achats, ventes et conversion de «titres» vise non seulement les papiers-valeurs, mais aussi les options. **5.** Le client ne peut reprocher à la banque d'avoir accepté des découverts temporaires sur son compte courant lorsque les conditions générales qu'il a signées autorisent la banque à exécuter des ordres malgré de tels dépassements de crédit.

TF (Civ. I), 29.10.1997 (DC c. R et HC Banque): SJ 1998 198.

r15 Vermögensverwaltungsvertrag – Umfang der Vollmacht – Auslegung – Handelsbräuche (SBVg-Richtlinien);
Mandat de gestion de fortune – étendue des pouvoirs du gérant – interprétation de la procuration – usages professionnels (Directives ASB).

Mandat de gestion conféré au sous-directeur d'une banque. Régularité des transactions sur devises ordonnées par le gérant. **1.** Les directives de l'ASB sur le mandat de gestion ont valeur d'usages professionnels pour l'interprétation et le complètement de la convention des parties, même lorsque le gérant n'est pas une banque, pour autant cependant que les parties n'aient pas réglé la question. **2.** Lorsque la volonté réelle et concordante du client et du gérant ne peut être établie, l'étendue des pouvoirs du gérant est déterminée par une interprétation normative de la procuration selon le principe de la confiance. En l'espèce, le fait que le client ait lui-même donné des instructions relatives à des opérations sur devises avant l'octroi du mandat de gestion est une circonstance qui permet de considérer que la procuration s'étendait à de telles opérations.

TF (Civ. I), 31.10.1997 (T c. FSW SA): SJ 1998 379 [cons. 3b et 3c].

r16 Vermögensverwaltung – unabhängiger Vermögensverwalter – Haftung der Depotbank (nein);
Gestion de fortune – gérant indépendant – responsabilité de la banque dépositaire (non).

Le demandeur, juriste, avait déposé ses avoirs auprès de la défenderesse (société financière), tout en conférant à un gérant externe une procuration très large, excluant seulement le retrait de titres et de fonds par le gérant. Gestion spéculative ayant entraîné la perte totale des avoirs déposés. La défenderesse avait à titre transactionnel indemnisé le demandeur à hauteur des fonds déposés à l'origine. Le contentieux ne porte plus que sur le gain manqué sur la gestion. Le TF rejette la responsabilité de la banque dépositaire à raison des actes du gérant indépendant. **1.** Le gérant n'a jamais été inscrit au registre du commerce comme organe de la défenderesse. Il n'était pas davantage un organe de fait car il n'exerçait aucune activité dirigeante au sein de la défenderesse. **2.** Le gérant n'était pas l'auxiliaire contractuel de la défenderesse, car celle-ci n'avait contractuellement assumé aucune obligation de gestion dont elle aurait confié l'exécution au gérant. L'existence d'une collaboration étroite entre eux n'y change rien. En outre, les documents contractuels ne pouvaient être compris autrement par le demandeur. **3.** La défenderesse ne commet pas d'abus de droit en se prévalant de la dualité juridique entre elle-même et le gérant externe, car celui-ci n'a pas agi comme un sim-

ple instrument dans les mains de la défenderesse de sorte qu'une confusion économique totale ou quasi totale entre personnes morales et physiques en fût résulté. **4.** La défenderesse n'a pas manqué à une éventuelle obligation de surveillance. La procuration du gérant était extrêmement large, n'excluant que les retraits de fonds. En outre, le gérant ordonnait des opérations qui rentraient précisément dans le domaine de spécialisation de la défenderesse. En l'absence d'instructions particulières, la défenderesse n'avait pas de question à se poser et, n'étant pas le tuteur du demandeur, elle devait exécuter les ordres donnés par le gérant dans les limites très larges de ses pouvoirs.

GE Cour de justice, 21.2.1997 (B c. Société Financière M SA): SJ 1997 590.

r17 Effekten – direkte Börsenaufträge vom Kunden an den Broker;
Valeurs mobilières – ordres de bourse passés directement par le client chez le broker.

La banque ou le négociant qui autorise un client à donner des ordres directement à un broker au nom de la banque (du négociant) doit régler par contrat avec le client et avec le broker **1.** l'étendue de la procuration en faveur du client autorisant celui-ci à agir au nom de la banque à l'égard du broker, **2.** le plafond accordé au client et la marge de manœuvre temporelle pour en disposer, **3.** une réserve précisant que les ordres donnés par le client qui dépassent le plafond autorisé ne seront pas honorés par la banque et ne la lient pas. Ces contrats ne doivent plus être notifiés à la CFB, ainsi que l'avait prescrit la décision publiée au Bulletin CFB 17 (1987) p. 26.

CFB, 26.2.1998: Communications CFB n° 3 (1998) du 31.3.1998, annexe 2.

E. Bankgarantien – *Garanties bancaires*

r18 Bankgarantie – Arrest über den Anspruch des Begünstigten durch den Auftraggeber – Durchgriff – Rechtsmissbrauch
Garantie bancaire – séquestre par le donneur d'ordre de la créance du bénéficiaire – transparence – abus de droit

Admise par le TF (ATF 117 III 76, rés. RSDA 1994 48 r64), la faculté du donneur d'ordre de faire séquestrer la créance du bénéficiaire d'une garantie bancaire est controversée (*venire contra factum proprium*). Elle est d'autant plus critiquable lorsque le bénéficiaire de la garantie est une filiale de la société dont le donneur d'ordre est créancier et que celui-ci faire porter le séquestre sur la créance du bénéficiaire en prétendant que celui-ci (filiale) et son débiteur (société-mère) en contestant leur dualité juridique (*Durchgriff, piercing the corporate veil*).

GE Cour de justice, 21.3.1997 (LE Ltd c. G SA): SJ 1998 167 [cons. 4b].

r19 Garantieverträge einer ausländischen öffentlich-rechtlichen Körperschaft (französische Gemeinde) – Gerichtsstandswahl zugunsten schweizerischer Gerichte – Wirksamkeit nach ausländischem öffentlichem Recht hinsichtlich Vertretungsmacht – Rechtsmittel;
Contrats de garantie souscrits par une collectivité publique étrangère (commune française) – élection de for en faveur d'un tribunal suisse – validité au regard des règles du droit public étranger relatives aux pouvoirs des organes de la collectivité publique – voies de droit.

Garantie par une commune française du remboursement de crédits bancaires consentis à un investisseur pour la construction d'un hôtel sur son territoire. Contestation de la validité de cet engagement et de l'élection de for en raison d'une prétendue violation des règles de droit public français relatives aux pouvoirs du maire de représenter la commune. **1.** La commune française qui garantit le remboursement d'un crédit bancaire n'agit pas dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, mais au même titre qu'un particulier traitant avec un tiers sur un pied d'égalité. La Convention de Lugano (art. 17) est applicable à la prorogation de for qu'elle a souscrite. **2.** Les tribunaux suisses valablement saisis de l'action fondée sur cette garantie sont compétents pour examiner à titre préjudiciel la régularité au regard du droit public français de l'engagement souscrit par le maire au nom de la commune. **3.** Sur cette question, le Tribunal fédéral ne peut être saisi que par un recours de droit public et ne sanctionnera que l'application arbitraire du droit étranger (art. 43a OJF).

TF (Civ. I, recours de droit public), 15.1.1998 (Commune de Macot La Plagne c. Banques X, Y et Z): ATF 124 III 134 (d).

II. Sicherheiten – *sûretés*

A. Personalsicherheiten – *sûretés personnelles*

r20 Globalzession zur Sicherung eines Bankkredits – Doppelzession – Zahlung an zweiten Zessionar – Befreiung des Schuldners – ungerechtfertigte Bereicherung;
Cession générale de créances à titre de sûreté d'un crédit bancaire – double cession – paiement en mains du deuxième cessionnaire – libération du débiteur – enrichissement illégitime.

1. Seule la première cession déploie ses effets, y compris à l'égard des créances nées après la deuxième cession, car celle-ci porte sur des biens dont le cédant n'avait plus le pouvoir de disposer. La bonne foi du deuxième cessionnaire est sans pertinence. **2.** Le débiteur qui paie de bonne foi au deuxième cessionnaire est libéré. Le premier cessionnaire acquiert une créance en enrichissement illégitime contre le deuxième cessionnaire dans la mesure de tels paiements. **3.** La deuxième cession n'est pas nulle; elle déploie ses effets si, pour une cause quelconque, les créances retournent dans le patrimoine du cédant.

TF (Civ. I), 21.1.1998 (Caisse de compensation X et al. c. Crédit Suisse): SJ 1998 385.

B. Dingliche Sicherheiten – *sûretés réelles*

r21 Pfandklausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen – Ungewöhnlichkeit (nein) – pfandgesicherte Forderungen – Organhaftung (nein) – Retentionsrecht – Verrechnung;

Droit de gage dans les conditions générales – clause insolite (non) – créances garanties – responsabilité de l'administrateur (non) – droit de rétention – compensation.

Dépôt de titres d'un client accédant par la suite au conseil d'administration de cet établissement. Droit de gage stipulé dans les conditions générales et dans le règlement de dépôt de l'établissement. Garantie des créances résultant de la responsabilité de l'administrateur. **1.** Le dépôt de valeurs mobilières est un contrat mixte combinant un contrat de dépôt au sens de CO 472 ss et un rapport de mandat relativement à l'administration des valeurs déposées. Le déposant peut réclamer la restitution en tout temps. Le dépositaire qui s'y refuse doit prouver les conditions du droit qu'il oppose. **2.** Les clauses instituant un droit de gage général en faveur de la banque doivent être examinées à la fois sous l'angle contractuel et sous celui de la protection de la personnalité. **3.** Un droit de gage général n'est valable que pour autant que le cercle des créances garanties est limité aux obligations que le constituant pouvait raisonnablement envisager au moment de la conclusion du contrat (ATF 108 II 47 c. 2), ce qui vaut également en matière de cautionnement (ATF 120 II 35 c. 3a). **4.** Figurant dans des conditions générales, la clause de gage doit être interprétée conformément au principe de la confiance. Une telle clause n'est pas insolite dans le contexte d'un compte courant ou d'un dépôt de titres. Elle ne garantit que les créances qui résultent ou résulteront des opérations bancaires entre le client et l'établissement, à l'exclusion de tout autre rapport juridique. En sont exclues les prétentions résultant d'un acte illicite (à moins que celui-ci soit en relation immédiate avec les opérations bancaires) ou de la responsabilité d'un organe. **5.** La banque ne dispose pas d'un droit de rétention en l'absence d'un rapport naturel de connexité entre ses prétentions et l'objet du dépôt. **6.** La banque ne peut objecter la compensation de ses créances avec les intérêts encaissés sur les obligations en dépôt dès lors que, pour défendre à l'action tendant au paiement de ces sommes, elle doit prouver l'existence des créances compensantes, ce qu'elle n'a pas fait.

TF (Civ. I), 6.12.1996 (Spar- und Leihkasse X in Nachlassliquidation c. B): PJA 1997 1027, NZZ du 9.7.1997 p. 25

r22 Schuldbrief – Rückzahlungsklauseln – öffentliche Beurkundung (nein);

Cédule hypothécaire – clauses relatives au remboursement du capital – forme authentique (non).

Les clauses spéciales relatives au remboursement, à la dénonciation du capital ou à l'amortissement de la dette (CC 799 al. 2, ORF 40 al. 2) ne sont pas des éléments objectivement essentiels du contrat tendant à la constitution d'un gage. Même si de telles clauses figurent dans l'acte authentique, elles peuvent ultérieurement être modifiées par les parties sans respecter la même forme.

TF (Civ. II), 7.1.1997 (W L c. Bank X): ATF 123 III 97 (d), JdT 1998 I 57, rés. SJ 1997 526.

r23 Schuldbrief – Betreibung auf Pfandverwertung – Rechtsöffnung – Kündigung der Forderung;

Cédule hypothécaire – poursuite en réalisation du gage immobilier – mainlevée d'opposition – dénonciation de la créance au remboursement.

Cédules hypothécaires constituées longtemps avant l'obtention d'un crédit hypothécaire, dont la propriété est remises à la banque en garantie de remboursement dudit crédit. **1.** Si la constitution d'une cédule hypothécaire en faveur du créancier éteint par novation l'obligation dont elle résulte (CC855), ce n'est pas le cas de la remise au créancier d'une cédule constituée par le débiteur longtemps avant la naissance de son obligation envers le créancier. **2.** Le créancier doit déterminer quelle est la créance en poursuite. La créance abstraite garantie par le gage immobilier et incorporée dans la cédule dont le créancier est propriétaire et la créance causale résultant du contrat de prêt pour lequel la cédule avait été remise en garantie sont indépendantes l'une de l'autre. **3.** La poursuite en réalisation du gage immobilier, fondée sur la créance abstraite incorporée dans la cédule hypothécaire, suppose que cette créance ait été dénoncée au remboursement, ce que le juge vérifie d'office. La dénonciation du seul contrat bancaire ne suffit pas.

NE Cassation civile, 24.7.1996 (Banque X): RJN 1996 281. Sur les rapports entre les deux créances, voir précédemment: ATF 119 III 105, rés. RSDA 1995 36 r58 et 297 r88; ATF 115 II 149, rés. RSDA 1990 235 r31; SJ 1995 108.

III. Zahlungsverkehr – *Moyens de paiement*

A. Wechsel, Check – *Effets de change, chèques*

r24 Verpflichtung zur Überweisung in WIR-Checks – kein Rechtsöffnungstitel (Art. 82 SchKG);

Engagement de payer en chèques WIR – titre de mainlevée provisoire (non; art. 82 LP).

L'engagement écrit de payer au moyen de chèques WIR ou par un virement dans le système WIR n'est pas un titre de mainlevée provisoire, car il ne peut pas être converti en une somme en monnaie légale au moyen d'un cours déterminable.

BL Obergericht, 20.2.1996: BlSchK 1997 189 n° 34.

B. Überweisungen – *Virements*

r25 Banküberweisung – irrtümliche Gutschrift zugunsten des Kontos eines Dritten – Stornierung (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4, 62 OR);
Virement bancaire – bonification erronée au compte d'un tiers – extourne (art. 24 al. 1 ch. 4, 62 CO).

Après avoir porté au crédit d'un compte un virement destiné à un autre bénéficiaire, la banque se prévaut de son erreur pour extourner la bonification. **1.** La bonification d'un virement au crédit d'un compte bancaire est une déclaration de volonté. Entachée d'un vice de la volonté (erreur sur la personne du bénéficiaire), elle peut être attaquée par une déclaration unilatérale de la banque (droit d'extourne). **2.** Une bonification erronée enrichit sans cause le titulaire du compte qui la reçoit. La banque peut donc extourner l'écriture même si le destinataire est de bonne foi. En raison de la relation contractuelle entre la banque et le destinataire, celui-ci doit entreprendre son possible pour rétablir la situation; son consentement à l'extourne est tacite.

Les considérants 5 à 7, non publiés, retiennent une responsabilité contractuelle de la banque envers le client pour le dommage qu'elle lui a causé par cette bonification erronée, laquelle a amené celui-ci a disposer de cette somme de sorte qu'il ne peut plus aujourd'hui en obtenir la restitution.

TF (Civ. I), 18.4.1995 (A SA c. C): SJ 1995 727 [c. 4].

r26 Zahlung auf Postkonto – Zahlstelle – Zeit und Ort der Befreiung des Schuldners;
Versement au compte postal – domicile de paiement – lieu et moment de la libération du débiteur.

Un bailleur fixe un délai de paiement au locataire (CO 257d) et lui remet des bulletins de versement postaux en faveur de son compte bancaire. **1.** Le créancier qui remet des bulletins de versement postaux désigne la poste comme domicile de paiement. **2.** Le débiteur d'une dette portable respecte le délai s'il procède au versement au domicile de paiement (guichet postal) avant l'échéance. Le créancier supporte le risque d'un retard dans la bonification des fonds à son compte postal ou bancaire.

TF (Civ. I), 20.3.1998: ATF 124 III 145 (d), Bull. CEDIDAC n° 30 (6/1998) p.4 obs. Betschart.

C. Dokumentenakkreditive – *crédits documentaires*

r27 Anwendbares Recht – fehlendes Konnossement – Hinterlegung – Zahlungswährung;
Droit applicable – connaissement manquant – consignation – monnaie du paiement.

1. Distinction entre crédit documentaire (accréditif, *letter of credit*) et lettre de crédit. **2.** La banque notificatrice, qu'elle soit ou non domicile de paiement, n'est pas débitrice de la somme d'accréditif si elle n'a pas ajouté sa confirmation. Les relations entre la banque émettrice dont le siège est en Suisse, le bénéficiaire et le donneur d'ordre, relèvent du droit suisse. **3.** Conformément au principe de la rigueur documentaire (stricte observation des conditions du crédit), la banque examine la conformité formelle des documents présentés aux conditions du crédit, à l'exclusion de leur exactitude matérielle. **4.** En l'espèce, les parties ont modifié les conditions du crédit de sorte que la banque était autorisée à lever un connaissement dont le troisième original était remplacé par la déclaration de sa perte par le vendeur (lettre de garantie, *letter of indemnity*). **5.** La banque peut se libérer en consignant la somme d'accréditif lorsque, après avoir soigneusement examiné la situation en fait et en droit, le débiteur peut conserver des doutes quant à la personne du créancier et qu'il n'est raisonnablement pas à même de les lever à ses propres risques. Ce n'est pas le cas lorsque le donneur lui fait interdiction de payer parce qu'il conteste la réalisation des conditions documentaires. **6.** L'accréditif libellé en USD peut être payé en USD par la banque émettrice. Elle ne peut pas se voir imposer le paiement en CHF par un jugement.

TF (Civ. I), 17.7.1997 (Banque X SA et masse en faillite de V Ltd c. Y SA): SJ 1998 206.

r28 Dokumentenakkreditiv mit hinausgeschobener Zahlung – Zahlung gegen Dokumente – dingliche Rechte an Ware und Konnossement – *letter of indemnity* – Haftung gegenüber der emittierenden Bank;
Crédit documentaire à paiement différé – paiement contre documents – droits réels sur la marchandise et sur le connaissement – lettre de garantie (letter of indemnity) de déchargement – Responsabilité envers la banque émettrice.

Crédit documentaire émis par une banque arabe en faveur d'un vendeur en Suisse, confirmée par une banque suisse. Connaissements émis à l'ordre de la banque émettrice, avec droit pour celle-ci de prendre possession et de réaliser la marchandise si le donneur d'ordre (acheteur) ne lui fournit pas la couverture intégrale. Déchargement et disposition par l'acheteur de la cargaison au port de destination sans connaissement contre une lettre de garantie procurée par le vendeur. Présentation des documents à la banque confirmatrice et paiement au bénéficiaire. La banque émettrice, non couverte par le donneur d'ordre et privée de son gage sur la marchandise, agit en responsabilité contre le bénéficiaire du crédit documentaire et contre la société qui l'administre et le représente, avec lesquels elle n'est pas par ailleurs en relations contractuelles. **1.** Le crédit documentaire à paiement différé dissocie le moment de l'utilisation du crédit (présentation des documents) de son paiement. Il a pour fonction de procurer du crédit au donneur d'ordre et de le libérer de l'obligation de s'exécuter trait pour trait. Le donneur d'ordre peut donc entrer en possession de la marchandise et la revendre avant d'en payer le prix. **2.** Sauf convention contraire, les documents sont payables à vue dans le rapport entre le donneur d'ordre et la banque émettrice (principe paiement contre documents). La banque émettrice est alors en droit de retenir les documents tant que le donneur d'ordre ne lui rembourse pas la somme d'accréditif. **3.** Lorsque le connaissement libellé

à l'ordre de la banque émettrice lui est remis, celle-ci en acquiert la propriété fiduciaire, alors que c'est en principe l'acheteur qui acquiert la propriété de la marchandise (controversé). La banque acquiert ainsi une sûreté réelle sur la marchandise, ainsi qu'un droit de rétention légal. Comme titulaire des droits incorporés dans le titre représentatif de la marchandise, la banque peut en demander la délivrance au transporteur. **4.** En l'espèce les lettres de garantie qui ont permis le déchargement de la marchandise en mains du donneur d'ordre ont été émises, à l'insu des banques, par le bénéficiaire, non pas en raison de l'arrivée tardive des documents au port de débarquement, mais uniquement pour éviter que le donneur d'ordre ne soit contraint par la banque émettrice de payer le prix avant de prendre possession de la marchandise. L'émission de lettres de garantie ne répondait à aucun motif légitime. **5.** En privant la banque émettrice de ses sûretés réelles, le bénéficiaire du crédit et la société qui l'administre et le représente ont engagé leur responsabilité envers la banque émettrice.

TF (Civ. I), 6.2.1996 (T SA et C SA en liquidation c. Banque Y): ATF 122 III 73 (f), rés. JdT 1996 I 617, PJA 1996 1133, RJB 1998 206 obs. Wiegand.

r29 Dokumentenakkreditiv mit hinausgeschobener Zahlung – Vorauszahlung an den Begünstigten durch die bestätigende Bank – Arrest auf Forderung des Begünstigten gegen die eröffnende Bank – Anwendung deutschen Rechts – staatsrechtliche Beschwerde;
Crédit documentaire à paiement différé – escompte par la banque confirmatrice – séquestre de la créance du bénéficiaire contre la banque émettrice – application du droit allemand – recours de droit public.

Crédit documentaire à paiement différé émis par une banque suisse, confirmé par une banque allemande. Documents présentés à la banque allemande, qui escompte (achète) la créance du bénéficiaire avant son exigibilité. Séquestre à la requête du donneur d'ordre de la créance du bénéficiaire contre la banque émettrice. Existence de la créance séquestrée? **1.** La banque notificatrice chargée du paiement est un simple intermédiaire de la banque émettrice: elle doit se soumettre aux directives de celle-ci et n'a aucune obligation envers le bénéficiaire. **2.** La banque confirmatrice est personnellement obligée envers le bénéficiaire, qui doit d'abord exiger d'elle le paiement avant de pouvoir s'adresser à la banque émettrice. **3.** Dans les contestations civiles de nature pécuniaire, l'application erronée d'un droit étranger (i.c. droit allemand) ne peut être revu que sous l'angle de l'arbitraire dans le cadre d'un recours de droit public. **4.** Il n'est pas manifestement contraire à la jurisprudence allemande (BGH 16.3.1987, NJW 1987 2578, qui concerne l'escompte d'un accréditif par une banque notificatrice, et non confirmatrice) d'admettre que le bénéficiaire qui obtient de la banque confirmatrice l'escompte de sa créance perd du même coup sa créance contre la banque émettrice par exécution. **5.** La créance en remboursement de la banque confirmatrice contre la banque émettrice ne peut être séquestrée au préjudice du bénéficiaire.

TF (Civ. I, recours de droit public), 15.12.1997 (Société E c. Bank Kreiss Aktiengesellschaft): SJ 1998 388.

r30 Dokumentenakkreditiv mit hinausgeschobener Zahlung – Vorauszahlung an den Begünstigten durch die bestätigende Bank – Arrest auf Forderung des Begünstigten gegen die eröffnende Bank;
Crédit documentaire à paiement différé – escompte par la banque confirmatrice – séquestre de la créance du bénéficiaire contre la banque émettrice

1. Dans un accréditif confirmé, la banque émettrice et la banque confirmatrice sont débitrices solidaires du bénéficiaire. L'engagement de la première revêt cependant un caractère subsidiaire par rapport à celui de la seconde lorsque la présentation doit avoir lieu aux guichets de cette dernière. **2.** Lorsque la banque confirmatrice lève des documents conformes et les transmet à la banque émettrice, elle acquiert immédiatement contre celle-ci une créance en remboursement pour la somme qu'elle a payée au bénéficiaire ou en couverture de l'engagement qu'elle a souscrit envers lui (paiement différé).

GE Cour de justice, 22.11.1996 (Société E c. Bank Kreiss Aktiengesellschaft): SJ 1998 393. Confirmé par TF, supra r29.

IV. Diverses – *Divers*

r31 Bankgeheimnis – zivilrechtliche Haftung der Bank (Art. 41, 97 OR);
Secret bancaire – responsabilité civile de la banque (art. 41, 97 CO).

Rejet d'une constitution de partie civile fondée sur une éventuelle violation du secret bancaire à l'égard des autorités fiscales allemandes. «On ne voit pas sur quelle base juridique les recourants pourraient exiger de la banque (respectivement de ses responsables) qu'elle paie leurs impôts ou une amende pour une soustraction qu'ils ont décidé seuls, simplement parce que la banque ne les aurait pas aidés à dissimuler des preuves.»

TF (Cass. pén.), 12.12.1997 (Époux S c. M [Suisse] SA et Procureur général GE): ATF 123 IV 254 (f).

r32 Bankgeheimnis u. Berufsgeheimnis der Bankrevisoren (Art. 47 BankG, 321 StGB) – kantonale Strafprozessordnung (ZH) – Zeugnis- und Editionspflichten;
Secret bancaire et secret professionnel des réviseurs bancaires (art. 47 LB, 321 CP) – procédure pénale cantonale (ZH) – obligation de témoigner et de produire des pièces.

1. Les organes de révision bancaire sont assimilés aux autres personnes astreintes au secret bancaire. Le secret pro-

fessionnel de CP 321 ne s'applique qu'aux réviseurs qui sont tenus d'un devoir de discrétion en vertu du CO (notamment organe de révision d'une société anonyme, CO 728 ss), non aux réviseurs dont l'activité se fonde sur la législation bancaire ou sur un simple rapport contractuel. LB 47 l'emporte sur CP 321 en tant que *lex specialis*. **2.** Le réviseur bancaire est tenu de témoigner en justice et de remettre les pièces en sa possession si la procédure cantonale applicable ne l'en dispense pas. La procédure pénale zurichoise, qui ne prévoit pas une telle dispense, ne viole pas le droit fédéral.

TF (Pub. I), 31.1.1996 (1P.460/1995): NZZ n° 52 des 2/3.3.1996 p. 55.

r33 Kantonale Gerichtsordnung (ZH) – Handelsgericht – Unabhängigkeit der Handelsrichter – fair trial (Art. 6 Abs. 1 EMRK);
Organisation judiciaire cantonale (ZH) – tribunal de commerce – juges échevins – indépendance – jugement équitable (art. 6 al. 1 CEDH).

Le Tribunal de commerce zurichois, composé de deux juges délégués par le Tribunal supérieur et de trois juges échevins élus par le Parlement cantonal, ne présente pas une apparence contraire aux exigences d'indépendance et d'impartialité, même lorsque les trois échevins d'une formation appelée à décider d'une affaire entre une banque et un autre commerçant sont tous membres dirigeants d'un établissement bancaire.

ZH Kassationsgericht, 5.2.1996: ZR 1997 56 n° 20 [cons. II.1.d].

r34 Haftung der Revisoren – Nachlassliquidation einer Bank – fiduziarische Abtretung der Ansprüche der Gläubiger an die Liquidatoren – Gesetzesumgehung.
Responsabilité du réviseur – liquidation concordataire d'une banque – cession aux liquidateurs à titre fiduciaire des prétentions en responsabilité des créanciers – fraude à la loi.

Qualité pour agir des liquidateurs concordataires d'une banque contre le réviseur sur la base de cessions fiduciaires des créanciers de la banque (non). **1.** La banque en liquidation concordataire n'a pas la qualité pour agir en réparation du dommage subi par les créanciers à la suite d'une surveillance déficiente de la CFB. De telles prétentions ne font pas partie de la masse à liquider. Ce sont les créanciers, à qui elles appartiennent en propre, qui doivent les exercer, par l'intermédiaire ou non d'un mandataire commun (confirmation de ATF 106 Ib 357). **2.** Le réviseur bancaire n'est pas un organe de la banque. Sa responsabilité envers les créanciers de la banque est régie par CO 41, et non par LB 41 ss (confirmation de ATF 117 II 315, RSDA 1994 29 r16). **3.** La cession à la banque en liquidation par un certain nombre de ses créanciers de leurs prétentions extra-contractuelles contre le réviseur bancaire, le produit devant être affecté à la masse, est une cession fiduciaire car les prétentions cédées doivent être exercées d'une manière déterminée. **4.** Valable en soi, la cession fiduciaire est nulle si elle consacre une fraude à la loi. C'est le cas en l'espèce, car il en résulte une inégalité entre les créanciers cédants et les autres en cas de gain ou de perte du procès introduit par les liquidateurs aux frais de la masse. Le même résultat aurait pu être obtenu par le choix d'un mandataire commun. La création artificielle de la qualité pour agir de la société en liquidation ne répond à aucune motif légitime.

TF (Civ. I), 4.2.1997 (Fiduciaire X SA c. Banque Y en liquidation concordataire): ATF 123 III 60 (f), SJ 1997 472.