



Livre

1991

Published version

Open Access

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

La nature juridique des syndicats de prêt et les obligations des banques dirigeantes et gérantes : aspects de droit des obligations, de droit bancaire et de droit cartellaire

Bovet, Christian

How to cite

BOVET, Christian. La nature juridique des syndicats de prêt et les obligations des banques dirigeantes et gérantes : aspects de droit des obligations, de droit bancaire et de droit cartellaire. Fribourg : Ed. universitaires, 1991. (Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:43254>

TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG SUISSE

Edités par Peter Gauch

CHRISTIAN BOVET

La nature juridique
des syndicats de prêt et les obligations
des banques dirigeantes et gérantes

Aspects de droit des obligations,
de droit bancaire et de droit cartellaire

ÉDITIONS UNIVERSITAIRES FRIBOURG SUISSE

1991

TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG SUISSE

*Fondés par Max Gutzwiller – Poursuivis par Félix Wubbe
Edités par Peter Gauch*

TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG SUISSE

Edités par Peter Gauch

103

CHRISTIAN BOVET

LA NATURE JURIDIQUE
DES SYNDICATS DE PRÊT ET LES OBLIGATIONS
DES BANQUES DIRIGEANTES ET GÉRANTES

Aspects de droit des obligations,
de droit bancaire et de droit cartellaire

ÉDITIONS UNIVERSITAIRES FRIBOURG SUISSE
1991

Publié avec l'aide du Conseil
de l'Université de Fribourg Suisse
et de la Fondation pour le droit de la Construction

©1991 by Editions Universitaires Fribourg Suisse
Imprimerie Saint-Paul Fribourg Suisse

ISBN 2-8271-0541-1

AVANT-PROPOS

Cette étude a été présentée comme thèse de doctorat à la Faculté de droit de Fribourg en juillet 1990; elle a été acceptée sur rapports des Professeurs Pierre TERCIER et Walter A. STOFFEL. Le manuscrit date de mai 1990; il a toutefois été mis à jour, dans la mesure du possible, jusqu'à la fin décembre 1990.

Je tiens à remercier ici le Professeur TERCIER de son soutien continu et de ses précieux conseils durant l'élaboration de cette thèse. Je lui suis aussi très reconnaissant pour tout ce qu'il m'a appris lorsque j'étais son assistant. Pour tout cela, il mérite certainement le titre de *Doktorvater*. Ma gratitude va aussi au Professeur STOFFEL pour ses encouragements et ses remarques.

L'assistance de praticiens et de membres de l'administration fédérale a contribué à la rédaction de plusieurs passages. En outre, j'ai grandement profité d'un séjour à l'Université de Columbia, rendu possible grâce à une bourse du Fonds national suisse de la recherche scientifique. Mon stage en l'Etude DEBEVOISE & PLIMPTON, à New York, m'a aussi beaucoup apporté dans la compréhension des mécanismes contractuels gouvernant les prêts syndiqués. Enfin, la publication de cette thèse sous cette forme a été rendue possible grâce au soutien financier du Conseil de l'Université de Fribourg et de la Fondation pour le droit de la construction.

Que toutes les personnes qui m'ont aidé à un moment ou à un autre de mon travail se sentent propriétaires communs de cet ouvrage; je leur suis débiteur de beaucoup. Elles ne sont toutefois pas nécessairement solidaires des opinions qui y sont exprimées; celles-ci appartiennent à l'auteur seul.

Ksenija, mon épouse, m'a soutenu sans jamais faillir dans la réalisation de cet ouvrage; elle s'est en particulier chargée du travail de dactylographie et de la traduction du résumé en anglais qui figure à la fin de cette étude. Il est donc juste que cette thèse lui soit dédiée aux côtés de mes parents, qui ont consenti tant de sacrifices pour mon éducation. Je tiens enfin à avoir une pensée toute spéciale pour mon père, décédé peu de temps après la soutenance de cette thèse; c'était un homme merveilleux, et j'espère qu'il aurait été fier de l'ouvrage ainsi publié.

Genève, hiver 1990

Christian BOVET

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE

L'ANALYSE DE L'ÉTAT DE FAIT

§ 1	La notion de contrat de prêt syndiqué	15
§ 2	La structure du marché des prêts syndiqués	27
§ 3	La description du processus	38
§ 4	Quelques délimitations	52

DEUXIÈME PARTIE

LE RÉGIME SELON LE DROIT DES CONTRATS

§ 5	Généralités	77
§ 6	La nature des contrats de syndicat direct	80
§ 7	La nature des contrats de syndicat indirect	96
§ 8	Essai de synthèse	109

TROISIÈME PARTIE

LES OBLIGATIONS

Chapitre premier

Les obligations des banques dirigeantes dans la formation des contrats de prêt syndiqué

§ 9	Dans les rapports avec l'emprunteur	117
§ 10	Dans les rapports avec les autres banques	145

Chapitre deuxième

Les obligations des banques gérantes
dans l'exécution des contrats de prêt syndiqué

§ 11	Dans la syndication directe	171
§ 12	Les particularités de la syndication indirecte	188

QUATRIÈME PARTIE

LE RÉGIME SELON LE DROIT DES CARTELS

§ 13	Les sources	193
§ 14	La méthode d'analyse	215
§ 15	Les aspects cartellaires des émissions d'obligations et de notes	235
§ 16	Les aspects cartellaires des prêts syndiqués	244

CONCLUSION	265
-------------------	-----

SUMMARY	271
----------------	-----

ANNEXES	277
----------------	-----

TABLE DES MATIÈRES

Liste des abréviations	XIX
Bibliographie	XXIII

INTRODUCTION 1

I. Le contexte de la thèse	1
II. L'objet de la thèse	2
III. L'intérêt de la thèse	5
IV. La délimitation du sujet	7
V. Le plan de la thèse	11

PREMIÈRE PARTIE

L'ANALYSE DE L'ÉTAT DE FAIT 13

§ 1 La notion de contrat de prêt syndiqué	15
I. La terminologie	15
II. Le contenu du contrat de prêt syndiqué	17
1. <i>Les règles générales</i>	18
2. <i>Un contrat de prêt</i>	19
3. <i>Un contrat de syndicat</i>	21
III. Les principaux types de syndications	23
1. <i>La syndication directe</i>	23
2. <i>La syndication indirecte</i>	25

§ 2 La structure du marché des prêts syndiqués	27
I. Les principaux types de syndicats	28
II. La structure du secteur bancaire suisse et son influence sur le marché des prêts syndiqués	29
1. <i>La structure économique et juridique</i>	29
A. Le nombre et les catégories de banques et sociétés financières de 1978 à 1988	29
B. Le commentaire des statistiques	31
2. <i>La structure conventionnelle</i>	33
A. Sur le plan national	33
B. Sur le plan régional et local	35
III. La structure du marché international des prêts syndiqués	36
 § 3 La description du processus	 38
I. Le déroulement d'une syndication directe	39
1. <i>La formation du syndicat de direction</i>	39
A. L'appel d'offres de l'emprunteur	39
B. Les offres des banques contactées	40
C. Le mandat confié au chef de file	41
D. La constitution du syndicat de direction	41
2. <i>La formation du syndicat de prêt</i>	42
A. L'envoi des «invitations» à participer au prêt	42
B. Les pourparlers	43
C. La conclusion du contrat de prêt syndiqué	44
3. <i>La gestion du prêt et la fin du contrat de prêt syndiqué</i>	46
A. La désignation et le rôle de l'agent	46
B. La fin du contrat de prêt syndiqué	47
II. Les particularités du déroulement d'une syndication indirecte	47
1. <i>En cas de syndicat préformé</i>	48
A. La formation du syndicat	48
B. La conclusion du contrat de prêt	50
C. La gestion du prêt et la fin du contrat de prêt syndiqué	50
2. <i>En cas de syndicat postformé</i>	51

§ 4 Quelques délimitations	52
I. Par rapport aux emprunts par obligations	53
1. <i>Le rappel de la notion</i>	53
2. <i>Les différences</i>	53
A. L'appel au public	53
B. L'émission de papiers-valeurs	55
3. <i>Les analogies</i>	57
A. L'organisation du syndicat et le déroulement de l'émission	58
B. Les contrats de prêt et de syndicat	58
C. La durée de l'emprunt	59
II. Par rapport aux «note issuance facilities»	59
1. <i>Le rappel de la notion</i>	59
2. <i>Les différences</i>	60
A. L'émission de papiers-valeurs	60
B. La durée des engagements et la dissociation des fonctions	61
3. <i>Les analogies</i>	63
A. La formation et l'organisation des syndicats	64
B. La documentation contractuelle	65
C. La nature comptable des engagements des banques	67
III. Par rapport à la sous-participation	68
1. <i>Le rappel de la notion</i>	68
2. <i>Les différences</i>	69
3. <i>Les analogies fondées sur les règles légales applicables</i>	70
A. Le problème	70
B. Une différence ou une analogie?	71

DEUXIÈME PARTIE

LE RÉGIME SELON LE DROIT DES CONTRATS 75

§ 5 Généralités	77
I. L'intérêt de la qualification	77

II. La méthode d'analyse	78
§ 6 La nature des contrats de syndicat direct	80
I. Les données du problème	80
1. <i>Les intentions des banques consortiales</i>	80
2. <i>Les théories en présence</i>	81
II. Les points de convergence	82
1. <i>Le but et les apports</i>	82
A. Dans l'hypothèse de la société simple	83
a) Le but commun	83
b) Les apports	83
B. Dans l'hypothèse du contrat innommé	84
2. <i>L'exclusion de la solidarité</i>	85
A. Dans l'hypothèse de la société simple	85
B. Dans l'hypothèse du contrat innommé	86
III. Le point de divergence: l'exclusion du régime des créanciers en main commune	86
1. <i>Le problème</i>	87
2. <i>L'influence de la controverse sur la qualification du contrat de syndicat</i>	89
3. <i>Notre solution</i>	90
A. Les arguments littéraux	91
B. Les arguments historiques	92
C. Les arguments systématiques	94
§ 7 La nature des contrats de syndicat indirect	96
I. Les données du problème	97
1. <i>Les intentions des banques</i>	97
2. <i>Les théories en présence</i>	99
II. Les éléments du contrat	101
1. <i>Le but et les apports</i>	101
A. Selon la thèse du contrat innommé mixte	101
B. Selon la thèse de la société simple	102
a) Le but commun	103

b) Les apports	103
2. <i>L'exclusion de la solidarité passive</i>	104
3. <i>Le régime de la créance collective</i>	106
A. En général	106
B. Le rejet de la société tacite	107
 § 8 Essai de synthèse	 109
I. Les syndicats de prêt en tant que sociétés simples	109
II. Le régime des créanciers par quote-parts en tant que structure patrimoniale idéale	 110

TROISIÈME PARTIE

LES OBLIGATIONS 115

Chapitre premier

Les obligations des banques dirigeantes dans la formation des contrats de prêt syndiqué

§ 9 Dans les rapports avec l'emprunteur	117
I. Dans une syndication directe	117
1. <i>La nature des rapports</i>	117
A. Le rappel de l'état de fait	118
B. La qualification: un contrat de courtage	118
2. <i>Le régime de responsabilité</i>	119
A. Les obligations du chef de file	119
a) En général	120
b) L'obligation de discrétion	123
B. La norme de responsabilité	128
II. Dans une syndication indirecte préformée	130
1. <i>La nature des rapports</i>	130
A. Le rappel de l'état de fait	130
B. La qualification: une relation précontractuelle	131

2. <i>Le régime de responsabilité</i>	131
A. Les obligations de la banque primaire	131
a) En général	132
b) L'obligation d'informer	133
c) L'obligation de discrétion	136
d) L'incessibilité de la créance?	137
B. La norme de responsabilité	139
a) La notion	139
b) La controverse sur la nature juridique	139
c) Notre choix	140
d) Les conséquences du choix	141
III. Les particularités de la syndication indirecte postformée . . .	144
 § 10 Dans les rapports avec les autres banques	145
I. Généralités	146
1. <i>L'état de fait</i>	146
2. <i>La norme de responsabilité</i>	146
II. Dans la syndication directe	147
1. <i>En général</i>	147
2. <i>Le devoir d'informer</i>	148
A. Le problème	148
B. Le principe	149
C. La première limite: la clause d'exculpation	150
D. La deuxième limite: le devoir de préparation des banques contactées	152
a) L'art. 3 al. 2 litt. c LB et son interprétation par la Commission fédérale des banques	152
b) La thèse de M. JUNOD	154
c) Les conséquences de la controverse	156
d) Notre solution	156
e) Conclusion	160
E. La troisième limite: l'obligation de discrétion du chef de file	162
III. Les particularités de la syndication indirecte	164
1. <i>Le problème</i>	164
2. <i>La garantie du cédant en général</i>	165

3. <i>Les relations entre la garantie du cédant et d'autres régimes de responsabilité</i>	166
A. Les relations avec la garantie pour les défauts	166
B. Les relations avec la responsabilité précontractuelle	167
4. <i>L'obligation d'informer</i>	170

Chapitre deuxième

Les obligations des banques gérantes dans l'exécution des contrats de prêt syndiqué

§ 11 Dans la syndication directe	171
I. Le rappel de l'état de fait	171
II. Le régime juridique en temps ordinaire	172
1. <i>Le régime contractuel</i>	172
2. <i>La qualification</i>	174
3. <i>Les obligations et la responsabilité de l'agent</i>	176
III. Le régime juridique en temps de crise	177
1. <i>Le régime contractuel</i>	177
2. <i>La qualification</i>	179
3. <i>Les pouvoirs de l'agent</i>	180
A. En l'absence d'urgence	180
a) Les actes d'administration	180
b) Les décisions	182
B. En cas d'urgence	183
4. <i>Les obligations et la responsabilité de l'agent</i>	184
A. Les obligations	184
a) L'obligation de fidélité	184
b) L'obligation de diligence	185
B. La responsabilité	186
 § 12 Les particularités de la syndication indirecte	 188
I. Le rappel de l'état de fait	188
II. Le régime juridique	189

QUATRIÈME PARTIE

LE RÉGIME SELON LE DROIT DES CARTELS 191

§ 13 Les sources	193
I. Le droit suisse de la concurrence	193
1. <i>La loi sur les cartels</i>	193
2. <i>La loi sur la surveillance des prix</i>	194
3. <i>La loi contre la concurrence déloyale et la législation apparentée</i>	196
4. <i>Le droit international de la concurrence</i>	198
A. Selon la loi sur les cartels	198
B. Selon la loi sur le droit international privé	200
II. Les rapports de la Commission des cartels	201
1. <i>Les Rapports de 1968 et 1979</i>	201
2. <i>Le Rapport de 1989</i>	203
III. Quelques règles de droit étranger	204
1. <i>Les droits nationaux</i>	205
A. Le droit allemand	205
B. Le droit anglais	207
C. Le droit américain	208
2. <i>Le droit communautaire</i>	211
A. Les art. 85 et 86 du Traité CEE	211
B. La concurrence dans le secteur bancaire	212
3. <i>Conclusion comparative</i>	214
 § 14 La méthode d'analyse	 215
I. La définition du marché	215
1. <i>La notion de marché selon la loi sur les cartels</i>	215
A. Le critère du produit	216
B. Le critère du lieu	216
C. Le critère du moment	217
2. <i>L'application aux prêts syndiqués</i>	217
II. Les notions de cartel et d'organisation analogue	219

1. <i>La notion de cartel</i>	219
2. <i>La notion d'organisation analogue</i>	220
III. L'art. 29 LCart	222
1. <i>Le texte</i>	223
2. <i>La méthode du bilan selon l'art. 29 al. 2 LCart</i>	223
3. <i>L'empêchement d'une «concurrence efficace» selon l'art. 29 al. 3 phr. 2 LCart</i>	225
A. Généralités	226
a) Le problème	226
b) La notion de concurrence efficace	226
B. La controverse	227
a) La thèse de la méthode du bilan qualifié	228
b) La thèse du diagnostic accéléré	228
C. Notre solution	229
4. <i>La comparaison avec les règles de droit civil</i>	231
A. L'illicéité de principe	231
B. Les intérêts légitimes prépondérants	233
IV. Résumé	234
§ 15 Les aspects cartellaires des émissions d'obligations et de notes	235
I. Les aspects cartellaires des syndicats d'émission	235
1. <i>La formation et la composition des syndicats</i>	236
A. Les syndicats permanents en tant que cartels	236
B. Le «grand syndicat»	237
C. Le «syndicat des grandes banques»	238
2. <i>Les Conventions de l'Association suisse des banquiers</i>	241
II. Les aspects cartellaires de la Convention XIX relative aux Notes de débiteurs étrangers	242
§ 16 Les aspects cartellaires des prêts syndiqués	244
I. Les syndicats de prêt en tant qu'organisations analogues	244
1. <i>Les fichiers du chef de file et de la banque primaire</i>	245
A. Les fichiers «profil»	245
B. Les fichiers «réciprocité»	246

2. <i>La standardisation des contrats</i>	247
A. La notion de «dispositions standard»	248
B. Les critères de l'art. 8 LCD comme fondement d'une organisation analogue	249
a) En général	249
b) L'application analogique de l'art. 8 LCD	251
II. L'admissibilité des entraves à la concurrence	252
1. <i>L'influence de prescriptions de droit public sur le niveau de la concurrence dans le secteur des crédits</i>	253
A. Le régime de l'autorisation	253
B. Les règles de gestion	254
C. Les mesures de politique monétaire et conjoncturelle	254
D. La législation sur le droit de timbre	255
2. <i>Le diagnostic accéléré</i>	255
A. L'examen du comportement	256
B. L'examen de la structure	256
C. L'examen du résultat	257
3. <i>Le diagnostic ordinaire</i>	257
A. La concurrence	258
B. La qualité	259
C. L'efficacité	260
D. La répartition des risques	261
E. La structure de la branche économique	261
F. L'approvisionnement du pays en crédit	262
a) En général	262
b) La diversification des services	263
c) La place des banques dans l'économie	263
 CONCLUSION	 265
 SUMMARY	 271
 ANNEXES	 277
Annexe 1	279
Annexe 2	279
Annexe 3	279
Annexe 4	280
Annexe 5	284
Annexe 6	285
Annexe 7	285

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AELE	Association européenne de libre échange (ég. Convention instituant l'Association européenne de libre échange, du 4 janvier 1960; = RS 0.632.31)
al.	alinéa
aLCart	ancienne loi fédérale sur les cartels, du 20 décembre 1962 (= RO 1964 49)
art.	article(s)
ASB	Association suisse des banquiers
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BB	Der Betriebsberater
BNS	Banque nationale Suisse
BR/DC	Baurecht/Droit de la construction
BRI	Banque des règlements internationaux
Bull.	Bulletin
c/	contre
CC	Code civil suisse
CCfr	Code civil français
CCI	Chambre de commerce internationale
CdE	Conseil des Etats
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier (ég. Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne du charbon et de l'acier, du 22 juillet 1972; = RS 0.632.402)
CE	Communautés européennes
CEE	Communauté économique européenne (ég. Accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne, du 22 juillet 1972; = RS 0.632.401)
CFB	Commission fédérale des banques
CFF	Chemins de fer fédéraux
cep.	cependant
cf.	confer

CF	Conseil fédéral
ch.	chiffre
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CN	Conseil national
CO	Code des Obligations
cons.	considérant
cpr	comparer
CS	Crédit Suisse
Cst.	Constitution fédérale
Dalloz	Recueil Dalloz Sirey
DB	Der Betrieb
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
ég.	également
etc.	et caetera
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDIC	Federal Deposit Insurance Corporation
FEDUCI	Fondation pour l'étude du droit et des usages du commerce international
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiche juridique suisse
Fr.	francs suisses
FRN	Floating Rates Notes
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
habil.	(thèse d')habilitation
IPR	Internationales Privatrecht
IR	Informations rapides
JdT	Journal des Tribunaux
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kartellgesetz
KWG	Kreditwesengesetz
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, du 8 novembre 1934 (= RS 952.0)
LCart	Loi fédérale sur les cartels et organisations analogues, du 20 décembre 1985 (= RS 251)
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 19 décembre 1987 (= RS 241)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987 (= RS 291)
LFP	Loi fédérale sur les fonds de placement, du 1 ^{er} juillet 1966 (= RS 951.31)

LIBOR	London Interbank Offered Rate
litt.	littera
LSPr	Loi fédérale concernant la surveillance des prix, du 20 décembre 1985 (= RS 942.20)
LT	Loi fédérale sur les droits de timbre, du 27 juin 1973 (= RS 641.1)
n.	note
NIF	Note issuance facility
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no.	numéro (marginal)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OB	Ordonnance d'exécution de la loi sur les banques et les caisses d'épargne, du 17 mai 1972 (= RS 952.02)
OR	Obligationenrecht (= CO)
p.	page
PCC	Publications de la Commission suisse des cartels
PCCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du Préposé à la surveillance des prix
p.ex.	par exemple
phr.	phrase
PLI	Practising Law Institute
RDS	Revue de droit suisse
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique
RSDA	Revue suisse de droit des affaires
RSDIC	Revue suisse du droit international de la concurrence
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RUF	Revolving underwriting facility
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s.	et suivant(e)
SAS	Société anonyme suisse
SBS	Société de Banque Suisse
SC	Sommaires commentés
SJ	Semaine judiciaire
SMGRU	Schweizerische Mitteilungen über gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
sp.	spécialement
SPR	Schweizerisches Privatrecht
stén.	sténographique
ss	et suivant(e)s
suppl.	supplément
TDP	Traité de droit privé suisse
TF	Tribunal fédéral suisse

th.	thèse
trad.	traduction
UBS	Union de Banques Suisses
U.S.C.	United States Code
UWG	Gesetz über den unlauteren Wettbewerb (= LCD)
Vol.	Volume
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WuR	Wirtschaft und Recht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (= CC)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZKW	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung

BIBLIOGRAPHIE

Mode de citation:

1. Sous réserve des règles 2 et 3, les ouvrages, articles et documents mentionnés dans cette bibliographie sont cités dans les notes avec la seule indication du nom de leur auteur.
2. Lorsque plusieurs *articles* sont mentionnés pour un même auteur, ces articles sont cités dans les notes par référence à la revue ou à l'ouvrage collectif où ils ont été publiés.
3. Lorsque plusieurs *ouvrages* sont mentionnés pour un même auteur, une version raccourcie du titre de cet ouvrage figure entre parenthèses dans la bibliographie et est citée comme telle dans les notes. Cette règle est également appliquée pour faciliter la recherche d'un ouvrage.

* * *

ADEN M., Grundzüge des Eurokreditvertrages, *in* Recht der Internationalen Wirtschaft, Mai 1982/Cahier 5 p. 309.

ALBISETTI E./BOEMLE M./EHRSAM P./GSELL M./NYFFELER P./RUTSCHI E., Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 4^e éd., Thoune 1987 (= **HGBB**).

ALBISETTI E./GSELL M., Opérations bancaires (trad. par Okabe S./ Martin-Achard J.), Zurich 1985.

ALBISETTI E./GSELL M./NYFFELER P., Bankgeschäfte, 4^e éd., Zurich 1990.

ALTHERR H./BREM E./BUEHLMANN H., Schweizerisches Obligationenrecht, Berne 1989.

ALTNEU S./JONES M./ALVAREZ-MORO O., Pricing, syndication and placement processes, *in* BANKSON L./LEE M. (édit.), Euronotes – RUFs, TRUFs, NIFs, SNIFs and BONUSes, Londres 1985, p. 19.

AMONN K., Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 4^e éd., Berne 1988.

AMONN K., Der Kollektivanlagevertrag, *in* SPR VII/2, Bâle 1979, p. 277.

ANCEL M., Utilité et méthodes du droit comparé, Neuchâtel 1971.

- ANEX J., L'intérêt négatif, sa nature et son étendue, th. Lausanne 1977.
- ANTOGNAZZA G., Courtage, FJS n° 417, Genève 1972.
- ARMSTRONG A., The developing law of participation agreements, *in* Business Lawyer 23/1968 p. 689.
- ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS, Les banques et la concurrence (Banken im Wettbewerb), Bâle 1989.
- AUBERT J.-F., Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967 (suppl. 1967-1982).
- AUBERT M./KERNEN J.-P./SCHOENLE H., Le secret bancaire suisse, 2^e éd., Berne 1982.
- BAEHRE I./SCHNEIDER M., KWG-Kommentar, 3^e éd., Munich 1986.
- BAER R., Kartellrecht und internationales Privatrecht, Berne 1965 (= Kartellrecht).
- BAER R., Internationales Kartellrecht und unlauterer Wettbewerb, *in* SCHWANDER I. (édit.), Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts, Festschrift für Rudolf Moser, Zurich 1987, p. 143.
- BALDI M., Die Wettbewerbsbestimmungen internationaler Abkommen und die Artikel 42/43 des Kartellgesetzes, *in* ZAECH R. (édit.), Kartellrecht auf neuer Grundlage, Berne/Stuttgart 1989, p. 279.
- BANKRECHT UND BANKPRAXIS, «Loseblattwerk in 4 Bänden», Cologne 1979.
- BANQUE NATIONALE SUISSE, Les banques suisses en 1988, Zurich 1989.
- BANQUE DES REGLEMENTS INTERNATIONAUX, Recent innovations in international banking, Bâle 1986.
- BARTELS H., Methode und Gegenstand intersystemarer Rechtsvergleichung, Tübingen 1982.
- BASEDOW J., Commentaire d'arrêt, *in* Rabelszeitung 47/1983 p. 147.
- BAUDENBACHER C. (édit.), Das UWG auf neuer Grundlage, Berne/Stuttgart 1989.
- BAUDENBACHER C., Das neue Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG), *in* recht 6/1988 p. 73.
- BAUDENBACHER C., Neues Kartellgesetz – Neues UWG, *in* ZAECH R. (édit.), Kartellrecht auf neuer Grundlage, Berne/Stuttgart 1989, p. 345.
- BAUDENBACHER C., Schwerpunkte der schweizerischen UWG-Reform, *in* BAUDENBACHER C. (édit.), Das UWG auf neuer Grundlage, Berne/Stuttgart 1989, p. 15.
- BAUDENBACHER-TANDLER D., Schutz vor neuen Anlegerrisiken, th. Berne/St-Gall/Berlin 1988.
- BAUSCH H., Die Beteiligung von Banken an Nichtbanken und das Konzernrecht, Francfort-sur-le-Main 1982.
- BEAUMONT R., Documentation and legal aspects, *in* BANKSON L./LEE M. (édit.), Euronotes – RUFs, TRUFs, NIFs, SNIFs and BONUSes, Londres 1985, p. 63.

- BECK E., Die Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen (nach der Verordnung des Bundesrates vom 20. Februar 1918), Berne 1918.
- BECKER H., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, *Commentaire bernois* VI/2, 1934.
- BECKER H., Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (Art. 1–183 OR), 2^e éd., *Commentaire bernois* VI/1, 1941.
- BEE R., Syndication, in MATHIS F. (édit.), *Offshore lending by U.S. Commercial Banks*, Washington D.C./Philadelphia Pa. 1981, p. 177.
- BEGUELIN J., Droits de timbre fédéraux, FJS n° 412, Genève 1975.
- BEITZKE M., Kritische Bemerkungen zum Deliktsrecht, in *Colloque de Fribourg relatif au projet suisse de loi fédérale sur le droit international privé*, Zurich 1979, p. 56.
- BELLIS M., La gestion du crédit consortial, in BELLIS M. (édit.), *Les euro-crédits: expériences continentales* (Colloque de Tours), Paris 1982, p. 203 (= Gestion).
- BELLIS M., Le partage des risques, fondements et problèmes, in BELLIS M. (édit.), *Les euro-crédits: expériences continentales* (Colloque de Tours), Paris 1982, p. 161 (= Partage des risques).
- BENDER K., Die Bankenbeteiligungen aus der Sicht des Konzernrechts, th. Bielefeld/Düsseldorf 1979.
- BERNSTEIN H., Kollisionsrechtliche Fragen der culpa in contrahendo, in *Rabelszeitung* 41/1977 p. 281.
- BIERI D., Kredit und Konsortium, th. Zurich 1987.
- BIRD S., How to prune those loan agreements, in *Euromoney*, décembre 1979 p. 97.
- BISANG R., Die Zwangsverwertung von Anteilen an Gesamthandschaften, th. Zurich 1978.
- BISCHOFF J., Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus, th. Zurich 1983.
- BLAISE J.-B./FOUCHARD P., La valeur juridique de la syndication, in BLAISE J.-B./FOUCHARD P./KAHN P. (édit.), *Les euro-crédits, un instrument du système bancaire pour le financement international* (Colloque de Dijon), Paris 1981, p. 155.
- BLOCH P., La sous-participation bancaire, in BLAISE J.-B./FOUCHARD P./KAHN P. (édit.), *Les euro-crédits, un instrument du système bancaire pour le financement international* (Colloque de Dijon), Paris 1981, p. 243.
- BODMER D./KLEINER B./LUTZ B., Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934, sowie zu der Verordnung vom 17. Mai 1972 und der Vollziehungsverordnung vom 30. August 1961, Zurich (Etat 1990).
- BOEHLHOFF K., International Loan Agreements – The German View, in *International Business Lawyer* 2/1974 p. 69.

- BOEHM K., Anlegerschutz am Nebenkapitalmarkt, Francfort-sur-le-Main 1979.
- BOEMLE M., Wertpapiere des Zahlungs- und Kreditverkehrs sowie der Kapitalanlage, 7^e éd., Zurich 1986.
- BOESE P., Der Einfluss des zwingenden Rechts auf internationale Anleihen, Francfort-sur-le-Main/Berlin 1963.
- BOGDANOWICZ-BINDERT C., The role of financial advisors in bank debt reschedulings, *in* Columbia Journal of Transnational Law 23/1984 p. 49.
- BOHLEN E., Sicherheiten-Pool, Bielefeld 1984.
- BOSCH U., Vertragliche Regelungen in internationalen Kreditverträgen als risikopolitisches Instrument, *in* Kredit und Kapital 8/1985 p. 117.
- BOUGHABA M., Les clauses d'adaptation économique et monétaire dans les contrats privés internationaux, th. Lausanne 1984.
- BREHM R., Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen (Art. 41–61 OR), Commentaire bernois VI/1/3/1, 1990.
- BROSSET G., Le prêt de consommation, FJS n° 753, Genève 1962.
- BROSSET G., Le prêt partiaire, FJS n° 754, Genève 1962.
- BROWN J., Le partage des risques, les groupements interbancaires, *in* BELLIS M. (édit.), Les euro-crédits: expériences continentales (Colloque de Tours), Paris 1982, p. 167.
- BUCHER A., Personnes physiques et protection de la personnalité, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1985 (= BUCHER A.).
- BUCHER E., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2^e éd., Zurich 1988 (= BUCHER).
- BUCHHEIT L., Is syndicated lending a joint venture?, *in* International Financial Law Review, août 1985 p. 12.
- BUCHHEIT L., The state of the loan sub-participation, *in* Journal of comparative business and capital market law, Vol. 8, n° 2, juin 1986 p. 149.
- BUEHLER-REIMANN T., Zum Problem der «culpa in contrahendo», *in* RSJ 75/1979 p. 357.
- BUERGI W./NORDMANN-ZIMMERMANN U., Das Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft und die Kommanditaktiengesellschaft (Art. 739–771 OR), Commentaire zurichois V/5b/3, 1979.
- BULLOCK G., Euronotes and Euro-Commercial Paper, Londres 1987.
- BURKI P.-H., Le problème de l'abus de positions dominantes des grandes entreprises dans le Marché Commun (d'après l'article 86 du Traité de Rome), th. Lausanne 1968.
- BUSCH U., Das Schuldscheindarlehen unter besonderer Berücksichtigung der Doppeltreuhänderstellung der Vermittlerbank, th. Bonn 1981.
- CABRILLAC M./RIVES-LANGE J.-L., Crédit et titres de crédit, *in* Revue trimestrielle de droit commercial 28/1975 p. 868.

- CALHOUN A., Eurodollar loan agreements: an introduction and discussion of some special problems, *in* *Business Lawyer* 32/1977 p. 1785.
- CAMENZIND C., Prospektzwang und Prospekthaftung bei öffentlichen Anleiheobligationen und Notes, th. Zurich 1989.
- CANARIS C.-W., Bankvertragsrecht, 3^e éd., Berlin/New York 1981 (= Bankvertragsrecht).
- CANARIS C.-W., Die Kreditkündigung gemäss § 247 BGB und der «Wandel der Normsituation», *in* *WM* 16/1978 p. 686.
- CARRUZZO P./OBERSON P.-A. (édit.), *La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale*, Lausanne 1988.
- CATES A., Role of managers and agents, *in* *International Financial Law Review*, juin 1982 p. 21.
- CATES A./ISERN-FELIU S., Governing law and jurisdiction clauses in euroloan agreements, *in* *International Financial Law Review*, juillet 1983 p. 28.
- CAVIN P., La vente, l'échange, la donation, *in* *TDP VII/1*, Fribourg 1978.
- CHAPUIS J.-P., La concurrence dans le secteur bancaire suisse, *in* *Association suisse d'étude de la concurrence* (édit.), *Etudes de droit suisse et de droit comparé de la concurrence*, Genève 1986, p. 11.
- CHILD G., Banking and the Treaty of Rome, Article 85, *in* *International Business Lawyer*, décembre 1988 p.487.
- CHRIST B., Der Darlehensvertrag, *in* *SPR VII/2*, Bâle/Stuttgart 1979, p. 219.
- COHEN M., Der Begriff der Bank im Schweizerischen Bankengesetz, th. Fribourg/Zurich 1975.
- COING H., Haftung aus Prospektwerbung für Kapitalanlagen in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, *in* *WM* 18/1980 p. 206.
- COMITE DES REGLES ET PRATIQUES DE CONTROLE DES OPERATIONS BANCAIRES, *La gestion des engagements hors bilan des banques sous l'angle du contrôle bancaire* (trad. de «The management of banks' off-balance-sheet exposures: a supervisory perspective»), Bâle 1986.
- CONSBRUCH J./MOELLER A./BAEHRE I./SCHNEIDER M., *Kreditwesengesetz mit verwandten Gesetzen und anderen Vorschriften*, Munich (Etat 1^{er} juillet 1989).
- CONSEIL FEDERAL, Message concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (droit des obligations et titre final), du 3 mars 1905 (FF 1905 II 1).
- CONSEIL FEDERAL, Message concernant la révision de la loi sur les banques, du 13 mai 1970 (FF 1970 I 1157).
- CONSEIL FEDERAL, Message à l'appui d'une loi fédérale sur les cartels et organisations analogues (LCart), du 13 mai 1981 (FF 1981 II 1244; = Message LCart).

- CONSEIL FEDERAL, Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé (LDIP), du 10 novembre 1982 (FF 1983 I 255; = Message LDIP).
- CONSEIL FEDERAL, Message à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), du 18 mai 1983 (FF 1983 II 1037; = Message LCD).
- CONSEIL FEDERAL, Message à l'appui d'une loi concernant la surveillance des prix (LSPr), du 30 mai 1984 (FF 1984 II 781; = Message LSPr).
- CONSEIL FEDERAL, Message relatif à l'initiative populaire «sur la surveillance des prix et des intérêts des crédits» et à la révision de la loi concernant la surveillance des prix, du 27 novembre 1989 (FF 1990 I 85).
- COOGAN P./KRIPKE H./WEISS F., The outer fringes of Article 9: Subordination agreements, security interests in money and deposits, negative pledge clauses, and participation agreements, *in* Harvard Law Review 79/1965 p. 229 (revu et réimprimé *in* COOGAN P./HOGAN W./VAGTS D./McDONNELL J., Secured Transactions under the Uniform Commercial Code, Vol. 1B, New York 1988, p. 2345).
- CUCCIO J., Société en participation et indivision, th. Lausanne 1986.
- DALLEVES L., Problèmes récents relatifs au séquestre, *in* SJ 1983 p. 546.
- DAUDIN X./DE CLERMONT-TONNERRE A., Le financement des entreprises par l'émission de billets à court terme: papier commercial, Euronotes et billets de trésorerie, *in* Droit et pratique du commerce international 12/1986, n° 1, p. 33.
- DAVID L., Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 2^e éd., Berne 1988.
- DAVID R./BRIERLEY J., Major legal systems in the world today, 2^e éd., Londres 1978.
- DAVID R./PUGSLEY D., Les contrats en droit anglais, 2^e éd., Paris 1985.
- DE BEER A., Ungenügender Kapitalanlegerschutz bei Notes, *in* NZZ 1987, n° 6 p. 21.
- DE BEER A./MERZ H., Umfassendere Informationspflichten bei Notes-Emissionen, *in* SAS 59/1987 p. 137.
- DE JUGLART M./IPPOLITO B., Cours de droit commercial, Vol. 2, 7^e éd., Paris 1983.
- DELACHAUX F., Le secret professionnel du banquier en droit suisse, th. Neuchâtel 1939.
- DELORME H./HOESSRICH H.-J., Konsortial- und Emissionsgeschäft, 2^e éd., Francfort-sur-le-Main 1971.
- DERENDINGER P., Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2^e éd., th. Fribourg 1990.
- DE SAUSSURE C., Les opérations «hors bilan» des banques, *in* COMMISSION FEDERALE DES BANQUES (édit.), 50 ans de surveillance fédérale des banques, Zurich 1985, p. 227.
- DESCHENAUX H., Le titre préliminaire du Code civil, *in* TDP II/1, Fribourg 1969 (= Der Einleitungstitel, *in* SPR II, Fribourg 1967, p. 1).

- DESCHENAU H./STEINAUER P.-H., *Personnes physiques et tutelle*, 2^e éd., Berne 1986.
- DESCHENAU H./TERCIER P., *La responsabilité civile*, 2^e éd., Berne 1982.
- DESMET P., *Le contrat de garantie, examen de quelques problèmes techniques particuliers*, in LESGUILLONS H. (édit.), *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, Paris 1984, p. 121.
- DESSEMONDET F., *Le contrôle judiciaire des conditions générales*, in CARRUZZO P./OBERSON P.-A. (édit.), *La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale*, Lausanne 1988, p. 57.
- DESSEMONDET F./SPOENDLIN K./GILLIERON P.-R./BAUDENBACHER C./HERTIG G./VISCHER F., *Was soll noch Art. 8 UWG?/Que reste-t-il de l'article 8 LCD sur les conditions générales?*, in SAS 59/1987 p. 109.
- DICKE D. (édit.), *Foreign debts in the present and a new international economic order*, in *Progress and undercurrents in public international law (PUPIL)*, Vol. I, Fribourg 1986.
- DIRICHS J., *Die Haftung der Banken für Rat und Auskunft (dargestellt an den Beispielen des Anlagerates und der Kreditauskunft)*, th. Münster 1976.
- DOHM J., *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Berne 1986 (= *Garanties*).
- DOHM J., *La nature juridique de la syndication des prêts*, in SAS 56/1984 p. 9.
- DOHM J., *La sous-participation bancaire, notamment à des prêts et des crédits documentaires*, in SAS 58/1986 p. 1.
- DRAKE W./WEEMS K., *Mortgage loan participations: The trustee's attack*, in *American Bankruptcy Law Journal* 52/1978 p. 23.
- DRESSLER G., *L'immunité de juridiction et d'exécution des Etats étrangers devant la juridiction nationale*, th. Genève 1978.
- DREYER D., *La puissance d'achat en droit suisse de la concurrence*, th. Fribourg/Zurich 1981.
- DREYER D., *Compte rendu de SCHNYDER B./STEINAUER P.-H./TERCIER P., Hommage à Henri Deschenaux à l'occasion de son quatrevingtième anniversaire*, in SAS 61/1989 p. 36.
- DUFLOUX C./MARGULICI L., *Les euro-crédits, pourquoi? comment?, aspects techniques micro- et macroéconomiques*, Paris 1984 (= *Les euro-crédits*).
- DUFLOUX C./MARGULICI L., *Le phénomène des euro-crédits et ses statistiques*, in la revue «Banque» 1981 p. 149.
- DUFLOUX C./MARGULICI L., *La syndication*:
- *Un mécanisme essentiel de collecte de fonds et de répartition des risques (première partie)*, in la revue «Banque» 1981 p. 822.
 - *L'analyse préalable des banques participantes (deuxième partie)*, in la revue «Banque» 1981 p. 945.

- Les risques de conflit entre banques (troisième partie), *in* la revue «Banque» 1981 p. 1149.
- Les risques de conflit entre banques (quatrième partie), *in* la revue «Banque» 1981 p. 1214.

DUFLOUX C./MARGULICI L., La fiscalité des euro-crédits: une nécessaire neutralisation des retenues à la source:

- Première partie, *in* la revue «Banque» 1982 p. 337.
- Deuxième partie, *in* la revue «Banque» 1982 p. 428.
- Troisième partie, *in* la revue «Banque» 1982 p. 568.

DUFLOUX C./MARGULICI L., Les risques de l'emprunteur:

- Première partie, *in* la revue «Banque» 1982 p. 1043.
- Deuxième partie, *in* la revue «Banque» 1982 p. 1181.

DUFLOUX C./MARGULICI L., Les risques du prêteur (euro-banque):

- Première partie, *in* la revue «Banque» 1982 p. 1312.
- Deuxième partie, *in* la revue «Banque» 1982 p. 1451.

DUFOUR A./HIRSCH A. (édit.), Le droit du marché financier suisse, Genève 1987.

DUSS M., Der unbewältigte Obligationenbegriff des Stempel- und Verrechnungssteuerrechts, *in* Steuer-Revue 1981 p. 94.

DUTOIT B., Le nouveau droit suisse des cartels, *in* Recueil pratique du droit des affaires, Confédération suisse - Pratiques commerciales, Paris 1988.

EARLE D., Multi-bank syndications, responsibility of the syndicate leader, a lawyer's view (PLI), New York 1987.

ECK J.-P./JACQUEMONT A., L'organisation contractuelle, *in* BLAISE J.-B./FOUCHARD P./KAHN P. (édit.), Les euro-crédits, un instrument du système bancaire pour le financement international (Colloque de Dijon), Paris 1981, p. 305.

EGGER A., Einleitung und Personenrecht (Art. 1-89 ZGB), Commentaire zurichois I, 2^e éd., 1930.

EHRICKE H., Zur zivilrechtlichen Prospekthaftung der Emissionsbanken gegenüber dem Wertpapieranleger, *in* DB 14/1980 p. 2429.

EHRSAM P., Die Verfassungsgrundlage für den Ausbau des Instrumentariums der Nationalbank, *in* WuR 30/1978 p. 91.

EISENHARDT U., Kapitalanlegerschutz und Schadenersatz nach geltendem Recht, Heidelberg/Karlsruhe 1978.

ELLAND-GOLDSMITH M., Le fonctionnement du syndicat, *in* BLAISE J.-B./FOUCHARD P./KAHN P. (édit.), Les euro-crédits, un instrument du système bancaire pour le financement international (Colloque de Dijon), Paris 1981, p. 115.

ELVINGER A., Cessions et participations, *in* Etudes et documents de l'Union internationale des avocats, 1979/1 p. 78.

- EMCH U./RENN H., Das Schweizerische Bankgeschäft, 3^e éd., Thoune 1984.
- ENGEL P., Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973.
- ERBERT K., Rechtsvergleichung; Einführung in die Grundlagen, Berne 1978.
- ESSAY, The aftermath of Penn Square Bank: Protecting loan participants from setoffs, *in* Tulsa Law Journal 18/1982 p. 261.
- ESSER J./SCHMIDT E., Schuldrecht, Vol. I (Allgemeiner Teil), 6^e éd., Heidelberg 1984.
- EUROMONEY (édit.), The Eurocurrency loan contract, Londres 1983.
- FERTIG P., Der Euro-Dollar-Markt, Francfort-sur-le-Main 1981.
- FERVERS M., Das Kreditvermittlungsgeschäft unter bankaufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten, Dortmund 1981.
- FEUERHERDT D./WERHANN J., Das Bankgeheimnis und seine gesetzlichen Einschränkungen, Wiesbaden 1965.
- FLATTET O., La société en participation du droit français au regard de la société simple du droit suisse, th. Lausanne 1982.
- FOEX B., Le «numerus clausus» des droits réels en matière mobilière, th. Genève/Lausanne 1987.
- FORSTMOSER P., Schweizerisches Aktienrecht, Vol. I, Zurich 1981 (= Aktienrecht).
- FORSTMOSER P., Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2^e éd., Zurich 1987 (= Verantwortlichkeit).
- FORSTMOSER P., Commentaire d'arrêt, *in* SAS 59/1987 p. 120.
- FRANCIONI R., Konsortialverträge bei Konsortialdarlehen im schweizerischen Recht, th. Zurich 1987.
- FRANCOIS-MARSAL H., L'ouverture de crédit en euro-devises et les obligations des banques, *in* la revue «Banque» 1980 p. 703.
- FRICK R., The agent and the syndicate, *in* Union internationale des avocats, Etudes et documents 1979 p. 61.
- FRTZSCHE H./WALDER H., Schuldbetreibung und Konkurs, Tome I, Zurich 1984.
- FROHNE R., Prospektspflicht und Prospekthaftung in Deutschland, Frankreich und den USA, th. Munich 1974.
- FUCHS H.-U., Zur Lehre vom allgemeinen Bankvertrag, th. Göttingen 1982.
- GAUCH P., System der Beendigung von Dauerverträgen, th. Fribourg 1968 (= Beendigung).
- GAUCH P., Der Werkvertrag, 3^e éd., Zurich 1985 (= Werkvertrag).
- GAUCH P., Die Verwendung «missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» – Unlauterer Wettbewerb nach Art. 8 des revidierten UWG, *in* BR/DC 1987 p. 51.

- GAUCH P./AEPLI V./CASANOVA M., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 2^e éd., Zurich 1990.
- GAUCH P./AEPLI V./CASANOVA M., Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 2^e éd., Zurich 1990.
- GAUCH P./SCHLUEP W., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Tome I: n° 1–1193; Tome II: n° 1194–2680), 4^e éd., Zurich 1987.
- GAUCH P./SCHLUEP W./TERCIER P., Partie générale du droit des obligations (Tome I: n° 1–1159; Tome II: n° 1160–2691), 2^e éd., Zurich 1982.
- GAUTSCHI G., Das Obligationenrecht, Kreditbrief und Kreditauftrag, Maklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 407–424 OR), Commentaire bernois VI/2/5, 1964.
- GAUTSCHI G., Das Obligationenrecht, Der einfache Auftrag (Art. 394–406 OR), Commentaire bernois VI/2/4, 1971.
- GEHRIG F., Die eidgenössischen Stempelabgaben, Bâle/St-Gall 1984.
- GERHARDT W., Der Haftungsmassstab im gesetzlichen Schutzverhältnis (positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo), in JuS 1970 p. 597.
- GERTH A., Atypische Kreditsicherheiten, 2^e éd., Francfort-sur-le-Main 1980.
- GIGER H., Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Kauf und Tausch – Die Schenkung, Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrnis-kauf (Art. 184–215 OR), Commentaire bernois, VI/2/1/1, 1979.
- GILLIERON P.-R., Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 2^e éd., Lausanne 1988.
- GILLIERON P.-R., Les voies et les moyens dont dispose le juge pour combattre les abus ou les excès dans l'emploi et l'application des conditions générales, in SAS 59/1987 p. 96.
- GIOVANOLI S./SCHAETZLE M., Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Die Bürgschaft, Spiel und Wette, Commentaire bernois VI/2/7, 2^e éd., 1978.
- GOLTZ H.-W., Vertragsgestaltung bei Roll-over-Eurokrediten, th. Berlin 1980.
- GONZENBACH R., Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, th. Berne 1987.
- GROSSEN J.-M., Les personnes physiques, in TDP II/2, Fribourg 1974 (= Das Recht der Einzelpersonen, in SPR II, Bâle/Stuttgart 1967, p. 285).
- GUGGENHEIM D., Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, 3^e éd., Zurich 1986 (= Les contrats de la pratique bancaire suisse, 2^e éd., Genève 1982).
- GUHL T./MERZ H./KUMMER M., Das schweizerische Obligationenrecht, 7^e éd., Zurich 1980.
- GULDENER M., Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zurich 1951 (suppl. 1959).

- GUTH W., Das internationale Kreditgeschäft der Banken und seine Probleme, *in* Die Bank 1980 p. 308.
- GUTZWILLER M., Das Recht der Verbandspersonen (Grundsätzliches), *in* SPR II, Bâle/Stuttgart 1967, p. 425.
- GUYET J., Les actions en justice, *in* CARRUZZO P./OBERSON P.-A. (édit.), La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Lausanne 1988, p. 89.
- GYGI F., Wirtschaftsverfassungsrecht, Berne 1981.
- GYGI F., Verwaltungsrecht, Berne 1986.
- HAAB R./SIMONIUS A./SCHERRER W./ZOBL D., Das Sachenrecht, Das Eigentum (Art. 641–729 ZGB), Commentaire zurichois, IV/1, 1977.
- HABSCHEID W., Droit judiciaire privé suisse, 2^e éd., Genève 1981.
- HADDING W./SCHNEIDER U. (édit.), Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Bundesrepublik Deutschland und in ausländischen Rechtsordnungen, Berlin 1986.
- HALBHEER H.J./KILGUS E. (édit.), Der Finanzplatz Schweiz und seine Bedeutung aus nationaler und internationaler Sicht, Festgabe zum 65. Geburtstag von Dr. Hans J. Mast, Berne/ Stuttgart 1985.
- HALSBURY'S STATUTES OF ENGLAND AND WALES, 4^e éd., Londres 1988.
- HAMBERSIN M., Développement et perspectives du marché des euro-crédits, *in* BELLIS M. (édit.), Les euro-crédits: expériences continentales (Colloque de Tours), Paris 1982, p. 5.
- HAMMEL J./LAGARDE G./JAUFFRET A., Droit commercial, Tome I, Vol. 2, 2^e éd., Paris 1980.
- HAMMER K., Emissionsrecht, Wiesbaden/Dotzheim 1963.
- HANGARTNER Y., Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Vol. I («Organisation»), Zurich 1980.
- HARRIES H., Die Negativklausel, *in* WM 16/1978 p. 1146.
- HEINRICH P., Die Handels- und Gewerbefreiheit im Bankgewerbe, th. Zurich/Berne 1973.
- HEINSIUS T., Anlageberatung durch Kreditinstitute, *in* ZHR 145/1981 p. 177.
- HEINTZELER F., Internationale Projektfinanzierung, *in* ZKW 1983 p. 600.
- HEIZ C., Grundlagenirrtum, th. Zurich 1985.
- HENRARD G., La nature de l'intervention des banques dans les euro-crédits, *in* la revue «Banque» 1981 p. 1145.
- HEROLD H., Bank- und Börsenrecht, 2^e éd. Berlin/Francfort-sur-le-Main 1962 (= Börsenrecht).
- HEROLD H., Das Kreditgeschäft der Banken, 15^e éd., Hambourg 1964 (= Kreditgeschäft).

- HERRENSCHMIDT J.-L., Présentation des euro-crédits, *in* BLAISE J.-B./FOUCHARD P./KAHN P. (édit.), Les euro-crédits, un instrument du système bancaire pour le financement international (Colloque de Dijon), Paris 1981, p. 19.
- HERTIG G., Le rôle du consommateur dans le droit de la concurrence en Suisse, aux Etats-Unis et dans la CEE, th. Genève/Lausanne 1984 (= Consommateur).
- HERTIG G., Les accords d'exclusivité et de distribution, *in* ZAECH R. (édit.), Kartellrecht auf neuer Grundlage, Berne/Stuttgart 1989, p. 47.
- HERTIG G., Les nouvelles LCD et LCart: Convergences et divergences, *in* BAUDENBACHER C. (édit.), Das UWG auf neuer Grundlage, Berne/Stuttgart 1989, p. 37.
- HINSCH C./HORN N., Das Vertragsrecht der internationalen Konsortialkredite und Projektfinanzierungen, Berlin/New York 1985.
- HIRSCH A., La société simple et les tiers, *in* Mélanges Henri Deschenaux, Fribourg 1977, p. 411.
- HIRSCH A., Un droit du marché financier suisse, *in* Mélanges Robert Patry, Lausanne 1988, p. 85.
- HIRSZOWICZ C., Schweizerische Bankpolitik, 2^e éd., Berne/Stuttgart 1986.
- HOFF U., Geschäftspolitische, bilanzielle und steuerliche Probleme des Gemeinschaftskredits, *in* Bankbetriebliche Information 1971 p. 181.
- HOFSTETTER J., Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, *in* SPR VII/2, Bâle/Stuttgart 1979, p. 1.
- HOMBURGER E., Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zurich 1990.
- HOMBURGER E., Commentaire d'arrêt, *in* SAS 60/1988 p. 31.
- HOMBURGER E., Zivilrechtliche Bestimmungen, *in* ZAECH R. (édit.), Kartellrecht auf neuer Grundlage, Berne/Stuttgart 1989, p. 103.
- HOMBURGER E./DROLSHAMMER J., Schweizerisches Kartell- und Monopolrecht, Berne 1981 (suppl. 1987).
- HOPT K., Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken (gesellschafts-, bank- u. börsenrechtliche Anforderungen an das Beratungs- und Verwaltungsverhalten der Kreditinstitute), Munich 1975 (= Kapitalanlegerschutz).
- HOPT K., Inwieweit empfiehlt sich eine allgemeine gesetzliche Regelung des Anlegerschutzes? Gutachten zum 51. Deutschen Juristentag, Munich 1976 (= Gutachten).
- HOPT K., Von Aktien- und Börsenrecht zum Kapitalmarktrecht? *in* ZHR 141/1977 p. 389.
- HOPT K., Rechtspflichten der Kreditinstitute zur Kreditversorgung, Kreditbelastung und Sanierung von Unternehmen, *in* ZHR 143/1979 p. 139.
- HORN N., Das Recht der internationalen Anleihen, Francfort-sur-le-Main 1972.

- HORN N. (édit.), *Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance*, Anvers/Boston/Londres/Francfort-sur-le-Main 1985.
- HORN N., Die Vertragsdauer als schuldrechtliches Regelungsproblem. Empfiehlt sich eine zusammenfassende Regelung der Sonderprobleme von Dauerschuldverhältnissen und langfristigen Verträgen? *in* BuJustizMin (édit.), *Gutachten und Vorschläge zur Ueberarbeitung des Schuldrechts*, Bd I, Cologne 1981, p. 551.
- HORN N., Rechtsfragen internationaler Umschuldungen, *in* WM 22/1984 p. 713.
- HORN N., The restructuring of international loans and the international debt crisis, *in* *International Business Lawyer*, octobre 1984 p. 400.
- HORN N./SCHMITTHOFF C. (édit.), *The transnational law of international commercial transactions*, Deventer 1982.
- HUBER H., Die Rechtsnatur der Unterbeteiligung, *in* RSJ 1972 p. 281.
- HUERLIMANN R., Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, th. Fribourg 1984.
- HURLOCK J., Advising sovereign clients on the renegotiation of their external indebtedness, *in* *Columbia Journal of Transnational Law* 23/1984 p. 29.
- IMMENG U., Die Stellung der Emissionskonsortien in der Rechts- und Wirtschaftsordnung, Bielefeld 1981.
- IMMENG U./MESTMAECKER E.-J. (édit.), *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Kommentar, Munich 1981 (= **GWB Kommentar**).
- JABORNEGG P./STRASSER R./FLORETTA H., *Das Bankgeheimnis*, Vienne 1985.
- JACQUEMONT A., Le contrat d'euro-crédit: un contrat à contenu variable, *in* *Journal du droit international* 106/1979 n° 1 p. 34.
- JAEGGI P., Das Obligationenrecht, Die Wertpapiere (Art. 965–989 und 1145–1155 OR), *Commentaire zurichois* V/7a, 1959 (= art.).
- JAEGGI P., Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, *in* RDS 79/1960 p. 133a.
- JAEGGI P., Théorie générale des papiers-valeurs, *in* TDP VIII/2,2 Fribourg 1982 (= Papiers-valeurs).
- JAEGGI P./DRUEY J./VON GREYERZ C., *Wertpapierrecht*, Zurich 1985.
- JAEGGI P./GAUCH P., Obligationenrecht (Art. 18 OR), *Commentaire zurichois* V/1b, 1980.
- JAEGGI P./SCHOENENBERGER W., Obligationenrecht (Art. 1–17 OR), *Commentaire zurichois* V/1a, 1973.
- JAUFFRET-SPINOSI C./KELLY C., La protection contractuelle, *in* BLAISE J.-B./FOUCHARD P./KAHN P. (édit.), *Les euro-crédits, un instrument du système bancaire pour le financement international* (Colloque de Dijon), Paris 1981, p. 525.

- JAYME E., Kollisionsrecht und Bankgeschäfte mit Auslandsberührung, Berlin 1977.
- JONES W., The two faces of Fortner: Comment on a recent antitrust opinion, *in* Columbia Law Review 78/1978 p. 39.
- JUNOD C.-A., Les principales règles sur la gestion des banques, *in* L'avant-projet de loi fédérale sur les banques, Colloque international, Genève 1983, p. 101.
- JUNOD C.-A., La garantie d'une activité irréprochable – De la surveillance à la tutelle des banques?, *in* von GRAFFENRIED R. (édit), Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Berne 1987, p. 91.
- JURI R., Der Entzug der Bewilligung zur Ausübung der Banktätigkeit, Zurich 1983.
- KAUFMANN-KOHLER G., La clause d'élection de for, th. Bâle/Francfort-sur-le-Main 1980.
- KELLER A., Haftpflicht im Privatrecht, Vol. II, Berne 1987.
- KELLER M./GABI-BOLLIGER S., Haftpflichtrecht, 2^e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1988.
- KELLER M./LOERTSCHER T., Kaufrecht, 2^e éd., Zurich 1986.
- KELLER M./SCHOEBI C., Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, 3^e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1988.
- KERTUDO J.-M., Les marchés internationaux des capitaux 1981, *in* la revue «Banque» 1982 p. 373.
- KESSLER F., Der Schutz des Vertrauens bei Vertragsverhandlungen in der neueren amerikanischen Rechtsprechung, *in* Festschrift für Ernst von Caemmerer, Tübingen 1978, p. 873.
- KILGUS E., Bank-Management in Theorie und Praxis, 2^e éd., Berne/Stuttgart 1985.
- KLAUSER P., Notenbankbefugnisse im Kapitalmarkt, *in* WuR 38/1986 p. 145.
- KLEINER B., Die Gesetzgebung über das Bankwesen in Bund und Kantonen, Zurich 1972 (= Gesetzgebung).
- KLEINER B., Internationales Devisen-Schuldrecht, Zurich 1985 (= Devisen).
- KLEINER B., Das neue IPRG – Ein vernachlässigtes Detail, *in* SAS 60/1988 p. 70.
- KNAPP B., Précis de droit administratif, 3^e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1988.
- KNAPP B., L'émission et la cotation des emprunts d'Etat en Suisse, *in* Mélanges Robert Patry, Lausanne 1988, p. 97.
- KNOEPFLER F./SCHWEIZER P., Précis de droit international privé suisse, Berne 1990.
- KOEHLER H., Vorvertrag, Optionsvertrag und Festofferte, *in* Jura 1979 p. 465.

- KOENIG A., Die internationalprivatrechtliche Anknüpfung von Syndicated loan agreements, th. Constance 1984.
- KOHOUT D., Patronatserklärungen, th. Mayence 1984.
- KOLLER Alfred, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, th. Fribourg/Zurich 1980 (= Erfüllungsgehilfen).
- KOLLER Alfred, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, habil. Fribourg 1985 (= Glaube).
- KOLLER Arnold, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, th. Fribourg 1967.
- KOLLY G., Der Grundlagenirrtum nach Art. 24 OR: Rechtsprechung des Bundesgerichtes, th. Fribourg 1978.
- KRAMER E., Funktion, rechtliche Problematik und Zukunftsperspektiven der Innominatverträge, in *Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising*, Berne/Stuttgart 1985, p. 21.
- KRAMER E./SCHMIDLIN B., Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Commentaire bernois VI/1/1, 1986.
- KRELL U., Die zivilrechtliche Prospekthaftung der Emissionsbanken gegenüber dem Wertpapieranleger, th. Fribourg i.B. 1973.
- KRONFOL Z., The syndication of risk in unconditional bonds, in *The Journal of Business Law* 1984, p. 13.
- KRUEMMEL H.-J. (édit.), Internationales Bankgeschäft, in *Kredit und Kapital* No. 8, Berlin 1985.
- KUHLMANN P., Das internationale Kreditgeschäft aus der Sicht einer Euro-bank, in *Nachrichten des Instituts für Kreditwesen* 1980/1981 p. 38.
- KUMMER M., Der Begriff des Kartells, Berne 1966 (= Der Begriff).
- KUMMER M., Die «Erheblichkeit» der Wettbewerbsbehinderung (Art. 4 KG) nach der Praxis des Bundesgerichts, in *Mélanges Henri Deschenaux*, Fribourg 1977, p. 543.
- LANGEN E./NIEDERLEITHINGER E./RITTER L./SCHMIDT U., Kommentar zum Kartellgesetz, 6^e éd., Neuwied/Darmstadt 1982.
- LAPINE K., Loan participations and the savings and loan association: A sleeping giant stirs, in *Akron Law Review* 11/1978 p. 457.
- LARENZ K., Lehrbuch des Schuldrechts, Vol. I: Allgemeiner Teil, 13^e éd., Munich 1986.
- LARENZ K., Lehrbuch des Schuldrechts, Vol. II/1: Besonderer Teil, 13^e éd., Munich 1986.
- LAUER J., Vorvertragliche Informationspflichten (insbesondere gegenüber Verbrauchern) nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht, Berne 1983.
- LAWYER A., Lead us, kindly agent, lead us, in *Euromoney*, juillet 1977 p. 23.

- LEDWIDGE P., Loan participations among commercial banks, *in* Tennessee Law Review 51/1983 p. 519.
- LINDEGGER K./CURRAT P., Activités «hors bilan»: la Commission fédérale des banques cherche à y voir clair, *in* Journal de Genève du 4 octobre 1985, p. I.
- LIVER P., Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Die Grunddienstbarkeiten (Art. 730–744 ZGB), Commentaire zurichois, IV/2a, 2^e éd., 1968.
- LOEFFLER A.-U., Anleihen, th. Berne/Stuttgart 1987.
- LUENTERBUSCH A., Die privatrechtlichen Auswirkungen des Gesetzes über das Kreditwesen auf Einlagen- und Kreditgeschäfte, th. Cologne 1968.
- LUSSER M., Wettbewerbsregulierung auf dem Finanzplatz Schweiz, *in* GIGER H./SCHLUEP W. (édit.), Wirtschaftsfreiheit und Konsumentenschutz, Zurich 1983, p. 80.
- LUSSER M., Zinsüberwachung – ein Konflikt zwischen Wettbewerbs- und Geldpolitik, *in* Zur Zukunft von Staat und Wirtschaft in der Schweiz, Festschrift für Kurt Furgler, Zurich/Cologne 1984, p. 298.
- MACDONALD M., Loan participations as enforceable property rights in bankruptcy: A reply to the trustee's attack, *in* American Bankruptcy Law Journal 53/1979 p. 35.
- MANFRINI P., Entraide administrative internationale, *in* Colloque: L'entraide judiciaire internationale en matière pénale, civile, administrative et fiscale, Genève 1986, p. 115.
- MANN F., Der Internationale Währungsfonds und das Internationale Privatrecht, *in* JZ 1970 p. 709.
- MARTIN-ACHARD E., La loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD), Lausanne 1988 (= LCD).
- MARTIN-ACHARD E., Les principes généraux de la nouvelle loi, *in* CARRUZZO P./OBERSON P.-A. (édit.), La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Lausanne 1988, p. 9.
- MAZZONI A., Les clauses d'exigibilité anticipée et de paiement tardif, *in* BELLIS M. (édit.), Les euro-crédits: expériences continentales (Colloque de Tours), Paris 1982, p. 137.
- MCDONALD R., International syndicated loans, Londres 1982.
- MCLAUGHLIN P., Underlying relationships in bank participations, *in* International Financial Law Review, novembre 1983 p. 8.
- MEDICUS D., Verschulden bei Vertragsverhandlungen, *in* BuJustizMin (édit.), Gutachten und Vorschläge zur Ueberarbeitung des Schuldrechts, Vol. I p. 479.
- MEIER C., Die Bankbilanz als finanzielles Führungsinstrument – Unter besonderer Berücksichtigung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen im In- und Ausland, 2^e éd., Berne/Stuttgart 1987.

- MEIER-HAYOZ A., Einleitung und Personenrecht, Einleitung (Art. 4 ZGB), *Commentaire bernois* I/1, 1962.
- MEIER-HAYOZ A., Contrats non prévus par la loi, généralités, contrats «sui generis», *FJS* n° 1134, Genève 1965.
- MEIER-HAYOZ A., Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum (Artikel 641–654 ZGB), *Commentaire bernois* IV/1/1, 5^e éd., 1981.
- MEIER-HAYOZ A./FORSTMOSER P., Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 6^e éd., Berne 1989.
- MEIER-HAYOZ A./SCHLUEP W./OTT W., Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht, *in* *RDS* 90/1971 I p. 317.
- MEIER-HAYOZ A./VON DER CRONE C., Wertpapierrecht, Berne 1985.
- MEIER-SCHATZ C., Disclosure Rules in the U.S., Germany and Switzerland, *in* *American Journal of Comparative Law* 34/1986, n° 2, p. 271.
- MEIER-SCHATZ C., Objective of Financial Disclosure Regulation, *in* *Journal of Comparative Business and Capital Market Law* 1986 p. 219.
- MELLEROWICZ K., Emissionsgeschäft, *in* *Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen*, 3^e éd., Tome I, Francfort-sur-le-Main 1967.
- MENGIARDI P., Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts, *in* *RDS* 87/1968 II p. 108.
- MERZ H., Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung (Artikel 1–10 ZGB), *Commentaire bernois* I/1, 1966.
- MERZ H., Das schweizerische Kartellgesetz, Berne 1967 (= Kartellgesetz).
- MEYER N., Legal aspects of eurocurrency credits and foreign lending in Thailand, th. Fribourg 1983.
- MEYER-PRESCHANY M., Das Internationale Finanzinstitut, *in* *ZKW* 1983 p. 148.
- MOEHRING P./NIRK R., Das Kreditwesengesetz, 7^e éd., Francfort-sur-le-Main 1976.
- MOESCHEL W., Das Wirtschaftsrecht der Banken, Die währungs-, bankaufsichts-, kartell- und EWG-rechtliche Sonderstellung der Kreditinstitute, Francfort-sur-le-Main 1972.
- MOESCHEL W., Das Konsortialgeschäft der Kreditinstitute im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Emissionkonsortien als marktbeherrschende Unternehmen, *in* *ZHR* 136/1972, p.273.
- MONOPOLKOMMISSION, Siebentes Hauptgutachten: Die Wettbewerbsordnung erweitern, Baden-Baden 1986/1987.
- MORMANN, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Maklerrecht des BGB, *in* *WM* 6/1968 p. 954 et *WM* 13/1975 p. 70.
- MUDGE A., Sovereign Debt Restructure: a perspective of counsel to agent banks, bank advisory groups and servicing banks, *in* *Columbia Journal of Transnational Law* 23/1984 p. 59.

- MUELLER B., *La pratique de la Commission fédérale des banques*, Zurich 1987.
- MUNDHEIM R., *Introduction à la «Conference on the Internationalisation of the Capital Markets»*, Amsterdam 1981.
- NATERMANN E., *Der Eurodollarmarkt in rechtlicher Sicht*, Baden-Baden 1977.
- NICKLISCH F., *Rechtsfragen der Einlagensicherung im Kreditgewerbe*, Frankfurt-sur-le-Main 1979.
- NIEDERHAUSER M., *Missbrauch der Marktmacht und Rechtsmissbrauch, Zur wettbewerbspolitischen Aufsicht über marktmächtige Unternehmen nach schweizerischem Kartellgesetz und den Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages*, th. Berne 1978.
- NOBEL P., *Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz*, Berne 1979.
- NOBEL P., *Notenbank und Banknoten*, in DICKE C.-D./FLEINER-GERSTER T. (édit.), *Staat und Gesellschaft, Festschrift für Leo Schürmann zum 70. Geburtstag*, Fribourg 1987.
- NOBEL P. (édit.), *Schweizerisches Kapitalmarktrecht – Stand und Perspektiven*, in WuR 38/1986 p. 81.
- NORDMANN P., *Le contrat d'adhésion, abus et remèdes*, th. Lausanne 1974.
- NORDMANN-ZIMMERMANN U., *Cartels, surveillance des banques, des fonds de placement, des assurances privées*, Lausanne 1984.
- NOTE, *The logic of foreclosure*, in *Yale Law Journal* 79/1969 p. 86.
- NOTE, *Classification of loan participations following the insolvency of a lead bank*, in *Texas Law Review* 62/1984 p. 1115.
- NOTE, *International loan syndications: The next security*, in *Columbia Journal of Transnational Law* 23/1984 p. 155.
- NOTE, *Creditor's remedies against the FDIC [Federal Deposit Insurance Corporation] as receiver of a failed national bank*, in *Texas Law Review* 64/1986 p. 1429.
- NOTE, *Sovereign compulsion and international antitrust: Conflicting laws and separating powers*, in *Columbia Journal of Transnational Law* 25/1987 p. 403.
- OBERMUELLER W./OBERMUELLER M., *Die Unterbeteiligung im Bankgeschäft – Eine Uebersicht für die Praxis*, in HADDING W./IMMENG U./MERTENS H.-J./PLEYER K./SCHNEIDER U. (édit.), *Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984 – Handelsrecht und Wirtschaftsrecht in der Bankpraxis*, Berlin/New York 1984, p. 607.
- OFTINGER K./STARK E., *Schweizerisches Haftpflichtrecht II/1, Besonderer Teil, Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung*, Zurich 1987.

- OPEL H. von, Die praktische und rechtliche Bedeutung der Negativklausel, Mayence 1979.
- OSER H./SCHOENENBERGER W., Das Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Artikel 1–183 OR), Commentaire zurichois V/1, 2^e éd., 1929.
- OSER H./SCHOENENBERGER W., Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Artikel 184–418 OR), Commentaire zurichois V/2, 2^e éd., 1936.
- OSER H./SCHOENENBERGER W., Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Artikel 419–529 OR), Commentaire zurichois V/3, 2^e éd., 1945.
- OTT W., Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts, th. Zurich 1972.
- PABST R., Prospektzwang und Prospekthaftung in den sechs Gründerstaaten der EWG und in der Schweiz, th. Mayence 1972.
- PANTEL J., Pflichten der Bank aus dem Kreditverhältnis insbesondere bei der Kündigung, th. Bielefeld 1979.
- PATRY R., Précis de droit suisse des sociétés, Vol. I et II, Berne 1976/1977.
- PEETERS J., The rule of reason revisited: Prohibition on restraints of competition in the Sherman Act and the EEC Treaty, *in* American Journal of Comparative Law 37/3 (été 1989), p. 521.
- PERGAM A., Eurobonds: trustees, fiscal agents and the treatment of default, *in* HORN N. (édit.), Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance, Deventer 1985, p. 335.
- PERGAM A., Eurocurrency credits: legal questions and documentation, *in* HORN N. (édit.), Adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance, Deventer 1985, p. 271.
- PERGAM A., Eurocurrency loan agreements, *in* The review of financial services regulation 1986, Vol. 2, n° 17, p. 159 (= Eurocurrency).
- PERGAM A., Legal dimensions of eurobond financing, *in* Southern Methodist University Institute on International Finance (édit.), Prospects for international lending and reschedulings, New York 1988, p. 21–1.
- PERRIN J.-F. (édit.), Les règles d'interprétation – Principes communément admis par les juridictions, Fribourg 1989.
- PHELAN R./CONNER T./KINSELLA J., Word wars: Structuring and documenting secured term loans under the bankruptcy code (PLI), New York 1987.
- PIGOTT H., The historical development of syndicated eurocurrency loan agreements, *in* International Business Lawyer 1982 p. 199.
- PIOTET P., Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Berne 1963 (= Culpa).
- PIOTET P., Nature et modalités de la responsabilité précontractuelle, *in* RDS 94/1975 p. 253.
- PIOTET P., La culpa in contrahendo aujourd'hui, *in* RSJ 77/1981 p. 225.

- PIOTET P., La responsabilité précontractuelle du fait d'autrui, spécialement en cas de dol, *in* JdT 1983 I 379.
- PIOTET P., Développements récents de la théorie de la culpa in contrahendo, *in* DUTOIT B./HOFSTETTER J./PIOTET P. (édit.), *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne 1985, p. 363.
- PLEYER K., Das Kündigungsrecht nach § 247 BGB und seine Ausnahmen, *in* NJW 1978 p. 2128.
- PLEYER K., Gemeinschaftskredit der Genossenschaftsbanken und Bankgeheimnis, *in* ZERSCHE J. (édit.), *Aspekte genossenschaftlicher Forschung und Praxis*, Dusseldorf 1982, p. 105.
- POLLARD A./PASSAIC J./ELLIS K./DALY J., *Banking law in the United States*, Washington 1988.
- POLTIER E., Les gentlemen's agreements à participation publique, *in* RDS 1987 I p. 367.
- PREISIG K., *Roll-over-Eurokredit*, th. Berne 1976.
- PUHR C., La constitution du syndicat, *in* BLAISE J.-B./FOUCHARD P./KAHN P. (édit.), *Les euro-crédits, un instrument du système bancaire pour le financement international* (Colloque de Dijon), Paris 1981, p. 107.
- RADBRUCH J., Das Bankgeheimnis im deutschen und anglo-amerikanischen Recht. Ein Rechtsvergleich, th. Mayence 1977.
- REHBINDER M., Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330a OR, *Commentaire bernois* VI/2, 1985.
- REHMANN W., Die Gesetze zur Aenderung des Gesetzes über das Kreditwesen: Untersuchung der Entwicklung eines Gesetzes unter besonderer Berücksichtigung rechtlicher Möglichkeiten und Grenzen, th. Würzburg 1983.
- REICHWEIN H., Gedanken zu einigen Fragen des Bankenrechts, insbesondere zu den Sorgfaltspflichten der Bank im Lichte einer Neuerscheinung auf dem Gebiete des Bankvertragsrechts, *in* SAS 59/1987 p. 18.
- REITER W., Das Bundesanleihekonsortium im Zusammenhang mit Gesamtwirtschaft, Staat, Banken und Kapitalmarkt, th. Francfort-sur-le-Main/Wiesbaden 1967.
- RICHLI P., Marktmacht und Marktform, *in* WuR 29/1977 p. 111.
- RICHLI P., Nachfragemacht und Angebotsmacht – Gemeinsamkeiten und Unterschiede, *in* WuR 30/1978 p. 1.
- RICKENBACHER R., Globalurkunden und Bucheffekten im schweizerischen Recht, ein Beitrag zur Rationalisierung des Wertpapiergeschäfts, th. Zurich 1981.
- RIEBELL K./BARTHELMES L., *Kreditanzeigen nach dem KWG*, Stuttgart 1981.
- RIPERT G./ROBLLOT R., *Traité élémentaire de droit commercial*, Tome I, 12^e éd., Paris 1986.

- RODIERE R., Introduction au droit comparé, Paris 1979.
- ROLF A., Der Börsenprospekt – Eine rechtsvergleichende Studie über den Börsenprospekt in der BRD und in der Schweiz, th. Zurich 1970.
- ROMY I./WOLLMANN GAUTHIER E./WERNLI M., Concurrence déloyale: Textes législatifs et répertoire des arrêts fédéraux et cantonaux, Lausanne 1989.
- ROSSEL V./MENTHA F.-H., Manuel du droit civil suisse, Lausanne 1910–1911.
- RUESSMANN H., Auslandskredite, Transferverbote und Bürgschaftsicherung, *in* WM 21/1983 p. 1126.
- RUSENBERGER M., Die Sonderstellung der schweizerischen Kantonalbanken in der Bundesverfassung und im Bankengesetz, unter Berücksichtigung ihrer Entstehung und rechtlichen Ausgestaltung, th. Zurich 1988.
- RYAN R., International bank loan syndications and participations, *in* International financial law, lending capital transfers and institutions, Londres 1980, p. 25.
- SATTLER H., Zu den Begriffen des Kartells und der kartellähnlichen Organisation, th. Zurich 1970.
- SCHILLING M., Zur Haftung des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen bei Amtspflichtverletzungen, th. Giessen 1982/1983.
- SCHILTKNECHT K., Der schweizerische Kapitalmarkt in einer veränderten Umwelt, *in* WuR 38/1986 p. 95.
- SCHINDLER D., Commentaire des articles 8–12, 85 ch. 5 et 6, 89 al. 3 à 5, 102 ch. 8 et 9 Cst. féd., *in* AUBERT J.-F./EICHENBERGER K./MUELLER J./RHINOW R./SCHINDLER D. (édit.), Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Bâle/Zurich/Berne 1987 (Etat 1989).
- SCHLUEP W., Ueber den Begriff der Nachfragemacht, *in* Mélanges Henri Deschenaux, Fribourg 1977 p. 563.
- SCHLUEP W., Grundzüge des Entwurfs der Expertenkommission zur Revision des BG über Kartelle und ähnliche Organisationen, *in* RSDIC, 11/1979, p. 47.
- SCHLUEP W., Innominatverträge, *in* SPR VII/2, Bâle/Stuttgart 1979, p. 761.
- SCHLUEP W., Ueber den Begriff der Wettbewerbsfälschung, *in* Recht und Wirtschaft heute – Festgabe für Max Kummer, Berne 1980 p. 565.
- SCHLUEP W., «Wirksamer Wettbewerb», Schlüsselbegriff des neuen schweizerischen Wettbewerbsrechts, Berne/Stuttgart/Toronto 1987 (= Wirksamer Wettbewerb).
- SCHLUEP W., Die Werbung im revidierten Lauterkeitsrecht, *in* BAUDENBACHER C. (édit.), Das UWG auf neuer Grundlage, Berne/Stuttgart 1989, p. 71.
- SCHLUEP W., Einführung, *in* ZAECH R. (édit.), Kartellrecht auf neuer Grundlage, Berne/Stuttgart 1989, p. 1.

- SCHMID C., Die unter Mitwirkung der Schweizerischen Bankiervereinigung erfolgten Vereinbarungen, Richtlinien und Empfehlungen, th. Zurich 1982.
- SCHMID H., Geld, Kredit und Banken, 2^e éd., Berne/Stuttgart 1988.
- SCHMIDHAUSER B. (édit.), Materialien 1978 zur Revision des schweizerischen Kartellgesetzes, in WuR 31/1979 p. 83.
- SCHMIDHAUSER B., Der bundesrätliche Entwurf zur Revision des Kartellgesetzes im Vergleich zum Entwurf der Expertenkommission, in RSDIC 13/1981 p. 22.
- SCHMIDHAUSER B., Altes und neues Kartellgesetz im Vergleich, in WuR 38/1986 p. 361.
- SCHMIDHAUSER B., Aufbruch zu neuen Ufern? Wettbewerbspolitik, in Schweizer Monatshefte, septembre 1986 p. 728.
- SCHMIDHAUSER B., Entstehung und Auslegung von Artikel 29 Absätze 2 und 3 des Kartellgesetzes vom 20. Dezember 1985, in Staat und Gesellschaft, Festschrift Leo Schürmann, Fribourg 1987, p. 367.
- SCHMIDHAUSER B., Die Vorabklärungen der Kartellkommission nach Art. 28 des Kartellgesetzes, in ZAECH R. (édit.), Kartellrecht auf neuer Grundlage, Berne/Stuttgart 1989, p. 115.
- SCHNEIDER A./FICK H., Commentaire du Code fédéral des obligations du 30 mars 1911: nouvelle édition révisée du «Commentaire populaire et pratique», Neuchâtel, 1915–1916.
- SCHNYDER A., Internationale Amts- und Rechtshilfe in Wirtschaftssachen, in SAS 60/1988 p. 1.
- SCHOENENBERGER W./JAEGGI P., Das Obligationenrecht, Allgemeine Einleitung, Kommentar zu den Art. 1–17 OR, Commentaire zurichois V/1a, 1973.
- SCHOENLE H., Bank- und Börsenrecht, Munich 1976.
- SCHOENLE H., La responsabilité des banques pour renseignements financiers inexacts, in Mélanges Henri Deschenaux, Fribourg 1977, p. 387.
- SCHOENLE H., Le champ d'application de la loi et les conditions d'autorisation, Rapport, in Centre d'Etudes juridiques européennes (édit.), L'avant-projet de loi fédérale sur les banques (Colloque international), Genève 1983, p. 7.
- SCHOENLE H., Die Bankauskunft nach schweizerischem Recht, in Bankgeheimnis und Bankauskunft in der Bundesrepublik Deutschland und in ausländischen Rechtsordnungen, Berlin 1986, p. 286.
- SCHOENLE H., Le secret bancaire selon le Code de procédure pénale genevois, in Mélanges Robert Patry, Lausanne 1988, p. 191.
- SCHOLZE H., Das Konsortialgeschäft der deutschen Banken, Berlin 1973.
- SCHORK L., Gesetz über das Kreditwesen mit Begründung, Durchführungsvorschriften und Anmerkungen, 12^e éd., Stuttgart 1985.

- SCHRAFL U., Die Aktien-Emission durch Banken nach schweizerischem Recht, th. Berne 1939.
- SCHUCANY E., Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, Schweizerisches Obligationenrecht, 26. und 27. Titel: Die Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft, 2^e éd., Zurich 1960.
- SCHUERMANN H., Festübernahme bei Emissionen von Anleiheobligationen, th. Zurich 1971 (= SCHUERMANN H.).
- SCHUERMANN L., La loi sur la Banque nationale et ses dispositions d'exécution: commentaire et textes, Berne 1980 (= SCHUERMANN, art. ... LBN).
- SCHUERMANN L., Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2^e éd., Berne 1983 (= SCHUERMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht).
- SCHUERMANN L./SCHLUEP W., KG + PüG: Kartellgesetz – Preisüberwachungsgesetz, Zurich 1988.
- SCHUETZ H., Die Revision der schweizerischen Bankgesetzgebung in den Jahren 1971 und 1972, th. Berne 1974.
- SCHUETZ W., Bankgeschäftliches Formularbuch, 18^e éd., Cologne 1969.
- SCHWAGER P., Das schweizerische Bankgeheimnis, th. Fribourg/Zurich 1973.
- SCHWANDER I., Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung im neuen IPR-Gesetz, in ZAECH R. (édit.), Kartellrecht auf neuer Grundlage, Berne/Stuttgart 1989, p. 371.
- SCHWANDER I., Das UWG im grenzüberschreitenden Verkehr, in BAUDENBACHER C. (édit.), Das UWG auf neuer Grundlage, Berne/Stuttgart 1989, p. 161.
- SCHWANDER W., Das schweizerische Bankengesetz unter spezieller Berücksichtigung seiner wirtschaftlich wichtigen Bestimmungen, th. Berne/Zurich 1943.
- SCHWARK E., Kommentar zum Börsengesetz, Munich 1976.
- SCHWARZ J./VON WYL W., Der Finanzplatz Schweiz im internationalen Umfeld, in VON GRAFFENRIED R. (édit.), Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Berne 1987, p. 29.
- SCHWEIGER W., Der Maklerlohn – Voraussetzungen und Bemessung, th. Zurich 1986.
- SCHWEINGRUBER E., Commentaire du contrat du travail selon le Code fédéral des obligations, Berne 1952.
- SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG FUER INTERNATIONALES RECHT, Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR – Gesetz), Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf, Zurich 1979.
- SCORZA G., I consorzi bancari di collocamento di titoli, in Le operazioni bancarie, a cura di Giuseppe B. Portale, Milano 1978, Tome II, p. 1129.
- SCYBOZ G., Le contrat de garantie et le cautionnement, in TDP VII/2, Fribourg 1979.

- SEILER I., Die Patronatserklärung im internationalen Wirtschaftsverkehr aus bankrechtlicher Sicht, und zwar im Wirtschaftsverkehr mit England, Frankreich und der Schweiz, th. Munster 1982.
- SEMKOW B., Syndicating and rescheduling international financial transactions: a survey of the legal issues encountered by commercial banks, *in* The International Lawyer, 18/1984 p. 869.
- SICHTERMANN S./FEUERBORN S./KIRCHHERR R./TERDENDE R., Bankgeheimnis in der Bundesrepublik Deutschland sowie in wichtigen ausländischen Staaten, 3^e éd., Francfort-sur-le-Main 1984.
- SIEBER H., Ueber die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, *in* WuR 25/1973 p. 48.
- SIEBER H., Zur Kritik an der Saldomethode der Kartellkommission, *in* Recht und Wirtschaft heute, Festgabe für Max Kummer, Berne 1980, p. 523.
- SIEGWART A., Das Obligationenrecht, Die Personengesellschaften (Art. 530–619 OR), Commentaire zurichois V/4, 1938.
- SIGG D., Kartellrechtliche Probleme der Beteiligungen von Banken im Nichtbankenbereich, th. Zurich/Berne 1984.
- SIMPSON D., Pitfalls for participants, *in* Business Lawyer 31/1976 p. 1977.
- SKLAR M., The corporate indenture trustee: genuine fiduciary or mere stakeholder?, *in* Banking Law Journal 106/1989 p. 42.
- SLATER R., The international law of syndicated loans – A hopeless cause, *in* HORN N./SCHMITTHOFF C. (édit.), The transnational law of international commercial transactions, Deventer 1982, p. 329.
- SOCIETE DE BANQUE SUISSE, Marché des obligations en francs suisses, Activité d'émission en 1987 (Obligations; Etude de marché), janvier 1988.
- SOERGEL H./SIEBERT W./BAUR J., Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12^e éd., Stuttgart/ Berlin 1987.
- SPEED C., Sub-participating syndicated loans, The legal snags of buying or selling a piece of a loan, *in* Euromoney, avril 1980 p. 152.
- SPIRO K., Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Berne 1984 (= Erfüllungsgehilfen).
- SPIRO K., Die Haftung für Abschluss- und Verhandlungsgehilfen, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo, *in* RDS 105/1986 I 619.
- STAEHELIN A., Das Obligationenrecht, Der Einzelarbeitsvertrag (Art. 319–330a OR), Commentaire zurichois V/2c, 1984.
- STAHL W., Loan participations: Lead insolvency and participants' rights (Part I), *in* Banking Law Journal 94/1977 p. 882.
- STAHL W./PIKE L., Loan participations: Lead insolvency and participants' rights (Part II), *in* Banking Law Journal 95/1978 p. 38.
- STAHLSCHMIDT D., Schutzbestimmungen in Kreditverträgen, Wiesbaden 1982.
- STARK E., Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2^e éd., Zurich 1988.

- STECHER R., «Harte» Patronatserklärungen, rechtsdogmatische und praktische Probleme, Cologne 1978.
- STEIN D., Risiken beim Auslandskredit, speziell am Euromarkt, *in* Die Bank 1982 p. 509.
- STEINAUER P.-H., Les droits réels, Tome I, Berne 1985 (= Droits réels).
- STEINAUER P.-H., Registre foncier et protection de la personnalité, *in* Hommage à Henri Deschenaux à l'occasion de son quatre-vingtième anniversaire, Fribourg 1988, p. 17.
- STEINRUECKE B./SCHOLZE H., Das Konsortialgeschäft der deutschen Banken, 2^e éd., Berlin 1956.
- STEUER S., Datenschutzgesetz in der Bank, Cologne 1978.
- STOCKAR C., Die Praxis der Bundessteuern, Partie II: Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, Vol. 1: Geltendes Recht, Bâle (Etat 1990).
- STOFFEL W., Der Kartellvertrag, *in* Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zurich 1988, p. 475.
- STOFFEL W., Le nouveau droit des cartels et la construction, *in* BR/DC 1988/3 p. 52.
- STOLL H., Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo, *in* Festschrift für Ernst von Caemmerer, Tübingen, 1978 p. 435.
- STORCK E., Der Euromarkt und seine Rahmenbedingungen, Vienne 1981.
- STORCK E., Das Eurokreditgeschäft, *in* ZKW 1977 p. 272.
- STORCK E., Das Konsortialgeschäft der Eurobanken, *in* Die Bank 1979 p. 529.
- STORCK E., Die Liquiditätsversorgung des Euromarktes, *in* Die Bank 1982 p. 506.
- STORCK E., Neue Instrumente im Euromarkt, *in* Die Bank 1984 p. 504.
- STROHMEYER H., Kunstwährungen: Geeignetes Mittel gegen Wechselkurs- und Zinsrisiken?, *in* Die Bank 1982 p. 224.
- SYMONS E./WHITE J., Banking law, St.-Paul 1984 (suppl. 1987).
- SZANTYR J., Effektenkonsortialgeschäft und Emissionsgeschäft, *in* Bankrecht und Bankpraxis, Cologne 1979.
- TAISCH F., Privatplacierungen, insbesondere im Hinblick auf Notes, th. Zurich 1987.
- TERCIER P., Le nouveau droit de la personnalité, Zurich 1984 (= Personnalité).
- TERCIER P., La partie spéciale du Code des obligations, Zurich 1988 (= Partie spéciale).
- TERCIER P., La culpa in contrahendo en droit suisse, *in* Premières journées juridiques yougoslavo-suisse, Zurich 1984, p. 225.
- TERCIER P., Rapport général (droit civil), *in* Le rôle de la pratique dans la formation du droit (Journées suisses), Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XXXIV (1983), Paris 1985, p. 21.

- TERCIER P., A propos des relations entre la Commission des cartels et le Surveillant des prix, *in* SAS 58/1986 p. 109.
- TERCIER P., Du rôle de la concurrence dans l'appréciation des effets nuisibles des cartels et organisations analogues, *in* Hommage à Henri Deschenaux à l'occasion de son quatre-vingtième anniversaire, Fribourg 1988, p. 27.
- TERCIER P., Droit des cartels et surveillance des prix, *in* ZAECH R. (édit.), Kartellrecht auf neuer Grundlage, Berne/Stuttgart 1989, p. 309.
- TERRAY J., Les interférences de l'environnement réglementaire sur l'équilibre contractuel, *in* BELLIS M. (édit.), Les euro-crédits: expériences continentales (Colloque de Tours), Paris 1982, p. 97.
- TERRAY J./FEVRE J.-P., A propos d'un article de Georges Henrard: la nature de l'intervention des banques dans les euro-crédits, *in* la revue «Banque» 1982 p. 432.
- THALMANN C., Compte rendu des ouvrages de MM. BIERI et FRANCONI, *in* RSDA 60/1990 p. 36.
- THOMA M., Unterbeteiligung und Abtretung gesellschaftlicher Rechte bei der einfachen Gesellschaft nach der schweizerischen Doktrin und Praxis, *in* RDS 66/1947 p. 287.
- TOMPSETT W., Interbank relations in loan participation agreements: From structure to workout, *in* Banking Law Journal 101/1984 p. 31.
- TUOR P./SCHNYDER B., Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 10^e éd., Zurich 1986.
- TURNER D., The definition of agreement under the Sherman Act: Conscious parallelism and refusals to deal, *in* Harvard Law Review 75/1962 p. 655.
- VETSCH G., La communauté des créanciers dans les emprunts par obligations, FJS 268, Genève 1955.
- VEZIAN J., La responsabilité du banquier en droit privé français, 3^e éd., Paris 1983.
- VISCHER F., Internationales Vertragsrecht, Berne 1962.
- VISCHER F., Droit international privé, *in* TDP I/4, Fribourg 1974.
- VISCHER F., Le contrat de travail, *in* TDP VII/1,2, Fribourg 1982 (= Der Arbeitsvertrag, *in* SPR VII/1, Bâle/Stuttgart 1977, p. 284).
- VISCHER F./VOLKEN P., Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), Gesetzesentwurf der Expertenkommission und Begleitbericht, Zurich 1978.
- VISCHER F./VON PLANTA A., Internationales Privatrecht, 2^e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1982.
- VOEGELI H., Steuerliche Aspekte des Kapitalmarktes, *in* WuR 38/1986 p. 130.
- VON BUEREN B., Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil (Art. 184–551 OR), Zurich 1972.

- VON STEIGER W., Gesellschaftsrecht, *in* SPR VIII/1, Bâle/Stuttgart 1976, p. 211.
- VON TUHR A./ESCHER A., Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Vol. II, 3^e éd., Zurich 1974.
- VON TUHR A./PETER H., Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Vol. I, 3^e éd., Zurich 1979.
- VON WESTPHALEN F., Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, Heidelberg 1982.
- VUARIDEL R., Sur la notion d'entrave notable à la concurrence de la loi fédérale sur les cartels et organisations analogues, *in* WuR 22/1970 p. 221.
- WAGNER K., Die internationale Tätigkeit der Banken als aufsichtsrechtliches Problem, th. Göttingen 1982.
- WEILL A./TERRE F., Droit civil, Les obligations, 2^e éd., Paris 1975.
- WEIMAR W., Die Abgrenzung des Kreditauftrages gegenüber der Bürgschaft, *in* DB 14/1980 p. 676.
- WELLONS P., Borrowing by developing countries in the eurocurrency market, Paris 1977.
- WERRO F., La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité, 2^e éd., th. Fribourg 1986.
- WESSNER P.-A., Les contrats d'adhésion: Quelle protection pour la partie réputée la plus faible?, *in* RDS 105/1986 I p. 161.
- WESTERMANN H., Das Emissionskonsortium als Beispiel der gesellschaftlichen Typendehnung, *in* Die AG 12/1967 p. 285.
- WIDMER H., Commentaire d'arrêt, *in* SAS 59/1987 p. 80.
- WIDMER R., Der Euromarkt, 2^e éd., Francfort-sur-le-Main 1977.
- WIEDEMANN H./SCHMITZ E., Kapitalanlegerschutz bei unrichtiger oder unvollständiger Information, ZGR 1980, p. 129.
- WIELENS H., Die Emission von Auslandsanleihen, Eine Analyse ihrer Marktelemente, ihrer Entwicklung seit 1945 und ihrer Bedeutung für die Integration der Kapitalmärkte, th. Munster/Wiesbaden 1968.
- WITTMANN A., Zivilrechtliche Prospekthaftung beim Vertrieb von steuerbegünstigten Kapitalanlagen, DB 1980 p. 1579.
- WOLF E., Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Maklerrecht des BGB, *in* WM 16/1978 p. 1282 et WM 19/1981 p. 666.
- WOOD P., Law and Practice of International Finance, Londres 1980.
- YOUARD R., Set-off and syndicated lending, *in* International Financial Law Review, juillet 1983 p. 2.
- YUNG W., Devoirs généraux et obligations, *in* Mélanges Schönenberger, Fribourg 1968, p. 163.
- ZAECH R., Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Stellvertretung (Art. 32–40 OR), Commentaire bernois VI/1/2/2, 1990.

- ZAECH R., Bestimmung des Marktes und des Markteinflusses im Zivilprozess, *in* ZAECH R. (édit.), Kartellrecht auf neuer Grundlage, Berne/Stuttgart 1989, p. 5.
- ZELLER E., Treu und Glauben und Rechtsmissbrauch, th. Zurich 1981 (= Treu und Glauben).
- ZELLER E., Auslegung von Gesetz und Vertrag, Methodenlehre für die juristische Praxis, Zurich 1989 (= Auslegung).
- ZGRAGGEN J., Rechtsforum privatrechtlicher Banken, th. Zurich/Berne/Stuttgart 1974.
- ZIEGLER A., Obligationenrecht, Anlehensobligationen (Artikel 1156–1186 OR), Commentaire bernois VII/6, 1950.
- ZIMMERMANN T., Strukturwandel und Entwicklungstendenzen im schweizerischen Bankensystem, – Eine Langzeitanalyse über Rahmenbedingungen, Erfolg und Marktanteil ausgewählter Banken, th. Berne/Stuttgart 1988.
- ZOBL D., Aenderungen im Personenbestand von Gesamthandschaften, th. Zurich 1973 (= Aenderungen).
- ZOBL D., Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand (Systematischer Teil und Artikel 884–887 ZGB), Commentaire bernois IV/2/5,1, 1982.
- ZOBL D., Der Vermögensverwaltungsauftrag der Banken unter besonderer Berücksichtigung von Interessenkonflikten, *in* Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zurich 1988, p. 319.
- ZSCHOKKE H., Der Entwurf der Expertenkommission für ein Kartellgesetz und der gewerbliche Rechtsschutz, *in* SMGRU 1960 p. 9.
- ZUFFEREY-WERRO J.-B., Le contrat contraire aux bonnes mœurs – Etude systématique de la jurisprudence et de la doctrine relatives aux bonnes mœurs en droit suisse des contrats, th. Fribourg 1988.

INTRODUCTION

I. Le contexte de la thèse

La syndication est une institution souvent employée dans le **domaine bancaire**¹. Il arrive en effet fréquemment que les banques décident de se regrouper en un consortium, afin de répartir entre elles les risques d'une opération ou pour la réaliser lorsqu'elle implique la mise en œuvre de moyens importants. Nous verrons aussi que la loi impose parfois aux banques la constitution d'un syndicat pour des motifs analogues (cf. n° 42).

Des syndicats peuvent par exemple se former lors de l'octroi de crédits (emprunts par obligations, prêts, accréditifs)², lors de la constitution de sûretés (garanties bancaires, hypothèques)³ ou lors de l'émission de «note issuance facilities» (cf. n° 311 ss).

¹ Sur les notions de banque et d'activité bancaire, cf. surtout ATF 105/1979 Ib p. 364 s. cons. 10b (avec les nombreuses références citées), ainsi que l'art. 2a OB adopté par le Conseil fédéral le 23 août 1989 (RO 1989 1772). Sur cette disposition, cf. Rapport de gestion 1989 de la CFB, p. 159 ss; LEVY A., L'image du banquier dans la législation bancaire, in STEINAUER P.-H. (édit.), L'image de l'homme en droit, Mélanges publiés par la Faculté de droit à l'occasion du centenaire de l'Université de Fribourg, Fribourg 1990, p. 297, sp. p. 308 ss. Eg. l'art. 2 al. 1 de l'Avant-projet du Groupe d'étude chargé de réviser la loi sur les banques, à teneur duquel «est réputée banque toute entreprise qui, à titre professionnel et pour son propre compte, accepte des fonds d'un nombre indéterminé de clients pour les prêter à un nombre indéterminé d'emprunteurs». Sur cette disposition, cf. SCHOENLE, in L'avant-projet de la loi fédérale sur les banques, p. 8 ss.

² Sur la syndication de crédits documentaires, cf. p.ex. DOHM, in SAS 58/1986 p. 6 s. En général, CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (Révision 1983; brochure n° 400 de la CCI); TEVINI DU PASQUIER S., Le crédit documentaire en droit suisse, Droits et obligations de la banque mandataire et assignée, th. Genève/Bâle/Francfort-sur-le-Main 1990. Sur les emprunts par obligations, cf. les références *infra* n. 174 s.

³ C'est avant tout le domaine des garanties bancaires consortiales: cf. surtout DOHM, Garanties, p. 48 n° 50 et p. 139 ss, 298 ss. Eg. BOHLEN; DESMET, p. 125 s.; KRONFOL, p. 13 ss; VON WESTPHALEN, p. 223.

II. L'objet de la thèse

- 3 Cette thèse a pour objet la définition du rôle des banques qui occupent des fonctions dirigeantes et gérantes dans les prêts syndiqués. Il s'agit, d'une part, du chef de file et de l'agent, dans ce que l'on appelle la syndication directe et, d'autre part, de la banque primaire, dans ce que l'on appelle la syndication indirecte. Ces notions seront précisées dans la section que nous avons spécialement consacrée à la **terminologie** employée (cf. n° 58 ss).
- 4 Il ressort de cette description que notre étude porte sur **trois aspects** particuliers de la syndication dans le secteur bancaire:
- 5 **1.** Notre analyse a d'abord pour cadre les **syndicats dont le contrat de base est un contrat de prêt** conclu entre une ou plusieurs banques et un emprunteur. Cette formule appelle deux précisions:
 - 6 **a.** Il serait certes intéressant de comparer systématiquement les rôles que peuvent jouer les banques chaque fois qu'elles participent ensemble, directement ou indirectement, à une opération de **financement**⁴. Une démarche de ce genre risque cependant d'alourdir l'exposé et de nous amener à rapprocher des situations trop dissemblables. C'est pourquoi nous ne relèverons les analogies avec les autres syndicats de crédit que lorsque – et dans la mesure où – cela nous permettra de préciser la position du chef de file, de l'agent et de la banque primaire dans les contrats de prêt syndiqué⁵ (cf. n° 273 ss).
 - 7 **b.** Dans la pratique, on confond souvent deux notions sur lesquelles d'ailleurs nous reviendrons. Il s'agit de celles:
 - 8 – de *syndication indirecte*, où une seule banque est partie à un contrat de prêt, cette banque cédant par la suite tout ou partie de sa créance, en participation à d'autres banques regroupées en un syndicat (cf. n° 129 ss)⁶, et

⁴ Un travail de ce genre a été partiellement accompli par: SCHOLZE, dont l'ouvrage traite à la fois des prêts syndiqués (p. 100 ss) et de l'émission de papiers-valeurs (p. 131 ss), et DELORME/HOESSRICH, qui abordent également les prêts syndiqués (p. 36 ss) et l'émission de papiers-valeurs (p. 49 ss).

⁵ L'inverse est parfois aussi vrai. Comme le relève DOHM (Garanties, p. 142 n° 304): «On peut (...) dire de manière tout à fait générale que pour les garanties syndiquées on peut appliquer en grande partie les principes élaborés dans le cadre des crédits consortiaux».

A ce propos, relevons que, dans un jugement du 17 décembre 1987, le Tribunal de Commerce de Paris a qualifié de «société en participation» – communauté qui s'apparente à la société simple en droit suisse (cf. n° 480) – un syndicat formé dans le cadre d'une opération de garantie et fonctionnant en risque seulement. DALLOZ 1989 (SC) p. 324. Or, cette qualification a également été retenue en matière de syndicats de prêt. Cf. les références *infra* n. 371–373.

⁶ On parle aussi de «syndication en trésorerie et en risque» (p.ex. DOHM, *in* SAS 58/1986 p. 5 s. n° 25 ss); par opposition à la «syndication en risque uniquement» où la constitution du syndicat

- de *sous-participation*, où la banque, qui cède à une autre tout ou partie de la créance qu'elle a contre l'emprunteur, est membre d'un syndicat au moment de la cession (cf. n° 355 ss). 9

Nous ne traiterons dans cette étude que des problèmes liés à la **syndication indirecte**. Pour la sous-participation, nous renvoyons aux règles sur la cession de créance (art. 164 ss CO) ou sur la cession de part à une société simple (art. 542 al. 2 CO), selon la qualification choisie (cf. n° 368 ss). 10

2. Notre thèse portera plus spécialement sur une des deux composantes du contrat de prêt syndiqué: **la relation de syndicat**. Pour comprendre cette affirmation, il faut d'emblée préciser qu'un contrat de prêt syndiqué peut être divisé, matériellement et parfois formellement, en deux contrats (cf. n° 79 ss): 11

- Un *contrat de prêt*, qui est conclu, lors d'une syndication directe, entre l'emprunteur et tous les membres du syndicat, et, lors d'une syndication indirecte, entre l'emprunteur et la banque à l'origine du syndicat. Ce contrat régit la *relation de crédit*. 12
- Un *contrat de syndicat*, qui est passé, lors d'une syndication directe, entre toutes les banques participant au prêt et, lors d'une syndication indirecte, entre la banque à l'origine du prêt et chacune des banques formant le syndicat. Ce contrat régit la *relation de syndicat* (cf. n° 253 et 522). 13

Trois raisons nous ont amené à choisir cette relation comme centre de notre étude: 14

- a) Les *prestations principales* de chacune des parties à la relation de crédit sont relativement simples à analyser et à comprendre: Elles sont celles d'un contrat de prêt commercial (cf. art. 312 et 313 al. 2 CO). 15
- b) Le contrat de prêt est *spécialement traité par le Code* et, à ce titre, a déjà donné lieu à de nombreuses études, des plus complètes⁷. Pour ce motif également, il ne se justifie pas de s'intéresser longuement à cette partie du contrat de prêt syndiqué. C'est pourquoi nous nous référerons uniquement aux auteurs faisant autorité en la matière lorsqu'il s'agira d'examiner, dans les limites de cette étude, la relation de crédit. 16

tend à la fourniture d'une garantie à la banque primaire: En cas de défaillance de l'emprunteur, la banque participante doit verser à la banque primaire une part convenue du montant dû par l'emprunteur et non-remboursé à l'échéance (*idem*, p. 6 n° 34 et p. 12 n° 74 ss). Dans cette situation, ce sont les banques participantes – et non la banque primaire – qui ont droit à une commission en rémunération de leur engagement.

⁷ Cf. BECKER, *ad* art. 312 ss CO; BROSSET, FJS 753; VON BUEREN, p. 110 ss; CHRIST, p. 221 ss; GUGGENHEIM, p. 93 ss (dans la 2^e éd. française, p. 121 ss); GUHL/MERZ/KUMMER, p. 391 ss; OSER/SCHOENENBERGER, *ad* art. 312 ss CO; TERCIER, Partie spéciale, p. 202 ss n° 1579 ss.

- 17 c) Des auteurs se sont récemment occupés du contrat de prêt syndiqué *dans son ensemble*⁸. Nous avons donc jugé qu'il était utile d'aborder de nouveaux aspects, mais aussi d'approfondir certaines questions déjà traitées par ces études générales. On s'apercevra également que l'examen d'un sujet sous certains de ses aspects seulement permet quelquefois de mieux saisir l'institution complète. C'est ainsi qu'une comparaison entre les rôles des banques dans une syndication directe et dans une syndication indirecte contribue à définir la nature juridique du contrat de prêt syndiqué (cf. n° 382 ss).
- 18 La limitation à l'examen de la seule relation de crédit doit toutefois faire l'objet de **deux réserves**:
- 19 a) Il n'est *pas toujours possible de dissocier* les relations de crédit et de syndicat⁹. Nous devons donc parfois prendre en considération des dispositions gouvernant la relation de crédit, parce qu'elles nous permettront de préciser ou de compléter le contenu du contrat de syndicat (cf. p.ex. n° 522).
- 20 b) L'étude du seul contrat de syndicat ne signifie pas qu'il ne sera pas tenu compte de la *situation de l'emprunteur*: On constatera que celui-ci peut aussi être, dans certaines circonstances, créancier des banques dirigeantes et gérantes (cf. p.ex. n° 558 ss).
- 21 **3. Cette étude est enfin orientée vers la définition des obligations du chef de file, de l'agent et de la banque primaire.** Cela signifie que:
- 22 a) Nous n'aborderons pas les *droits* du chef de file, de l'agent et de la banque primaire. Nous nous bornerons à rappeler ici que leur droit principal est le droit à une rémunération généralement versée sous la forme d'une commission calculée en pourcent de la valeur du prêt.
- 23 b) Nous ne traiterons pas des obligations des *autres membres du syndicat*: Hormis les difficultés parfois liées à la répartition du produit de la créance consortiale (sp. clauses de partage et de compensation), ces obligations ne sont guère intéressantes juridiquement puisqu'elles tendent avant tout à la délivrance de la somme consentie en prêt.

⁸ Surtout FRANCIONI; BIERI; HINSCH/HORN; McDONALD; ainsi que les ouvrages collectifs édités par BLAISE/FOUCHARD/KAHN et par BELLIS. Eg. DUFLOUX/MARGULICI, Les euro-crédits; EUROMONEY, p. 214 ss; PERGAM, Eurocurrency; SLATER. Pour une présentation économique des questions liées aux prêts syndiqués, cf. KOHLER D., Das Konsortium im schweizerischen Kreditgeschäft, th. Berne 1990.

⁹ Ce qui ne signifie pas qu'on ne peut pas dissocier les règles applicables à l'une ou l'autre de ces institutions. En effet, comme le relèvent BLAISE/FOUCHARD (p. 176 n° 33), les dispositions régissant l'organisation du syndicat peuvent «aisément être dissociées du contrat de prêt, car leur objet en est distinct». Cependant, «les rapports de syndication sont très généralement intégrés aux rapports de prêt». *Ibidem*.

III. L'intérêt de la thèse

L'étude du rôle du chef de file, de l'agent et de la banque primaire revêt à notre avis un double intérêt: 24

1. Un intérêt économique. Les prêts syndiqués jouent un rôle important dans le financement des entreprises publiques et privées et le placement de capitaux. La position des prêts syndiqués sur le marché *international* des capitaux a toutefois récemment fléchi. Cette évolution est due avant tout au phénomène dit de la «securitisation», c'est-à-dire la tendance à incorporer les droits découlant d'un prêt dans des papiers-valeurs: obligations ou «notes» (cf. n° 275 ss)¹⁰. Il faut toutefois relativiser ces propos parce que: 25

- a) Il est aujourd'hui quasi impossible de prévoir l'évolution du marché. 26
- b) Les statistiques souffrent par nature d'une relative imprécision. 27
- c) Enfin, nous allons voir que l'introduction de nouveaux instruments financiers rend encore plus actuelle cette étude (cf. n° 32 ss). 28

2. Un intérêt juridique. L'analyse juridique du rôle du chef de file, de l'agent et de la banque primaire est justifiée par quatre groupes d'éléments: 29

a. Le contrat de prêt syndiqué est né de la pratique bancaire¹¹. Il s'est formé au fur et à mesure des transactions, pour constituer aujourd'hui un **type bien particulier de contrat**¹², avec des clauses qui lui sont propres et qui permettent son identification. Les origines conventionnelles de l'institution justifient que l'on examine comment celle-ci s'insère dans le système légal suisse et qu'ainsi l'on fasse de la définition des normes applicables l'un des objectifs de cette étude. 30

¹⁰ Sur cette question, cf. surtout BANQUE DES RÈGLEMENTS INTERNATIONAUX, p. 129 ss.

¹¹ Cf. ECK/JACQUEMONT (p. 306) qui relèvent que «l'eurocrédit est une formule de financement créée par la pratique qui, en l'absence de cadre législatif approprié, est tenue de secréter son propre moule en fonction de ses besoins et des contraintes juridiques nationales inhérentes à chaque participant». Sur les sources de la pratique bancaire suisse, cf. GUGGENHEIM, p. 3 ss (dans la 2^e éd. française, p. 23 ss). Pour une présentation plus générale, cf. TERCIER, in Le rôle de la pratique dans la formation du droit.

¹² L'usage des termes «type de contrat» doit être compris à ce stade comme la simple constatation d'un fait. Il n'implique pas une qualification juridique («Vertragstyp») ou l'application directe ou analogique de dispositions légales déterminées («Vertragstypenrecht»). Sur ces questions, cf. SCHLUEP, in SPR VII/2, p. 770 s., 780 s., 798 ss et 805 ss. Eg. JAEGGI/GAUCH, art. 18 CO n° 518 et 549 ss; SCHOENENBERGER/JAEGGI, art. 1 CO n° 115 et art. 2 CO n° 3 et 39; KRAMER E., in Neue Vertragsformen der Wirtschaft, p. 26 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 7 s. n° 53 ss. Cette remarque terminologique vaut également pour l'expression «contrat de prêt syndiqué» qui, dans la pratique, fait référence à la situation où un syndicat est formé à l'occasion ou à la suite de l'octroi d'un prêt. Sur le régime juridique proposé, cf. n° 382 ss.

- 31 **b.** En outre, le fait qu'il n'existe, à notre connaissance¹³, **aucune jurisprudence** fédérale ou cantonale en cette matière apporte une motivation supplémentaire à notre volonté de définir les dispositions régissant l'institution.
- 32 **c.** L'intérêt de notre analyse est d'autant plus grand que certains développements pourront également être retenus pour d'**autres instruments financiers** (cep. n° 6):
- 33 – Nous venons de voir que les «*note issuance facilities*» tendent aujourd'hui à occuper une part du marché jusqu'ici en grande partie détenue par les prêts syndiqués (n° 25 ss). Or, les banques utilisent pour ces nouveaux instruments financiers une documentation contractuelle pour ainsi dire identique à celle des prêts syndiqués (cf. n° 329 ss). Cela signifie qu'il sera sans doute possible d'appliquer dans une large mesure les principes définis pour les prêts syndiqués aux «*note issuance facilities*».
- 34 – Dans le même sens, on retiendra que certaines analogies existent entre les fonctions de chef de file et d'agent dans la syndication directe et leurs rôles lors de l'émission d'un *emprunt par obligations* (cf. n° 299 ss). En effet, certains auteurs soutiennent que ces deux types de contrats présentent des similitudes telles qu'il est possible d'appliquer dans des circonstances déterminées les règles définies pour l'un à l'autre de ces contrats¹⁴.
- 35 **d.** Cette thèse est en grande partie basée sur l'examen de contrats utilisés dans la **pratique bancaire suisse et internationale**. Suivant le type de syndicat constitué, la formulation et le contenu de ces contrats sont souvent très proches (cf. n° 396); c'est pour cela d'ailleurs que nous pouvons affirmer que l'on est en présence d'un type de contrat (n° 30). De ce point de vue, notre étude tend également à l'analyse et à la critique de clauses usuellement insérées dans les contrats de prêt syndiqué.

¹³ Nous avons adressé au Tribunal fédéral, ainsi qu'aux instances supérieures cantonales, une lettre-circulaire les interrogeant sur l'existence d'arrêts non-publiés qui auraient été rendus en relation avec des prêts syndiqués. La réponse a été partout négative.

¹⁴ Cf. p.ex. SZANTYR (n° 10/9) selon qui: «Unter ausschliesslich rechtlichen Gesichtspunkten sind Kreditkonsortien und Effektkonsortien gemeinsam zu behandeln»; plus nuancé SCHOLZE (p. 3): «Das einzelne Konsortialgeschäft kann sehr verschiedenartig sein. Die mitunter geäusserte Meinung, dass das Konsortialgeschäft der Banken eine Art Oberbegriff für grosse Finanzierungstransaktionen, namentlich für die Emissionsgeschäfte sei, ist irrig. Die meisten Emissionsgeschäfte werden zwar als Konsortialgeschäfte aufgezogen, aber keineswegs alle». Eg. DOHM, cité *supra* n. 5.

IV. La délimitation du sujet

Il est exclu de traiter dans cette thèse toutes les questions liées au rôle du chef de file, de l'agent et de la banque primaire dans les contrats de prêt syndiqué. Nous nous sommes dès lors imposé trois limites: 36

1. Limitation aux problèmes juridiques. Nous ne pouvons nier l'influence de données d'ordre économique sur les dispositions applicables aux contrats de prêt syndiqué. Citons en particulier la répartition des risques, l'intention d'effectuer un investissement sûr ou au contraire de procéder à un placement spéculatif, la volonté de s'introduire ou de se maintenir sur un marché ou encore d'entretenir de bonnes relations entre banques ou avec l'emprunteur. Cette thèse se limite toutefois à l'analyse des aspects juridiques de la question. Nous prendrons donc en considération certains aspects économiques uniquement sous l'angle restreint du droit, par exemple, lorsqu'il s'agira d'examiner les aspects cartellaires de la syndication (cf. n° 956 ss). 37

2. Limitation au droit privé. Les contrats de prêt syndiqué sont, pour l'essentiel, soumis à des normes de droit privé: Ils mettent en présence des personnes de droit privé qui concluent entre elles un contrat, dont elles définissent les termes librement et d'un commun accord. Cette affirmation appelle d'emblée les trois précisions suivantes: 38

a. Les parties au contrat. Les Etats et les organisations internationales font fréquemment appel aux prêts syndiqués, principalement pour financer certains de leurs projets. C'est même dans ce contexte que les règles sur l'adaptation et la renégociation des contrats de prêt syndiqué sont le plus souvent appliquées¹⁵. Il n'en sera toutefois pas question dans cette thèse, sous *une réserve*: En pratique, la documentation contractuelle des prêts syndiqués accordés à des Etats ou des organisations internationales est souvent très proche de celle qui est adoptée lorsque l'emprunteur est une personne de droit privé¹⁶. Cela signifie que la plupart des règles énoncées dans cette étude 39

¹⁵ Sur ces questions cf. p.ex. les contributions publiées dans l'ouvrage édité par DICKE; les contributions publiées in *Hastings International and Comparative Law Quarterly* 12/1989 p. 527 ss («The world debt crisis»); *Columbia Journal of Transnational Law* 23/1984 p. 1 ss («Sovereign debt restructuring»); *University of Illinois Law Review* 1982 p. 1 ss («Default by foreign government debtors»). Eg. NOTE, *Sovereign debt restructuring: The rights and duties of the commercial banks inter sese*, in *Columbia Business Law Review* 1987 p. 425.

¹⁶ Il y a toutefois certains problèmes propres à ce type de transaction, comme ceux de la qualification du rapport juridique et de la nature des biens pouvant faire l'objet d'une exécution forcée. A ce sujet, cf. surtout DRESSLER et les auteurs qu'il cite. Eg. DALLEVES, in *SJ* 1983 p. 546; GULDENER, p. 4 s.; HABSCHIED, p. 83; JAUFFRET-SPINOSI/KELLY, p. 541 s. Sur les rapports entre les prêteurs et les Etats, cf. TERRAY, p. 109 ss.

pourront également être appliquées aux contrats conclus avec des personnes de droit public. Tel sera en particulier le cas des principes régissant les activités de l'agent.

- 40 **b. Les règles de droit public.** Les obligations du chef de file, de l'agent et de la banque primaire trouvent aussi leur origine dans le droit public. Abstraction faite de la *loi sur les cartels* à laquelle une partie de cette thèse est spécialement consacrée (cf. n° 956 ss), les principales normes de droit public qui peuvent avoir une incidence sur le déroulement d'une syndication sont:
- 41 – L'art. 8 de la loi fédérale sur les banques et caisses d'épargne (= **LB**; RS 952.0)¹⁷, qui a servi de base à la «note relative aux dispositions appliquées aux **exportations de capitaux**» (version du 1^{er} mars 1990), adressée par la Banque nationale suisse aux banques et sociétés financières soumises à la loi sur les banques. Selon cette circulaire, les «crédits en francs suisses et en monnaies étrangères, qu'ils soient accordés par une seule banque ou syndiqués» sont au bénéfice d'une autorisation générale (ch. 2.3); les banques, généralement par l'intermédiaire du chef de file, sont cependant tenues d'annoncer cette opération à la Banque nationale (ch. 2.7).
- 42 – L'art. 4 al. 1 litt. a LB, qui prévoit que «les banques sont tenues de maintenir une proportion appropriée entre le montant de leurs **fonds propres** et celui de leurs engagements»¹⁸. En outre, en se fondant notamment sur l'art. 4^{bis} LB, le Conseil fédéral a imposé aux banques le devoir de prévenir la Commission fédérale des banques lorsque le total des engagements d'un client dépasse certains taux calculés par rapport à leurs fonds propres (art. 21 al. 1 de l'ordonnance d'exécution de la loi sur les banques et les caisses d'épargne [= **OB**; RS 952.02]). Conformément à l'art. 21 al. 6 OB, «la Commission des banques peut exiger que les engagements [...] qui excèdent les plafonds fixés soient réduits»¹⁹. Une telle réduction pourra par exemple être opérée par la constitution d'un syndicat²⁰.
- 43 – L'art. 13 al. 2 litt. c de la loi fédérale sur les droits de timbre (= **LT**; RS 641.10) qui impose en principe un **droit de timbre** sur tous les «documents relatifs à des sous-participations [...] à des créances provenant de prêts»²¹,

¹⁷ Sur cette disposition, cf. BODMER/KLEINER/LUTZ, *ad* art. 8 LB.

¹⁸ Dans sa version allemande, cette disposition a la teneur suivante: «Die Banken haben dafür zu sorgen, dass ein angemessenes Verhältnis besteht zwischen ihren Mitteln und ihren gesamten Verbindlichkeiten». BODMER/KLEINER/LUTZ, *ad* art. 4 LB.

¹⁹ Dans sa version allemande, cette disposition a la teneur suivante: «Die Bankenkommision kann verlangen, dass Verpflichtungen und Beteiligungen, welche die erwähnten Höchstgrenzen übersteigen, gesenkt werden».

²⁰ Cf. p.ex. BODMER/KLEINER/LUTZ, art. 4^{bis} LB n° 67; DOHM, *in* SAS 58/1986 p. 1; *idem*, *in* SAS 56/1984 p. 9. Voir ég. l'art. 9 al. 1 OB qui prévoit l'obligation pour les banques de définir dans un règlement interne la procédure applicable aux opérations à risques.

²¹ Dans sa version allemande, cette disposition a la teneur suivante: «Steuerbare Urkunden sind Ausweise über Unterbeteiligungen [...] an Darlehensforderungen». Sur le droit de timbre de négociation frappant les sous-participations au sens de la loi sur les droits de timbre, cf. STOCKAR, *ad* art. 13 LT («StG Art. 13, Abs. 1 und 2; Steuerbare Umsatzgeschäfte; 5. Ausweise über Unter-

pour autant que le transfert ait lieu à titre onéreux et que l'un des contractants ou l'un des intermédiaires soit un commerçant suisse de titres (art. 13 al. 1 LT). Le principe souffre toutefois une exception de taille: Les banques qui acquièrent des sous-participations pour leur propre compte sont exemptées du droit de timbre (art. 14 al. 1 litt. c LT)²².

Ces règles ont certes une grande importance pratique. Toutefois, notre thèse s'intéresse essentiellement aux aspects privés du droit bancaire. C'est pourquoi nous nous bornerons, lorsque ceci sera nécessaire, à faire mention des divergences et convergences qui peuvent exister entre les réglementations de droit public et de droit privé. Dans les mêmes limites, nous indiquerons les influences qu'un droit peut exercer sur l'autre. 44

c. Le droit international privé. En raison de la complexité de certains problèmes posés et des développements qu'ils impliqueraient, cette étude ne traite pas des questions liées au droit international privé. Nous nous bornons donc à faire ici deux observations: 45

– Tous les contrats que nous avons analysés contiennent des clauses de **prorogation de for** (art. 5 LDIP)²³ et d'**élection de droit** (art. 116 LDIP)²⁴. Dans les limites fixées à l'autonomie de la volonté en droit international privé, ces clauses sont valables²⁵. 46

beteiligungen»); DOHM, *in* SAS 58/1986 p. 13 s. n° 78 ss. Eg. les directives de l'Administration fédérale des contributions relatives au droit de timbre de négociation, du 31 janvier 1974; la circulaire de cette même Administration sur les sous-participations à des créances, du 12 janvier 1976; la circulaire n° 628 D de l'Association suisse des banquiers sur la «nouvelle réglementation fiscale en matière de prêts de consortium», du 28 juin 1983. Pour un exposé général sur le régime fiscal des euro-crédits, cf. DUFLOUX/MARGULICI, *in* Banque 1982, p. 337 ss, p. 428 ss et p. 568 ss; KOENIG (p. 98 ss) qui, après avoir qualifié le contrat de prêt syndiqué de société simple, en tire des conséquences sur le plan fiscal.

²² A ce sujet, cf. la notice de l'Administration fédérale des contributions sur l'«exonération des effets de change, effets analogues et sous-participations à des créances provenant de prêts acquis par des banques, ainsi que des chèques», du 1^{er} juillet 1974. On peut déjà indiquer qu'en raison de la relative similitude de leurs structures (cf. n° 362 ss), la syndication indirecte et la sous-participation reçoivent un traitement fiscal similaire. A ce sujet, cf. la circulaire de l'Administration fédérale des contributions, du 12 janvier 1976, p. 2 n° 3 s. Eg. DOHM, *in* SAS 58/1986 p. 13 s. n° 78 ss.

²³ Sur cette question, cf. p.ex. KNOEPFLER/SCHWEIZER, p. 197 s. n° 611 ss; KAUFMANN-KOHLER; CATES/ISERN-FELIU; GOLTZ, p. 49 ss; JAUFFRET-SPINOSI/KELLY, p. 539 ss. On relèvera en outre que certains contrats contiennent des clauses d'arbitrage (art. 7 LDIP) qui prévoient ou bien l'application du Règlement de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) ou bien du Concordat intercantonal sur l'arbitrage (CIA) (RS 279). A ce propos, il faut rappeler que, depuis l'entrée en vigueur de la LDIP le 1^{er} janvier 1989, le Chapitre 12 de cette dernière loi (art. 176 à 194 LDIP) prime en principe les règles du concordat lorsque l'on est en présence d'un «arbitrage international» au sens de l'art. 176 al. 1 LDIP. A ce sujet, cf. LALIVE P./POUDRET J.-F./REYMOND C., *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne 1989, art. 1 CIA p. 25 s. n° 1.1 (avec d'autres références). Sur l'arbitrage international en Suisse, cf. BUCHER A., *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1988.

²⁴ Sur cette question, cf. KNOEPFLER/SCHWEIZER, p. 161 n° 488 s.; VISCHER, *in* TDP I/4 p. 174 ss; GOLTZ, p. 30 ss; JAUFFRET-SPINOSI/KELLY, p. 538 s.; KOENIG, p. 23 ss.

²⁵ Sur la prorogation de for, cf. surtout KAUFMANN/KOHLER, p. 82 ss. Eg. l'art 5 al. 2 LDIP. Sur l'élection de droit, cf. VISCHER, *in* TDP I/4 p. 179 ss; GOLTZ, p. 32 ss.

- 47 – A supposer qu'un contrat de prêt syndiqué ne contienne aucune des clauses précitées, les **règles générales** s'appliquent: (a) le for compétent est, sous réserve d'un éventuel traité, celui du défendeur (art. 2 LDIP) et (b) le contrat sera soumis à la loi du domicile de la partie appelée à effectuer la prestation caractéristique (art. 117 al. 2 LDIP)²⁶.
- 48 **3. Limitation de principe au droit suisse.** Le droit suisse servira de *point de référence* à cette étude. D'abord, parce qu'une analyse systématique et parallèle du droit étranger aurait donné à ce travail de proportions excessives. Ensuite, parce que les études de droit suisse sur le sujet sont rares²⁷.
- 49 Cette **limitation** est toutefois **relative** pour trois raisons:
- 50 **a.** Le contrat de prêt syndiqué est par de nombreux aspects une **institution typiquement empruntée au droit anglo-américain**²⁸. Nous pouvons même affirmer que les contrats qui ont été utilisés lors de l'introduction de cet instrument sur nos marchés étaient le plus souvent des traductions des contrats déjà employés dans les pays de «*common law*». Cette influence continue à se manifester aujourd'hui, notamment dans la documentation contractuelle de prêts importants²⁹: Les contrats sont particulièrement longs et détaillés, tentant par là de définir strictement les termes pouvant donner lieu à difficulté. Il se justifiera donc de prendre souvent en compte le droit anglo-américain pour expliquer le sens ou le contenu de certaines clauses contractuelles.
- 51 **b.** A notre connaissance, aucun litige directement lié aux prêts syndiqués n'a été soumis aux juridictions suisses (n° 31). En revanche, les **tribunaux américains, français et allemands** ont eu à connaître de tels différends³⁰. Nous verrons que certains des principes posés à ces occasions peuvent être appliqués – avec prudence – en droit suisse, ou du moins, peuvent nous aider à définir les obligations des banques dirigeantes et gérantes lorsque notre droit est applicable.

²⁶ A ce sujet, cf. p.ex. KNOEPFLER/SCHWEIZER, p. 169 s. n° 518 ss; VISCHER, in TDP I/4 p. 182 ss. Selon les principes généraux, il devrait s'agir de la loi des prêteurs. Des problèmes pourraient toutefois surgir si l'on est en présence de prêteurs ayant leurs domiciles dans des Etats différents.

²⁷ A ce sujet, cf. THALMANN, commentant les ouvrages de BIERI et FRANCONI, in RSDA 60/1990 p. 36.

²⁸ En relation avec les clauses d'exigibilité anticipée et de paiement tardif, MAZZONI (p. 142) relève qu'il «serait intéressant de savoir si [leur] origine se situe dans des notions techniques du droit américain ou du droit anglais à l'intérieur desquelles s'est formée la pratique contractuelle en la matière». Eg. HERRENSCHMIDT, p. 21. Pour une approche historique du phénomène des euro-crédits, cf. PIGOTT, p. 199 ss.

²⁹ ECK/JACQUEMONT (p. 306), selon qui: «Il faut [...] reconnaître que le contrat d'euro-crédit n'est peut-être pas encore parvenu à sa pleine maturité et ne s'est pas toujours, au moins dans la terminologie adoptée, complètement dégagé de ses origines anglo-saxonnes».

³⁰ Cf. surtout: *aux Etats-Unis*, l'affaire «Colocotronis», District Court S.D. New York, du 27 mars 1978, 449 Fed. Suppl. 828; *en France*, les arrêts publiés in DALLOZ 1983 (IR) p. 304 s.; 1985 (IR) p. 331 ss; 1986 (IR) p. 315; *en Allemagne*, l'arrêt publié in WM 1958 p. 1129 ss.

c. **L'effet contrastant du droit comparé** ne saurait être ignoré, surtout dans un 52
contexte où tant les membres du syndicat que l'emprunteur sont, dans la
plupart des cas, de nationalités différentes. C'est pourquoi, dans cette limite
et sans jamais prétendre être exhaustif, nous nous intéresserons également au
droit étranger.

V. *Le plan de la thèse*

Ce travail est divisé en **quatre parties**: 53

- Dans la première, nous procéderons à l'analyse de l'état de fait auquel on se réfère.
- Dans la deuxième, nous présenterons le régime juridique général applicable selon le droit des contrats.
- Dans la troisième, nous traiterons des obligations des banques dirigeantes dans la formation (Chapitre premier) et des banques gérantes dans l'exécution des contrats de prêt syndiqué (Chapitre deuxième).
- Dans la quatrième, nous décrirons les principes de droit cartellaire régissant notre domaine.

En **appendice**, nous proposerons des clauses contractuelles types se rapportant à la constitution des syndicats de prêt et à la gestion de tels prêts. 54

PREMIÈRE PARTIE

L'ANALYSE DE L'ÉTAT DE FAIT

- Le contrat de prêt syndiqué est une création de la pratique bancaire (n° 30). 55
Les obligations du chef de file, de l'agent et de la banque primaire ne peuvent dès lors être comprises sans l'analyse préalable d'un certain nombre de données de fait.
- Nous nous intéresserons d'abord à la notion de contrat de prêt syndiqué 56
(§ 1); nous décrirons ensuite la structure du marché des prêts syndiqués (§ 2)
et le déroulement du contrat (§ 3). Nous terminerons par quelques délimitations (§ 4).

§ 1 La notion de contrat de prêt syndiqué

Après quelques remarques terminologiques (I), nous étudierons les éléments du contrat de prêt syndiqué (II) et analyserons les principaux types de syndications (III). 57

I. La terminologie

Nous proposerons tout au long de cette étude un certain nombre de définitions (cf. p.ex. n° 123 et 130). La clarté de l'exposé suppose cependant que l'on adopte dès le départ une terminologie ferme, spécialement en raison des ambiguïtés nées de la pratique. Cela n'exclut toutefois pas que l'on revienne sur ces notions par la suite. 58

1. Il faut d'abord situer de manière générale les notions de syndication et de syndicat dans le domaine bancaire: 59

- La **syndication** est le procédé par lequel deux ou plusieurs banques forment un consortium destiné à fournir une prestation à un tiers, à reprendre à son compte ou à distribuer entre ses membres les droits découlant de la fourniture d'une prestation par une première banque³¹. 60
- Le **syndicat** (ou consortium) est le groupe des banques qui se sont unies à l'occasion d'une syndication et qui se sont données une structure à cet effet³². Le syndicat peut être formé avant ou après la conclusion du contrat définissant les conditions de l'opération (*contrat de base*). 61

2. Il s'agit maintenant d'appliquer ces premières définitions au contrat de prêt syndiqué. Or, nous avons vu que matériellement, c'est-à-dire selon les parties au contrat, ce contrat était composé d'un contrat de prêt et d'un contrat de syndicat (n° 11 ss). On retrouve cette distinction lorsque l'on s'intéresse aux règles contractuelles applicables: 62

- Le **contrat de prêt** est le contrat de base qui définit les conditions du crédit accordé à l'emprunteur; il régit la relation de crédit. 63

³¹ Sur cette notion, cf. p.ex. BLAISE/FOUCHARD, p. 156 n° 3.

³² Cf. surtout la définition proposée par SCHOLZE (p. 3): «Bankkonsortien sind zeitweilige Vereinigungen selbständig bleibender Banken zur Durchführung von Einzelgeschäften auf gemeinsame Rechnung, häufig mit dem Zweck, Risiko und Kapitalinanspruchnahme für den einzelnen Konsortien zu vermindern». Eg. les auteurs cités par SCHOLZE, p. 1 s; FRANCIONI, p. 1; HGBB, p. 628 («Syndikat, Konsortium»).

- 64 – Le **contrat de syndicat** est le contrat par lequel les banques définissent l'organisation du consortium, ainsi que les droits et les obligations de ses membres; il régit la relation de syndicat.
- 65 Le **contrat de prêt syndiqué** est ainsi
- le contrat par lequel une banque, sur mandat d'un emprunteur ou de sa propre initiative, constitue avec d'autres banques un syndicat destiné à accorder un prêt à un emprunteur, à reprendre à son compte ou à distribuer entre ses membres les droits découlant d'un prêt octroyé ou sur le point de l'être³³.
- 66 3. Il faut enfin définir *sommairement* les fonctions des différentes parties aux contrats de syndicat. En effet, les dénominations employées peuvent parfois paraître obscures. De plus, certaines d'entre elles changent selon que l'on se trouve dans une syndication directe ou dans une syndication indirecte:
- 67 a. Le syndicat formé lors d'une **syndication directe** est en principe composé de trois catégories de banques:
- 68 – Le **chef de file** se charge, sur mandat de l'emprunteur et avec l'accord des membres du syndicat, de négocier le prêt et de mettre au point la documentation contractuelle³⁴. En principe, sa participation financière au prêt est la plus importante.
- 69 – Les **co-chefs de file** forment avec le chef de file le *syndicat de direction* ou, lors d'une offre ferme (cf. n° 204), le *syndicat de garantie*³⁵. En réalité, les co-chefs de file n'occupent que rarement une fonction dirigeante; le titre de «membres du syndicat de direction» ne leur est attribué que parce que leurs contributions au prêt sont en général supérieures à celles des banques participantes³⁶.
- 70 – Les **banques participantes** se bornent à procurer le solde du crédit. Elles ne font dès lors que participer financièrement au prêt: Elles ne seront en principe contactées qu'après l'acceptation par l'emprunteur de l'offre ferme³⁷.

³³ Nous utiliserons aussi parfois ces termes pour désigner le *document* qui, dans la syndication directe, comprend à la fois les dispositions régissant la relation de prêt et celles applicables à la relation de syndicat.

³⁴ Nous emploierons en principe le terme de «chef de file» au singulier. Il convient toutefois de relever que, suivant l'importance du crédit, le syndicat de direction peut être composé de un ou plusieurs «chefs de file principaux», ainsi que de plusieurs «chefs de file» et «co-chefs de file».

³⁵ Cf. PUHR, p. 110 ss.

³⁶ ELLAND-GOLDSMITH (p. 116 n. 3): «Cette typologie ne recouvre pas forcément des fonctions différentes et ne sert souvent qu'à distinguer les banques selon l'importance de leur participation financière dans le prêt. Sur le plan juridique, la responsabilité d'un [chef de file] est fonction du rôle effectif qu'il joue et non de sa place dans un ordre de préséance quelconque».

³⁷ Cf. PUHR, p. 111.

La gestion du prêt est confiée à l'**agent** qui est ou un membre du syndicat ou une tierce personne. Dans la plupart des cas, la banque qui joue le rôle de chef de file (ou l'une de ses filiales) occupe aussi la fonction d'agent³⁸. Il convient toutefois de distinguer les deux fonctions parce que des obligations différentes leur sont attachées³⁹. 71

b. Dans une syndication indirecte, on ne retrouve que deux catégories de banques: 72

- La **banque primaire**, d'une part, accorde le prêt à l'emprunteur et, d'autre part, cède tout ou partie de sa créance en participation à d'autres banques (les banques participantes). Cette cession se fait en relation avec un contrat de syndicat passé avant ou après la conclusion du contrat de prêt⁴⁰. Cette fonction peut, par plusieurs aspects, être rapprochée de celle de chef de file (cf. p.ex. n° 115 ss). 73
- Les **banques participantes**⁴¹ versent à la banque primaire une somme d'argent qui leur donne le droit de participer proportionnellement à leur contribution aux profits et risques du prêt⁴². Cet engagement peut être pris avant ou après la conclusion du contrat de prêt. 74

La banque primaire exerce *toujours* la fonction de gérante du prêt (cpr n° 128); dans cette mesure, elle a généralement une position semblable à celle de l'agent dans la syndication directe (cf. cep. n° 874 ss). 75

c. Afin d'alléger l'exposé, nous emploierons aussi les termes: 76

- de «**banques dirigeantes**», pour désigner le chef de file et la banque primaire dans la formation du contrat de prêt syndiqué, et 77
- de «**banques gérantes**», pour désigner l'agent et la banque primaire dans l'exécution du contrat de prêt syndiqué. 78

II. Le contenu du contrat de prêt syndiqué

Le contrat de prêt syndiqué est d'abord un contrat; dans cette mesure, il est soumis aux règles de la Partie générale régissant les obligations contractuelles 79

³⁸ Cf. ELLAND-GOLDSMITH, p. 117.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Sur les avantages de ce procédé pour la banque primaire, cf. DOHM, in SAS 58/1986 p. 2 n° 9 (avec les auteurs cités).

⁴¹ Comme nous proposons de différencier la syndication indirecte (cf. n° 130) et la sous-participation (cf. n° 355), nous appellerons «banques participantes» – et non «sous-participants» (cf. p.ex. DOHM, in SAS 58/1986 p. 9 ss) – les banques cessionnaires. Cette manière de faire présente en outre l'avantage d'uniformiser la terminologie utilisée pour désigner des banques qui occupent des positions analogues dans les prêts syndiqués.

⁴² Sur les avantages de ce procédé pour les banques participantes, cf. DOHM, in SAS 58/1986 p. 2 s. n° 11.

(1). Le contrat de prêt syndiqué est aussi la superposition de deux relations contractuelles: la relation de crédit (2) et la relation de syndicat (3). Pour chacune de ces relations, nous distinguerons les règles applicables et les parties au contrat.

1. Les règles générales

- 80 Le contrat de prêt syndiqué est «un échange de manifestations de volonté concordantes qui produit l'effet juridique correspondant à l'accord»⁴³. On peut le vérifier en traitant des règles générales applicables aux obligations contractuelles:
- 81 1. Comme nous le démontrerons dans le paragraphe qui lui est spécialement consacré, le **mécanisme de la conclusion** du contrat de prêt syndiqué est parfois long et complexe (cf. n° 191 ss). C'est surtout le cas de certaines syndications directes où un temps relativement long peut s'écouler entre l'appel d'offres de l'emprunteur et la conclusion du contrat (cf. n° 192).
- 82 2. Le contrat de prêt syndiqué passé lors d'une syndication *directe* n'est soumis à aucune exigence de **forme**⁴⁴. En revanche, dans une syndication *indirecte*, il s'agit de déterminer si la banque primaire cède ou non tout ou partie de sa créance aux banques participantes:
- 83 – Dans le premier cas, l'art. 165 al. 1 CO – aux termes duquel «*la cession n'est valable que si elle a été constaté par écrit*» – s'applique. Il faut cependant rappeler que seule la validité de la **cession** est subordonnée au respect de la forme écrite⁴⁵; aucune forme spéciale n'est requise pour le contrat qui donne naissance à l'obligation de céder (art. 165 al. 2 CO: «la promesse de céder»)⁴⁶.
- 84 – Dans le second, aucun élément de forme n'intervient dans l'exécution par la banque primaire de ses obligations envers les banques participantes.

⁴³ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 41 n° 204. Eg. BECKER, *ad* art. 1 CO; BUCHER, p. 40 s.; ENGEL, p. 121 ss; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 84 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 26 n° 123 et p. 42 ss n° 201 ss; KRAMER/SCHMIDLIN, art. 1 CO n° 2 ss; SCHOENENBERGER/JAEGGI, art. 1 CO n° 62 ss; VON TUHR/PETER, p. 143 ss.

⁴⁴ Sur la forme du contrat, cf. BECKER, *ad* art. 11–16 CO; BUCHER, p. 160 ss; ENGEL, p. 172 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 69 ss n° 370 ss; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 103 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 89 ss n° 404 ss; KRAMER/SCHMIDLIN, *ad* art. 11–16 CO; OSER/SCHOENENBERGER, *ad* art. 11–16 CO; VON TUHR/PETER, p. 233 ss.

⁴⁵ BECKER, art. 165 CO n° 1 ss; BUCHER, p. 550; ENGEL, p. 590 s.; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 164 s. n° 2150 ss; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 233 s.; GAUCH/SCHLUEP, p. 228 s. n° 2178 s.; OSER/SCHOENENBERGER, art. 165 CO n° 4 ss; VON TUHR/PETER, p. 334 ss.

⁴⁶ BUCHER, p. 550; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 166 n° 2155; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 234; GAUCH/SCHLUEP, p. 229 n° 2178; OSER/SCHOENENBERGER, art. 165 CO n° 7 ss; VON TUHR/PETER, p. 337.

Nous reviendrons sur ces questions lorsque nous traiterons de la nature juridique des contrats de prêt syndiqué (cf. n° 500). Toutefois, on peut d'ores et déjà signaler que dans la pratique ces contrats sont toujours passés par écrit (cf. ég. n° 251 ss). 85

3. Un certain nombre d'autres règles de la partie générale trouvent application dans l'étude du contrat de prêt syndiqué. C'est en particulier le cas des dispositions: 86

- sur l'interprétation du contrat (art. 18 CO), qui joueront un rôle lorsqu'il s'agira de qualifier juridiquement le contrat de prêt syndiqué (cf. n° 397), et 87
- sur la représentation (art. 32 ss CO), qui seront étudiées en relation avec les obligations du chef de file, de l'agent et de la banque primaire (cf. n° 555 ss). 88

La détermination des normes spéciales applicables dépend largement de la nature juridique du contrat. Nous aborderons donc cette question dans le paragraphe traitant de ce sujet (cf. n° 382 ss). 89

2. Un contrat de prêt

1. Les règles applicables. Comme son nom l'indique, le contrat de prêt syndiqué vise avant tout le transfert de «la propriété d'une somme d'argent [par les membres du syndicat ou la banque primaire] à l'emprunteur» (art. 312 CO). A cette obligation, correspond celle de l'emprunteur de «rendre autant de même espèce et qualité» (art. 312 CO *in fine*)⁴⁷. Le prêt syndiqué étant en outre toujours un prêt commercial, on peut ajouter «avec intérêts» (art. 313 al. 2 CO)⁴⁸. 90

La forme et le contenu des contrats de prêt sont différents dans une syndication directe et dans une syndication indirecte: 91

a. Dans une syndication directe, les dispositions régissant les relations de crédit et de syndicat figurent en principe dans un seul et même document⁴⁹. 92

⁴⁷ Dans sa version allemande, cette disposition a la teneur suivante: «Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darleiher zur Uebertragung des Eigentums an einer Summe Geldes oder an andern vertretbaren Sachen, der Borger dagegen zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte».

⁴⁸ L'art. 313 CO a en français la teneur suivante: «1. En matière civile, le prêteur ne peut réclamer des intérêts que s'ils ont été stipulés. 2. En matière de commerce, il en est dû même sans convention».

Et en allemand: «1. Das Darlehen ist im gewöhnlichen Verkehre nur dann verzinslich, wenn Zinse verabredet sind. 2. Im kaufmännischen Verkehre sind auch ohne Verabredung Zinse zu bezahlen».

⁴⁹ Cf. p.ex. BLAISE/FOUCHARD, p. 176 n° 33.

L'emprunteur est ainsi informé de l'identité et des fonctions de chacun des membres du syndicat.

- 93 Les dispositions qui régissent la relation de crédit peuvent être classées en trois catégories:
- 94 – les dispositions qui décrivent les *modalités habituelles* d'un prêt (montant, taux d'intérêt, date de remboursement);
- 95 – les règles qui sont les conséquences de la formation d'un *syndicat de prêt*; tel est le cas des clauses décrivant la participation des banques au syndicat de prêt et des clauses sur le paiement des intérêts et le remboursement du prêt à un organisme centralisé: l'agent;
- 96 – les dispositions qui sont inspirées du *droit anglo-américain*, lorsque le contrat porte sur un montant particulièrement important et qu'il nécessite ainsi une large syndication (ég. n° 50).
- 97 **b. Dans une syndication indirecte** les contrats de prêt et de syndicat font toujours l'objet de deux conventions formellement séparées⁵⁰. C'est même l'une des principales caractéristiques de ce type de syndication: Lorsque la syndication *précède* l'octroi du crédit, l'emprunteur ignore en principe que le prêt qui lui est consenti est un prêt syndiqué; lorsque la constitution du syndicat *a lieu après* la conclusion du contrat de prêt, l'emprunteur n'est pas censé savoir que la banque primaire a subséquentement cédé des quotes-parts de sa créance en participation à d'autres banques⁵¹.
- 98 Le *caractère occulte de la syndication* est en outre préservé par une clause habituellement insérée dans le contrat de syndicat, clause selon laquelle les banques participantes s'engagent à ne pas informer l'emprunteur ou un tiers qu'elles sont, en partie ou intégralement, titulaires de la créance résultant du contrat de prêt (cf. cep. n° 108)⁵².
- 99 Il s'ensuit que le contrat de prêt ne contient aucune clause pouvant laisser à croire que le prêt est syndiqué: Seules figurent dans ce contrat les dispositions définissant les conditions de base du prêt⁵³. Ces règles sont parfois accompagnées, suivant la nationalité de l'emprunteur ou de la banque primaire, de clauses originaires du droit anglo-américain (n° 96).
- 100 **2. Les parties** au contrat de prêt changent selon que l'on est en présence d'une syndication directe ou d'une syndication indirecte:

⁵⁰ BLOCH, p. 247.

⁵¹ Sur le caractère occulte de la syndication indirecte, cf. surtout *idem*, p. 247 ss.

⁵² Cf. p.ex. la clause type proposée par DOHM (*in* SAS 58/1986 p. 15): «[La banque participante] s'engage à ne donner connaissance de cette sous-participation [c'est-à-dire de la cession], ni à l'emprunteur, ni à des tiers (à l'exception de ses conseillers juridiques, ses organes de contrôle et les autorités fiscales)».

⁵³ BLOCH, p. 247.

- Dans une syndication directe, les parties au contrat de prêt sont l'emprunteur et les membres du syndicat⁵⁴. 101
- Dans une syndication indirecte, seuls l'emprunteur et la banque primaire sont parties au contrat de prêt. 102

3. Un contrat de syndicat

1. Les règles applicables. La structure du contrat de syndicat varie suivant le type de syndication. Le contrat de syndicat est ainsi *plus détaillé dans une syndication directe que dans une syndication indirecte*. Cela tient à plusieurs raisons: 103

a. Il est souvent nécessaire de **définir** avec précision les **droits et obligations** de chacun: 104

- Le syndicat qui est formé à l'occasion d'une vaste syndication met en présence un grand nombre de banques, le plus souvent de nationalités et de *systèmes de droit différents*⁵⁵. Les dispositions contractuelles ont dans ces circonstances plus d'importance que les règles légales; on peut même affirmer que le but des parties est alors de réduire autant que possible le rôle de la loi. 105
- Parce que le chef de file «représente» *simultanément* les intérêts de l'emprunteur et des membres du syndicat, sa responsabilité dans la formation du contrat doit être clairement définie (cf. cep. n° 564 s.). Par contre, la banque primaire agit uniquement pour son compte, si elle organise la syndication après l'octroi du crédit. Elle doit en revanche prendre en considération la volonté des banques participantes, lorsque le syndicat est formé avant la conclusion du contrat de prêt. Jamais toutefois, elle ne «représente» l'emprunteur (cf. n° 634 ss). 106

b. Le caractère «ouvert» de la **syndication directe** a une double conséquence: D'une part, l'emprunteur est informé de l'identité de chacun de ses créanciers et, d'autre part, chaque banque connaît la participation des autres membres du syndicat. Ces deux éléments sont liés et requièrent des dispositions contractuelles plus élaborées. Ainsi, on trouve souvent dans le contrat 107

⁵⁴ Cf. *ibidem*. Eg. BROWN, p. 169. A noter que si le prêt est très important, et qu'il a par conséquent été nécessaire de faire appel à plus d'une centaine de banques, la plupart de celles-ci se font représenter par le chef de file à la signature du contrat. A ce sujet, cf. HINSCH/HORN, p. 19.

⁵⁵ C'est avant tout le cas de l'euro-crédit où, comme l'expriment ECK/JACQUEMONT (p. 306), «le contrat retrouve donc sa fonction fondamentale de définir complètement le régime juridique unique des relations entre des partenaires sollicités, familiarisés et surtout soumis à des environnements divers. Entre les deux expressions de l'évolution du contrat – la crise du contrat et la renaissance du phénomène contractuel – c'est très nettement la seconde que l'euro-crédit vient enrichir».

de prêt syndiqué des clauses mixtes, traitant à la fois de la relation de crédit et de la relation de syndicat (n° 19).

108 Tel n'est en revanche pas le cas dans la syndication indirecte où les contrats de prêt et de syndicat sont séparés, permettant ainsi une description plus simple des obligations de la banque primaire et des banques participantes. Toutefois, **le caractère occulte de la syndication indirecte est relatif**, puisque comme le relève M. DOHM: «En pratique, les [banques participantes] informent souvent les emprunteurs, dès que l'occasion se présente, de leur intervention indirecte»⁵⁶.

109 c. Hormis ces différences touchant à la systématique et à la rédaction du contrat, **les buts visés par les parties sont pour l'essentiel identiques**:

110 – *Fixer la participation financière des membres du syndicat*⁵⁷: Le contrat conclu dans une syndication **directe** énumère les banques qui participent au prêt; il y est également fait mention du montant et du rôle de chacune. Dans la syndication **indirecte**, la banque primaire conclut formellement un contrat individuel avec chaque banque participante; chaque contrat est rédigé en termes identiques, seul change le montant que les banques participantes s'engagent à verser à la banque primaire.

111 – *Assurer la gestion du prêt*: Quel que soit le type de syndication, les contrats de syndicat décrivent les droits et les obligations de la banque chargée de gérer le prêt. Dans tous les cas, les responsabilités générales de l'agent et de la banque primaire sont, **en temps ordinaire**, d'encaisser puis de distribuer au prorata des participations de chacun les montants reçus en remboursement du prêt et, **en temps de crise**, de prendre toutes les mesures nécessaires à la sauvegarde des intérêts des membres du syndicat.

112 **2. Les parties au contrat de syndicat sont (n° 66 ss):**

113 – dans une syndication *directe*, le chef de file, les co-chefs de file, les banques participantes et l'agent, et

114 – dans une syndication *indirecte*, la banque primaire et les banques participantes.

115 On relèvera que si les dénominations employées sont différentes, les **fonctions** en revanche sont **proches**:

116 a) Dans la syndication directe, le chef de file et l'agent sont souvent *une seule et même personne*, qui se charge à la fois de la mise au point de la documentation contractuelle, de la négociation des conditions du prêt et

⁵⁶ DOHM, in SAS 58/1986 p. 3 n° 12.

⁵⁷ Autrement dit de fixer la part de risque que supporte chacun des membres du syndicat. A ce sujet, cf. BLAISE/FOUCHARD, p. 157 ss. Eg. la définition du syndicat proposée par SCHOLZE, *supra* n. 32.

de sa gestion (n° 68 et 71)⁵⁸. La banque qui cumule ces fonctions joue ainsi le rôle central joué par la banque primaire dans la syndication indirecte (n° 73).

b) *Le rôle des banques participantes est limité* au versement de leur participation au prêt, que ce soit à l'emprunteur, dans la syndication directe, ou à la banque primaire, dans la syndication indirecte. 117

c) C'est aussi le lieu de rappeler que les termes «*co-chef de file*» et «*membre du syndicat de direction*» sont en principe employés pour désigner des banques qui participent au prêt pour une somme supérieure à celle des banques participantes ou qui ont accepté de garantir le placement du prêt (n° 69). Ces banques n'occupent en général aucune fonction dirigeante. 118

Nous verrons que les syndications directe et indirecte sont également proches par plusieurs autres aspects et qu'il est par conséquent souvent possible d'appliquer des règles analogues à l'une ou l'autre de ces institutions (cf. p.ex. n° 382 ss). 119

III. Les principaux types de syndications

On pourrait procéder à de nombreuses distinctions en tenant compte par exemple des qualités de l'emprunteur (de droit public ou de droit privé), des buts qu'il poursuit (améliorer sa balance des paiements ou financer un projet), de la nature ou de l'existence de sûretés⁵⁹. Toutefois, ces distinctions n'ont qu'un intérêt descriptif et sortent du cadre de notre étude (n° 3 ss). 120

Nous n'aborderons ici que les deux principales formes que peut revêtir la syndication dans le domaine bancaire: la syndication directe (1) et la syndication indirecte (2). Nous préciserons ici les définitions que nous avons données au début de cette étude et opérerons la synthèse de certaines d'entre elles. 121

1. La syndication directe

Nous proposerons d'abord une définition générale de la syndication directe, pour en analyser ensuite les caractéristiques. 122

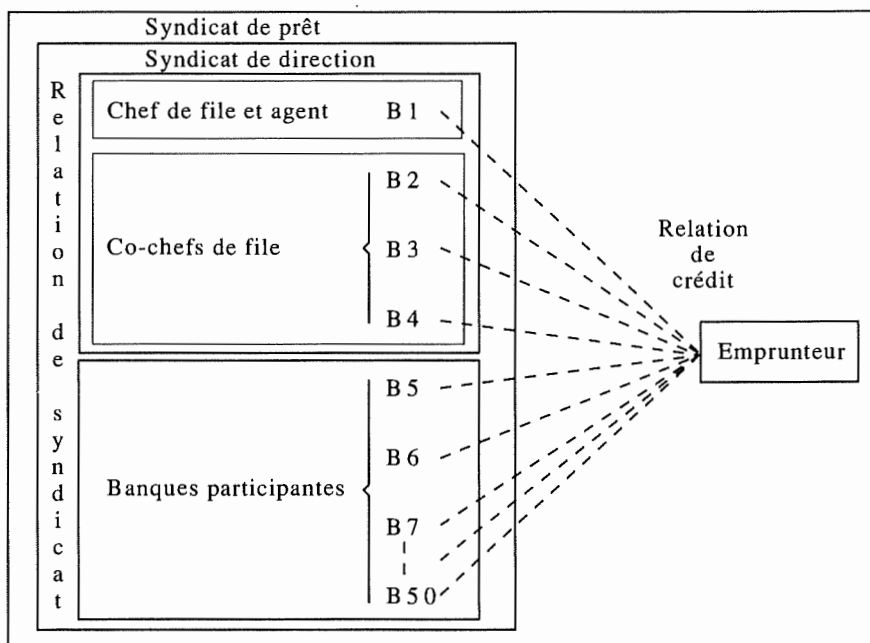
⁵⁸ ELLAND/GOLDSMITH, p. 117.

⁵⁹ A ce sujet, cf. DOHM, in SAS 56/1984 p. 9 n° 4; SLATER, p. 330 s.

123 1. Par le procédé de la syndication directe,

deux ou plusieurs banques (les membres du syndicat) s'unissent et s'organisent pour former ouvertement un syndicat destiné à coordonner, d'une part, les conditions d'un prêt collectif qu'elles accordent à un tiers (l'emprunteur) et, d'autre part, la gestion de ce prêt, tout en confiant les principales tâches administratives à l'une d'entre elles ou à une personne extérieure au syndicat (l'agent)⁶⁰.

Schéma 1: La syndication directe⁶¹



124 2. Il ressort de cette définition que la syndication directe présente quatre caractéristiques:

125 a. L'origine de la syndication. Nous verrons en traitant des phases de la formation du contrat que le chef de file reçoit *de l'emprunteur* le mandat de

⁶⁰ Cf. surtout les définitions proposées par YOUARD, p. 2; HGBB, p. 423 («Konsortialkredit») et «Konsortium») et p. 628 («Syndikat»); BLAISE/FOUCHARD, p. 158 ss; BROWN, p. 169 ss; DELORME/HOESSRICH, p. 7 ss; HEROLD, Kreditgeschäft, p. 190 ss; KOENIG, p. 15 (et les auteurs qu'il cite à la n. 2); FRANCONI, p. 1; BIERI, p. 78.

⁶¹ En relation avec la syndication directe, voir ég. le schéma proposé par HINSCH/HORN, p. 13.

constituer un syndicat à même de lui prêter la somme dont il a besoin (cf. n° 200 ss et 562 ss).

b. Le caractère «ouvert» de la syndication. L'emprunteur a connaissance de la syndication du prêt⁶²: D'abord, parce que c'est l'emprunteur lui-même qui charge le chef de file de former un syndicat (n° 125). Ensuite, parce que les contrats de prêt et de syndicat font l'objet d'un seul et même document (n° 92)⁶³. 126

c. Le moment de la syndication. La formation du syndicat a *toujours* lieu avant la conclusion du contrat de prêt⁶⁴. Nous traiterons plus particulièrement de ce sujet dans le paragraphe consacré à la description du mécanisme de la conclusion du contrat de prêt syndiqué (cf. n° 195 ss). 127

d. L'identité du gérant du prêt et le contenu de son mandat. L'agent est ou bien un membre du syndicat, en principe le chef de file, ou bien une personne extérieure au syndicat⁶⁵. Il assure la gestion du prêt (n° 71). 128

2. La syndication indirecte

Il faut distinguer à nouveau la définition et les caractéristiques: 129

1. Par le procédé de la syndication indirecte, 130

une banque (la banque primaire) cède en participation à d'autres banques (les banques participantes) – généralement sans en informer le débiteur – tout ou partie des droits découlant d'un prêt qu'elle a accordé ou qu'elle va accorder à un tiers (l'emprunteur), prêt qu'elle aura pour fonction de gérer conformément au contrat de syndicat⁶⁶.

⁶² HINSCH/HORN, p. 19.

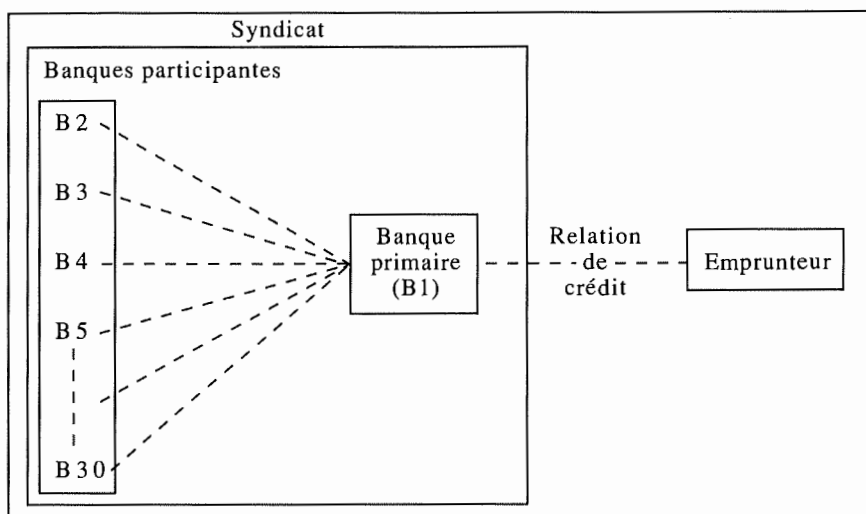
⁶³ BLAISE/FOUCHARD, p. 176 n° 33. Lorsque ces contrats sont établis en deux documents séparés, les principaux renseignements sur l'opération figurent aussi dans le contrat de prêt. On est alors en présence d'une situation proche de celle que l'on rencontre dans les emprunts par obligations (cf. n° 307 s.).

⁶⁴ Ce qui a permis à BLAISE/FOUCHARD (p. 158 n° 2) de qualifier également ce type de syndication d'«immédiate», par opposition à la syndication indirecte ou «différée» qui aurait lieu «à tout moment et tout au long du prêt» (cf. cep. n° 246).

⁶⁵ HINSCH/HORN, p. 23 s. et 178.

⁶⁶ A ce sujet, cf. BLAISE/FOUCHARD, p. 167 ss n° 18 ss; BLOCH, p. 243 ss; BROWN, p. 184 ss; BUCHHEIT, in Journal of comparative business and capital market law, p. 149 ss; DOHM, in SAS 58/1986 p. 1 ss.

Schéma 2: La syndication indirecte



- 131 **2.** Nous reprenons, en les comparant, les **caractéristiques** énoncées pour la syndication directe:
- 132 **a. L'origine de la syndication.** La condition nécessaire à l'existence d'une syndication indirecte est l'octroi, par la banque primaire à l'emprunteur, d'un prêt dont elle cède⁶⁷ tout ou partie des droits en participation à d'autres banques⁶⁸. *La banque primaire ne reçoit aucun mandat de l'emprunteur* (cpr n° 208): Dans cette première phase, son obligation principale est de prêter une somme d'argent à l'emprunteur. Comme les banques participantes ne sont pas parties au contrat de prêt (n° 102), la banque primaire doit en plus leur céder une quote-part de la créance qu'elle a contre l'emprunteur.
- 133 **b. Le caractère «occulte» de la syndication.** Nous nous bornerons à rappeler ici que l'emprunteur est *censé* ignorer la syndication du prêt (n° 108)⁶⁹. Cet

⁶⁷ Cf. p.ex. la clause proposée par ДОИМ (*in* SAS 58/1986 p. 15): «La Banque Primaire cède à [la Banque participante] une participation de Frs ... à la créance résultant du crédit susmentionné et ce, aux conditions originales, pour le ... 198.. [La Banque Participante] fera parvenir au compte n° ... de la Banque Z le montant de sa participation (*ou* la Banque Primaire débitera le compte de [la Banque Participante] par avis de débit séparé du montant de sa participation), soit Frs ..., plus Frs ... à titre d'intérêts courus du ... 198.. au ... 198.. (sur la base d'une année de 360 jours et de douze mois à trente jours)».

⁶⁸ Cf. surtout ДОИМ, *in* SAS 58/1986 p. 9 s. n° 58 ss.

⁶⁹ *Idem*, p. 3 n° 12.

élément a toutefois une importance relative dans la distinction avec la syndication directe: La syndication ne devient pas directe, lorsque l'emprunteur apprend que le prêt que la banque primaire lui a consenti a été mis en syndication. C'est avant tout le critère de l'origine de la syndication qui permet de distinguer la syndication indirecte de la syndication directe (n° 132).

c. Le moment de la syndication. La formation du syndicat peut avoir lieu *134*
tant avant qu'après la conclusion du contrat de prêt⁷⁰. Nous constaterons en analysant les phases de la conclusion du contrat que cette distinction a un intérêt juridique et pratique limité (cf. n° 245 ss).

d. L'identité du gérant du prêt et le contenu de son mandat. La banque *135*
primaire a *toujours* pour tâche de gérer le prêt⁷¹. Cette disposition s'inscrit dans la logique du système qui veut que l'emprunteur, d'une part, ignore la syndication et, d'autre part, ait pour seul interlocuteur la banque primaire. C'est pour cela que l'on dit parfois que la banque primaire gère «fiduciairement» le prêt⁷².

§ 2 La structure du marché des prêts syndiqués

Les obligations des banques dirigeantes et gérantes doivent être situées dans *136*
leur contexte économique et géographique. Nous commencerons donc par distinguer les principaux types de syndicats (I). Nous décrirons ensuite l'organisation du secteur bancaire suisse et son influence sur le marché des prêts syndiqués (II), pour comparer ces données à celles du marché international des prêts syndiqués (III).

On peut d'ores et déjà indiquer que ce paragraphe pose les bases du chapitre *137*
consacré à l'application du droit cartellaire à la formation de certains syndicats de prêt (cf. n° 956 ss).

⁷⁰ *Idem*, p. 4 n° 19 s. Eg. BLAISE/FOUCHARD, cité supra n. 64.

⁷¹ Cf. p.ex. BUCHHEIT (*in* Journal of comparative business and capital market law, p. 149): «The salient feature of a sub-participation is that the bank originating the loan (lead) will remain in its role as the nominal lender and will continue to manage the loan notwithstanding the fact that it may have sold off most or even all of its credit exposure».

⁷² DOHM, *in* SAS 58/1986 p. 5 n° 24 *in fine*.

I. Les principaux types de syndicats

- 138 En retenant essentiellement pour critères le montant du prêt, le nombre et la nationalité des banques en présence, on peut distinguer trois types de syndicats:
- 139 a) L'**euro-crédit syndiqué** est en principe utilisé pour répondre à une demande de crédit très élevée, pouvant aller jusqu'à plusieurs millions, voire milliards de dollars⁷³. Ces montants rendent souvent nécessaire la constitution d'un syndicat de plusieurs dizaines ou même de plus d'une centaine de membres, ne serait-ce que pour répartir les risques encourus lors de l'octroi d'un tel prêt.
- 140 b) Le «**club deal**» ne comprend qu'un petit nombre de banques (entre deux et dix) de différentes nationalités⁷⁴. Les banques recourent à ce genre de syndicat lorsqu'une large syndication risque d'être difficile à réaliser ou que l'emprunteur cherche une relative discrétion. Malgré le nombre réduit de ses participants, le «club deal» peut servir au financement d'opérations atteignant des montants considérables, soit plusieurs dizaines, parfois plusieurs centaines de millions de dollars.
- 141 c) Le **syndicat de place** réunit exclusivement des banques appartenant à un même pays ou à une même zone géographique (par exemple, des banques suisses, allemandes, arabes ou asiatiques)⁷⁵. Les buts poursuivis par ce type de syndicat sont divers: participer au financement d'une entreprise à caractère local, répondre à une demande de crédit d'un Etat dont les banques membres du syndicat sont proches (siège ou établissement important), accorder un crédit dans une seule monnaie⁷⁶.

⁷³ Pour une présentation générale des euro-crédits, cf. ADEN, p. 309 ss; STORCK, in ZKW 1977, p. 272 ss; MAST H., in HGBB p. 268 («Euromärkte»); GOLTZ, p. 17 ss. Comme le relève JACQUEMONT (p. 35): «L'absence d'une référence officielle [rend] toute définition [de l'euro-crédit] sujette à caution». Cf. ég. HERRENSCHMIDT, p. 20. On peut ainsi proposer deux types de définitions: (a) La première – qui est celle que nous retiendrons – se fonde sur l'*origine de la somme prêtée*: L'euro-crédit désigne alors un prêt accordé dans une devise différente de celle du système monétaire dont relève la banque prêteuse; celle-ci se sert ainsi de dépôts effectués auprès d'elle dans une devise autre que sa devise nationale (c'est-à-dire une euro-devise); il peut par exemple s'agir de dollars déposés auprès d'une banque anglaise. Cf. HAMBERSIN, p. 5 s.; HINSCH/HORN, p. 8; PERGAM, Eurocurrency, p. 159; PREISIG, p. 28. (b) Une deuxième définition – qui est souvent retenue par la pratique bancaire – se base sur la *rémunération des créanciers*. L'euro-crédit est défini dans ce contexte comme un prêt dont le taux d'intérêt est variable et est fixé par référence au taux interbancaire offert sur le marché de Londres (LIBOR); le fait que le prêt soit ou non accordé en euro-devises n'a aucune importance. Cf. BOSCH, p. 117 n. 1; PERGAM, Eurocurrency, p. 159.

⁷⁴ DUFLOUX/MARGULICI, in Banque 1981 p. 822; DOHM, in SAS 56/1984 p. 10 n° 7.

⁷⁵ DUFLOUX/MARGULICI, in Banque 1981 p. 822; DOHM, in SAS 56/1984 p. 10 n° 7. On relèvera au passage que ces auteurs parlent de «*syndication de place*»; comme la syndication est pour nous un procédé (n° 60) plutôt qu'un groupe de banques (n° 61), nous utiliserons dans la mesure du possible l'expression «*syndicat de place*».

⁷⁶ Sur les crédits syndiqués accordés en francs suisses, voir la note de la Banque nationale suisse «relative aux dispositions appliquées aux exportations de capitaux» (n° 41).

Quoique l'on retienne habituellement cette distinction pour la syndication 142
directe, il faut souligner que des syndicats correspondant aux définitions qui
viennent d'être proposées, peuvent également être formés dans la syndica-
tion indirecte⁷⁷.

II. La structure du secteur bancaire suisse et son influence sur le marché des prêts syndiqués

On ne peut étudier les syndicats de place (n° 141) sans les situer dans le 143
secteur bancaire de leur pays. Nous commencerons donc par présenter briève-
ment la structure économique et juridique du secteur bancaire suisse (1),
pour en décrire ensuite l'organisation conventionnelle (2).

1. La structure économique et juridique

Une description détaillée des aspects économiques et juridiques du secteur 144
bancaire suisse sortirait du cadre de cette étude. En outre, une présentation
de ces données est publiée chaque année par la Banque nationale suisse⁷⁸.
Enfin, le secteur bancaire suisse a fait l'objet de trois enquêtes de la Com-
mission des cartels (cf. n° 985 ss).

Nous limiterons donc notre exposé à un résumé de ces analyses, avec un 145
rappel des principales données statistiques (A) et un commentaire de celles-
ci (B).

A. Le nombre et les catégories de banques et sociétés financières de 1978 à 1989⁷⁹

(Voir Tableau 1, p. 30)

146

⁷⁷ ELLAND-GOLDSMITH, p. 117 n° 4.

⁷⁸ Ce recueil et commentaire de statistiques, intitulé «Les banques suisses en _____» («Das schweizerische Bankwesen im Jahre _____»), est publié à la fin de chaque année pour l'année précédente.

⁷⁹ Source: BNS, Les banques suisses, p. 25 (ces statistiques ont été remises à jour par l'auteur pour tenir compte de l'évolution des banques suisses en 1989).

B. Le commentaire des statistiques

Chacun de ces groupes présente des caractéristiques distinctives sur les plans juridique et économique: 147

1. Les grandes banques sont au nombre de cinq, à savoir l'Union de Banques Suisses, la Société de Banque Suisse, le Crédit Suisse, la Banque Populaire Suisse et la Banque Leu (désormais membre du «groupe CS Holding»). Cette classification tient compte à la fois de la tradition et de l'importance quant à la somme des bilans⁸⁰. Pour reprendre l'expression de la Banque nationale, ces établissements sont des «banques universelles par excellence»⁸¹. Leurs activités se caractérisent ainsi par une grande diversité, tant sur le plan national qu'international. 148

Elles entrent ainsi en concurrence avec les banques cantonales et régionales dans la formation de syndicats de place, et avec les banques étrangères et certaines sociétés financières dans la participation à des «club deals» ou à des euro-crédits. 149

2. Les banques cantonales sont ou bien des «banques créées en vertu d'un acte législatif cantonal et dont les engagements sont garantis par le canton» ou bien des «banques créées avant 1883 en vertu d'un acte législatif cantonal et qui sont administrées avec le concours des autorités cantonales alors même que leurs engagements ne sont pas garantis par le canton» (art. 3 al. 4 LB)⁸². Elles ont généralement une personnalité juridique propre et jouissent d'une large autonomie dans leurs rapports avec l'administration cantonale. Conformément à l'art. 31 quater de la Constitution, la législation bancaire a fait preuve d'une certaine souplesse vis-à-vis des banques cantonales afin de tenir compte de leur rôle et de la souveraineté des cantons⁸³. 150

Dans leurs activités, les banques cantonales bénéficient de certains avantages concurrentiels dus notamment à un régime fiscal plus favorable leur donnant une position privilégiée dans la réunion de fonds de tiers. Les fonds d'épargne et les prêts hypothécaires continuent à occuper une place prépondérante dans le bilan de ces banques. Elles sont toutefois «devenues graduellement des banques universelles», avec des opérations comme le petit crédit, la 151

⁸⁰ BNS, Les banques suisses, p. 26; HIRSZOWICZ, p. 57 ss; FREHNER W., in HGBB, p. 341 ss («Grossbanken»).

⁸¹ BNS, Les banques suisses, p. 23.

⁸² Sur cette disposition, cf. surtout BODMER/KLEINER/LUTZ, art. 3–3^{ter} LB n° 43 ss; ATF 110/1984 Ib 166. Sur les banques cantonales en général, cf. RUSSENBERGER; HIRSZOWICZ, p. 50 ss; ROHDE U., in HGBB, p. 393 s. («Kantonalbanken»).

⁸³ A ce sujet, cf. les références citées *supra* n. 82. Eg. BNS, Les banques suisses, p. 21 ss.

gestion de fortune ou le leasing. Cependant, des restrictions leur sont souvent imposées dans leurs opérations avec l'étranger et leur caractère local demeure prédominant. C'est pourquoi elles participent généralement à des syndicats de place, rarement à des «club deals» et très exceptionnellement à des euro-crédits.

- 152 **3. Les banques régionales et les caisses d'épargne** sont passées d'opérations centrées sur l'épargne et le crédit hypothécaire et foncier à des activités à caractère plus universel⁸⁴. Ces banques exercent ainsi des activités très proches de celles des banques cantonales dans un cercle géographique plus restreint. Elles participeront ainsi souvent aux côtés d'une grande banque ou d'une banque cantonale aux prêts syndiqués à caractère régional ou local.
- 153 **4. Les sociétés financières soumises à la loi sur les banques** peuvent être classées en trois groupes (cf. ég. n° 1233)⁸⁵:
- 154 a) les sociétés financières à *caractère bancaire* qui font appel au public pour obtenir des fonds en dépôt (art. 1 al. 2 litt. a LB phr. 1);
- 155 b) les sociétés financières à *caractère bancaire* qui ne font pas appel au public (art. 1 al. 2 litt. a LB phr. 2); et
- 156 c) les *autres* sociétés financières qui font appel au public, sans recourir exclusivement à l'emprunt (art. 1 al. 2 litt. b LB).
- 157 La condition de caractère bancaire est remplie lorsque «les fonds sont placés dans un nombre en principe illimité d'entreprises qui ne constituent ni entre elles ni avec la société financière une entité économique»⁸⁶. Cette catégorie de sociétés financières est celle qui, par nature, participe aux prêts syndiqués.
- 158 **5. Les banques et les sociétés financières à caractère bancaire en mains étrangères organisées selon le droit suisse, et les succursales de banques étrangères** constituent un groupe disparate: Certaines sont de vraies banques universelles, d'autres concentrent leurs activités dans des domaines spécialisés. Il existe toutefois un trait commun à tous les membres de ce groupe: Leur clientèle est avant tout étrangère et leurs activités internationales⁸⁷.

⁸⁴ BNS, Les banques suisses, p. 23; HIRSZOWICZ, p. 87 ss; ISELI E., in HGGBB, p. 565 s. («Regionalbanken»); MUELLER R., in HGGBB, p. 604 s. («Sparkasse»).

⁸⁵ A ce sujet, cf. BODMER/KLEINER/LUTZ, art. 1 LB n° 18 ss; HIRSZOWICZ, p. 115 ss; HGGBB, p. 292 s. («Finanzgesellschaft»); avec les références citées. Voir ég. *infra* n. 86.

⁸⁶ BNS, Les banques suisses, p. 26. Eg. BODMER/KLEINER/LUTZ, art. 1 LB n° 21 ss. A noter que, depuis le 1^{er} janvier 1990, les sociétés financières qui, en plus, font appel au public ou se refinancent auprès de plusieurs banques sont désormais des «banques» au sens de l'art. 1 al. 1 LB (cf. art. 2a litt. a et b OB; RO 1989 1772). A ce sujet, cf. les références citées *supra* n. 1.

⁸⁷ BNS, Les banques suisses, p. 29; HIRSZOWICZ, p. 199 ss; ZUBERBUEHLER D., in HGGBB, p. 57 ss («Ausländische Banken»).

Lorsque leurs opérations comprennent des prêts syndiqués, ces banques et sociétés financières participent principalement aux euro-crédits et «club deals».

6. Les banques commerciales sont des «banques universelles dans lesquelles les crédits au commerce, à l'industrie et à l'artisanat ainsi que les crédits hypothécaires jouent un rôle important»⁸⁸. Dans cette mesure, elles peuvent être amenées à joindre des syndicats de prêt, en général des syndicats de place. 159

7. Les banques suivantes ne participent jamais ou que très exceptionnellement à des prêts syndiqués: 160

- a) Les établissements spécialisés dans les opérations boursières, les transactions sur titres et la gestion de fortune;
- b) les établissements spécialisés dans les prêts personnels, le financement de ventes à tempérament et le crédit à la consommation;
- c) les banquiers privés; et
- d) les caisses de crédit mutuel et caisses Raiffeisen.

2. La structure conventionnelle

Le secteur bancaire suisse est organisé conventionnellement sur le plan national (A) et sur le plan régional et local (B). A chacun de ces niveaux, deux aspects exercent une influence sur le marché des prêts syndiqués⁸⁹: 161

- a) l'existence d'**associations** professionnelles qui, en raison des liens privilégiés qu'elles créent entre leurs membres, peuvent jouer un rôle dans le choix des banques qui formeront le syndicat de prêt, et 162
- b) les **conventions** auxquelles les banques consortiales ont adhéré et qu'elles doivent respecter lors de la conclusion du contrat de syndicat. 163

A. Sur le plan national

Les banques qui participent à un prêt syndiqué peuvent être membres ou bien de l'Association suisse des banquiers et des groupements qui lui sont affiliés ou bien d'associations à caractère national, indépendantes de l'Association suisse des banquiers: 164

⁸⁸ BNS, Les banques suisses, p. 28.

⁸⁹ Pour une vision globale de l'organisation conventionnelle du secteur bancaire suisse, cf. PCCSPR 1989/3 («Les effets de portée nationale d'accords entre banques»); PCC 3/1968 p. 238 ss («L'état de la concurrence dans le secteur bancaire suisse»); HIRSZOWICZ, p. 369 ss. Eg. SCHMID C.; SCHLUEP W./CORAZZA R., in HGBB, p. 406 ss («Kartelle im Bankensektor»).

- 165 **1. L'Association suisse des banquiers** (die Schweizerische Bankiervereinigung) est une *association faîtière* qui regroupe les membres de plusieurs autres associations telles que⁹⁰:
- 166 – les Banques cantonales suisses, autrefois l'Union des banques cantonales suisses (die Schweizerische Kantonalbanken, autrefois der Verband Schweizerischer Kantonalbanken)⁹¹;
- 167 – l'Association des banquiers privés suisses (die Vereinigung Schweizerischer Privatbankiers)⁹²;
- 168 – l'Association des bourses suisses (die Vereinigung Schweizerischer Effektenbörsen)⁹³.
- 169 Il convient en outre de relever que les membres des principaux *syndicats permanents d'émission* d'emprunts par obligations sont également membres de l'Association suisse des banquiers (cf. ég. n° 1146 ss)⁹⁴. Citons notamment:
- 170 – le Consortium d'émission de banques suisses qui prend ferme et émet, seul ou avec d'autres groupements, certains emprunts nationaux lancés par la Confédération, les CFF, les cantons, les villes et les communes (cf. ég. n° 1154 ss);
- 171 – les syndicats constitués en vue de la prise ferme et du placement des emprunts émis par des débiteurs étrangers et libellés en francs suisses (cf. ég. n° 1158 ss);
- 172 – les syndicats qui souscrivent et prennent ferme les emprunts de compagnies d'électricité ou de grandes entreprises industrielles⁹⁵.
- 173 Il faut d'ores et déjà indiquer qu'il existait, de 1911 à la fin 1989, une série d'accords entre le Consortium d'émission de banques suisses, les Banques cantonales suisses, l'Union de banques régionales suisses et le Groupement des banquiers privés de Suisse alémanique. Selon ces accords, ces associations prenaient et plaçaient ensemble les emprunts de plus de vingt millions de francs lancés par la Confédération, les cantons, les villes et les communes⁹⁶.

⁹⁰ Cf. PCC 3/1968, p. 245; HIRSZOWICZ, p. 373 ss; CHAPUIS J.-P., in HGBB, p. 104 s. («Bankiervereinigung, Schweizerische»).

⁹¹ PCC 3/1968, p. 247; HIRSZOWICZ, p. 424 ss; ROHDE U., in HGBB, p. 394 («Kantonalbanken»).

⁹² PCC 3/1968, p. 249; HIRSZOWICZ, p. 434; SARASIN A., in HGBB, p. 549 («Privatbankiers, Vereinigung Schweizerischer»).

⁹³ PCC 3/1968, p. 251; HIRSZOWICZ, p. 435; MEIER R., in HGBB, p. 238 («Effektenbörsen, Vereinigung Schweiz»).

⁹⁴ Cf. PCCSPR 1989/3, p. 159 ss; HIRSZOWICZ, p. 436 s.; ALBISETTI/GSELL, p. 169.

⁹⁵ Cf. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, p. 283 n° 79.

⁹⁶ ALBISETTI/GSELL, p. 169. Pour un exposé plus détaillé sur les causes de la dissolution de ce syndicat, cf. n° 1154 ss.

L'Association suisse des banquiers a par ailleurs établi de nombreuses *conventions*⁹⁷, dont l'objectif principal est de fixer de manière uniforme les conditions et la rémunération des services rendus par ses membres⁹⁸. Ceux-ci sont donc tenus d'observer les dispositions de ces conventions en matière de prêts syndiqués. Tel est en particulier le cas de la Convention V concernant le transfert de droits de timbre de négociation (n° 43)⁹⁹. 174

2. Il existe en outre trois **groupements de portée nationale, indépendants de l'Association suisse des banquiers**. Nous nous bornerons à les citer, tant leur influence sur le marché des prêts syndiqués est faible; il s'agit du «Verband Schweizerischer Darlehenskassen», du «Verband Kleinkreditbanken» et du «Verband Schweizerischer Holding und Finanzgesellschaften». 175

B. Sur le plan régional et local

Les membres d'un syndicat de place peuvent aussi faire partie – parallèlement ou indépendamment de leur appartenance à une association à caractère national – d'associations à caractère régional ou local; on en comptait vingt-deux lors du dernier «recensement» opéré par la Commission des cartels¹⁰⁰. En prenant comme critère la somme des bilans qu'elles réunissent, les principales sont: le «Verband Bernischer Banken», le «Berner Banksyndikat», le Groupement des établissements de crédit de la place de Genève, le Groupement des banquiers privés genevois, le «Verband Zürcherischer Kreditinstitute» et le «Zürcher Zinskonvenium»¹⁰¹. 176

On peut classer les associations régionales et locales en deux catégories¹⁰²: 177

- Les organisations bancaires qui comptent relativement peu de membres, 178
lesquels appartiennent cependant aux *plus importants établissements* bancaires de la place (par exemple, le Groupement des banques commerciales

⁹⁷ Pour le texte de ces conventions, cf. PCCSPR 1989/3, p. 246 ss. En général, cf. SCHLUEP W./CORAZZA R., in HGBB p. 406 s. («Kartelle im Bankensektor»). A relever toutefois que la liste dressée en 1986 par SCHLUEP/CORAZZA doit être en partie amendée; il faut en effet tenir compte de la nouvelle Convention XIX («Konvention XIX über Notes ausländischer Schuldner»), entrée en vigueur le 1^{er} mai 1987. Voir ég. la classification proposée par HIRSZOWICZ, p. 416 ss (reprise en partie par SIGG, p. 167 ss). On prendra également en considération les résultats de la récente enquête de la Commission des cartels sur «les effets de portée nationale d'accords entre banques» (PCCSPR 1989/3; cf. n° 992 ss).

⁹⁸ SCHLUEP W./CORAZZA R., in HGBB, p. 407 («Kartelle im Bankensektor»).

⁹⁹ Soit en allemand: «Konvention V betreffend Ueberwälzung der Umsatzgabe». Voir ég. *infra* n. 768.

¹⁰⁰ PCC 3/1968, p. 254 ss. Il faudra attendre l'ouverture de la deuxième phase de l'enquête sur les banques (cf. n° 994) pour avoir une vision actuelle de la situation.

¹⁰¹ A ce sujet, cf. HGBB sous les différentes rubriques traitant de ces associations.

¹⁰² PCC 3/1968, p. 335.

- de Lausanne, le «Zürcher Zinskonvenium», le Groupement des établissements de crédit de la place de Genève);
- 179 – Les organisations bancaires dont font partie la majorité des établissements de la place concernée, *sans égard à leur importance* (par exemple, la «Basler Bankenvereinigung», le «Verband Bernischer Banken», la «Bankvereinigung» à Lucerne, la «Bankvereinigung St. Gallen», l'Association cantonale des banques neuchâteloises).
- 180 Ces associations ont élaboré des **conventions** qui tendent, pour la plupart, à fixer les taux **d'intérêts** que leurs membres doivent en principe observer chaque fois qu'ils accordent un prêt à un client (Aktivgeschäft)¹⁰³; on parle alors de conventions d'intérêts *débiteurs* (Debitorenzinse)¹⁰⁴. Les conventions ayant pour objet les taux d'intérêts *créanciers* (Kreditorenzinse) sont en revanche rares¹⁰⁵.
- 181 C'est le lieu de relever que l'*ancienne* circulaire de l'Association suisse des banquiers, concernant la concurrence des banques entre elles, prévoyait qu'un institut bancaire ou la succursale d'une banque exerçant son activité sur une place déterminée n'avait pas le droit de faire de la sous-enchère par rapport aux taux fixés par une convention régionale ou locale en vigueur sur une autre place bancaire (ch. 5 al. 2 de ladite circulaire)¹⁰⁶. Cette circulaire a été remplacée par la Convention III concernant la recherche de la clientèle et la publicité des banques (cf. n° 977)¹⁰⁷.

III. La structure du marché international des prêts syndiqués

- 182 Si l'on tient compte du volume des crédits consentis, c'est probablement sur le plan international que l'étude des prêts syndiqués revêt le plus grand intérêt. Il se justifie donc de décrire, même sommairement, la structure du marché dans lequel évoluent les euro-crédits et les «club deals».

¹⁰³ Sur la notion de «Aktivgeschäft» et son incidence sur la notion de banque au sens de la loi sur les banques, cf. BODMER/KLEINER/LUTZ, art. 1 LB n° 11 s.

¹⁰⁴ Encore faut-il s'entendre sur le sens des termes «intérêts débiteurs» et «intérêts créanciers»! Cpr CHAPUIS, p. 18 s. et PCC 3/1968, p. 336 s.

¹⁰⁵ CHAPUIS, p. 19; PCC 3/1968, p. 337.

¹⁰⁶ PCC 3/1968, p. 345 s.

¹⁰⁷ Soit en allemand: «Konvention III betreffend Kundenakquisition und Werbung der Banken». A ce sujet, cf. les références citées *infra* n. 734 s.

1. Il faut souligner d'emblée que deux aspects du marché international des prêts syndiqués rendent sa **description difficile**¹⁰⁸ :

- a) Ce type de crédit entraîne par nature la participation de banques de **nationalités différentes** : Dans un euro-crédit ou un «club deal», il y a autant de structures bancaires qu'il y a de pays représentés dans le prêt syndiqué.
- b) Le marché des prêts syndiqués n'est **pas un marché public**. La seule manifestation extérieure aux banques est l'insertion, lors de la conclusion de certains contrats d'euro-crédits syndiqués, d'un encart publicitaire («tombstone») dans certains journaux financiers.

Il est ainsi difficile d'observer avec sûreté la structure du marché, et l'on comprendra la prudence dont nous ferons preuve dans l'analyse qui suit.

2. L'une des caractéristiques des prêts syndiqués est d'avoir un **objet ponctuel** : Ces syndicats se forment de cas en cas, suivant des critères qui sont propres à chaque opération (cf. ég. n° 1183)¹⁰⁹. On tiendra par exemple compte de la nationalité de l'emprunteur, de son genre d'activité ou, si c'est un Etat, de la qualité de ses relations avec le pays d'origine des éventuelles banques prêteuses.

La principale conséquence de cette situation est qu'il n'existe pas vraiment de structures fixes dans le domaine des prêts syndiqués (cf. cep. n° 1197 ss). Il y a néanmoins deux éléments qui donnent une certaine uniformité au comportement des banques participant à des **euro-crédits syndiqués** :

- a) Il existe un certain nombre de *clauses types*¹¹⁰ que les banques imposent systématiquement aux emprunteurs (cf. ég. n° 1205 ss). Citons en particulier les règles qui visent à parer aux risques juridiques ou à faire peser sur l'emprunteur les aléas financiers de l'opération.
- b) Lorsqu'on analyse attentivement les statistiques, on s'aperçoit que seul un *nombre limité de banques* participent régulièrement à des crédits en euro-devises (cf. ég. n° 1199). Certains praticiens avancent ainsi le chiffre de 200 établissements, voire seulement de 30 si l'on tient compte des appartenances aux groupes bancaires nationaux et internationaux et des liens privilégiés qui existent entre certaines banques¹¹¹.

¹⁰⁸ BLAISE/FOUCHARD, p. 229 ss n° 134 ss (sp. p. 229 s. n° 134 et p. 234 s. n° 147).

¹⁰⁹ *Idem*, p. 216 n° 104.

¹¹⁰ A ce sujet, cf. surtout HINSCH/HORN, p. 191 ss; BLAISE/FOUCHARD, p. 227 s. n° 129.

¹¹¹ BLAISE/FOUCHARD, p. 209 n° 89 et 225 s. n° 123 (avec les auteurs cités).

§ 3 La description du processus

- 191 Le mécanisme de la conclusion du contrat de prêt syndiqué est complexe. C'est pourquoi il s'écoule parfois un temps relativement long entre la première prise de contact et la signature du contrat de prêt¹¹².
- 192 Ces affirmations valent surtout pour les **euro-crédits syndiqués** qui, compte tenu de la taille de la transaction, mettent souvent en présence un grand nombre de banques de nationalités différentes (n° 139)¹¹³. Nous mettrons ici l'*accent* sur les étapes de la formation d'un contrat conclu pour ce type de syndicat. D'abord, parce que les phases précédant la conclusion du contrat de prêt syndiqué y sont particulièrement bien marquées¹¹⁴. Ensuite, parce que son caractère ouvert permet de mieux observer son déroulement¹¹⁵.
- 193 Il convient en outre de souligner que la formation des deux autres types de syndicats passe par les mêmes étapes: En pratique, certaines phases qui sont espacées dans un euro-crédit sont réunies lors de la formation d'un «club deal» ou d'un syndicat de place¹¹⁶. On peut rapprocher cette situation des différences qui existent entre la fondation successive (art. 629 ss CO) et la fondation simultanée (art. 638 CO) d'une société anonyme¹¹⁷.
- 194 Nous décrirons d'abord les étapes d'une syndication directe (I), pour les comparer ensuite à celles d'une syndication indirecte (II).

¹¹² Cf. surtout HINSCH/HORN (p. 12): «Es können sechs Wochen, aber auch mehrere Monate vergehen, bevor der Vertrag unterzeichnet werden kann». Eg. McDONALD, p. 82; STORCK, *in* Bank 1979, p. 532.

¹¹³ HINSCH/HORN, p. 12.

¹¹⁴ Cf. p.ex. la table chronologique proposée par HINSCH/HORN, p. 15. Comme le relèvent toutefois ces auteurs (p. 13 s.): «[Die] Aktionsstränge lassen sich wieder in eine Reihe einzelner Entstehungsphasen zerlegen, deren Abfolge allerdings keinem absolut festen Schema unterliegt. Es hängt sehr viel von der Art der vorvertraglichen Bindung (best efforts oder underwriting), der Zahl der Beteiligten, der geplanten Kreditsumme, der Marktlage, den Zeitvorstellungen und der Erfahrung der Kreditinteressenten ab». Eg. le schéma de FRANCONI, p. 29.

¹¹⁵ Cette caractéristique tient à la fois au grand nombre de banques invitées à participer au crédit (n° 139) et à la publicité qui est donnée à l'opération une fois le prêt conclu, principalement par l'insertion d'un encart publicitaire dans certains journaux financiers («tombstone»). A ce sujet, cf. HINSCH/HORN, p. 19.

¹¹⁶ DOHM (*in* SAS 56/1986 p. 10 n° 6): «... qu'il s'agisse d'un crédit 'classique' ou d'un euro-crédit, [...] les règles gouvernant la syndication de tous ces crédits sont, au fond, les mêmes».

¹¹⁷ Sur la fondation successive, cf. FORSTMOSER, Aktienrecht, p. 260 ss. Sur la fondation simultanée, cf. *idem*, p. 219 ss.

I. Le déroulement d'une syndication directe

- On peut distinguer **trois phases** principales dans une syndication directe: 195
- la première syndication, qui a pour but la constitution du syndicat de 196
direction (1);
 - la deuxième syndication, qui réunit tous les membres du syndicat de prêt 197
(2); et
 - la période allant de la conclusion du contrat de prêt syndiqué à sa fin 198
(3).

1. La formation du syndicat de direction

Le mécanisme de la conclusion du contrat de prêt syndiqué débute par 199
l'appel d'offres adressé par l'emprunteur à une ou plusieurs banques (A).
Celles-ci font à leur tour des offres à l'emprunteur (B) qui, après examen des
conditions proposées, confie à l'une des banques la charge de mettre au point
le syndicat de prêt (C). Cette banque-chef de file forme ensuite avec d'autres
banques, auxquelles elle s'est préalablement adressée, le syndicat de direc-
tion (D).

A. L'appel d'offres de l'emprunteur

L'emprunteur prend d'abord contact avec une ou plusieurs banques (*les* 200
banques contactées) et leur demande de faire une offre portant sur un prêt
syndiqué dans lequel l'une d'entre elles occuperait la fonction de chef de file.
En principe, l'emprunteur définit alors le **cadre de l'offre**, c'est-à-dire essen-
tiellement le montant maximum et la durée idéale du prêt¹¹⁸.

Il appartient aux banques contactées de préciser dans leur offres les moda- 201
lités complètes du prêt (en particulier, le taux d'intérêt, les sûretés à fournir,
les documents ou autorisations à obtenir)¹¹⁹.

Avant de faire leurs offres, les banques contactées s'adressent généralement à 202
d'autres banques – dont le nombre varie selon l'importance de la transaction

¹¹⁸ DOHM, *in* SAS 56/1984 p. 10 n° 9; HINSCH/HORN, p. 14; McDONALD, p. 72 ss; STORCK, *in* Bank 1979 p. 529; WELLONS, p. 64.

¹¹⁹ STORCK, *in* Bank 1979 p. 529 s.

– afin de voir à quelles conditions celles-ci sont disposées à participer, en qualité de membres du syndicat de direction (cf. n° 209 ss) ou du syndicat de garantie (cf. n° 204), à la constitution d'un consortium de prêt¹²⁰.

B. Les offres des banques contactées

- 203 Les offres des banques contactées par l'emprunteur peuvent revêtir les quatre formes suivantes¹²¹:
- 204 a) Les banques peuvent faire des **offres fermes**¹²² (Festofferte; underwriting commitment, firm commitment): Elles s'engagent à mettre à disposition de l'emprunteur les fonds demandés; la proposition est faite à des conditions précises et non sujettes à modifications. Les banques qui agissent ainsi prennent le risque de la syndication: Si celle-ci échoue totalement ou partiellement, elles devront accorder aux conditions initialement offertes un prêt égal à la portion non placée. Généralement, les banques qui s'engagent de la sorte prennent auparavant contact avec d'autres banques, afin de former avec elles un *syndicat de garantie* disposé à assumer le cas échéant le risque de la syndication.
- 205 b) Les banques peuvent faire des **offres conditionnelles**¹²³: L'acceptation de l'offre ne les empêche pas de modifier les conditions initiales du prêt au cas où, par la suite, celui-ci ne pourrait pas être placé à ces conditions. Il s'agit là de la méthode la plus courante, du moins lorsque l'emprunteur est déjà connu sur le marché.
- 206 c) Les banques peuvent s'engager à entreprendre les démarches nécessaires («**best efforts**»)¹²⁴ pour constituer un syndicat en mesure d'offrir à l'emprunteur la totalité des fonds désirés: Contrairement à ce qui se passe pour les offres fermes ou les offres conditionnelles, les banques ne définissent pas les conditions du prêt; celles-ci prendront forme au fur et à mesure des discussions menées avec les futurs membres du syndicat. Si la syndication n'aboutit pas, la banque pourra se démettre de son mandat. Ici, c'est

¹²⁰ DOHM, in SAS 56/1984 p. 10 n° 9; HINSCH/HORN, p. 14; McDONALD, p. 71.

¹²¹ Certains auteurs distinguent seulement deux types d'offres: l'offre ferme et l'engagement d'accomplir les démarches nécessaires (best efforts) en vue de la formation d'un syndicat; cf. p.ex. DUFLOUX/MARGULICI, in Banque 1981 p. 826; HINSCH/HORN, p. 24 ss et p. 40 ss; PERGAM, Eurocurrency, p. 159. D'autres y ajoutent les offres conditionnelle et mixte. Cf. p.ex. DOHM, in SAS 56/1984 p. 10 s. n° 10; PUHR, p. 109; STORCK, in Bank 1979 p. 529 s. Nous retiendrons ici la deuxième distinction.

¹²² DOHM, in SAS 56/1984 p. 10 n° 10; HINSCH/HORN, p. 24 ss; PERGAM, Eurocurrency, p. 159; PUHR, p. 109; STORCK, in Bank 1979 p. 529.

¹²³ DOHM, in SAS 56/1984 p. 10 n° 10; PUHR, p. 109; STORCK, in Bank 1979 p. 529.

¹²⁴ DOHM, in SAS 56/1984 p. 10 n° 10; DUFLOUX/MARGULICI, in Banque 1981 p. 824; HINSCH/HORN, p. 40 ss; PUHR, p. 109; PERGAM, Eurocurrency, p. 159; STORCK, in Bank 1979 p. 529 s.

l'emprunteur qui supporte le risque de la syndication. Cette formule est habituellement utilisée lorsque l'emprunteur est peu connu sur le marché.

- d) Les banques peuvent faire des **offres mixtes** prévoyant par exemple qu'une part du montant du prêt est prise ferme et que le solde sera placé aux meilleures conditions¹²⁵. 207

C. *Le mandat confié au chef de file*

Après avoir examiné les offres des banques contactées, l'emprunteur confie la charge de chef de file à la banque de son choix; en principe, celle qui lui aura fait l'offre la plus favorable¹²⁶! Le chef de file a pour mandat de mettre au point le prêt syndiqué. Il sera en particulier responsable de la constitution du syndicat de direction (cf. n° 209 ss), de la rédaction du mémorandum destiné aux banques participantes (cf. n° 214), de l'établissement et de la négociation des documents contractuels (cf. n° 219 ss). 208

D. *La constitution du syndicat de direction*

Il faut d'emblée relever que la formation d'un syndicat de direction est un événement propre aux **euro-crédits**¹²⁷. En effet, ce type de prêt syndiqué met en présence un grand nombre de banques, dont les contributions peuvent considérablement varier (n° 139); il faut donc donner une certaine structure au consortium. En revanche, pour les «club deals» et les syndicats de place, le nombre de banques participant au crédit est relativement faible et les parts de chacune d'elles sensiblement égales; il n'est dès lors pas nécessaire de constituer un syndicat de direction à ces occasions: le chef de file peut assumer seul la préparation du prêt. 209

Le nombre et la **répartition des fonctions** sont avant tout déterminés par l'importance et la complexité de la transaction. Le syndicat de direction constitué pour un «*jumbo loan*» – qui a pour objet un crédit de plusieurs centaines de millions de dollars¹²⁸ – est généralement composé de deux ou trois «chefs de file principaux», de quelques «chefs de file» et de plusieurs «co-chefs de file» (n° 68 s.)¹²⁹. 210

¹²⁵ DOHM, in SAS 56/1984 p. 11 n° 10.

¹²⁶ *Idem*, p. 11 n° 11; HINSCH/HORN, p. 14 s.; STORCK, in Bank 1979 p. 530.

¹²⁷ STORCK, in Bank 1979 p. 530.

¹²⁸ Cf. DUFLOUX/MARGULICI, Les Euro-crédits, p. 423.

¹²⁹ *Idem*, in Banque 1981 p. 826; DOHM, in SAS 56/1984 p. 11 n° 12; ELLAND-GOLDSMITH, p. 116 n. 3.

- 211 Dans ce type de syndicat, il y a en principe une **répartition des tâches**¹³⁰ entre les chefs de file principaux, qui participent activement à la réalisation de l'opération. Par contre, les chefs de file et les co-chefs de file occupent rarement une fonction dirigeante. On rappellera en effet que ces banques ne reçoivent le titre de «membres du syndicat de direction» qu'en raison de l'importance de leurs contributions financières au prêt (n° 69).

2. La formation du syndicat de prêt

- 212 C'est dans cette deuxième phase qu'interviennent les *banques participantes* (n° 70). Le chef de file va d'abord adresser un certain nombre d'«invitations» aux banques qui pourraient être intéressées à participer à un crédit syndiqué (A). On assiste ensuite à la négociation des termes du contrat de prêt syndiqué (B), pour déboucher sur la conclusion du contrat (C).

A. L'envoi des «invitations» à participer au prêt

- 213 Après la souscription d'une importante portion du prêt par le syndicat de direction, le chef de file doit contacter une **deuxième série de banques**, afin de placer le solde du crédit¹³¹. Il adresse alors à plusieurs dizaines, parfois plusieurs centaines de banques des «invitations» à participer au prêt syndiqué¹³². Les conditions essentielles du crédit sont décrites dans ce message, généralement envoyé sous forme de télex («Syndizierungstelex»)¹³³.
- 214 Ce télex indiquera en outre qu'il est possible aux *banques intéressées* à participer au crédit d'obtenir des informations supplémentaires sur l'emprunteur; ces renseignements sont contenus dans un mémorandum («information memorandum») préparé par l'emprunteur en collaboration avec le chef de file¹³⁴.

¹³⁰ DOHM, in SAS 56/1984 p. 11 n° 12; ELLAND-GOLDSMITH, p. 116 n. 3.

¹³¹ A ce sujet, cf. DUFLOUX/MARGULICI (in Banque 1981 p. 826): «L'objectif de la syndication à deux niveaux se comprend aisément. Le premier niveau, celui du syndicat de direction, consiste à réunir un nombre minimum et suffisant de banques pour que l'opération soit a priori possible. Cette certitude étant acquise, il est ensuite normal de pousser les investigations pour rechercher un nombre encore plus grand de banques; ces dernières auront certes chacune des participations faibles mais, du fait de leur nombre, elles viendront réduire les participations importantes des chef et co-chefs de file et ainsi répartir plus largement les risques.»

¹³² HINSCH/HORN (p. 17) vont jusqu'à mentionner un nombre de sept cents banques; cf. ég. McDONALD, p. 116.

¹³³ Sur le contenu de ce télex, cf. HINSCH/HORN, p. 43.

¹³⁴ Sur le contenu de ce mémorandum, cf. *idem*, p. 44 s.

Le chef de file choisit les destinataires du message en se servant de **fichiers** 215 qui contiennent un grand nombre d'informations sur les banques avec lesquelles le chef de file est habituellement en contact pour ce type d'opération¹³⁵; il pourra ainsi sélectionner celles dont le profil correspond le mieux au crédit envisagé. On distingue généralement deux types de fichiers:

- a) les *fichiers «profil»*, qui classent les banques selon le type de prêts auxquels elles participent habituellement, et 216
- b) les *fichiers «réciprocité»*, qui indiquent «l'état des relations entre [le chef 217 de file] et les autres banques»¹³⁶.

Nous reviendrons sur les problèmes posés par ces fichiers, lorsque nous 218 étudierons l'application de la loi sur les cartels aux prêts syndiqués (cf. n° 1187 ss).

B. Les pourparlers

Une partie des banques contactées par le chef de file va déclarer être disposée 219 à participer au prêt pour un montant déterminé¹³⁷. Ou bien ces banques acceptent de souscrire aux conditions communiquées par le chef de file et l'on passe à la conclusion du contrat de prêt syndiqué (cf. n° 227 ss). Ou bien elles proposent des modifications et l'on entre dans la phase des pourparlers qui portent généralement sur les conditions du prêt et le montant des participations:

1. La négociation des **conditions du prêt** se fait sur la base du projet de 220 contrat de prêt syndiqué que le chef de file a envoyé à toutes les *banques* qui se sont déclarées *intéressées* à participer au crédit¹³⁸. **Le chef de file occupe alors une double fonction:** Il doit négocier les conditions du prêt, d'une part, avec les futures banques participantes parce qu'il est le mandataire de l'emprunteur et, d'autre part, avec l'emprunteur parce qu'il est le chef de file du syndicat de prêt (cf. n° 560 ss)¹³⁹.

2. Il peut arriver que le total des **montants offerts par les banques intéressées** 221 (**BI**) soit supérieur à la différence entre le montant total du prêt (**T**) et le montant que les membres du syndicat de direction ont déclaré être disposés à prêter (**SD**) (c'est-à-dire **BI > T - SD**).

¹³⁵ Sur cette question, cf. DUFLOUX/MARGULICI, *in* Banque 1981 p. 824 ss.

¹³⁶ *idem*, *in* Banque 1981 p. 824 (= Les eurocrédits, p. 165).

¹³⁷ HINSCH/HORN, p. 17.

¹³⁸ *Idem*, p. 18.

¹³⁹ DOHM, *in* SAS 56/1984 p. 11 n° 13 ss.

- 222 Il est rare en pratique que l'on diminue les montants offerts en prêt par les banques intéressées (**BI**); cela d'autant plus que les membres du syndicat de direction ne s'opposent généralement pas à une réduction de leurs parts (**SD**), au profit des banques participantes¹⁴⁰. Il arrive aussi que l'emprunteur propose d'augmenter le montant total du prêt¹⁴¹.
- 223 Dans la situation inverse (c'est-à-dire $\text{BI} < \text{T} - \text{SD}$), il faut examiner la nature de l'engagement pris par le chef de file:
- 224 a) Si l'on est en présence d'une *offre ferme* (n° 204), le chef de file et les membres du syndicat de garantie sont tenus d'accorder à l'emprunteur un prêt (**P**) correspondant à la différence entre le montant total du prêt (**T**) et la somme des montants offerts par les banques intéressées et le syndicat de direction ($\text{BI} + \text{SD}$) (c'est-à-dire $\text{P} = \text{T} - [\text{BI} + \text{SD}]$)¹⁴².
- 225 b) Si l'on est en présence d'une *offre conditionnelle* (n° 205), il s'agit de voir s'il est possible de modifier les conditions du prêt afin de le rendre plus attractif et obtenir ainsi une augmentation des contributions des banques intéressées (**BI**).
- 226 c) Si le chef de file s'est uniquement engagé à entreprendre les démarches nécessaires au placement du prêt («*best efforts*»; n° 206), l'emprunteur supporte seul les conséquences de cet échec partiel.

C. La conclusion du contrat de prêt syndiqué

- 227 Dans sa **forme** définitive, le contrat de prêt syndiqué est constitué de la convention conclue entre l'emprunteur et les membres du syndicat et d'un certain nombre d'annexes destinées à assurer la régularité de la transaction:
- 228 **1. Le contrat.** Les relations entre l'emprunteur et les membres du syndicat, ainsi que celles des membres du syndicat entre eux sont généralement arrangées dans un seul et même document (ég. n° 107)¹⁴³. Il s'agit donc

«d'un **contrat unique**, qui va [...] lier juridiquement, en toutes ses dispositions, tous ses signataires. En particulier, la syndication est ainsi acceptée par l'emprunteur, comme ses structures et ses règles de fonctionnement. Bien que celles-ci eussent pu aisément être dissociées du contrat de prêt, car leur objet en est distinct, *les rapports de syndication sont donc très généralement intégrés aux rapports de prêt*. Cette intégration va permettre à toutes les parties, emprunteur

¹⁴⁰ DUFLOUX/MARGULICI, in Banque 1981 p. 826.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² Cette formule suppose que les membres du syndicat de direction soient différents des membres du syndicat de garantie, ce qui n'est pas toujours le cas.

¹⁴³ BLAISE/FOUCHARD, p. 176 n° 33; DOHM, in SAS 56/1984 p. 11 n° 16.

et banques participantes, de connaître précisément, et au moment même où elles s'engagent, la personnalité de leurs partenaires et l'ensemble des conditions financières de l'opération; s'y ajoute le souci, propre aux euro-banques, de mettre en place immédiatement un système de gestion de l'emprunt, et notamment un agent, dont les pouvoirs seront donc opposables à l'emprunteur»¹⁴⁴.

2. Les annexes. On trouve souvent, annexés¹⁴⁵ à la convention de prêt syndiqué, un certain nombre de documents. Il s'agit généralement:

- a) d'une copie de l'ensemble des *documents corporatifs* de l'emprunteur (acte de fondation; statuts; extraits du registre du commerce) qui démontrent l'existence régulière de celui-ci, ainsi que les pouvoirs de représentation de ses organes;
- b) d'une *consultation* («legal opinion») d'un ou de plusieurs avocats qui atteste de la validité juridique de la transaction;
- c) d'une copie des éventuelles *autorisations* délivrées par les autorités compétentes en matière d'exportation de capitaux.

3. Les «promissory notes». Il arrive aussi que les parties joignent au contrat le texte des «promissory notes» à signer par l'emprunteur ou des ordres de tirage («notices of drawdown», «borrowing» ou «utilisation») adressés par l'emprunteur à l'agent.

C'est surtout le premier document qui doit retenir notre attention. En effet, on pourrait être tenté de considérer que la signature de ces «**promissory notes**» équivaut toujours à l'émission de papiers-valeurs. Or, ces «notes» sont établies à concurrence du montant de la dette de l'emprunteur envers chacun des membres du syndicat. Elles ont par exemple la teneur suivante¹⁴⁶:

«Promissory Note.

For value received, (Borrower) unconditionally promises to pay to the order of (Lender) at ... US\$..., pursuant to the terms of a Loan Agreement dated ..., to which reference is hereby made and which is incorporated herein by reference in ... installments.

The Borrower further promises to pay interest on the unpaid balance in accordance with the provisions of the Loan Agreement. In case an Event of Default as defined in the Loan Agreement shall occur, the principal of and accrued interest on this Note may be declared or become due and payable in the manner provided in the Loan Agreement».

¹⁴⁴ BLAISE/FOUCHARD, p. 176 n° 33.

¹⁴⁵ A ce sujet, cf. HINSCH/HORN, p. 68 ss.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 107 s.

- 235 La valeur et la fonction de ces «promissory notes» sont difficiles à cerner¹⁴⁷. M. HERBST propose de traduire ce terme par «billets à ordre»¹⁴⁸. Cette traduction ne saurait toutefois être retenue dans ce contexte. Il manque en effet à ce titre un élément essentiel du billet à ordre: le caractère abstrait de la promesse de payer (art. 1096 ch. 2 CO: «la promesse **pure et simple** de payer une somme déterminée»)¹⁴⁹. Cette remarque vaut également pour tous les pays ayant adhéré à la Convention du 7 juin 1930 portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre (RS 0.221.554.1; art. 75 al. 2)¹⁵⁰.
- 236 Pour le surplus, on peut se référer à l'opinion de M. HINSCH pour qui:

«Als Urkunde lassen sie sich zwar immerhin einstufen, doch gilt das auch für den Kreditvertrag selbst, so dass sich aus ihrer Verwendung auch keine prozessualen Vorteile (Urkundenprozess) ergeben. Also verbessern sie die Rechtsposition der Kreditgeber vor deutschen Gerichten nicht. Das gilt ähnlich für andere kontinentaleuropäische Länder und für England, da sie auch dort nicht mehr als blosse Schuldscheine darstellen. Deshalb werden die beschriebenen Schuldscheine bei englischen oder deutschen Verträgen kaum verwendet; anders jedoch bei amerikanischem Recht unterstehenden Verträgen. Darin liegt zugleich einer der wenigen nennenswerten Unterschiede zwischen englischen und amerikanischen Vertragswerken. Er hat seine Ursache jedoch kaum in greifbaren materiell-rechtlichen oder prozessualen Vorteilen der notes in den USA, sondern in erster Linie offenbar in der Tradition. Amerikanische Banken sind es gewohnt, anstatt einfacher Buchforderungen notes in der Hand zu haben»¹⁵¹.

3. La gestion du prêt et la fin du contrat de prêt syndiqué

- 237 La gestion du prêt est confiée à un agent (A) qui occupera cette fonction jusqu'à la fin des contrats de prêt et de syndicat (B).

A. La désignation et le rôle de l'agent

- 238 La signature du contrat de prêt syndiqué marque d'abord la *fin de la mission du chef de file*¹⁵²: celui-ci ne sera désormais qu'un participant au prêt, avec

¹⁴⁷ HINSCH/HORN (p. 107): «Funktion und Wert dieser Note sind zweifelhaft».

¹⁴⁸ HERBST R., Dictionary of commercial, financial and legal terms, 3^e éd., Zoug 1979.

¹⁴⁹ A ce sujet, cf. JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ, p. 149 s.; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, p. 147 n° 11 ss (en relation avec l'art. 991 ch. 2 CO qui a la même teneur que l'art. 1096 ch. 2 CO).

¹⁵⁰ Les règles de cette convention ont notamment été intégrées dans le droit interne de la République fédérale d'Allemagne (y compris l'ancienne République démocratique allemande), l'Autriche, la Belgique, la France, l'Italie et de l'Union soviétique. Pour une liste complète, cf. le RS.

¹⁵¹ HINSCH/HORN, p. 107 s.

¹⁵² Cf. DOHM, in SAS 56/1984 p. 11 n° 17; HINSCH/HORN, p. 23 s. et 178 s.; PUHR, p. 114.

des droits et obligations semblables à ceux des autres membres du syndicat de prêt. La conclusion du contrat fixe aussi l'entrée en fonction de l'agent.

Tout contrat de prêt syndiqué contient une clause désignant un agent et les tâches dont il répond. La précision de la description de ses pouvoirs dépend avant tout de l'importance de l'opération et du droit régissant le contrat. Les fonctions de l'agent sont ainsi définies d'une façon particulièrement détaillée dans un contrat qui porte sur un euro-crédit syndiqué ou qui est soumis au droit anglo-américain. 239

Parce qu'elle est étroitement liée à la nature juridique de cette fonction, une description complète du régime contractuel applicable à l'agent a été intégrée dans la troisième partie de cette étude (cf. n° 858 ss). 240

B. La fin du contrat de prêt syndiqué

Abstraitement, les contrats de prêt et de syndicat et la mission de l'agent prennent fin dans l'ordre suivant: 241

- a) Le contrat de **prêt** se termine le premier: ou bien l'emprunteur a exécuté toutes ses obligations, principalement le remboursement du prêt et le paiement des intérêts, ou bien il est définitivement en demeure et les membres du syndicat reçoivent un dividende suite à une exécution forcée. 242
- b) Le contrat de **syndicat** perd toute raison d'être avec la fin du contrat de prêt. La réception des montants qui viennent d'être mentionnés marque son terme; ceux-ci seront répartis au prorata des sommes que chacun des membres du syndicat avait initialement prêtées. 243
- c) La mission de l'**agent** s'achève, faute de prêt à gérer et de syndicat à représenter, avec la distribution des sommes reçues de l'emprunteur ou des dividendes résultant de la poursuite. 244

II. Les particularités du déroulement d'une syndication indirecte

La syndication indirecte reprend en les simplifiant la plupart des phases de la syndication directe (n° 195 ss). On retrouvera donc les étapes de la formation du syndicat (n° 212 ss), de la conclusion du prêt (n° 227 ss) et de la gestion du prêt (n° 237 ss). Ainsi, nous pourrions souvent rapprocher ces étapes de celles de la syndication directe. 245

- 246 Dans la syndication indirecte toutefois, la formation du syndicat ne précède pas toujours la conclusion du contrat de prêt (cpr n° 195 ss)¹⁵³. On peut néanmoins affirmer qu'en pratique, la syndication sera le plus souvent antérieure à l'octroi du prêt¹⁵⁴. C'est pourquoi nous analyserons d'abord cette situation (1), pour la comparer ensuite à celle où la syndication a lieu après la conclusion du prêt (2).

1. En cas de syndicat préformé

- 247 La banque primaire constitue d'abord un syndicat (A); puis, elle accorde un crédit à l'emprunteur (B), crédit qu'elle se charge ensuite de gérer (C).

A. La formation du syndicat

- 248 Il faut rappeler d'emblée qu'il n'y a **pas de syndicat de direction** dans la syndication indirecte (cpr. n° 209 ss)¹⁵⁵: Toutes les banques autres que la banque primaire sont des banques participantes, quelle que soit l'importance de leurs contributions au prêt (cpr n° 69). Cette situation a pour origine essentiellement le caractère occulte de la syndication indirecte, la banque primaire essayant souvent de dissimuler à l'emprunteur la cession de portions de sa créance à des banques tierces (cep. n° 108).
- 249 La formation du contrat de syndicat doit être rapprochée de la *deuxième* phase de la syndication directe (n° 212 ss); elle se fait ainsi en trois étapes:
- 250 **1. La banque primaire prend d'abord contact** avec d'autres banques et leur offre de participer au financement du prêt. Les *intentions* des banques primaire et participantes sont les mêmes que dans la syndication directe: Elles veulent répartir leurs risques et maintenir un certain taux de liquidité.
- 251 La *manière de procéder* diffère en revanche sur un point: L'«invitation» à participer au prêt contient déjà le **texte complet** du contrat de syndicat et non pas seulement la description des conditions de base (cpr n° 213 ss)¹⁵⁶. La *relative* brièveté de ce contrat rend possible ce procédé¹⁵⁷ parce que:

¹⁵³ DOHM (in SAS 58/1986 p. 4 n° 20): «la syndication indirecte relative à un prêt (...) peut être conclue avant ou après la signature du contrat de prêt et avant ou après le tirage des fonds par l'emprunteur». Cf. ég. BROWN, p. 186; Circulaire ASB sur les droits de timbre, citée *supra* n. 21, p. 2 n° 4.

¹⁵⁴ DOHM (in SAS 58/1986 p. 4 n° 20): «la banque primaire veillera souvent à ce que son risque soit déjà réduit avant qu'elle ne s'engage définitivement à l'égard de l'emprunteur». Cf. cep. *infra* n. 170.

¹⁵⁵ A ce sujet, cf. BROWN, p. 184 ss.

¹⁵⁶ Pour un exemple de contrat de syndication indirecte, cf. DOHM, in SAS 58/1986 p. 14 s.

¹⁵⁷ BLOCH, p. 246.

- a) les relations de prêt et de syndicat ne sont pas organisées dans le même document; et 252
- b) les banques participantes ne sont pas mentionnées dans le contrat de prêt syndiqué, mais qu'un contrat est conclu par la banque primaire avec chacune des banques participantes individuellement (cpr n° 227 ss)¹⁵⁸. 253

Cette caractéristique permet en outre de garder à la syndication indirecte son caractère occulte (cep. n° 108): Les banques participantes ne sont généralement pas en mesure de savoir qui est membre du syndicat. 254

2. Les banques qui se sont déclarées disposées à participer au prêt ont une **capacité de négocier réduite** dans la syndication indirecte¹⁵⁹. Elles peuvent en effet difficilement agir de manière concertée puisqu'en principe elles ne se connaissent pas. Il est ainsi rare que les banques participantes exigent une durée de prêt plus courte ou la fourniture de sûretés supplémentaires (cpr n° 219 ss). 255

On peut en revanche imaginer qu'elles proposent des taux d'intérêt différents dont la banque primaire pourrait tenir compte lors de la rédaction du contrat de prêt, par exemple en répartissant le montant consenti en prêt en différentes classes d'intérêts ou éventuellement de sûretés. En définitive, la capacité de négocier des banques participantes dépend largement de la qualité de l'emprunteur et du montant total offert par les futures banques participantes. 256

3. La banque primaire passe avec chaque banque participante un contrat de syndicat (cf. ég. n° 522) dont le texte a été arrêté au terme de la période de négociation (n° 103 ss)¹⁶⁰. 257

Les parties promettent à cette occasion les prestations principales suivantes¹⁶¹: 258

¹⁵⁸ Le fait que la banque primaire passe des contrats formellement séparés avec les banques participantes ne devrait pas influencer à outre mesure la nature juridique du contrat de syndicat indirect. On ne saurait par exemple en conclure automatiquement que l'on est en présence d'un contrat bilatéral et non multilatéral. A ce sujet, cf. n° 522.

¹⁵⁹ Sur l'évolution du rôle des banques participantes dans la négociation des conditions du prêt, cf. BUCHHEIT, in *Journal of comparative business and capital market law*, p. 149 ss.

¹⁶⁰ Voir *supra* n. 156 et 158.

¹⁶¹ Cf. l'art. 2 du contrat-type proposé par DOHM (in SAS 58/1986 p. 15): «2. La Banque Primaire cède au Sous-Participant une sous-participation de Frs... à la créance résultant du crédit susmentionné et ce, aux conditions originales, pour le... 198.. Le Sous-Participant fera parvenir au compte n° ... de la Banque Primaire auprès de la Banque Z le montant de sa sous-participation [La Banque Primaire débitera le compte de Sous-Participant par avis de débit séparé du montant de sa sous-participation], soit Frs..., plus Frs... à titre d'intérêts courus du... 198. au... 198. (sur la base d'une année de 360 jours et de douze mois à trente jours), soit... jours». Cf. la remarque terminologique, *supra* n. 41.

- 259 – *la banque primaire*: la cession aux banques participantes, au prorata de leurs contributions, des droits découlant du prêt qu'elle accordera à l'emprunteur;
- 260 – *chaque banque participante*: le versement à la banque primaire de sa contribution au prêt.
- 261 Le contrat de syndicat contient en outre un certain nombre de clauses visant à aménager les relations de la banque primaire avec les banques participantes, d'une part, et avec l'emprunteur, d'autre part. Tel est surtout le cas des dispositions sur les conditions du prêt¹⁶², sa gestion¹⁶³ ou le caractère occulte de la syndication (n° 98).

B. La conclusion du contrat de prêt

- 262 La **banque primaire** conclut, aux conditions arrêtées dans le contrat de syndicat, un contrat de prêt avec l'emprunteur¹⁶⁴. Ce contrat fixe le montant du prêt, le taux d'intérêt, le terme de remboursement et éventuellement le type de sûretés fournies par l'emprunteur¹⁶⁵.

C. La gestion du prêt et la fin du contrat de prêt syndiqué

- 263 La banque primaire occupe toujours la fonction de **gérante du prêt**¹⁶⁶. Cette affirmation justifie trois rappels:

¹⁶² Cf. l'art. 1 du contrat-type proposé par DOHM (*in* SAS 58/1986 p. 14): «1. En vertu d'un contrat du... 198., la Banque Primaire a octroyé le crédit suivant:

Montant du crédit:	...
Emprunteur:	...
Durée et remboursement du crédit:	...
Remboursement anticipé du crédit:	...
Taux d'intérêt:	...
Païement des intérêts:	...
Sûretés:	...».

¹⁶³ Cf. l'art. 5 du contrat-type proposé par DOHM (*in* SAS 58/1986 p. 15): «5. La Banque Primaire s'engage:

- à consacrer le même soin à cette sous-participation qu'à sa propre participation dans le prêt, étant précisé qu'elle ne répond envers le Sous-Participant que dans la mesure où ses organes ont agi par faute grave;
- à consulter le Sous-Participant pour toutes les mesures qu'il serait nécessaire de prendre pour la bonne exécution du prêt; dans l'hypothèse où la Banque Primaire et le Sous-Participant ne peuvent s'entendre sur le procédé à suivre, la partie qui détient la part la plus grande au crédit octroyé en décidera».

Cf. la remarque terminologique, *supra* n. 41.

¹⁶⁴ BROWN, p. 185.

¹⁶⁵ *Idem*, p. 185 s.

¹⁶⁶ Pour une vision globale des problèmes posés à la banque primaire par la gestion du prêt, cf. BUCHHEIT, *in* Journal of comparative business and capital market law, p. 151 ss.

- a) *Il y a toujours identité entre la banque qui organise la syndication et conclut le contrat de prêt et celle qui gère ensuite le crédit*¹⁶⁷. Il s'agit d'une conséquence logique de la volonté de la banque primaire de garder à la syndication son caractère occulte (cep. n° 108). 264
- b) *La banque primaire est la gérante du prêt*¹⁶⁸. Elle occupe, dans cette mesure, une fonction comparable à celle de l'agent dans la syndication directe (n° 237 ss). Nous reviendrons sur cette question dans le chapitre qui lui est spécialement consacré (cf. n° 949 ss). 265
- c) *La banque primaire gère le prêt pour le compte des banques participantes*¹⁶⁹. Cela tient également au caractère occulte de la syndication indirecte (n° 98): La banque primaire doit continuer à apparaître, aux yeux de l'emprunteur et des tiers, comme la seule créancière de l'emprunteur. 266

Les contrats de prêt, de syndicat et le mandat donné à la banque primaire prennent **fin** dans le même ordre et pour les mêmes causes que dans la syndication directe (n° 241 ss). Nous nous bornerons dès lors à rappeler que les contrats se terminent ou par l'exécution ordinaire ou par l'exécution forcée de l'emprunteur. 267

2. En cas de syndicat postformé

Il arrive moins fréquemment que la banque primaire constitue un syndicat après la conclusion du contrat de prêt¹⁷⁰. Elle peut le faire ou bien de son plein gré pour assurer son refinancement¹⁷¹ ou bien en exécution d'une décision de la Commission fédérale des banques (art. 21 al. 6 OB; n° 42). 268

Cette manière de procéder présente deux **différences**, essentiellement d'ordre pratique, avec la situation que nous avons étudiée jusqu'à maintenant: 269

- a) L'invitation à faire partie du syndicat que la banque primaire adresse à d'autres banques, doit en principe être considérée *comme une offre et non* 270

¹⁶⁷ BUCHHEIT, *in* Journal of comparative business and capital market law, p. 149; DOHM, *in* SAS 58/1986 p. 9 n° 58.

¹⁶⁸ Cf. les auteurs cités à la note précédente.

¹⁶⁹ On ne saurait pour autant qualifier la gestion de l'agent de gestion «fiduciaire». Ainsi que le relève DOHM (*in* SAS 58/1986 p. 10 n° 62), le contrat de syndication indirecte «ne contient pas d'éléments de fiducie, eu égard au fait que la cession occulte opère transfert de la créance partielle (et des sûretés proportionnelles) au sous-participant [c'est-à-dire à la banque participante; n° 74]». Sur la notion et le régime juridique du contrat fiduciaire, cf. p.ex. JAEGGI/GAUCH, n° 184 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 136 ss n° 728 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 181 ss n° 756 ss.

¹⁷⁰ DOHM, *in* SAS 58/1986 p. 4 n° 20 (cité *supra* n. 154). *Contra*: SLATER (p. 331 n. 1), selon qui: «A bank which has made a single-bank loan may assign or sub-participate its interest at a later date, but it is unusual for a deal to be structured in this way at the outset».

¹⁷¹ BLAISE/FOUCHARD, p. 167 s. n° 18; BLOCH, p. 245.

comme un appel d'offres¹⁷² (cpr n° 219 ss). Les banques qui déclarent l'accepter deviennent donc immédiatement membres du syndicat et, par conséquent, cessionnaires à concurrence de leurs parts des droits découlant du prêt¹⁷³. Il faut cependant réserver le cas où il y a un excès d'acceptations, obligeant la banque primaire à redistribuer entre les banques participantes la créance découlant du prêt (ég. n° 256).

- 271 b) La deuxième différence tient à l'impossibilité pour les banques participantes de proposer des modifications des conditions du prêt (cpr n° 255 s.), celles-ci ayant été fixées définitivement dans le contrat de prêt conclu entre la banque primaire et l'emprunteur. Cette différence est toutefois relative, puisque les banques participantes ont une capacité de négociation réduite, même lorsque la syndication est antérieure à la conclusion du prêt (n° 255 s.).
- 272 Hormis les éléments de distinction qui viennent d'être proposés, les arguments développés pour la syndication qui a lieu avant la conclusion du prêt (n° 247 ss) valent *mutatis mutandis* pour celle dont les phases se déroulent après l'octroi du crédit à l'emprunteur.

§ 4 Quelques délimitations

- 273 Le contrat de prêt syndiqué doit être distingué de trois autres instruments financiers: les emprunts par obligations (I), les «note issuance facilities» (II) et la sous-participation (III). Les deux premiers instruments seront comparés au contrat de syndicat direct, le troisième au contrat de syndicat indirect.
- 274 Pour chaque délimitation, nous suivrons le même *plan*: Nous commencerons par rappeler la notion (1), pour présenter ensuite les différences (2) et les analogies (3).

¹⁷² Sur la distinction entre l'offre et l'appel d'offres (ou invitation à faire une offre), cf. p.ex. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 56 n° 287 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 74 s. n° 335 ss.

¹⁷³ Cette acceptation est généralement communiquée par télex. Sur la validité des contrats conclus par télex, cf. p.ex. SJ 1984 p. 33 (validité d'une clause compromissoire conclue par échange de télex); SJ 1984 p. 42 (validité d'un télex comme reconnaissance de dette). Eg. GIOVANOLI M., Télécommunications et forme écrite dans les contrats internationaux, in STURM F. (édit.), Mélanges Paul Piotet, Berne 1990, p. 425; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 73 n° 391; GAUCH/SCHLUEP, p. 92 n° 422.

I. Par rapport aux emprunts par obligations

1. Le rappel de la notion

On entend par emprunt par obligations au sens des art. 1156 ss CO, 275

l'emprunt qui est offert en souscription publique à des conditions uniformes et dont les droits qui en découlent sont incorporés dans des papiers-valeurs émis en série¹⁷⁴.

2. Les différences

Les contrats de syndicat direct et les emprunts par obligations présentent deux différences essentielles: Le débiteur des obligations fait appel au public (A) et émet des papiers-valeurs (B). 276

A. L'appel au public

Les prêts syndiqués mettent en présence des banques uniquement. L'émission d'emprunts par obligations fait en revanche appel au public¹⁷⁵. C'est pourquoi le législateur suisse a prévu deux mesures particulières, afin d'assurer la protection des créanciers obligataires. 277

1. Les dispositions légales spéciales¹⁷⁶. Il a d'abord réglementé spécialement l'émission d'emprunts par obligations: 278

a) dans le titre trente-quatrième du *Code* des obligations (art. 1156 ss CO; «Des emprunts par obligations»), qui traite du contenu du prospectus d'émission (art. 1156 CO) et de l'organisation de la communauté des créanciers (art. 1157 à 1186 CO); et 279

¹⁷⁴ JAEGLI, Papiers-valeurs, p. 97 s.; JAEGLI/DRUEY/VON GREYERZ, p. 90 s.; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, p. 269; VETSCH, p. 2; ZIEGLER, Vorbemerkungen zu Art. 1156–1186 OR n° 3 ss. *D'une manière générale*, il est également renvoyé à la récente publication de ROHR A., Grundzüge des Emissionsrechts, Zurich 1990. Les développements contenus dans cette monographie doivent évidemment être retenus dans cette partie consacrée aux emprunts par obligations.

¹⁷⁵ Sur cette notion, cf. p.ex. FORSTMOSER, Aktienrecht, p. 265 n° 195; ZIEGLER, Vorbemerkungen zu Art. 1156–1186 OR, n° 7; TAISCH, p. 17 ss; CAMENZIND, p. 19 ss.

¹⁷⁶ Les emprunts par obligations font aussi l'objet de plusieurs dispositions de la loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (RS 641.10) prévoyant notamment qu'un droit de timbre de *négociation* est perçu lors d'un transfert de la propriété d'obligations, cela pour autant que ce transfert ait lieu à titre onéreux et que l'un des contractants ou l'un des intermédiaires soit un «commerçant suisse de titres» (art. 13 LT). Sur cette question cf. BEGUELIN; RICKENBACHER; DUSS, p. 94 ss; GEHRIG; STOCKAR. Eg. RIVIER J.-M., Introduction à la fiscalité de l'entreprise, 2^e éd., Lausanne 1990, p. 122 ss. Voir aussi n° 43.

- 280 b) dans l'*ordonnance* du 9 décembre 1949 sur la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations (RS 221.522.1), qui complète les art. 1164 ss CO et s'applique à l'assemblée des créanciers qui se réunit principalement lorsque «le débiteur se trouve dans une situation critique» (art. 1164 al. 1 CO).
- 281 **2. Le prospectus d'émission.** Dans le cadre de cette réglementation, le législateur a posé certaines exigences quant au contenu du prospectus d'émission; il a également défini les conditions de la responsabilité des personnes qui participent à la rédaction du prospectus:
- 282 **a. Le contenu du prospectus.** Aux termes de l'art. 1156 al. 1 CO, «les obligations d'un emprunt ne peuvent être mises en souscription publique ou introduites en bourse que sur la foi d'un prospectus»¹⁷⁷. Cette disposition fixe le contenu du prospectus et renvoie pour cela aux dispositions applicables à l'émission d'actions nouvelles (voir art. 651 CO; ég. art. 631 CO)¹⁷⁸.
- 283 Le prospectus doit être clairement distingué du «tombstone», qui est un simple encart publicitaire inséré dans certains journaux lors de la conclusion de certains contrats d'euro-crédits syndiqués; le «tombstone» n'a aucune portée juridique (n° 185)¹⁷⁹.
- 284 **b. La responsabilité pour le prospectus.** La loi institue la responsabilité solidaire des personnes qui participent à l'émission d'un emprunt par obligations («Prospekthaftung»; cf. ég. n° 695), dont le prospectus n'est pas conforme aux dispositions légales ou «contient des assertions inexactes ou indications contraires aux exigences de la loi» (art. 1156 al. 3 CO; ég. art. 752 et 759 al. 1 CO; 39 LB)¹⁸⁰. Cette responsabilité solidaire est l'un des «cas

¹⁷⁷ Dans sa version allemande, cette disposition a la teneur suivante: «Anleihenobligationen dürfen nur auf Grund eines Prospektes öffentlich zur Zeichnung aufgelegt oder an der Börse eingeführt werden». A ce sujet, cf. JÄGGI, Papiers-valeurs, p. 99; JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ, p. 91 s.; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, p. 286; ZIEGLER, art. 1156 CO n° 1 ss.

¹⁷⁸ Sur le contenu du prospectus selon l'art. 1156 CO, cf. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, p. 286 n° 93; ZIEGLER, art. 1156 CO n° 8 ss. Sur l'art. 651 CO, cf. FORSTMOSER, Aktienrecht, p. 464 ss n° 116 ss; SIEGWART, *ad* art. 651 CO.

¹⁷⁹ HINSCH/HORN, p. 19.

¹⁸⁰ Dans sa version allemande, cette disposition a la teneur suivante: «Sind Obligationen ohne Zugrundelegung eines diesen Vorschriften entsprechenden Prospektes ausgegeben worden, oder enthält dieser unrichtige oder den gesetzlichen Erfordernissen nicht entsprechende Angaben, so sind die Personen, die absichtlich oder fahrlässig mitgewirkt haben, solidarisch für den Schaden haftbar». A ce sujet, cf. JÄGGI, Papiers-valeurs, p. 99; JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ, p. 91; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, p. 286 n° 94; ZIEGLER, *ad* art. 1156 CO. Sur l'art. 752 CO, cf. BUERGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, *ad* art. 752 CO; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, p. 277 ss n° 967 ss; FORSTMOSER P./LACHAT-HERITIER A., La responsabilité civile dans la société anonyme, FJS n° 61, Genève 1986, p. 5.

prévus par la loi» auxquels fait référence l'art. 143 al. 2 CO¹⁸¹; les art. 143 à 149 CO en régiront dès lors les modalités¹⁸².

En revanche, seuls les principes généraux de la responsabilité civile s'appliquent au contrat de prêt syndiqué, faute de dispositions légales spéciales semblables à celles qui viennent d'être énoncées (n° 284)¹⁸³. Les membres du syndicat ne peuvent ainsi être tenus solidairement responsables d'un *acte illicite* que s'ils ont commis une faute «commune» au sens de l'art. 50 al. 1 CO¹⁸⁴. Dans le même sens, on peut d'ores et déjà indiquer que l'un des principaux soucis des membres des syndicats de prêt est d'exclure toute solidarité dans leurs relations *contractuelles* avec les tiers (cf. n° 421 ss)¹⁸⁵. 285

B. L'émission de papiers-valeurs

Les droits découlant d'un emprunt par obligations sont incorporés dans des papiers-valeurs («les obligations») émis en série; il s'agit en principe de titres au porteur, très rarement de titres nominatifs et, pratiquement, jamais de titres à ordre¹⁸⁶. Nous ne retiendrons ici que l'hypothèse la plus courante, à savoir celle où *le détenteur de l'obligation peut se légitimer par la simple présentation du titre*¹⁸⁷. 286

¹⁸¹ FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, p. 126 ss n° 365 ss; BUERGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, art. 752 CO n° 3 et 759 CO n° 2 s.

¹⁸² Sur ces dispositions, cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 202 ss n° 2363 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 273 ss n° 2387 ss; BUCHER, p. 491 ss.

¹⁸³ Cette affirmation vaut quelle que soit la qualification choisie: (a) dans l'hypothèse du contrat innommé *sui generis* (cf. n° 407) ou mixte (cf. n° 479), aucune disposition légale spéciale ne prévoit une solidarité passive des membres du syndicat; (b) dans l'hypothèse de la société simple, d'une part, les art. 530 ss CO ne contiennent aucune disposition spéciale sur cette question et, d'autre part, «la société simple n'étant pas une personne morale, il est exclu de lui appliquer le principe de la responsabilité pour les actes des organes» (TERCIER, Partie spéciale, p. 553 n° 4294).

¹⁸⁴ TERCIER, Partie spéciale, p. 553 n° 4296. Sur l'art. 50 CO, cf. DESCHENAUX/TERCIER, p. 278 s. n° 13 s. et p. 280 s. n° 3 ss; OFTINGER/STARK, p. 99 ss n° 316 ss; KELLER, p. 147 ss.

¹⁸⁵ Selon l'art. 544 al. 3 CO phr. 1, les membres d'une *société simple* ont une responsabilité solidaire pour ses dettes; l'art. 544 al. 3 CO phr. 2 réserve toutefois les conventions contraires passées avec des tiers. Or, nous constaterons qu'une telle clause est généralement insérée dans les contrats de syndicat (cf. n° 402). A ce sujet, cf. les auteurs cités *infra* n. 289. Relevons toutefois que, dans un arrêt publié dans la Revue vaissanne de jurisprudence (RVJ) 1989 p. 185, il a été soutenu que les conventions contraires réservées par l'art. 544 al. 3 CO phr. 2 «ne concernent 'à l'évidence' que les rapports internes et les actions récursoires entre associés» (résumé n° 71 de TERCIER P./STOFFEL W., Le droit des sociétés 1989/90, in RSDA 62/1990 p. 289, 299).

¹⁸⁶ Cf. surtout MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (p. 276 n° 42 et p. 269 n° 4): «In der Schweiz werden Obligationen regelmässig als Inhaberpapiere und nur in ganz seltenen Ausnahmefällen als Namenspapiere ausgestellt. Ordreobligationen bestehen – obwohl theoretisch denkbar – wegen erschwelter Börsengängigkeit und der noch nicht vorhandenen Möglichkeit der Sammelverwahrung praktisch nicht». Cf. ég. BEELER G., Die Wertpapiere im schweizerischen Recht, Aarau 1937, p. 229; ROHR A., Grundzüge des Emissionsrechts, Zurich 1990, p. 48; JAEGLI, art. 965 CO n° 286.

¹⁸⁷ Sur ces questions, cf. JAEGLI, Papiers-valeurs, p. 71 ss.

- 287 **1. Dans les emprunts par obligations**, deux règles de droit matériel protègent l'acquéreur de bonne foi et favorisent ainsi la négociabilité du titre au porteur:
- 288 a. Le titre constitue dans les rapports entre le débiteur et l'acquéreur l'unique base pour juger de l'existence et du contenu du droit¹⁸⁸. S'il y a transfert du titre, le débiteur ne peut plus invoquer contre l'acquéreur les exceptions qu'il avait contre le premier preneur (art. 979 al. 1 CO); on assiste donc à une **purge des exceptions** (abstraction documentaire; «materielle Abstraktheit» ou «Skripturrechtlichkeit»).
- 289 b. Le débiteur ne peut pas opposer à un acquéreur de bonne foi l'exception d'une **émission défectueuse du titre**¹⁸⁹, c'est-à-dire «exciper du fait que le titre a été mis en circulation contre son gré» (art. 979 al. 3 CO).
- 290 **2. Dans les prêts syndiqués**, la plupart des «promissory notes» qui sont établies à l'occasion d'euro-crédits ne sont pas des papiers-valeurs (n° 233 ss). Toutefois, il arrive que l'emprunteur souscrive des **billets à ordre** en faveur des membres de «club deals» ou de syndicats de place. On peut faire à ce sujet deux observations:
- 291 a. Les billets à ordre (art. 1096 ss CO) sont des titres à ordre¹⁹⁰; or, il n'y a jamais d'obligations à ordre (n° 286). Cette constatation a avant tout une influence sur la **légitimation** du détenteur du billet à ordre puisqu'il doit justifier de son droit par «une suite ininterrompue d'endossements» (art. 1006 al. 1 CO par le renvoi de l'art. 1098 al. 2 CO)¹⁹¹, la possession du titre n'étant pas suffisante (cpr n° 286).
- 292 La distinction est cependant relative, lorsque l'on s'intéresse aux règles protégeant l'**acquéreur de bonne foi** (n° 287 ss):
- 293 – d'une part, parce que l'endossement entraîne aussi la purge des exceptions (art. 1007, 1146 CO); et
- 294 – d'autre part, parce que la bonne foi de l'acquéreur supplée au droit de disposer de l'aliénateur (art. 1006 al. 2 CO; 979 al. 3 CO par analogie).
- 295 b. Les obligations sont en principe des titres au porteur **émis en série** («Massenpapiere»), c'est-à-dire en grand nombre, avec le même contenu et

¹⁸⁸ *Idem*, p. 76.

¹⁸⁹ *Idem*, p. 78.

¹⁹⁰ Sur la notion de billet à ordre, cf. JAEGGI/DRUEY/VON GREYERZ, p. 146; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, p. 220 s. n° 1 ss.

¹⁹¹ Sur cette question, cf. JAEGGI/DRUEY/VON GREYERZ, p. 176 ss; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, p. 46 ss n° 225 ss.

la même cause¹⁹². L'organisation de l'emprunt dépend en grande partie de cette situation. Parce que le débiteur est en présence d'un grand nombre de créanciers qui n'ont entre eux aucun lien juridique¹⁹³, la loi a prévu deux organes:

- a) un organe *conventionnel*, le représentant de la communauté des créanciers (art. 1158 ss CO), qui s'occupe de la gestion courante du prêt¹⁹⁴; et
- b) un organe *légal*, l'assemblée des créanciers (art. 1164 ss CO), qui a seul le pouvoir de modifier les conditions de l'emprunt¹⁹⁵.

Dans les prêts syndiqués en revanche, si des billets à ordre sont souscrits, ils le sont généralement en petit nombre. Celui-ci varie selon le type de syndicat (n° 138 ss). Chaque titre représente en effet la quote-part de chaque membre du syndicat; alors que les créanciers obligataires peuvent détenir plusieurs titres représentant chacun une part de leur créance (par exemple, dix obligations de 5000 francs ou dix obligations de 100 000 francs).

3. Les analogies

Comme plusieurs auteurs l'ont observé récemment: Même s'il existe des différences entre un syndicat formé pour un emprunt par obligations et un syndicat de prêt, on peut néanmoins affirmer que **«sur le plan juridique le premier n'est pas fondamentalement différent du second»** (ég. n° 34)¹⁹⁶.

On peut vérifier cette formule en traitant de l'organisation du syndicat et du déroulement de l'émission (A), du contenu des contrats de prêt et de syndicat (B) et de la durée de l'emprunt (C).

¹⁹² Cf. surtout MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, p. 276 n° 41, 277 n° 47 et 280 n° 68 ss; CANARIS, Bankvertragsrecht, n° 2237. Eg. la doctrine en relation avec l'art. 14 al. 2 CO (qui fait allusion aux «papiers-valeurs émis en nombre considérable»): JÄGGI/SCHOENENBERGER, art. 14/15 CO n° 11 ss (sp. n° 13); KRAMER/SCHMIDLIN, art. 14/15 CO n° 12 ss (sp. n° 13). On relèvera enfin que selon VETSCH (p. 2): «la valeur nominale [des obligations] n'est pas nécessairement la même pour tous [les titres]».

¹⁹³ JÄGGI, Papiers-valeurs, p. 99; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, p. 289 n° 103.

¹⁹⁴ Cf. JÄGGI, Papiers-valeurs, p. 100; JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ, p. 92 s.; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, p. 289 n° 104 ss; VETSCH, p. 3 s.; ZIEGLER, *ad* art. 1158–1163 CO.

¹⁹⁵ Cf. JÄGGI, Papiers-valeurs, p. 100 ss; JÄGGI/DRUEY/VON GREYERZ, p. 93 s.; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, p. 290 n° 112 ss; VETSCH, p. 4 s.; ZIEGLER, *ad* art. 1164–1169 CO. Pour un exposé complet sur la modification des conditions de l'emprunt et une bibliographie récente sur les emprunts par obligations, cf. ZOBL D., Aenderungen von Anleihsbedingungen, in RSDA 62/1990 p. 129.

¹⁹⁶ DOHM, in SAS 56/1984 p. 12 s. n° 23. Eg. SZANTYR, n° 10/9; BLAISE/FOUCHARD, p. 156 n° 3; PUHR, p. 107 s.

A. L'organisation du syndicat et le déroulement de l'émission

- 301 Le syndicat de **placement** est lui aussi composé de banques chefs de file et co-chefs de file, de banques participantes et d'un agent¹⁹⁷. Ces banques ont des fonctions proches de celles qu'elles occuperaient dans un syndicat de prêt: Le chef de file reçoit de l'emprunteur le mandat de mettre sur pied le syndicat qui se chargera de placer les obligations sur le marché (n° 208); l'agent administre l'emprunt (n° 238 ss).
- 302 Une constatation semblable peut être faite pour les syndicats de **prise ferme**, qui prennent sur eux le risque du placement de l'emprunt auprès du public¹⁹⁸. Dans cette hypothèse, la phase qui précède l'offre de prise ferme est très proche de celle de la formation du syndicat de direction en cas d'offre ferme:
- 303 a) L'emprunteur prend contact avec une ou plusieurs banques et leur demande de lui faire une offre pour l'emprunt qu'il entend mettre en souscription publique (appel d'offres de l'emprunteur; n° 200 ss).
- 304 b) Chaque banque contactée propose à d'autres banques de former avec elle un syndicat de prise ferme dont elle sera le chef de file (n° 202).
- 305 c) Les différents groupes de banques ainsi constitués communiquent à l'emprunteur les conditions du prêt qu'elles sont disposées à lui accorder (offres des banques contactées; n° 203 ss).
- 306 d) Le syndicat de prise ferme que l'emprunteur a choisi devient propriétaire des obligations qu'il se charge par la suite de placer auprès du public (étape précédant la formation du syndicat de prêt; n° 213 ss)¹⁹⁹.

B. Les contrats de prêt et de syndicat

- 307 Dans les emprunts par obligations, les contrats de prêt et de syndicat sont le plus souvent conclus sous la **forme** de deux documents séparés²⁰⁰; alors que dans la syndication directe, les relations de crédit et de syndicat sont régies dans un seul et même document (n° 92).
- 308 Quant au **fond**, les contrats d'emprunt par obligations contiennent généralement plusieurs dispositions qui ont une teneur proche de celle de certaines

¹⁹⁷ MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, p. 282 n° 77.

¹⁹⁸ A ce sujet, cf. surtout SCHUERMANN H. Eg. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, p. 282 ss n° 78 ss.

¹⁹⁹ SCHUERMANN H., p. 41 s.; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, p. 283 s. n° 84 s. Eg. ATF 112/1986 II 444.

²⁰⁰ BLAISE/FOUCHARD, p. 176 n° 33 (avec d'autres références). Cep. STAUBLI K., in HGBB p. 252, 255 («Emissionsgeschäft»): «Zumeist wird heute vom Abschluss eines förmlichen Syndikatsvertrags abgesehen. [...] Die Annahme der Syndikatsbestimmungen erfolgt durch einfache briefliche Mitteilung der Konsorten an die Syndikatleitung». Eg. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, p. 283 s. n° 81 ss (sp. p. 284 n° 86 i.f.).

règles figurant dans les contrats de prêt syndiqué conclus dans une syndication directe²⁰¹. On pourra donc se référer à l'interprétation habituellement retenue pour ces clauses, lorsqu'il s'agira d'expliquer le sens de dispositions insérées dans un contrat de prêt syndiqué.

C. La durée de l'emprunt

Les emprunts par obligations sont toujours des crédits à **moyen ou à long terme**. Quant aux prêts syndiqués, ils sont en général des crédits à moyen terme et parfois à long terme. On peut d'ores et déjà indiquer que ce troisième élément commun permet en partie de distinguer les emprunts par obligations et les prêts syndiqués des «note issuance facilities» (cf. n° 319 ss).

Par ailleurs, tant les contrats d'emprunt par obligations que les contrats de prêt syndiqué contiennent en général une clause permettant à l'emprunteur de rembourser tout ou partie du prêt avant le terme contractuel, moyennant le respect d'un délai d'avertissement²⁰².

II. Par rapport aux «note issuance facilities»²⁰³

1. Le rappel de la notion

Il faut d'abord définir l'*instrument financier de base*: le contrat de «**note issuance facility**» (ou «NIF»), qui est

²⁰¹ Cf. p.ex. PUHR (p. 107): «La pratique de la syndication en matière de crédits, qu'il s'agisse d'euro-crédits ou de crédits purement nationaux, s'inspire de celle qui est en vigueur dans le domaine de l'émission d'emprunts obligataires».

²⁰² Pour les emprunts par obligations, cf. MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE (p. 274 n° 30): «(...) steht in den meisten Fällen einseitig *nur dem Schuldner* das Recht zur vorzeitigen Rückzahlung der ganzen Anleihe oder eines Teils davon unter Beachtung einer Kündigungsfrist zu (sog. Optionsrecht)».

²⁰³ *Remarques terminologiques*: (a) En français, on emploie parfois les termes de «facilités d'émission d'effets» pour les «note issuance facilities» (cf. p.ex. COMITÉ DES RÈGLES ET PRATIQUES DE CONTRÔLE DES OPÉRATIONS BANCAIRES, Glossaire terminologique, p. 3), et de «facilités renouvelables à prise ferme» pour les «revolving underwriting facilities» (*ibidem*). Il s'agit toutefois d'une terminologie peu utilisée, principalement parce que, dans la quasi-totalité des cas, la documentation contractuelle est établie en anglais. En outre, comme le concept de «facility» est emprunté au droit anglo-américain, on ne saurait sans autre le traduire par «facilité», terme qui – si ce n'est dans l'esprit de certains praticiens – ne désigne pas un concept équivalent de droit civil. Essentiellement pour ces deux raisons, nous utiliserons les dénominations anglaises. (b) Pour désigner la même institution ou des dérivés, on emploie aussi les termes de «note purchase facilities», de «euro-commercial paper» ou encore de «euro-note facilities». Nous n'étudierons ici que les deux instruments de base: les «note issuance facilities» et les «revolving underwriting facilities». Nous adopterons par ailleurs la terminologie habituellement utilisée.

le contrat par lequel une ou plusieurs banques prennent en charge l'émission, au nom et pour le compte d'un emprunteur, de papiers-valeurs à court terme qu'elles se chargent ensuite de placer auprès des tiers²⁰⁴.

- 312 On peut ajouter d'autres clauses au contrat de «note issuance facility»; celle qui est la plus souvent employée est la clause dite de «underwriting». Le contrat de «revolving underwriting facility» (ou «RUF») doit alors être compris comme

le contrat de «note issuance facility» (n° 311), dans lequel un syndicat de banques prend en plus l'engagement d'acheter les papiers-valeurs qui n'ont pu être placés ou d'accorder un crédit pour un montant correspondant à la valeur des papiers-valeurs non-placés²⁰⁵.

- 313 Il résulte des définitions qui précèdent que les remarques que nous ferons en analysant les différences et les analogies qui existent entre les prêts syndiqués et les «note issuance facilities» concerneront tant celles-ci que les «revolving underwriting facilities». Par contre, nos observations en relation avec les «revolving underwriting facilities» se rapporteront spécifiquement à ce type de contrat.

2. Les différences

- 314 Les «note issuance facilities» présentent deux différences principales par rapport aux prêts syndiqués: l'émission de papiers-valeurs (A) et la dissociation des fonctions dans l'organisation du crédit (B).

A. L'émission de papiers-valeurs

- 315 Les «note issuance facilities» ont toujours pour objet l'émission de papiers-valeurs en série (n° 286). Les remarques que nous avons faites à ce sujet,

²⁰⁴ La BANQUE DES RÈGLEMENTS INTERNATIONAUX (p. 19 ss et p. 264), ainsi que le COMITÉ DES RÈGLES ET PRATIQUES DE CONTRÔLE DES OPÉRATIONS BANCAIRES (p. 15 et Glossaire terminologique, p. 3), semblent confondre les notions de «note issuance facility» et de «revolving underwriting facility»; ce qui amène p.ex. la BANQUE DES RÈGLEMENTS INTERNATIONAUX (p. 22 s.) à utiliser les termes de «non-underwritten facilities» (c'est-à-dire des «NIFs ... arranged partly or entirely without underwriting commitments») pour désigner ce que nous nommons des «note issuance facilities» (dans ce sens, cf. BEAUMONT, p. 63 s.). Cette confusion a été reprise par la CFB dans son rapport explicatif sur «les nouvelles prescriptions de l'Ordonnance sur les banques en matière de fonds propres» (voir p.ex. Bull. CFB 19/1990 p. 68 et 101).

²⁰⁵ Pour reprendre la phrase de BEAUMONT (p. 64): «A RUF is essentially an underwritten NIF». Cf. ég. COMITÉ DES RÈGLES ET PRATIQUES DE CONTRÔLE DES OPÉRATIONS BANCAIRES (Glossaire terminologique, p. 3): «Accord par lequel un emprunteur peut, sur une période prolongée, tirer des fonds jusqu'à une limite prescrite sous forme d'émissions répétées sur le marché, par exemple, de billets à ordre à trois ou six mois. Si, à un moment quelconque, les effets ne peuvent pas être placés sur le marché à un prix minimum, un groupe de souscripteurs s'engage à les acquérir à un prix convenu».

lorsque nous avons étudié les différences entre les prêts syndiqués et les emprunts par obligations (n° 286 ss), valent également dans ce contexte. Il faut toutefois faire deux **réserves**:

1. Les papiers-valeurs que la ou les banques émettent sont en général des 316 billets à ordre. Il peut donc aussi s'agir d'un élément commun aux prêts syndiqués et aux «note issuance facilities», dans la mesure où des titres semblables sont souscrits par l'emprunteur lors de certaines syndications directes (n° 233 ss).

Il faut cependant préciser que la première **fonction** des billets à ordre dans les 317 prêts syndiqués est de *garantir le remboursement* du crédit: Le débiteur qui ne s'exécute pas à l'échéance peut être soumis à la poursuite pour effets de change (art. 177 ss LP)²⁰⁶; organiser l'émission de papiers-valeurs n'est pas l'une des tâches principales du syndicat de prêt. En revanche, les papiers-valeurs émis à l'occasion d'emprunts par obligations ou de «note issuance facilities» ont pour fonction essentielle de *favoriser la négociabilité* de la créance qui leur est attachée.

2. Les «notes» ne sont régies par aucune disposition légale spéciale, lors- 318 qu'elles font l'objet de placements privés (cf. cep. n° 1175 ss). En particulier, leur émission n'est pas soumise aux règles applicables aux emprunts par obligations (art. 1156 al. 1 CO *a contrario*: «Les obligations d'un emprunt ne peuvent être mises en *souscription publique* [...] que sur la foi d'un prospectus»); é.g. art. 1157 al. 1 CO: «à la suite d'une souscription publique»). Comme pour les prêts syndiqués, ce sont en principe les règles générales qui s'appliquent (cpr n° 281 ss).

B. La durée des engagements et la dissociation des fonctions

Les prêts syndiqués sont des crédits à moyen, parfois à long terme (n° 309 s.). 319 Pour les «note issuance facilities», il n'est en revanche pas toujours possible de déterminer précisément la durée du crédit. Cela tient en partie au fait que des personnes différentes s'occupent de l'émission et du placement des papiers-valeurs, de l'octroi du crédit et – en cas de «revolving underwriting facilities» (n° 312) – de la garantie du placement des titres.

1. L'émission et le placement des papiers-valeurs. L'emprunteur donne à 320 une ou plusieurs banques le mandat d'émettre et de placer, en son nom et

²⁰⁶ Sur cette question, cf. AMONN, p. 295 ss; GILLIERON, p. 255 ss.

pour son propre compte, des papiers-valeurs. Ceux-ci sont *toujours des papiers-valeurs à court terme* (1, 3 ou 6 mois)²⁰⁷. Par contre, le contrat qui est passé entre l'emprunteur et les banques chargées de l'émission et du placement des titres est généralement un contrat à *moyen terme*.

- 321 **2. L'octroi du crédit.** Lorsque l'accord ne porte que sur une «*note issuance facility*», la durée du crédit correspond en tout cas à celle des papiers-valeurs émis et placés (n° 311). L'emprunteur entend toutefois assurer le refinancement total ou partiel de son crédit par la mise en circulation régulière de nouveaux papiers-valeurs²⁰⁸. Il n'est cependant pas certain d'obtenir à chaque échéance un montant égal ou supérieur à celui du prêt précédent.
- 322 **3. La garantie du placement.** L'emprunteur peut aussi vouloir s'assurer d'un crédit à moyen terme, tout en procédant à l'émission de papiers-valeurs à court terme. Ce résultat peut être obtenu par les «*revolving underwriting facilities*». Dans cette hypothèse, un syndicat de banques s'engage à acquérir, à un prix convenu d'avance, les papiers-valeurs qui n'ont pas pu être placés sur le marché au prix minimum fixé dans le contrat de souscription²⁰⁹.
- 323 L'émission de «notes» dans les «*revolving underwriting facilities*» entraîne une dissociation des rôles dans le financement du crédit²¹⁰. On y trouve ainsi:
- 324 a) les *investisseurs*, qui acquièrent les papiers-valeurs à court terme²¹¹, et
- 325 b) les *souscripteurs*, qui assurent le crédit à moyen terme.
- 326 Jusqu'en 1983, cette dissociation existait aussi dans la répartition des fonctions entre les banques: Le chef de file s'occupait du placement des papiers-valeurs et les souscripteurs de l'acquisition des titres non-placés²¹². Cette si-

²⁰⁷ Cf. surtout ALTNEU/JONES/ALVAREZ-MORO, p. 23; BANQUE DES RÉGLEMENTS INTERNATIONAUX, p. 264; cf. ég. DAUDIN/DE CLERMONT-TONNERRE (p. 45) qui relèvent en outre que: «Le fait que les billets soient à court terme les distingue des 'billets' (notes) émis lors d'emprunts obligataires à un taux flottant ('Floating Rates Notes' – FRN), dans lesquels si le taux d'intérêt est refixé périodiquement, l'engagement de l'investisseur est à moyen ou long terme (le capital n'étant pas remboursé et réemprunté à l'échéance de chaque période de tirage)».

²⁰⁸ Cf. BEAUMONT, p. 63 s.

²⁰⁹ Cf. p.ex. *idem* (p. 64): «A RUF contains a legal obligation on the part of the underwriters, who may or may not be tender panel members, to take up any notes not otherwise subscribed».

²¹⁰ A ce sujet, cf. ALTNEU/JONES/ALVAREZ-MORO (p. 19): «In contrast to the Floating Rates Notes and the syndicated loan, in the RUF the roles of the medium-term risk takers (the underwriters) and the providers of funds (the short-term investors) are separated. This separation is fundamental to the viability of the RUF, since without it the RUF would become simply a disguised syndicated loan».

²¹¹ Cf. DAUDIN/DE CLERMONT-TONNERRE (p. 50 s.) selon qui: «L'investisseur potentiel serait l'entreprise disposant de fonds à placer pour de courtes périodes, l'organisme de gestion collective de fonds ou l'investisseur institutionnel». Eg. BEAUMONT, p. 64.

²¹² BANQUE DES RÉGLEMENTS INTERNATIONAUX, p. 20.

tuation a toutefois évolué. On peut aujourd'hui constater la création de plus en plus fréquente de **syndicats** qui se chargent du placement des papiers-valeurs. Ces syndicats sont en général composés du chef de file et de plusieurs banques *membres également du syndicat de souscription*²¹³.

Pour les «revolving underwriting facilities», la durée du crédit est donc la même que celle du contrat de souscription, lequel contrat est toujours conclu à *moyen terme*²¹⁴. L'engagement conditionnel du syndicat de souscription a les **mêmes effets** qu'un crédit à moyen terme; la limite supérieure de l'engagement des banques correspond à la valeur totale des papiers-valeurs que l'emprunteur entend mettre sur le marché jusqu'à la fin de l'accord qu'il a passé avec le syndicat. Dans cette mesure, on peut comparer les «revolving underwriting facilities» aux prêts syndiqués et aux emprunts par obligations.

Cette ressemblance est toutefois relative, parce que *le risque pris par le syndicat de souscription est différent*. Comme le relève le Comité des règles et pratiques de contrôle des opérations bancaires de la Banque des règlements internationaux:

«Le risque est sensiblement plus élevé que dans le cas d'une prise ferme traditionnelle, étant donné que l'engagement garantit habituellement l'émission continue de papier à court terme sur plusieurs années. En effet, s'il y a utilisation de la facilité, la banque assumera très certainement un risque-crédit que d'autres auront déjà refusé»²¹⁵.

3. Les analogies

Les «note issuance facilities» présentent de nombreux aspects communs avec les prêts syndiqués. Cela tient principalement au fait que les banques se sont largement inspirées des structures et des contrats utilisés pour les euro-crédits, lorsqu'elles ont introduit ces instruments sur les marchés financiers²¹⁶.

On peut vérifier cette affirmation en analysant la formation et l'organisation du syndicat (A), la documentation contractuelle (B) et la nature comptable des engagements pris par les banques (C).

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ COMITÉ DES RÈGLES ET PRATIQUES DE CONTRÔLE DES OPÉRATIONS BANCAIRES, p. 15 n° 35.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ A ce sujet, cf. BANQUE DES RÈGLEMENTS INTERNATIONAUX (p. 29): «The documentation for each facility is drafted separately taking into account the individual circumstances of the borrower, but on the basis of more or less standardised master contracts. The documentation seems to follow a general pattern closely based on that for syndicated credits with only minor variations. For the protection of the underwriter, covenants and 'escape' clauses nearly identical to those in syndicated credits are being used. These fall into two distinct categories: firstly, those which relate directly to the borrower's circumstances; and, secondly, those which relate to external circumstances».

A. La formation et l'organisation des syndicats

- 331 Les fonctions et le nombre des banques qui participent à l'opération changent selon que l'on est en présence de «note issuance facilities» ou de «revolving underwriting facilities» (ég. n° 320 ss):
- 332 **1. Dans les «note issuance facilities»**, la banque qui accepte de placer les papiers-valeurs émis par l'emprunteur occupe une position proche de celle du chef de file qui s'engage à entreprendre les démarches nécessaires à la formation d'un syndicat de prêt («*best efforts*»; n° 206). Dans les deux cas, la banque reçoit mandat de l'emprunteur de trouver des tiers disposés à lui accorder un crédit: respectivement, les investisseurs et les banques participantes.
- 333 **2. Dans les «revolving underwriting facilities»**, le chef de file est, comme dans les prêts syndiqués (cf. ég. n° 555 ss), débiteur d'obligations tant envers l'emprunteur qu'envers les autres banques²¹⁷. Les obligations des souscripteurs rappellent en outre celles du syndicat de garantie.
- 334 **a.** En plus de la recherche des investisseurs (n° 320), l'**emprunteur** confie au chef de file la tâche de constituer un syndicat de souscripteurs. La banque agit alors comme le chef de file dans les prêts syndiqués: Elle envoie aux souscripteurs potentiels un «téléx d'invitation» leur donnant un aperçu des conditions de leur engagement (cf. n° 343).
- 335 **b.** Le **chef de file** a envers le syndicat des souscripteurs des obligations qui rappellent celles du chef de file et de l'agent dans les prêts syndiqués:
- 336 a) Il doit négocier avec l'emprunteur les termes du contrat de souscription (n° 220);
- 337 b) Il doit préparer l'ensemble de la documentation contractuelle, qu'il soumet ensuite à l'approbation des souscripteurs (n° 227 ss)²¹⁸;
- 338 c) Il doit parfois informer les souscripteurs de l'évolution de la situation financière de l'emprunteur (n° 238 ss)²¹⁹.
- 339 Il y a toutefois une obligation qui est propre aux «revolving underwriting facilities»: Le chef de file est responsable également envers les souscripteurs du *placement des papiers-valeurs* auprès des investisseurs.
- 340 **c.** Les obligations des **souscripteurs** sont quant au fond soumises à des règles analogues à celles régissant l'offre ferme faite par un syndicat de garantie à

²¹⁷ Pour un tableau chronologique du déroulement d'une «revolving underwriting facility», cf. ALTNEU/JONES/ALVAREZ-MORO, p. 27. Cpr avec le tableau proposé par HINSCH/HORN (p. 15) en relation avec le déroulement d'un prêt syndiqué.

²¹⁸ ALTNEU/JONES/ALVAREZ-MORO, p. 27; BEAUMONT, p. 66.

²¹⁹ BEAUMONT, p. 67 ss.

l'occasion d'un prêt syndiqué: Lorsque le chef de file n'est pas à même de placer tout ou partie des «notes», les souscripteurs doivent, à concurrence de leur engagement, acheter les «notes» non-placées; de même, les membres du syndicat de garantie doivent accorder à l'emprunteur un crédit équivalent au montant que le chef de file n'a pas pu placer auprès d'autres banques (n° 224).

B. La documentation contractuelle

Les documents qui sont préparés par le chef de file avant l'émission des papiers-valeurs et le contrat qui est passé entre l'emprunteur, le chef de file et les membres du syndicat de souscription sont en grande partie basés sur ceux qui sont utilisés pour les prêts syndiqués²²⁰: 341

1. Le mémorandum informatif. Le chef de file adresse aux *investisseurs* potentiels, au nom et pour le compte de l'emprunteur, un mémorandum contenant des informations du type de celles qui sont habituellement communiquées aux banques participantes dans la syndication directe ou dans la syndication indirecte, à savoir l'identité et les qualités de l'entreprise, le montant total du crédit, sa durée, son but et le taux d'intérêt²²¹. 342

2. Le télex d'«invitation». Le contenu du télex qui est envoyé aux *souscripteurs* potentiels correspond pour l'essentiel à celui du télex adressé aux banques invitées à participer à un syndicat de garantie formé pour une offre ferme faite à l'occasion d'un prêt syndiqué (n° 213 s.)²²². 343

3. Le contrat de souscription. Le document le plus important que le chef de file va établir ou – faire établir – est le contrat qui définit les droits et les obligations du syndicat de souscription²²³. On peut constater de nombreuses similitudes entre ce contrat et les contrats de prêt syndiqué conclus dans une syndication directe: 344

a. C'est d'abord par leurs **structures**, fortement inspirées par le droit anglo-américain, que ces contrats se ressemblent²²⁴. Ceux-ci contiennent en général des clauses qui définissent les termes utilisés et qui fixent le montant des engagements des membres du syndicat, la rémunération du chef de file, des 345

²²⁰ BANQUE DES RÉGLEMENTS INTERNATIONAUX, p. 20.

²²¹ ALTNEU/JONES/ALVAREZ-MORO, p. 28.

²²² *Idem*, p. 28 ss.

²²³ A ce sujet, cf. BEAUMONT, p. 67 ss.

²²⁴ Cf. les tables des matières de contrats proposées par BEAUMONT, p. 76 s.

membres du syndicat de souscription et de l'agent, les modalités du remboursement et le taux d'intérêt, les obligations du chef de file et de l'agent, le droit applicable et le for compétent.

- 346 **b.** Ces contrats présentent ensuite des analogies dans le contenu des dispositions régissant **les droits et les obligations des membres du syndicat**²²⁵. On trouve ainsi des règles qui décrivent la participation financière des membres du syndicat, mais également une clause typique aux prêts syndiqués: celle qui prévoit la répartition entre les banques de tout montant qu'elles recevront de l'emprunteur en remboursement de leur prêt²²⁶. Cette clause est à rapprocher de la clause de partage («Teilungsklausel»; «sharing clause») qui figure dans la plupart des contrats de prêt syndiqué²²⁷.
- 347 **c.** Enfin, c'est peut-être en analysant les dispositions traitant de la **responsabilité du chef de file et de l'agent** (cf. n° 560 ss) que l'on se rendra le mieux compte de l'influence des contrats de prêt syndiqué sur la documentation contractuelle des «note issuance facilities»²²⁸. Dans ces deux types de contrats figurent:
- 348 a) des dispositions qui excluent la responsabilité du chef de file et des banques chargées du placement des papiers-valeurs dans la formation de la volonté de contracter des investisseurs et des membres du syndicat de souscription (cf. n° 745 ss), et
- 349 b) des règles qui limitent à la faute grave la responsabilité des banques chargées de la mise au point et de la gestion du crédit (cf. n° 629 ss).
- 350 **4. Les annexes.** Relevons pour terminer que l'on peut trouver une certaine identité dans la forme et le contenu des documents généralement annexés à ces différents contrats²²⁹ (n° 229 ss), à savoir essentiellement la liste des membres du syndicat et de leurs engagements, les consultations («legal opinions») portant sur le droit applicable et les qualités des parties, la description des papiers-valeurs.

²²⁵ BANQUE DES RÈGLEMENTS INTERNATIONAUX, p. 29 s.

²²⁶ Cf. p.ex. la clause suivante: «(*Pro Rata Payments*) If at any time the proportion which any Bank has received or recovered in respect of its portion of any sum due from the Intermediary Bank to the Banks under this Agreement or from the Issuer under the Notes is greater than the proportion of such sum received or recovered by the Bank receiving or recovering the smallest or no proportion of its portion of such sum, such Bank shall promptly notify the Agent and shall pay to the Agent an amount equal to the excess amount».

²²⁷ Cf. HINSCH/HORN, p. 167 ss.

²²⁸ A ce sujet, cf. BEAUMONT, p. 65 ss.

²²⁹ A ce sujet, cf. *idem*, p. 76 s.

C. La nature comptable des engagements des banques

Les banques qui acceptent de se charger de la préparation d'un prêt syndiqué ou de sa gestion rendent un service qui peut être qualifié d'«*opération hors bilan*»²³⁰. Autrement dit, elles rendent un service qui sort de l'activité bancaire au sens étroit (cf. art. 1 LB)²³¹. Il en est de même lorsqu'elles s'engagent à garantir le placement d'un prêt auprès d'autres banques ou de papiers-valeurs à court terme auprès d'investisseurs (n° 204, 302 et 312)²³².

Ce type d'opération présente deux *caractéristiques*: d'une part, les banques encourent des risques qui sont en général difficiles à évaluer et, d'autre part, des personnes non soumises à la loi fédérale sur les banques (RS 952.0) peuvent les accomplir²³³.

C'est principalement sous ces deux angles qu'à l'instar d'autres autorités de surveillance, la *Commission fédérale des banques* c'est récemment intéressée à ce sujet²³⁴. Elle a exigé, à cette occasion, un renforcement de la surveillance interne, une réglementation précise et un contrôle comptable plus détaillé de ce type d'opérations²³⁵. Elle a en outre recommandé aux banques d'éviter les conflits d'intérêts, soulignant que dans ce genre d'intervention le client s'attend à ce que les banques fassent «*preuve d'une conscience professionnelle irréprochable et d'une très grande diligence*» (cf. ég. n° 799 s.)²³⁶.

²³⁰ On parle également d'opérations «extra-bancaires» (art. 5 al. 2 de l'Avant-projet du Groupe d'étude chargé de réviser la loi sur les banques) ou «neutres» (art. 23 al. 3 de l'Avant-projet précité). Ou, en se fondant sur la terminologie allemande, d'opérations «indifférentes». BODMER/KLEINER/LUTZ (art. 1 LB n° 7): «die sogenannten indifferenten Dienstleistungs- und Handelsgeschäfte». Ou encore d'opérations «pour le compte de tiers» ou «de services» (p.ex. DE SAUSSURE, p. 227).

²³¹ A ce sujet, voir les références citées à la note précédente.

²³² DE SAUSSURE, p. 237 n° 4. Rappelons ici que le nouvel art. 13 al. 1 litt. b ch. 8.1 OB soumet désormais à un taux de couverture de 4% les «limites de crédits non couvertes et irrévocables, y compris les note issuance facilities, les revolving underwriting facilities et les instruments semblables avec un engagement ferme d'une durée d'échéance résiduelle de plus d'un an». A ce sujet, cf. Bull. CFB 19/1990 p. 58, 68 s. et 101 s. Voir ég. *supra* n. 204.

²³³ A ce sujet, cf. LINDEGGER/CURRAT, p. I ss. Notons toutefois que, depuis le 1^{er} janvier 1990, sont notamment des «banques» au sens de l'art. 1 al. 1 LB les «maisons d'émission», c'est-à-dire les sociétés qui «prennent ferme ou à la commission des papiers-valeurs ou des droits ayant une fonction identique (droits-valeurs) en les offrant publiquement sur le marché primaire» (art. 2a litt. c OB).

²³⁴ Cf. les lettres-circulaires adressées par la Commission fédérale des banques aux banques et sociétés de révision bancaire, les 13 septembre 1985 et 17 mars 1986. Dans ces lettres, la Commission fédérale des banques attire notamment l'attention des personnes concernées sur le fait que «les affaires hors bilan tombent, dans toute leur ampleur, sous le coup des articles 9 et 21 OB et qu'en outre, elles doivent être dûment enregistrées» et «que dans chaque cas il faut examiner avec soin si ces opérations doivent être qualifiées d'engagements conditionnels ou d'opérations en cours (article 24 OB)».

²³⁵ Cf. déjà Rapport de gestion 1979 de la CFB, p. 23 s. Eg. *supra* n. 232.

²³⁶ Rapport de gestion 1981 de la CFB, p. 16. Eg. DE SAUSSURE, p. 229.

- 354 Il sera par conséquent possible d'appliquer, dans ce contexte, des règles analogues à des institutions en partie différentes. Il se justifiera donc, selon les circonstances, de s'inspirer des principes définis pour l'un de ces instruments financiers, afin de trouver ceux qui régissent l'autre instrument.

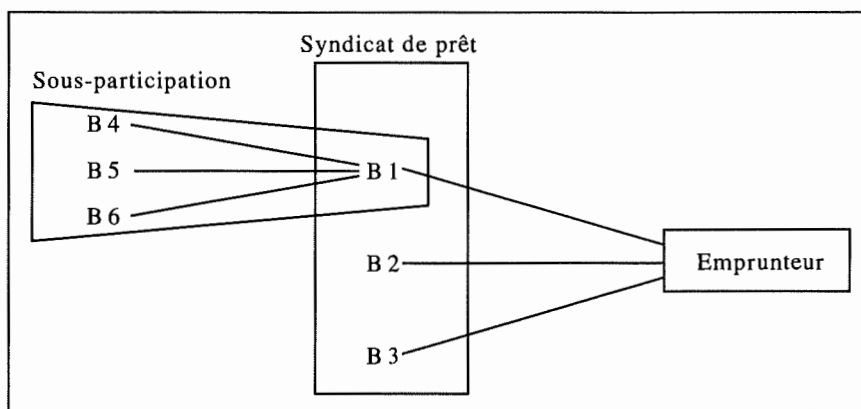
III. Par rapport à la sous-participation

1. Le rappel de la notion

- 355 Dans la pratique bancaire²³⁷, la sous-participation est

le procédé par lequel une banque (la première banque) ou bien intresse une ou plusieurs autres banques (les secondes banques) à tout ou partie de la part qu'elle a ou aura dans une syndication directe ou indirecte, ou bien cède aux secondes banques tout ou partie des droits patrimoniaux qu'elle a ou aura dans une telle syndication, étant entendu que, dans les deux cas, la première banque continue à apparaître aux yeux des tiers, en particulier de l'emprunteur et des autres membres du syndicat, comme l'unique titulaire de la part à la syndication²³⁸.

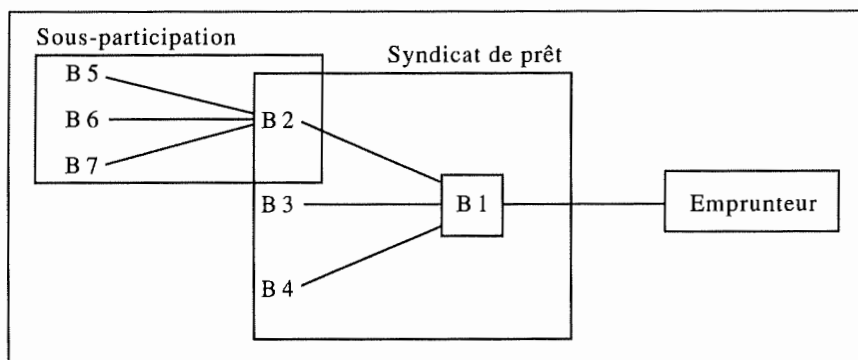
Schéma 3: Sous-participation dans une syndication directe



²³⁷ Sur la sous-participation dans un sens plus restrictif, en particulier dans le droit des sociétés, cf. p.ex. TERCIER, Partie spéciale, p. 541 n° 4198.

²³⁸ Pour OBERMUELLER (p. 607), le seul cas de sous-participation («Unterbeteiligung»), en droit allemand, est celui où un associé cède à un tiers *une partie seulement* de sa part dans la société: «Mit dem Unterbeteiligungsvertrag überträgt der Gesellschafter (Hauptbeteiligter) einer Gesellschaft (Hauptgesellschaft) einem Dritten (Unterbeteiligten) eine 'Beteiligung an seiner Beteiligung'. Die Uebertragung kann sich nur auf einen Anteil an der Quote des Hauptbeteiligten beziehen. Andernfalls würde der ganze Geschäftsanteil dem Dritten überlassen und es läge keine 'Unterbeteiligung' mehr vor» (souligné par l'auteur).

Schéma 4: Sous-participation dans une syndication indirecte



La sous-participation peut ainsi intervenir à deux moments²³⁹;

- a) La sous-participation peut avoir lieu *avant la syndication du prêt*: Plusieurs banques se mettent ensemble pour participer à un prêt syndiqué direct ou indirect²⁴⁰. Ces banques forment en quelque sorte un deuxième syndicat, indépendant du syndicat de prêt proprement dit.
- b) La sous-participation peut avoir lieu *après la syndication du prêt*: Une banque faisant partie d'un syndicat de prêt direct ou indirect intéresse d'autres banques à sa part ou leur cède ses droits patrimoniaux.

2. Les différences

Parce que leurs structures sont proches, la syndication indirecte et la sous-participation présentent peu de différences. Ces institutions peuvent toutefois être distinguées sous certains aspects généraux concernant leurs origines et la gestion du prêt fait à l'emprunteur:

1. L'origine. La syndication indirecte a toujours pour origine un prêt consenti par une banque (la banque primaire) à un emprunteur (n° 132). Par contre, comme ceci ressort de notre définition, la sous-participation ne peut avoir lieu que sur une part à un prêt syndiqué (n° 355).

2. La gestion du prêt. Dans la syndication indirecte, la banque primaire – c'est-à-dire la banque qui est partie au contrat de prêt (n° 102) – assure

²³⁹ Sur les différentes formes que peut revêtir la sous-participation, cf. DOHM, in SAS 58/1986 p. 1 s. n° 5 ss.

²⁴⁰ A ce sujet, cf. DUFOUX/MARGULICI, in Banque 1981 p. 827 s.

toujours la gestion du prêt (n° 135). Tel n'est pas le cas de la sous-participation, où les fonctions de cédant et de gérant du prêt ne coïncident pas nécessairement²⁴¹. La banque qui initie la sous-participation est souvent une banque participante qui n'intervient dans la gestion du prêt que pour les «actes juridiques excédant les opérations ordinaires de la société» ou, exceptionnellement, en cas de «péril en la demeure» (art. 535 al. 3 CO; cf. n° 909 et 920 ss).

3. Les analogies fondées sur les règles légales applicables

- 362 La nature juridique du contrat de syndicat indirect sera examinée en détail dans la deuxième partie de cette étude (cf. n° 467 ss). Il faut toutefois aborder brièvement ces questions afin de déterminer dans quelle mesure les règles régissant la sous-participation et la syndication indirecte diffèrent.
- 363 Nous commencerons ainsi par présenter le problème (A), pour comparer ensuite les régimes juridiques applicables aux deux institutions (B).

A. Le problème

- 364 Une partie de la doctrine considère que les contrats de syndicat direct et indirect sont des contrats de société simple (art. 530 ss CO; cf. n° 406 et 480). Une autre partie a récemment proposé la qualification de contrats innommés *sui generis* pour la syndication directe (cf. n° 407) et mixte pour la syndication indirecte (cf. n° 479).
- 365 Parce qu'il dépend de la nature juridique du contrat de syndicat, le régime de la sous-participation change selon la qualification choisie pour le premier contrat:
- 366 a) Si l'on qualifie les contrats de syndicat de sociétés simples, la cession de part est régie par les dispositions de l'art. 542 al. 2 CO²⁴², à teneur duquel «lorsque, de son propre chef, un associé intéresse un tiers à sa part dans la

²⁴¹ Cela ne signifie toutefois pas que, suivant les circonstances, la banque qui intéresse un tiers à sa part n'ait pas un devoir de gestion. Ainsi, comme le relève SIEGWART (art. 542 CO n° 3 *in fine*): «Der Oberbeteiligte hat das Interesse des Unterbeteiligten in der Obergesellschaft zu wahren und spielt also in der Untergesellschaft die Rolle des Geschäftsführers mit allen daraus sich ergebenden Folgen (Art. 535 ff.)». Cette remarque vaut en tout cas lorsqu'on qualifie les contrats de syndicat de sociétés simples (cf. n° 480). Il n'est pas exclu qu'elle s'applique également, mais par analogie, lorsqu'on retient la qualification de contrats innommés (cf. n° 479).

²⁴² Sur cette disposition, cf. SIEGWART, art. 542 CO n° 1 ss; VON STEIGER, p. 347 ss et 410 ss; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 198 n° 75; PATRY, Vol. I, p. 214 s.; HUBER, *in* RSJ 1972 p. 281 ss; THOMA, *in* RDS 66/1947 p. 287 ss.

société ou qu'il lui cède cette part, ce tiers n'a pas la qualité d'associé et il n'acquiert pas, notamment, le droit de se renseigner sur les affaires de la société»²⁴³.

- b) Si l'on qualifie les contrats de syndicat de contrats innommés, la cession de part est une cession de créance au sens des art. 164 ss CO (cf. n° 500); elle est soumise aux exigences posées par ces règles, en particulier celles qui concernent la forme de la cession (art. 165 al. 1 CO: «La cession n'est valable que si elle est constatée par écrit»).

B. Une différence ou une analogie?

Il résulte des développements qui précèdent que la syndication indirecte et la sous-participation seraient en principe soumises:

- à des règles *différentes*, lorsque l'on qualifie le contrat de syndicat de contrat de société (cf. cep. n° 371 ss), et
- à des règles *semblables*, lorsque l'on qualifie le contrat de syndicat de contrat innommé.

Or, l'application des mêmes règles à la syndication indirecte et à la sous-participation est considérée comme une quasi-nécessité par les auteurs qui soutiennent que le contrat de syndicat est un innommé: Selon eux, il faut «aboutir à une qualification juridique uniforme de la même transaction bancaire»²⁴⁴. Cette formule appelle trois remarques:

1. Même si elles présentent de nombreux points communs, la syndication indirecte et la sous-participation sont **deux institutions différentes** (n° 359 ss). Dans cette mesure, il est conforme au système qu'elles soient soumises sous certains aspects à des règles semblables et sous d'autres à des règles différentes. On peut vérifier cette affirmation en traitant des deux aspects principaux de la sous-participation bancaire: l'intéressement d'un tiers (cf. n° 371 ss) et la cession d'une part à un tiers par l'un des associés (cf. n° 375 ss).

2. La situation où une banque **intéresse** une ou plusieurs autres banques à sa participation à un prêt syndiqué correspond à la première hypothèse envisagée par l'art. 542 al. 2 CO («un associé intéresse un tiers à sa part dans la société»). Or, il est unanimement reconnu que l'associé qui agit de la sorte

²⁴³ Soit en allemand: «Wenn ein Gesellschafter einseitig einen Dritten an seinem Anteile beteiligt oder seinen Anteil an ihn abtritt, so wird dieser Dritte dadurch nicht zum Gesellschafter der übrigen und erhält insbesondere nicht das Recht, von den Gesellschaftsangelegenheiten Einsicht zu nehmen».

²⁴⁴ DOHM, in SAS 58/1986 p. 12 n° 73.

(der Oberbeteiligte) forme avec le tiers intéressé (der Unterbeteiligte) une deuxième *société*²⁴⁵; l'associé-membre de la première société agit alors comme associé-gérant de la deuxième (art. 535 ss CO)²⁴⁶. C'est exactement ce qui se passe dans ce cas de sous-participation. La banque qui est partie au contrat de prêt syndiqué forme avec les banques *sous-participantes* un syndicat dans le syndicat:

- 372 a) Du point de vue *externe*, elle est considérée comme la banque qui parti-
cipe au crédit;
- 373 b) Du point de vue *interne*, elle joue un rôle comparable à celui de l'agent:
Elle répartit les montant reçus, représente le sous-syndicat et, le cas
échéant, participe à la prise de mesures conservatoires.
- 374 On notera en outre que les règles sur la *cession de créance* s'appliquent **par**
analogie à la forme (art. 165 CO) et à certaines modalités du contrat (p.ex.
art. 167 CO)²⁴⁷.
- 375 3. L'art. 542 al. 2 CO régit également la situation où une banque membre
d'un syndicat **cède** à une ou plusieurs autres banques sa participation au prêt.
Dans ce cas, le régime juridique est l'inverse de celui qui a été retenu pour la
première hypothèse (n° 371 ss): Les règles de la *société simple* s'appliquent
par analogie et celles sur la *cession de créance* sont d'application directe²⁴⁸. Il
s'ensuit que:
- 376 a) L'associé-cédant reste partie au contrat de société, avec tous les droits et
obligations sociaux que la loi et le contrat lui accordent; et
- 377 b) Le cessionnaire acquiert uniquement les droits patrimoniaux de l'associé,
c'est-à-dire essentiellement les droits aux bénéfices et à la part de liqui-
dation («vermögensmässige, schuldrechtliche Ansprüche»)²⁴⁹.
- 378 Cela ressort avant tout de l'art. 542 al. 2 CO qui prévoit que le cessionnaire
n'acquiert pas la qualité d'associé, mais aussi des art. 164 ss CO qui ont pour
objet la cession de créance et non la cession du *contrat* (cpr art. 261 al. 1, 290
al. 2, 333 al. 1 CO et 54 LCA)²⁵⁰. Cette situation prive donc le cessionnaire du
droit d'intervenir dans la vie sociale du syndicat²⁵¹.

²⁴⁵ SIEGWART, art. 542 CO n° 2 s.; PATRY, Vol. I, p. 215.

²⁴⁶ SIEGWART, art. 542 CO n° 3 (cité *supra* n. 241).

²⁴⁷ Cf. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (p. 198 n° 75): «Auf das Verhältnis des über seinen Anteil verfügenden Gesellschafters zum Dritten finden die Bestimmungen über die Abtretung von Forderungen (OR 164 ff) analoge Anwendung (z.B. Schriftlichkeitserfordernis für die Abtretung, OR 165 I)».

²⁴⁸ SIEGWART, art. 542 CO n° 4.

²⁴⁹ *Ibidem*. Eg. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 198 n° 75.

²⁵⁰ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 169 n° 2175 et p. 181 n° 2242 s. Sur la cession de contrat, cf. VON TUHR/ESCHER, p. 343.

²⁵¹ SIEGWART, art. 542 CO n° 5; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 198 n° 75; PATRY, Vol. I, p. 215.

Il faut toutefois relever que *l'art. 542 al. 1 CO* – qui prévoit qu'«aucun associé ne peut introduire un tiers dans la société sans le consentement des autres associés» (règle de l'unanimité)²⁵² – *est de droit dispositif*²⁵³. Les membres de la société peuvent donc convenir que l'admission de nouveaux associés se fait par décision majoritaire, mais surtout que toute personne remplissant des conditions déterminées (par exemple, tout bénéficiaire d'une cession de part) a la faculté d'adhérer au contrat et, par là, d'entrer dans la société²⁵⁴. On aurait alors une véritable **cession**, totale ou partielle, **du contrat**. 379

C'est seulement dans les limites que nous venons de décrire que les mêmes règles, en l'espèce celles de la société simple (art. 530 ss CO) et de la cession de créance (art. 164 ss CO), régissent la syndication indirecte et la sous-participation. 380

En *résumé*, l'affirmation selon laquelle les mêmes règles devraient régir la sous-participation et la syndication indirecte (n° 369) est également correcte lorsque l'on qualifie le contrat de syndicat de société simple: Dans ce cas, les dispositions légales régissant le contrat de société et la cession de créances s'appliquent ou directement ou par analogie, suivant que l'on est en présence d'une sous-participation au sens strict (art. 542 al. 2 CO première hypothèse) ou d'une cession de part (art. 542 al. 2 CO deuxième hypothèse). 381

²⁵² Soit en allemand: «Ein Gesellschafter kann ohne die Einwilligung der übrigen Gesellschafter keinen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen».

²⁵³ PATRY, Vol. I, p. 210.

²⁵⁴ *Ibidem*.

DEUXIÈME PARTIE

LE RÉGIME SELON LE DROIT DES CONTRATS

Il s'agit maintenant d'examiner la nature juridique des contrats de syndicat 382
et de poser ainsi les bases de notre étude des obligations des banques diri-
geantes et gérantes dans la formation et l'exécution des contrats de prêt syn-
diqué (cf. n° 555 ss).

Après quelques généralités (§ 5), nous analyserons la nature juridique des 383
contrats qui sont conclus dans une syndication directe (§ 6); puis, nous
traiterons de la nature des contrats qui sont passés dans une syndication
indirecte (§ 7). Nous terminerons par un essai de synthèse (§ 8).

§ 5 Généralités

Nous commencerons par présenter l'intérêt de la qualification des contrats de syndicat (I), pour définir ensuite la méthode que nous suivrons dans notre analyse (II).

I. L'intérêt de la qualification

La qualification d'un contrat présente un triple intérêt:

- a) Elle permet de déterminer quelles sont les règles de **droit impératif** applicables à une relation contractuelle donnée²⁵⁵.
- b) Elle sert à combler les éventuelles **lacunes** que pourrait contenir le contrat examiné²⁵⁶.
- c) Elle oriente le juge dans l'**interprétation** des clauses contractuelles dont le sens est équivoque.

Dans le domaine des prêts syndiqués, l'intérêt de la qualification réside avant tout dans la recherche des règles impératives et interprétatives:

- D'une part, parce que l'élément qui est au centre de la controverse sur la qualification du contrat est le caractère impératif ou dispositif d'une règle légale (cf. n° 427 ss).
- D'autre part, parce que la sophistication qui caractérise la structure et la rédaction des contrats de prêt syndiqué peut causer des difficultés dans l'interprétation de certaines dispositions contractuelles.

Quant aux lacunes du contrat, on se bornera à relever que les contrats de syndicat font généralement l'objet d'une réglementation contractuelle détaillée et que, dans cette mesure, ils laissent peu de place à un complètement du contrat par le juge (*Ergänzung des Vertrages*). Une telle hypothèse n'est cependant pas totalement exclue.

²⁵⁵ Sur ces questions, cf. OSER/SCHOENENBERGER, *ad* art. 19 et 20 CO; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 84 s. n° 448 ss; ENGEL, p. 85 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 109 ss n° 500 ss; BUCHER, p. 244 ss; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 40 ss. Sur les conséquences de la nullité, cf. p.ex. HUERLIMANN.

²⁵⁶ Sur ces questions, cf. KRAMER/SCHMIDLIN, art. 2 CO n° 21 ss; SCHOENENBERGER/JAEGGI, art. 2 CO n° 45 ss; DESCHENAUX, *in* TDP II/1, p. 161 ss (= SPR II, p. 171 ss).

II. La méthode d'analyse

- 393 Les prêts syndiqués ne sont pas soumis à un régime unitaire²⁵⁷: Le contenu des contrats qui sont conclus dans ce domaine est variable²⁵⁸ et dépend très largement de la volonté des membres du syndicat. On peut même affirmer qu'il n'existe pas deux syndicats exactement semblables. Cette constatation appelle trois remarques quant au choix de la méthode que nous appliquerons pour déterminer la nature juridique des contrats de syndicats direct et indirect:
- 394 1. En raison de la **diversité** des structures utilisées, les éléments de qualification que nous allons proposer doivent être considérés avant tout comme les bases d'une réflexion qu'il s'agira de compléter ou d'adapter aux circonstances. En effet, il n'existe pas une qualification unique valable pour tous les prêts syndiqués: Des banques peuvent par exemple décider, en dehors de tous liens contractuels et sans obligations des unes envers les autres, de coordonner certaines de leurs actions individuelles lors de l'octroi de crédits séparés²⁵⁹. En raison de leur caractère purement factuel, nous excluons de tels «accords» de notre étude.
- 395 Nous allons limiter notre exposé à ce que nous pensons être la *structure juridique idéale* en droit suisse. Nous emprunterons aux auteurs qui se sont intéressés à la question les mécanismes susceptibles de nous aider dans notre tâche²⁶⁰. Nous nous inspirerons en outre des opinions que la doctrine a émises en matière d'emprunts par obligations et des thèses développées en droit étranger.

²⁵⁷ Cf. surtout VASSEUR, in DALLOZ 1985 (IR) p. 332. Eg. DOHM, in SAS 56/1984 p. 12 n° 22; *idem*, in SAS 58/1986 p. 8 n° 52.

²⁵⁸ A noter que la volonté des parties s'exprime non seulement au moment de la conclusion du contrat, mais qu'il existe aussi un certain nombre de dispositions qui permettent d'adapter le contrat à l'évolution de circonstances propres ou extérieures aux parties. A ce sujet, cf. JACQUEMONT (p. 39): «Le contrat d'euro-crédit est un contrat à contenu variable d'abord parce que certaines obligations déterminables lors de la conclusion du contrat ne sont effectivement déterminées qu'au moment de leur exécution, ensuite parce que d'autres obligations sont susceptibles d'être révisées, réadaptées lorsque leur exécution ne peut être assurée dans les termes prévus dans le contrat ou ne correspond plus aux prévisions initiales des parties».

²⁵⁹ Cf. p.ex. l'Arrêt de la 15^e Chambre B de la Cour de Paris, du 13 juin 1985, Gilles c/ Banque de Bretagne et autres banques. DALLOZ 1986 (IR) p. 315:

«La constitution entre plusieurs banques d'un pool, destiné seulement à permettre entre elles une coordination de leur politique de crédit à l'égard d'un client commun, ne saurait avoir pour effet, en l'absence d'engagements solidaires contractés envers ce dernier, d'étendre aux autres banques les obligations souscrites par une ou plusieurs d'entre elles ou de faire supporter par toutes les banques les conséquences d'une faute éventuellement commise par une ou plusieurs d'entre elles, le pool n'excluant pas que chaque banque ait conservé avec le client commun son entière autonomie» (souligné par l'auteur).

A ce propos, cf. les commentaires de VASSEUR, in DALLOZ 1987 (SC) p. 290 s. Eg. *idem*, in DALLOZ 1986 (IR) p. 315. En droit suisse, cf. BIERI, p. 99 ss.

²⁶⁰ Cf. DOHM, in SAS 56/1984; *idem*, in SAS 58/1986; FRANCIONI, p. 39 ss; BIERI, p. 147 ss.

2. Malgré cette diversité, on peut constater que les dispositions qui fixent les **points essentiels** du contrat (art. 2 al. 1 CO)²⁶¹ ont, sous réserve de quelques différences rédactionnelles, un contenu semblable. Ces règles, nées pour la plupart de la pratique bancaire (n° 30), constituent le tronc commun de tous ces contrats; elles justifient, dans une large mesure, l'affirmation selon laquelle on est en présence d'un type de contrat (ég. n° 30)²⁶². C'est sur ces dispositions que se fonde notre analyse de la nature juridique des contrats de syndicat.

3. Les éléments de fait et de droit qui servent à la qualification d'un contrat sont tous liés à la recherche et à l'interprétation de la **volonté des parties**²⁶³; suivant que l'on peut ou non établir ce que les parties ont voulu, l'interprétation tend à définir la volonté réelle ou la volonté supposée des parties²⁶⁴. Au début des deux prochains paragraphes, nous rappellerons les principales composantes de la volonté des banques participant à des syndicats directs et indirects.

La relation de syndicat s'inscrit dans l'ensemble qu'est le contrat de prêt syndiqué. Il faut dès lors tenir compte non seulement des éléments «classiques» que sont les prestations caractéristiques des parties et l'aménagement de leurs rapports contractuels, mais aussi des dispositions contractuelles qui gouvernent les relations des membres du syndicat avec l'emprunteur (ég. n° 19). Notre travail ne portant toutefois que sur des aspects déterminés de la relation de syndicat (n° 3 ss), nous avons renoncé à aborder, dans ce contexte, des controverses qui concernent avant tout la conclusion du contrat de prêt²⁶⁵.

²⁶¹ Cette disposition a, dans sa version française, la teneur suivante: «Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés». Et dans sa version allemande: «Haben sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt, so wird vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle». A ce sujet, cf. KRAMER/SCHMIDLIN, art. 2 CO n° 3 ss; SCHOENENBERGER/JAEGGI, art. 2 CO n° 9 ss; OSER/SCHOENENBERGER, art. 2 CO n° 6 ss; BUCHER, p. 117 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 67 ss n° 358 ss; ENGEL, p. 155 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 67 ss n° 306 ss; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 93 s.

²⁶² SCHOENENBERGER/JAEGGI, art. 2 CO n° 2 ss; OSER/SCHOENENBERGER, art. 2 CO n° 3 ss. Voir ég. *supra* n. 12.

²⁶³ En général, cf. TERCIER, *Partie spéciale*, p. 7 s. n° 53 ss; JAEGGI/GAUCH, art. 18 CO n° 232 et 295 ss; KRAMER/SCHMIDLIN, art. 18 CO n° 10 ss. En relation avec les contrats innommés, cf. MEIER-HAYOZ, *FJS* n° 1134 s.; SCHLUEP, *in* SPR VII/2, p. 773 et 781 s.

²⁶⁴ Cf. TERCIER, *Partie spéciale*, p. 8 n° 55.

²⁶⁵ Citons par exemple la thèse de HENRARD qui soutient qu'en matière d'euro-crédits à taux variable, les banques ne jouent qu'un rôle d'intermédiaire entre des emprunteurs et des prêteurs à court terme (p. 1145 ss). Plus précisément, les banques ne consentiraient pas un prêt à moyen ou à long terme, mais une série de prêts à court terme renouvelables tous les six mois (théorie dite des «prêts successifs»), la durée d'un prêt correspondant à chaque période d'intérêts. On se bornera à rappeler ici que les banques jouent un rôle d'intermédiaire dans les «note issuance facilities» (n° 311 ss), mais pas en matière de prêts syndiqués (cf. TERRAY, *in* TERRAY/FEVRE, p. 432 s.). Par ailleurs, la façon dont les banques financent les crédits qu'elles accordent ne concerne pas l'emprunteur.

§ 6 La nature des contrats de syndicat direct

- 399 Nous commencerons par décrire les données du problème (I). Comme la nature juridique des contrats de syndicat est une question controversée, nous distinguerons entre les points de convergence, qui sont les éléments communs à toutes les qualifications (II), et le point de divergence, qui est à l'origine de la controverse (III).

I. Les données du problème

- 400 Nous définirons d'abord la volonté habituelle des banques qui participent à des prêts syndiqués (1). Puis, nous présenterons les thèses récemment développées en relation avec la qualification des contrats de syndicat direct (2).

1. Les intentions des banques consortiales

- 401 Lorsque l'on recherche la nature juridique des syndicats de prêt, il convient de prendre en compte toutes les données susceptibles de nous aider à trouver le contrat qui correspond le mieux à la volonté des banques qui participent à l'octroi du prêt²⁶⁶. D'une manière générale, l'action des banques consortiales est centrée sur trois concepts:
- 402 a) **Les banques veulent parer au risque d'illiquidité²⁶⁷**: Aucun des membres du syndicat ne veut fournir à lui seul la totalité du crédit demandé par l'emprunteur²⁶⁸; une telle situation les priverait d'une partie de leurs

²⁶⁶ A ce sujet, cf. DOHM, *in* SAS 56/1984 p. 9 n° 15 et p. 13 s. n° 28 ss.

²⁶⁷ *Remarque terminologique*: Nous avons préféré l'expression «risque d'illiquidité» à celle de «risque de liquidité», habituellement utilisée. En effet, le risque que les banques courent est de subir un défaut de liquidité; comme lorsqu'elles veulent éviter en partie les conséquences d'un défaut de paiement, en réduisant le risque d'insolvabilité.

²⁶⁸ A ce sujet, cf. PERGAM (Eurocurrency, p. 162): «The draftsman should have been clearer on the several (but not joint) nature of banks' legal rights and obligations». On trouve ainsi dans certains contrats d'euro-crédit syndiqué soumis au droit anglo-américain des clauses prévoyant que:

«(Joint Obligations Several) The obligations of the Banks hereunder are several obligations. Nothing contained in this Agreement and no action taken by the Banks pursuant hereto shall be deemed to constitute the Banks a partnership, association, joint venture or other entity» *ou que* «(Several Obligations of the Banks) The obligations of each of the Banks hereunder shall be several and not joint. No Bank shall be responsible for the failure of any other Bank to

disponibilités sur le marché des crédits, ce qu'elles veulent précisément éviter.

- b) **Les banques veulent parer au risque d'insolvabilité de l'emprunteur**²⁶⁹: 403
Elles veulent répartir entre elles les risques d'un éventuel non-remboursement du prêt par l'emprunteur²⁷⁰; comme la législation sur les banques le leur recommande, elles évitent de prendre des engagements trop importants envers un seul client (n° 42).
- c) **Les banques veulent pouvoir disposer librement et en tout temps de la part qu'elles ont prise dans le prêt**: Leur intention est donc aussi de préserver une certaine indépendance à l'égard des autres membres du syndicat; relevons au passage que le droit de disposer d'une fraction de la créance entière permet aux banques de parer au risque d'illiquidité (n° 402), en vendant leur part, et au risque d'insolvabilité (n° 403), en compensant leur quote-part avec une créance que l'emprunteur aurait contre elles²⁷¹. 404

2. Les théories en présence

Deux théories ont été proposées par la doctrine pour qualifier les contrats de syndicat de prêt: 405

- Un premier groupe d'auteurs considère que l'on est en présence d'une **société simple**²⁷², c'est-à-dire d'un «contrat par lequel deux ou plusieurs 406

fulfill its obligations hereunder, nor shall any such failure relieve the Borrower from its obligations to the remaining Banks or such remaining Banks from their obligations hereunder to the Borrower» (clause citée par BLAISE/FOUCHARD, p. 705).

A noter que les rédacteurs de la première clause semblent lier l'existence d'une société à la question de la solidarité. Or, il faut d'ores et déjà relever qu'en droit suisse, il est possible aux membres d'une société simple d'exclure toute solidarité dans leurs engagements envers des tiers (cf. n° 422).

²⁶⁹ Cf. ég. *infra* n. 313.

²⁷⁰ DOHM, *in* SAS 56/1984 p. 9 n° 1.

²⁷¹ La clause de compensation (set-off) habituellement insérée dans les contrats d'euro-crédit syndiqué a généralement la teneur suivante:

«The Borrower and the Guarantor hereby irrevocably authorize each Bank to apply any moneys for the time being standing to the credit of any account in the name of the Borrower or, as the case may be, the Guarantor on the books of each Bank in or towards satisfaction of any sum due and payable by the Borrower or, as the case may be, the Guarantor hereunder and, for this purpose, to purchase with any such moneys any such other currency as may be necessary».

Cf. ég. la clause citée par HINSCH/HORN, p. 168. A propos de l'influence de la «crise iranienne» de 1979 sur la rédaction de ces clauses et sur les relations entre la clause de partage et la clause de compensation, cf. *idem*, p. 169.

²⁷² BIERI, p. 149 ss; FRANCONI, p. 45 ss. Sur la notion de société simple, cf. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 181 n° 1; SIEGWART, Vorbemerkungen zu Art. 530–551 OR n° 1 ss; PATRY, Vol. I, p. 17 ss; VON STEIGER, p. 324 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 532 s. n° 4119 ss. A relever que cette solution a également été retenue en droit américain dans la décision *Crédit Français International c/ Sociedad Financiera de Comercio*, 128 Misc. 2d 564, 490 N.Y.S.2d 670 (Sup. Ct., N.Y. Cty. 1985).

personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun» (art. 530 al. 1 CO). Or, il est généralement admis que les membres d'un syndicat de prêt ont pour but commun l'octroi d'un crédit à l'emprunteur (cf. ég. n° 416). Il faut relever qu'une solution semblable a été retenue par la doctrine dominante pour les syndicats constitués dans le cadre d'emprunts par obligations²⁷³.

- 407 – Un deuxième groupe qualifie le contrat de syndicat de prêt de **contrat innommé**, plus précisément de «contrat de coopération *sui generis*»²⁷⁴. Il n'y aurait donc pas un contrat unique, mais un ensemble de contrats indépendants – quoique liés – conclus par différentes entités (les banques) avec une seule personne (l'emprunteur)²⁷⁵. En soi, une telle conception n'est pas étrangère au droit suisse, puisque c'est notamment le système que le législateur a adopté pour les fonds de placement.

II. Les points de convergence

- 408 Les deux thèses que nous venons de présenter ne s'opposent en réalité pas autant qu'il paraît: Chacune d'elles suppose l'existence d'un but commun à tous les membres du syndicat et une participation financière de ceux-ci au prêt (1). En outre, elles prennent en compte le souci des banques consortiales d'exclure tout engagement solidaire vis-à-vis de l'emprunteur (2).

1. Le but et les apports

- 409 Il n'est pas contesté que les membres du syndicat poursuivent un but commun et font un apport, conformément aux règles applicables à la société simple (A). Ces éléments se retrouvent même lorsque l'on qualifie le contrat de syndicat de contrat innommé (B).

²⁷³ MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, p. 283 n° 81; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 565; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 214 n° 83; ALBISETTI/GSELL, p. 172 s.; EMCH/RENZ, p. 318 et 392 s.

²⁷⁴ A ce sujet, cf. DOHM, in SAS 56/1984 p. 14 ss n° 35 ss. Les contrats innommés *sui generis* («Verträge eigener Art» ou «*sui juris*») sont tous les contrats qui ne sont pas réglés par la loi (SCHLUEP [in SPR VII/2, p. 771]: «Demgegenüber sind Verträge eigener Art dadurch charakterisiert, dass sie gänzlich neue Schöpfungen darstellen»). Cf. ég. les définitions proposées par MEIER-HAYOZ, in FJS n° 1134, p. 1; KRAMER/SCHMIDLIN, Allgemeine Einleitung, n° 154; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 45 n° 230. Sur l'interprétation et le complètement de ces contrats, cf. KRAMER/SCHMIDLIN, art. 18 CO n° 255 ss; JAEGGI/GAUCH, art. 18 CO n° 547 ss.

²⁷⁵ Il convient de distinguer cette hypothèse des «pools de coordination» (ou de «concertation») du droit français où les liens entre les banques sont purement factuels. Cf. *supra* n. 259.

A. Dans l'hypothèse de la société simple

a. Le but commun

Il ne fait aucun doute que les membres du syndicat poursuivent un but commun au sens de l'art. 530 al. 1 CO (ein gemeinsamer Zweck)²⁷⁶. Ce but est double:

- D'une part, les banques consortiales veulent coordonner l'octroi d'un crédit d'un montant déterminé à l'emprunteur.
- D'autre part, elles veulent coordonner l'administration du prêt syndiqué; dans ce sens, les banques créancières acceptent des clauses contractuelles qui prévoient une gestion collective du crédit et la centralisation de la plupart des opérations liées à la gestion du prêt.

La notion de but commun doit être clairement distinguée des *mobiles* des banques qui participent au crédit²⁷⁷; Elles peuvent par exemple vouloir répartir entre elles les risques de l'opération (n° 401 ss) ou réaliser ensemble un financement de grande envergure qu'elles ne pourraient pas assumer individuellement.

b. Les apports

Il est de la nature du prêt syndiqué que chaque membre du syndicat fasse un apport (art. 531 CO)²⁷⁸ et que cet apport soit «en argent» (art. 531 al. 1 CO première hypothèse)²⁷⁹. Le montant que les banques versent à l'emprunteur permet d'obtenir le résultat convenu²⁸⁰; le versement du prêt demandé, aux conditions prévues par l'offre (n° 203 ss) faite par le chef de file (art. 531 al. 2 CO: «les apports doivent être [...] de la nature et importance qu'exige le but de la société»)²⁸¹.

²⁷⁶ Sur la notion de but commun dans la société simple, cf. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 184 s. n° 16A.; SIEGWART, art. 530 CO n° 18 ss; VON STEIGER, p. 325; PATRY, Vol. I, p. 21 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 534 n° 4135 ss.

²⁷⁷ Sur la distinction entre le but commun et les mobiles des associés dans la société simple, cf. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 32 n° 11, p. 39 n° 38 et p. 40 n° 43.

²⁷⁸ Sur la notion d'apports, cf. *idem*, p. 187 ss n° 30 ss. Eg. SIEGWART, art. 531 CO n° 1 ss; VON STEIGER, p. 325 s.; PATRY, Vol. I, p. 31 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 533 s. n° 4129 ss.

²⁷⁹ Dans sa version française, cette disposition a la teneur suivante: «Chaque associé doit faire un apport, qui peut consister en argent, en créances, en d'autres biens ou en industrie». Et dans sa version allemande: «Jeder Gesellschafter hat einen Beitrag zu leisten, sei es in Geld, Sachen, Forderungen oder Arbeit».

²⁸⁰ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 39 n° 37.

²⁸¹ Soit en allemand: «[...] so haben die Gesellschafter gleiche Beiträge, und zwar in der Art und dem Umfange zu leisten, wie der vereinbarte Zweck es erheischt». La notion d'apports est ainsi étroitement liée à celle de but commun. A ce sujet, cf. PATRY (Vol. I, p. 29): «Pour les associés, le but [...] représente la raison d'être de leur participation financière ou personnelle à la société». Eg. SIEGWART, art. 531 CO n° 1 et 4.

- 415 Le fait que ces *apports* soient généralement *inégaux* n'influence pas la qualification à donner au contrat, puisque l'art. 531 al. 1 CO, qui prévoit que les apports doivent être égaux, est de droit dispositif («sauf convention contraire») ²⁸². Par ailleurs, le fait que les banques jouent des *rôles différents* dans le syndicat (n° 67 ss) n'est pas incompatible avec la notion de société, dès lors que le système légal prévoit lui-même différentes fonctions dans la société (art. 535 CO), mais aussi la possibilité pour certains associés d'occuper une position plus favorable que d'autres (art. 533 al. 3 CO) ²⁸³.

B. Dans l'hypothèse du contrat innommé

- 416 Les partisans du contrat innommé considèrent que les banques concluent chacune avec l'emprunteur un contrat de prêt séparé. Ils constatent toutefois qu'il existe une volonté des banques de coordonner leurs actions. Cette volonté constitue un véritable lien juridique entre les banques, qui forment ainsi une communauté de droit dépassant un simple rapport de fait (cpr n° 394). C'est pourquoi ces auteurs parlent d'un «**contrat de coopération**» ²⁸⁴, qui implique une certaine coordination ²⁸⁵. Ainsi, les banques agissent de manière concertée, afin de «consentir [...] des tranches individuelles de crédit dont la somme égale le montant recherché par l'emprunteur» ²⁸⁶.
- 417 Les banques agissent ensemble et coopèrent étroitement tant dans la phase de la préparation du prêt que dans celle de sa gestion :
- 418 a) *Dans la préparation du prêt*, la communauté se forme autour du chef de file: Il lui incombe de coordonner l'action des banques, que ce soit entre elles ou vis-à-vis de l'emprunteur. Il doit par exemple fixer le montant des participations de chacune des banques (n° 221 ss) et préparer la documentation contractuelle (n° 227 ss). Quelques auteurs ont ainsi pu soutenir que le chef de file prend en charge la rédaction de conditions semblables, applicables à des contrats distincts ²⁸⁷.
- 419 b) *Dans la gestion du prêt*, la coordination est confiée à l'agent. En fait, cette fonction est simplement une conséquence de la communauté que forment

²⁸² Sur cette question, cf. p.ex. TERCIER, *Partie spéciale*, p. 543 n° 4212; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 187 n° 32.

²⁸³ DOHM, *in* SAS 56/1984 p. 13 n° 27.

²⁸⁴ BROWN, p. 170 ss; DOHM, *in* SAS 56/1984 p. 14 ss n° 35 ss.

²⁸⁵ Cette situation ne doit cependant pas être confondue avec le «pool de coordination» où l'entente entre les banques revêt un caractère purement factuel. Cf. *supra* n. 259 (ég. n. 275).

²⁸⁶ BROWN, p. 172 (cité par DOHM, *in* SAS 56/1984 p. 15 n° 36).

²⁸⁷ BELLIS, *Gestion*, p. 203 (cité par DOHM, *in* SAS 56/1984 p. 14 n° 35). Eg. BELLIS, *Partage des risques*, p. 162 ss.

les membres du syndicat au moment de la conclusion du contrat de prêt syndiqué (n° 418). Le rôle de l'agent est d'abord de centraliser, c'est-à-dire d'encaisser et répartir, les paiements faits par l'emprunteur en remboursement de sa dette, que ce soit volontairement ou dans le cadre d'une exécution forcée. L'agent doit en outre gérer les sûretés qui garantissent les créances principales des banques. On peut ainsi affirmer que l'agent est, dans les limites de ses fonctions, le représentant direct des membres du syndicat (cf. cep. n° 874 ss)²⁸⁸.

En résumé, la controverse n'est ici qu'une question de terminologie: Les 420
membres du syndicat, qu'ils soient associés d'une société simple ou parties à un «contrat de coopération», poursuivent toujours un but commun et y contribuent par un apport en argent.

2. L'exclusion de la solidarité

La solidarité des associés à l'égard des tiers peut être écartée tant lorsqu'on 421
qualifie le contrat de syndicat de contrat de société (A), que lorsqu'on le qualifie de contrat innommé (B).

A. Dans l'hypothèse de la société simple

La volonté des banques consortiales d'exclure tout engagement solidaire de 422
leur part à l'égard de l'emprunteur est compatible avec le régime de la société simple: Il est vrai que la première phrase de l'art. 544 al. 3 CO prévoit que «les associés sont solidairement responsables des engagements qu'ils ont assumés envers les tiers»²⁸⁹; cette règle est toutefois de **droit dispositif**, puisque l'art. 544 al. 3 CO *in fine* réserve expressément les conventions contraires passées avec des tiers²⁹⁰. Dès lors, lorsqu'elles forment une société simple, les banques consortiales peuvent stipuler dans le contrat conclu avec l'emprunteur que tout engagement solidaire de leur part est exclu²⁹¹.

²⁸⁸ Sur cette question, cf. DOHM, *in* SAS 56/1984 p. 15 s. n° 40 ss, ainsi que la jurisprudence et la doctrine qu'il cite.

²⁸⁹ Soit en allemand: «Haben die Gesellschafter gemeinschaftlich oder durch Stellvertretung einem Dritten gegenüber Verpflichtungen eingegangen, so haften sie ihm solidarisch». Relevons que l'art. 544 al. 3 CO ne régit que les rapports de la société avec les tiers (les rapports externes; «die Aussenverhältnisse»). A ce sujet, cf. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 208 s. n° 51 ss et les auteurs cités; é.g. GUHL/MERZ/KUMMER, p. 570 s.; HIRSCH, *in* Mélanges Deschenaux p. 421 ss. Les rapports internes («die Innenverhältnisse») font l'objet d'autres dispositions. Cf. ATF 103/1977 II 138 ss cons. 4 (résumé par GAUCH/AEPLI/CASANOVA, *ad* art. 544 al. 3 CO).

²⁹⁰ A ce sujet, cf. *supra* n. 185.

²⁹¹ Cf. les clauses citées *supra* n. 268.

B. Dans l'hypothèse du contrat innommé

- 423 Rien ne s'oppose non plus à ce que l'on insère dans un contrat innommé une clause excluant la solidarité passive. Aucune disposition légale impérative n'interdit en effet l'exclusion contractuelle de la solidarité vis-à-vis des tiers.
- 424 En droit suisse, la règle est la **divisibilité de la créance** («*nomina ipso jure sunt divisa*») ²⁹². Même si la loi ne le dit pas expressément, on peut le déduire aisément de l'art. 143 al. 2 CO ²⁹³, qui déclare qu'à défaut d'une convention stipulant clairement la solidarité, celle-ci «n'existe que dans les cas prévus par la loi» ²⁹⁴. Or, les deux principales règles légales qui instituent la solidarité à la suite de la conclusion d'un contrat sont de droit dispositif:
- 425 – C'est d'abord le cas de l'art. 544 al. 3 CO dont il vient d'être question (n° 422).
- 426 – C'est en plus le cas de l'art. 181 al. 2 CO (acquisition d'un patrimoine) ²⁹⁵, pour lequel il est unanimement admis que le créancier peut déclarer accepter le reprenant à la place de l'ancien débiteur ²⁹⁶ et renoncer ainsi à son droit de poursuivre solidairement l'ancien débiteur et le reprenant ²⁹⁷.

III. Le point de divergence: l'exclusion du régime des créanciers en main commune

- 427 Les opinions sur la nature juridique du contrat de syndicat divergent à partir du moment où l'on essaie de déterminer quel régime de «propriété» peut être retenu pour la créance des banques consortiales contre l'emprunteur. Nous commencerons par présenter le problème (1), pour analyser ensuite l'influence que les opinions divergentes émises sur la question exercent sur la qualification du contrat (2). Enfin, nous proposerons notre solution (3).

²⁹² GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 203 n° 2370; GAUCH/SCHLUEP, p. 271 n° 2374 s.

²⁹³ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 203 n° 2370.

²⁹⁴ Sur cette disposition, cf. *idem*, p. 207 s. n° 2393 ss. Eg. BUCHER, p. 488. Pour une liste des principales règles légales prévoyant la solidarité, cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 208 n° 2399; GAUCH/SCHLUEP, p. 273 s. n° 2389 ss.

²⁹⁵ Aux termes de cette disposition: «[...] l'ancien débiteur reste solidairement obligé pendant deux ans avec le nouveau; ce délai court, pour les créances exigibles, dès l'avis ou la publication, et, pour les autres créances, dès la date de leur exigibilité». A ce sujet, cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 191 ss n° 2304 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 260 ss n° 2329 ss; BUCHER, p. 588 ss.

²⁹⁶ Cf. p.ex. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 193 n° 2316; GAUCH/SCHLUEP, p. 262 n° 2338; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 257.

²⁹⁷ Sur ces questions, cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 192 ss n° 2313 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 262 n° 2337 s.; BUCHER, p. 590 s.

1. Le problème

Les membres du syndicat sont des **créanciers collectifs** (*gemeinschaftliche Gläubigerschaft*)²⁹⁸: 428

Ils sont titulaires d'une même créance, qu'ils ne peuvent faire valoir qu'ensemble; et l'emprunteur ne peut se libérer de sa dette qu'en faisant sa prestation à tous les membres du syndicat collectivement ou à un représentant désigné par eux.

Il existe **deux types** de créanciers collectifs, pour lesquels on applique par analogie ou bien les règles de la propriété commune ou bien celles de la copropriété: 429

- a) *Les créanciers communs*²⁹⁹: Dans un régime analogue à la propriété commune (art. 652 ss CC)³⁰⁰, les créanciers n'ont pas de «quote-part» dont ils pourraient disposer³⁰¹. Ils n'ont par ailleurs pas de prétention en partage de la propriété commune³⁰² (art. 653 al. 3 CC: «Le partage et le droit de disposer d'une quote-part sont exclus aussi longtemps que dure la communauté»)³⁰³. Dans cette mesure, les créanciers ne peuvent disposer de «leur» créance envers l'emprunteur qu'après la liquidation de la société³⁰⁴. Avant cet événement, ils ne peuvent en principe exercer leurs droits qu'au sein et par l'intermédiaire de la société³⁰⁵. 430
- b) *Les créanciers par quote-parts*³⁰⁶: Dans un régime analogue à la copropriété (art. 646 ss CC)³⁰⁷, chaque créancier est titulaire d'un droit qui 431

²⁹⁸ Sur ces questions, cf. LARENZ, Vol. I, p. 564 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 200 s. n° 2351 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 269 s. n° 2363 ss.

²⁹⁹ A ce sujet, cf. LARENZ, Vol. I, p. 564 s.; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 200 n° 2354; GAUCH/SCHLUEP, p. 270 n° 2365.

³⁰⁰ Sur la propriété commune en général, cf. MEIER-HAYOZ, Vorbemerkungen zu den Art. 646–654 ZGB, n° 12 et art. 652 CC n° 1 ss; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Vorbemerkungen zu den Art. 646–654 ZGB, n° 4 et *ad* art. 652 ss CC; STEINAUER, Droits réels, p. 354 ss n° 1367 ss.

³⁰¹ STEINAUER, Droits réels, p. 355 n° 1369, p. 358 n° 1381 et p. 360 n° 1388.

³⁰² A ce sujet, cf. *idem*, p. 357 n° 1375: «[Le communiste] ne peut mettre fin à la propriété commune que dans la mesure où il peut exiger la dissolution de la communauté qui la fonde». Sur ces questions, cf. MEIER-HAYOZ, art. 652 CC n° 77 ss et *ad* art. 654 CC (en particulier, pour la société simple, art. 654 CC n° 12).

³⁰³ Soit en allemand: «Solange die Gemeinschaft dauert, ist ein Recht auf Teilung oder die Verfügung über einen Bruchteil der Sache ausgeschlossen». MEIER-HAYOZ, art. 653 CC n° 30.

³⁰⁴ DOHM, *in* SAS 56/1984 p. 15 n° 31 s.

³⁰⁵ STEINAUER, Droits réels, p. 354 s. n° 1368; MEIER-HAYOZ, art. 652 CC n° 1. Sur les différentes théories expliquant le régime juridique lié à la propriété commune, cf. STEINAUER, Droits réels, p. 335 n° 1369 ss.

³⁰⁶ A ce sujet, cf. LARENZ, Vol. I, p. 565 s.; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 201 n° 2355 s.; GAUCH/SCHLUEP, p. 270 n° 2366 s.

³⁰⁷ Sur la copropriété en général, cf. MEIER-HAYOZ, Vorbemerkungen zu den Art. 646–654 ZGB, n° 13 ss et art. 646 CC n° 1 ss; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Vorbemerkungen zu den Art. 646–654 ZGB, n° 3 et art. 646 CC n° 8; STEINAUER, Droits réels, p. 289 ss n° 1115 ss.

porte sur l'ensemble des biens du syndicat, mais qui est limité par l'existence du droit des autres copropriétaires³⁰⁸. On est donc en présence d'un «droit de propriété unique, dont plusieurs personnes sont titulaires»³⁰⁹. Toutefois, bien que la part de copropriété des créanciers (la «quote-part») soit non-matérielle («idéale»)³¹⁰, elle est tout de même un objet de propriété individuelle dont le titulaire peut disposer³¹¹ (cf. art. 646 al. 3 CC *in fine*: «Chacun des copropriétaires a les droits [...] du propriétaire en raison de sa part, qu'il peut aliéner ou engager et que ses créanciers peuvent saisir»)³¹².

- 432 Comme les banques consortiales veulent en principe pouvoir disposer librement et en tout temps de «leur» créance (n° 404), c'est le **système de la copropriété (n° 431) qui correspond le mieux à leurs intentions**³¹³. Le montant des participations des membres du syndicat peut en outre servir de base au calcul des quote-parts; on parvient ainsi à un système de fractions, usuel en matière de copropriété.
- 433 Or, la question de l'application analogique des règles de la copropriété aux créances est controversée³¹⁴. Ainsi, **la doctrine dominante** opère une distinction³¹⁵ entre les choses mobilières et immobilières (die Sachen) et les créances:
- 434 a) Seules les *choses* pourraient être soumises conventionnellement au régime de la copropriété.
- 435 b) Par contre, les *créances* d'une communauté, dont les biens sont de par la loi soumis à la propriété commune, ne pourraient en principe être soumises à un autre régime; cette interdiction porterait également sur les

³⁰⁸ STEINAUER, Droits réels, p. 290 n° 1117.

³⁰⁹ *Idem*, p. 290 n° 1116.

³¹⁰ *Idem*, p. 290 n° 1117. Sur la notion de quote-part, cf. surtout MEIER-HAYOZ, art. 646 CC n° 43; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, art. 646 CC n° 8. Fg. STEINAUER, Droits réels, p. 311 n° 1198.

³¹¹ Sur ces questions, cf. MEIER-HAYOZ, art. 646 CC n° 54 ss; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, art. 646 CC n° 10 ss; STEINAUER, Droits réels, p. 290 n° 1117.

³¹² Dans sa version allemande, l'art. 646 al. 3 CC a la teneur suivante: «Jeder Miteigentümer hat für seinen Anteil die Rechte und Pflichten eines Eigentümers, und es kann dieser Anteil von ihm veräußert und verpfändet und von seinen Gläubigern gepfändet werden».

³¹³ Le régime de la copropriété permet aussi aux membres du syndicat de parer aux risques encourus lors de l'*insolvabilité de l'un d'entre eux*, puisqu'il n'est pas nécessaire de procéder à la liquidation de la société pour «individualiser» la part de liquidation de la banque poursuivie (cpr art. 545 al. 1 ch. 3 CO *in initio*): Celui qui acquiert la part de copropriété n'est pas titulaire d'un droit dans la liquidation de la société, mais d'une quote-part de la créance collective qu'ont les membres du syndicat contre l'emprunteur. Cf. ég. n° 464 ss et 515.

³¹⁴ Sur ces questions, cf. surtout MEIER-HAYOZ, Vorbemerkungen zu den Art. 646–654 ZGB, n° 25; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Vorbemerkungen zu den Art. 646–654 ZGB, n° 13. Avec les nombreuses références citées par ces auteurs.

³¹⁵ Cf. surtout MEIER-HAYOZ, Vorbemerkungen zu den Art. 646–654 ZGB, n° 25 (voir cep. *infra* n. 333); HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Vorbemerkungen zu den Art. 646–654 ZGB, n° 13.

sûretés réelles garantissant les créances des membres de la communauté à l'égard des tiers³¹⁶.

Une exception est toutefois faite pour les *papiers-valeurs*: Ceux-ci peuvent faire l'objet d'un droit de copropriété³¹⁷, la copropriété du support matériel impliquant la copropriété du droit qu'il représente. Cette exception a cependant une importance relative dans notre domaine, puisque les «promissory notes», qui sont établies lors de la conclusion d'euro-crédits syndiqués, ne sont en principe pas des papiers-valeurs (n° 233 ss)³¹⁸. 436

Pour d'autres auteurs³¹⁹, les créanciers peuvent aménager leurs rapports comme ils l'entendent, conformément au principe de la liberté contractuelle (art. 19 al. 1 CO)³²⁰. Cette opinion trouve avant tout appui dans le texte de l'art. 544 al. 1 CO *in fine*, qui prévoit que «les choses, les créances et les droits réels [...] appartiennent en commun aux associés *dans les termes du contrat de société*»³²¹. Or, cette norme n'opère aucune distinction entre les différents biens et droits qu'elle mentionne. 437

2. L'influence de la controverse sur la qualification du contrat de syndicat

Deux des trois auteurs qui se sont prononcés sur la nature juridique du contrat de syndicat, MM. DOHM et BIERI, ont tenu compte de la controverse sur la «copropriété» des créances dans leurs solutions³²². 438

³¹⁶ Cf. MEIER-HAYOZ (Vorbemerkungen zu den Art. 646–654 ZGB, n° 25): «Dagegen ist nach herrschender Ansicht Mitberechtigung nach Bruchteilen an Forderungsrechten und ihren dinglichen Nebenrechten (Pfandrechten) ausgeschlossen». Cf. ég. les références citées par cet auteur.

³¹⁷ MEIER-HAYOZ (Vorbemerkungen zu den Art. 646–654 ZGB, n° 26): «Eine Ausnahme machen die in einem Wertpapier verbriefen Forderungen und andern Rechte; hier schliesst das Miteigentum am Papier die Mitberechtigung hinsichtlich der darin enthaltenen Vermögensrechte in sich (VEB 1935 91 = ZBGR 1942 32 f.; SJZ 1915/16 392)».

³¹⁸ Une solution résiderait peut-être dans la «securitisation» de ces créances: Il s'agirait d'établir des documents ayant la qualité de papiers-valeurs (vraisemblablement des billets à ordre), qui représenteraient chacun la quote-part individuelle des membres du syndicat. Cette solution impliquerait toutefois un changement important dans la pratique bancaire internationale.

³¹⁹ Cf. surtout ZOBL, Aenderungen, p. 17 s. Eg. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 201 n° 2356; GAUCH/SCHLUEP, p. 270 n° 2367. En droit allemand, SOERGEL/SIEBERT, § 741 n° 13; LARENZ, Vol. I, p. 565 s.; *idem*, in Therings Jahrbücher für die Dogmatik 1933, p. 165 ss.

³²⁰ Sur cette question, cf. surtout GAUCH/SCHLUEP/TERCIER et GAUCH/SCHLUEP cités *supra* n. 319.

³²¹ Souligné par l'auteur. Soit en allemand: «Sachen, dingliche Rechte oder Forderungen, die an die Gesellschaft übertragen oder für sie erworben sind, gehören den Gesellschaftern gemeinschaftlich nach Massgabe des Gesellschaftsvertrages».

³²² Le troisième auteur, FRANCONI, n'aborde la question qu'incidemment. Contrairement à DOHM et BIERI, il n'a en effet retenu que l'opinion de la doctrine en matière de droit des sociétés, laissant de côté les avis exprimés dans les commentaires sur les droits réels. FRANCONI, p. 67 n. 18. Or, à une exception près, le premier groupe d'auteurs ne prend position que sur le caractère dispositif de l'art. 544 al. 1 CO en général, c'est-à-dire sans distinguer les biens sur lesquels porte le régime de la propriété. Cf. surtout VON STEIGER, p. 382 s. (sp. n. 59). Eg. BECKER, art. 530 CO n° 19 et

- 439 Toutefois, bien qu'ayant posé la même prémisse, à savoir le rejet de l'application analogique des règles sur la copropriété aux créances³²³, ces auteurs retiennent des qualifications divergentes:
- 440 a) Comme nous l'avons déjà exposé, M. DOHM adopte un système à deux degrés³²⁴: 1°) Les banques consortiales accordent des «crédits distincts ayant chacun sa vie spécifique»³²⁵; et 2°) elles passent entre elles un «**contrat de coopération sui generis**» destiné à coordonner leurs actions dans la formation et la gestion du prêt (ég. n° 407)³²⁶.
- 441 b) M. BIERI³²⁷ suggère un autre modèle, également destiné à éviter la soumission des créances consortiales au régime de la propriété commune³²⁸. Pour cet auteur, les syndicats formés à l'occasion de l'octroi d'un prêt sont des **sociétés simples sans patrimoine** («ohne Gesellschaftsvermögen»)³²⁹, où les banques sont chacune juridiquement titulaires de créances séparées³³⁰. Toutefois, parce que les droits et obligations des banques sont tous dirigés vers l'emprunteur, la conclusion et l'exécution du contrat de prêt sont les apports que les membres du syndicat font à la société³³¹; en plus, le but social s'identifie avec celui du contrat de prêt³³².
- 442 Certes, ces solutions divergent lorsqu'elles abordent la nature juridique du contrat. Elles se rejoignent en revanche dans les modèles élaborés: Tant M. DOHM que M. BIERI admettent que les banques ont des créances séparées contre l'emprunteur; similairement, tous deux reconnaissent qu'une certaine coordination est nécessaire et existe dans les deux phases du contrat de prêt syndiqué.

3. Notre solution

- 443 A notre avis, les membres d'une société simple peuvent convenir que tout le patrimoine social est soumis au régime de la copropriété plutôt qu'à celui de

544 CO n° 2; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 67 n° 64, *Contra*; SIEGWART, art. 544 CO n° 8. Par contre, le second groupe d'auteurs a opéré une telle distinction et a refusé d'appliquer par analogie aux créances les dispositions sur la copropriété (n° 433 ss). Cf. *supra* n. 315. FRANCONI a dès lors pu affirmer (p. 67 et 70 s.) que le régime de la propriété n'exerçait aucune influence sur la qualification à donner au contrat de syndicat. Cf. n° 551 ss.

³²³ DOHM, in SAS 56/1984 p. 14 n° 30; BIERI, p. 190.

³²⁴ DOHM, in SAS 56/1984 p. 14 ss n° 35 ss.

³²⁵ *Idem*, p. 14 n° 35 (citant BELLIS, p. 162 ss et 203, et BROWN, p. 170 ss).

³²⁶ *Ibidem*.

³²⁷ BIERI, p. 149 ss.

³²⁸ *Idem*, p. 190 ss.

³²⁹ *Ibidem*.

³³⁰ BIERI, p. 152 et 190 s.

³³¹ *Idem*, p. 152 («Abschluss und Erfüllung des Schuldvertrages sind als gesellschaftliche Beitragspflichten geschuldet»).

³³² *Idem*, p. 153 («Der Gesellschaftszweck ist der Vertragszweck des Schuldvertrages»).

la propriété commune, sans égard à la nature des biens qui le composent³³³. On peut dès lors éviter les inconvénients de la propriété commune sans avoir recours à des structures du type de celles proposées par MM. DOHM et BIERI (n° 438 ss). Notre solution repose sur le texte de la loi (A), l'historique de la disposition (B) et le système général du Code (C).

A. Les arguments littéraux

L'art. 544 CO («effets de la représentation») est rédigé de façon à ce que 444
chacun de ses alinéas puisse être compris comme étant de droit disposi-
tif:

- Le deuxième alinéa³³⁴, selon lequel «les créanciers d'un associé ne peuvent 445
exercer leurs droits que sur sa part de liquidation», prévoit expressément
que le contrat de société peut en disposer autrement (art. 544 al. 2 *in fine*;
cf. ég. n° 464 ss)³³⁵.
- Le troisième, selon lequel les associés sont solidairement responsables des 446
engagements pris envers les tiers, réserve également les conventions
contraires (n° 422).
- Le premier, avec sa référence aux «termes du contrat», doit être interprété 447
dans un sens qui correspond à celui du reste de la disposition.

³³³ Nous ne sommes d'ailleurs pas le premier à reconnaître cette faculté aux membres d'une société simple. Cf. surtout ZOBL, Aenderungen, p. 18; *idem*, art. 884 CC n° 29. Telle semble aussi être l'opinion de MEIER-HAYOZ. En effet, certes, cet auteur rappelle dans son commentaire sur le droit de la propriété qu'il n'est en principe pas possible de constituer des créances en copropriété. Vorbemerkungen zu den Art. 646–654 ZGB, n° 25. Mais, dans ce même ouvrage, en relation avec l'art. 652 CC cette fois, il souligne le caractère dispositif de l'art. 544 al. 1 CO, sans toutefois préciser s'il est possible de déroger à la propriété commune également pour les créances. Art. 652 CC n° 30 ss. C'est pourtant dans ce sens que cette réserve doit être interprétée. Dans le *précis* que MEIER-HAYOZ a rédigé avec FORSTMOSER *sur le droit des sociétés* – et auquel renvoie le commentaire sur les droits réels – il est clairement fait allusion à la possibilité pour les associés d'une société simple de stipuler que toute la fortune sociale, *y compris les créances*, peut être soumise au régime de la copropriété: «falls aber ausdrücklich eine Miteigentums- oder Bruchteilsgemeinschaft vereinbart worden ist, hat damit der einzelne Gesellschafter die Möglichkeit, über seinen Anteil (an Sachen, Forderungen usw.) zu verfügen». MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 183 s. n° 15 (souligné par l'auteur). On peut donc affirmer, sans trop se risquer, que MEIER-HAYOZ admet qu'une exception peut être faite pour la société simple. Il importe de souligner que cette exception a un caractère tout à fait spécial et qu'elle ne vaut pas, par exemple, pour les sociétés en nom collectif (cf. art. 557 CO) et en commandite (cf. art. 598 CO). MEIER-HAYOZ, art. 652 CC n° 35; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 205 n° 17.

³³⁴ A ce sujet, cf. VON STEIGER, p. 448; SIEGWART, art. 544 CO n° 20 ss; BECKER, art. 544 CO n° 4; PATRY, Vol. I, p. 244; TERCIER, Partie spéciale, p. 553 n° 4293; HIRSCH, in *Mélanges Deschenaux*, p. 423 ss.

³³⁵ Dans sa version allemande, cette disposition a la teneur suivante: «Die Gläubiger eines Gesellschafters können, wo aus dem Gesellschaftsvertrage nichts anderes hervorgeht, zu ihrer Befriedigung nur den Liquidationsanteil ihres Schuldners in Anspruch nehmen».

- 448 Cette interprétation a d'ailleurs été adoptée par la majorité des commentateurs du *droit des sociétés*³³⁶.
- 449 Rappelons cependant que la doctrine dominante en matière de *droits réels* refuse d'appliquer aux créances un régime analogue à celui de la copropriété et que, si l'on suit ces auteurs, le caractère dispositif de l'art. 544 al. 1 CO ne concerne que les «choses» et «droits réels» et non les créances (n° 433 ss). Une telle interprétation est toutefois contraire non seulement au texte de l'art. 544 CO, mais aussi aux origines de cette disposition et au système de la loi.

B. Les arguments historiques

- 450 L'historique de la disposition démontre que les associés peuvent être des créanciers par quote-parts:
- 451 – D'une part, parce que l'ancien Code des obligations prévoyait expressément l'application du régime de la copropriété.
- 452 – D'autre part, parce que ce système n'a pas été définitivement exclu au moment de l'adoption du Code de 1911.
- 453 **1. L'art. 544 al. 1 aCO prévoyait le régime de la copropriété comme régime légal pour tous les biens de la société simple.**
- 454 On aurait pu avoir quelques hésitations en parcourant le texte français, selon lequel «la propriété qui a été acquise au nom de la société ou qui lui a été transférée appartient *par indivis* à chacun des créanciers»³³⁷. Mais le choix du système des quote-parts³³⁸ ressortait clairement de la version allemande de cette disposition, où le terme «indivis» était traduit par «*Miteigentum*»³³⁹. Cette interprétation a en outre été retenue par la doctrine unanime³⁴⁰.
- 455 Le deuxième alinéa de l'art. 544 aCO³⁴¹ levait tout doute, puisqu'il déclarait expressément que chaque membre de la société était créancier des débiteurs sociaux à concurrence de sa part:

³³⁶ Voir *supra* n. 322.

³³⁷ Soit en allemand: «Ist Eigentum an die Gesellschaft übertragen oder im Namen derselben erworben worden, so gehört es den einzelnen Gesellschaftern zu *Miteigentum*» (souligné par l'auteur).

³³⁸ Les quote-parts pouvaient être ou égales (art. 646 al. 2 CC) ou calculées d'après les parts aux bénéfices des associés (art. 533 CO).

³³⁹ Cf. le texte allemand *supra* n. 337.

³⁴⁰ Cf. VON STEIGER, p. 382 n. 57; SIEGWART, art. 544 CO n° 7; ZOBL, Aenderungen, p. 18; avec les nombreuses références citées par ces auteurs.

«Si des créances ont été acquises au nom de la société ou transférées à cette dernière, chaque associé est créancier du débiteur pour sa part et portion»³⁴².

Enfin, il ressort de deux arrêts rendus par le Tribunal fédéral sous l'empire de l'ancien droit que les règles et principes régissant les créances étaient en tous points comparables à ceux applicables aux choses³⁴³.

2. Dans son Projet de 1905³⁴⁴, le Conseil fédéral a pris les premières mesures pour passer du système de la copropriété à celui de la propriété commune³⁴⁵. Il a justifié ce changement comme suit:

«Dans la matière des sociétés, on pouvait se demander s'il n'était pas désirable d'entreprendre une réforme sérieuse, en déclarant expressément, à l'exemple de la législation allemande et comme l'exige la nature des choses, que le système de la propriété commune, du *Gesamteigentum*, est applicable entre associés. Si, pour ne pas dévier de notre méthode, nous n'avons pas procédé à cette modification décisive, les dispositions du projet du CC concernant les deux espèces de propriété de plusieurs sur un même bien (art. 640 à 648) nous obligeaient du moins à ne pas fausser, en employant le terme 'co-propriété', le véritable caractère des droits de propriété entre associés; et nous avons parlé, à l'art. 1610 (art. 544 al. 2 CO), de propriété leur appartenant en commun. Dès lors, les associés ne sont pas de simples copropriétaires; ils sont soumis aux effets des

³⁴¹ Sur cette disposition, cf. les auteurs *supra* n. 340.

³⁴² Soit en allemand: «Sind Forderungsrechte an die Gesellschaft übertragen oder im Namen derselben erworben worden, so wird jeder Gesellschafter nach seinem Anteil Gläubiger des Schuldners».

³⁴³ ATF 28/1902 II 375, 389; ATF 37/1911 II 132, 134 s. et 136 s.

³⁴⁴ Projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (droit des obligations et titre final), du 3 mars 1905, *in* FF 1905 II 1.

³⁴⁵ Le passage de la copropriété à la propriété commune a été «confirmé» par le Conseil fédéral dans son Rapport de 1909. Commentant les relations entre le changement de régime de propriété et l'exécution forcée, le Conseil fédéral a fait observer (*in* FF 1909 III 777):

«Dans le titre de la société simple, nous n'avons à mentionner qu'une modification: A l'article 1610, on a exprimé de façon non équivoque, par une formule nouvelle, l'abandon du système de la propriété sociale pour celui de la propriété commune (*Gesamteigentum*), dont il est question à la page 38 du message: les choses, créances, et droits civils transférés à la société ou pour elle acquis, appartiennent en commun aux associés conformément au contrat de société (cfr. art. 652 du code civil), et les créanciers d'un associé ne peuvent par conséquent exercer leurs droits que sur sa part de liquidation. Par suite de cette modification, au lieu de mentionner à l'article 1611, chiffre 3, parmi les causes de dissolution, l'acte de défaut de biens obtenu contre un associé, il a fallu mentionner le fait que la part de liquidation d'un associé est l'objet d'une exécution forcée».

En analysant de plus près le texte du Message (FF 1905 II 38, cité ci-après), il semble plutôt que – dans un premier temps en tout cas – le Conseil fédéral ne voulait pas opérer un tel changement. Les termes «en commun» («*gemeinschaftlich*») devaient être des termes neutres désignant tant la propriété commune que la copropriété. Cf. ég. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (p. 40 n° 64), pour qui les termes «appartiennent en commun» couvrent les deux régimes: «[A]n den Vermögensgegenständen besteht gemeinschaftliches Eigentum (Gesamt- oder Miteigentum) der Mitglieder». Aujourd'hui, il est toutefois unanimement admis que, sous réserve de conventions contraires, les biens de la société sont soumis au régime de la propriété commune. Cf. VON STEIGER, p. 382 n. 57 *in fine* (avec les références citées); MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 183 n° 14 («Im Zweifel...»).

conventions passées entre eux et les tiers avec lesquels ils contractent. Et c'est intentionnellement qu'à l'art. 1610 al. 2 les mots 'part et portion' ont été remplacés par ceux de 'part de liquidation'»³⁴⁶.

- 458 Il résulte de ces motifs que le Conseil fédéral, en proposant sa nouvelle version de l'art. 544 al. 1 CO, n'a pas voulu exclure la copropriété pour les biens de la société simple. Au contraire, il a clairement laissé aux associés le droit d'aménager leurs relations comme ils l'entendent et ainsi de choisir le régime qui leur convient le mieux. En outre, il n'a à aucun moment voulu distinguer entre les choses et les créances. La règle du Projet de 1909 (art. 1610 al. 1; FF 1909 III 943) doit être interprétée en tenant compte des intentions initiales des auteurs du Projet de 1905 (n° 457), tout en retenant la propriété commune comme régime légal³⁴⁷: En l'absence de motifs d'intérêt public prépondérants, **il convient d'opter pour la solution qui privilégie la liberté contractuelle**. Or, la disposition qui a été adoptée par les Chambres fédérales a une teneur très proche de celle du Projet de 1909; elle n'a pas fait l'objet de discussions spéciales³⁴⁸.

C. Les arguments systématiques

- 459 Trois groupes de dispositions légales, adoptées avec ou après le nouvel art. 544 al. 1 CO, démontrent également que les règles de la copropriété peuvent être appliquées par analogie aux créances sociales:

- 460 **1. La solidarité passive des associés** prévue par l'art. 544 al. 3 CO peut être exclue par convention. La loi réserve expressément cette faculté aux membres de la société. On ne voit pas quels motifs permettraient de traiter différemment la pluralité de débiteurs et la pluralité de créanciers. Ce d'autant que le régime de la solidarité pour les dettes de la communauté est étroitement lié à celui de la propriété commune. En effet, comme le relève M. STEINAUER:

«Le droit suisse ne connaît pas de 'dettes communes' qui ne pourraient être exigées que de l'ensemble des communistes [...]. Pour ce qui est des rapports externes, il faut donc se reporter à l'art. 143 CO, qui ne prévoit la solidarité entre les débiteurs que si elle a été convenue ou dans les cas mentionnés par la loi. Précisément, *en cas de propriété commune, la loi prescrit la solidarité dans de nombreuses hypothèses* (voir, pour l'indivision, l'art. 342; pour la communauté héréditaire, l'art. 603; pour la société simple, l'art. 544 al. 3 CO; pour la société en nom collectif, l'art. 568 al. 1 CO)»³⁴⁹.

³⁴⁶ FF 1905 II 38 (souligné par l'auteur).

³⁴⁷ Cf. le Rapport du Conseil fédéral, *supra* n. 345.

³⁴⁸ Cf. Bull. stén. CN 1909 p. 702, 711 (M. Rutt, rapporteur français) et 719 s. (M. Huber, rapporteur allemand); Bull. stén. CdE p. 233 (M. Hoffmann, rapporteur allemand). Eg. le Rapport de la Commission de rédaction (FF 1911 I 695).

³⁴⁹ STEINAUER, Droits réels, p. 360 n° 1387.

Or, cette conception se retrouve dans les contrats que nous avons été amené à consulter. On en veut pour preuve les deux clauses suivantes, qui figuraient dans le même contrat:

(1) «Die Konsortialbanken gewähren dem Borger zu *gesamter Hand* Kredit bis zum Maximalbetrag von. Fr. [...] Mio. (Franken [...] Millionen)»; *et*

(2) «Die Konsortialbanken erklären hiermit ausdrücklich, den Konsortialkredit als Gesamtgläubigerinnen zu gewähren. Sie sind sich dabei bewusst, dass dies nach der derzeitigen Praxis der Eidgenössischen Steuerverwaltung die *Solidarhaftung* jeder einzelnen Bank für die Kredithergabe bedeutet, und dass Unterbeteiligungen an der oben erwähnten Darlehensforderung nur durch das gesamte Konsortium abgegeben werden können».

2. Dans le domaine de la propriété par étages, l'art. 712l al. 1 CC³⁵⁰ *in initio* prévoit que «la communauté [des copropriétaires par étages] acquiert, en son nom, les avoirs résultant de sa gestion, notamment les contributions des copropriétaires»³⁵¹.

Comme cette disposition n'indique pas le régime de propriété applicable à ces biens, on est en présence d'une lacune proprement dite (eine echte Lücke)³⁵². Selon M. ZOBL, celle-ci doit être comblée comme suit: *Tous les biens appartenant à la communauté des propriétaires par étages sont soumis au régime de la copropriété*; cette affirmation vaut également pour les créances (cf. é.g. art. 712g al. 1 CC)³⁵³. On ne voit pas les raisons qui pourraient justifier l'application de ce principe à la communauté des copropriétaires par étages et son rejet lorsqu'on aborde les dispositions régissant la société simple.

3. En relation avec le droit de la poursuite pour dettes et de la faillite, l'art. 545 al. 1 ch. 3 CO³⁵⁴ prévoit que la société prend fin lorsque la part d'un associé fait l'objet d'une exécution forcée ou qu'un associé tombe en faillite. Cette règle est une conséquence du remplacement du régime de la copropriété par celui de la propriété commune³⁵⁵: Comme les créanciers ne peuvent pas saisir une quote-part du patrimoine social (cpr. art. 646 al. 3 CC), il faut procéder à la liquidation de la société. Ce principe a son pendant dans

³⁵⁰ Sur cette disposition, cf. les auteurs cités par STEINAUER, Droits réels, p. 260 n° 1001. Eg. TUOR/SCHNYDER, p. 622.

³⁵¹ Dans sa version allemande, cette disposition a la teneur suivante: «Unter ihrem eigenen Namen erwirbt die Gemeinschaft das sich aus ihrer Verwaltungstätigkeit ergebende Vermögen, wiewohl namentlich die Beitragsforderungen».

³⁵² ZOBL, Aenderungen, p. 18. Eg. *idem*, art. 884 CC n° 29.

³⁵³ A ce sujet, cf. ZOBL, Aenderungen, p. 18; FREI H., Zum Aussenverhältnis der Gemeinschaft der Stockeigentümer, th. Zurich 1970, p. 34 ss; MUELLER K., Der Verwalter von Liegenschaften mit Stockwerkeigentum, th. Berne 1975, p. 38 n. 35.

³⁵⁴ Sur cette disposition, cf. surtout VON STEIGER, p. 453 et 448. Eg. SIEGWART, art. 545-547 CO n° 11; TERCIER, Partie spéciale, p. 555 n° 4314 ss; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 571 s.

³⁵⁵ Cf. p.ex. l'extrait du Rapport du Conseil fédéral *supra* n. 345. Eg. VON STEIGER, p. 448 et les références citées; GAUCH, Beendigung, p. 115 s.

l'art. 544 al. 2 CO, selon lequel «les créanciers d'un associé ne peuvent exercer leurs droits que sur sa part de liquidation»³⁵⁶.

- 465 Les associés peuvent toutefois déroger au système légal en insérant dans le contrat de société une disposition spéciale à cet effet (art. 544 al. 2 CO *in fine*; n° 445). On retrouve ce principe dans l'ordonnance du Tribunal fédéral concernant la saisie et la réalisation des parts de communautés, du 17 janvier 1923 (RS 281.41)³⁵⁷. L'art. 1 de cette ordonnance souligne ainsi que la règle énoncée à l'art. 544 al. 2 CO *in initio* s'applique à moins que «le contrat de société ne [prévoie] expressément que les biens sociaux sont la copropriété des associés» (art. 1 al. 2 *in fine*)³⁵⁸.
- 466 Or, ni le législateur dans l'art. 544 al. 2 CO, ni le Tribunal fédéral dans son ordonnance³⁵⁹, n'ont opéré une distinction choses/créances comparable à celle proposée par la doctrine majoritaire pour l'art. 544 al. 1 CO (n° 433 ss)³⁶⁰.

§ 7 La nature des contrats de syndicat indirect

- 467 Comme les contrats de syndicat direct et indirect présentent de nombreux aspects communs (n° 115 ss), nous reprendrons pour la qualification du second type de contrat la «grille» que nous venons d'appliquer au premier type.

³⁵⁶ Pour la version allemande de cette disposition et des références doctrinales, cf. *supra* n. 334 s. Il faut toutefois réserver la possibilité d'insérer une «clause de continuation» dans le contrat de société, lorsque celle-ci est soumise au régime de la propriété commune (application analogique de l'art. 545 al. 1 ch. 2 CO). A ce sujet, cf. TERCIER, Partie spéciale, p. 554 n° 4308 et p. 555 n° 4314 ss. Rappelons toutefois que, selon le Tribunal fédéral, l'art. 545 al. 1 ch. 3 serait impératif et que la faillite d'un associé entraînerait automatiquement la dissolution de la société. ATF 78/1952 III 167, JdT 1953 II 51. Quoi qu'il en soit, on ne saurait appliquer cette solution aux sociétés soumises au régime de la copropriété (cf. n° 515). Eg. *supra* n. 313.

³⁵⁷ Soit en allemand: «Verordnung des Bundesgerichts über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen». Sur cette ordonnance, cf. VON STEIGER, p. 448 s.; SIEGWART, art. 544 CO n° 21 ss; MEIER-HAYOZ, art. 653 CC n° 21 ss; FRITZSCHE/WALDER, p. 303 ss n° 59 ss; BISANG; STEINAUER, Droits réels, p. 362 n° 1393.

³⁵⁸ En allemand, cette disposition a la teneur suivante: «Dies gilt auch dann, wenn der Schuldner am Vermögen einer einfachen Gesellschaft Anteil hat und nicht im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vereinbart worden ist, das Gesellschaftsvermögen stehe im Miteigentum der Gesellschafter». A ce sujet, cf. VON STEIGER, p. 448 n. 93; SIEGWART, art. 544 CO n° 26.

³⁵⁹ Le Tribunal fédéral fait pourtant référence aux «revenus» de la communauté à l'art. 2 de son ordonnance, envisageant ainsi l'existence de créances dans le patrimoine communautaire. Sur les «contributions» des propriétaires par étages (cf. art. 712l al. 1 CC; n° 462 s.).

³⁶⁰ Cf. aussi VON STEIGER (p. 448 n. 93) qui fait le lien entre les art. 544 al. 1 et 2 CO.

I. Les données du problème

Nous commencerons par rappeler les intentions des banques qui prennent part à une syndication indirecte (1), pour exposer ensuite les thèses proposées pour qualifier la relation de syndicat indirect (2).

1. Les intentions des banques consortiales

La description de la volonté habituelle des banques primaire et participantes est le fondement de notre recherche de la structure contractuelle idéale d'un syndicat indirect (n° 395). En fait, les intentions des membres d'un syndicat indirect sont proches de celles des membres d'un syndicat direct (n° 401 ss). Il existe toutefois certaines différences en raison de mécanismes propres aux syndicats indirects:

1. Les banques consortiales veulent conserver une certaine latitude dans l'administration de leurs parts, tout en coordonnant leurs actions dans la gestion et, lorsqu'il s'agit d'un syndicat préformé³⁶¹, dans l'octroi du prêt (n° 404). Parce que la banque primaire a un rôle spécial dans les deux phases du prêt (n° 73), certains auteurs ont soutenu que les banques participantes ont une influence très limitée, voire aucune influence du tout sur la gestion du crédit³⁶². Cette opinion ne prend cependant pas en considération l'évolution que l'on a pu observer ces dernières années, durant lesquelles les banques participantes sont devenues de plus en plus actives dans la gestion du prêt³⁶³. Le fait que la banque primaire est un intermédiaire entre l'emprunteur et les banques participantes ne saurait être interprété comme une

³⁶¹ Sur la controverse quant à l'affirmation selon laquelle la syndication précède généralement l'octroi du crédit par la banque primaire, cf. *supra* n. 154 et 170.

³⁶² P.ex. DOHM, in SAS 58/1986 p. 8 n° 50.

³⁶³ Cf. surtout BUCHHEIT qui relève (in *Journal of comparative business and capital market law*, p. 149) qu'encore récemment: «[O]ne lender in a multi-bank transaction surrendered its discretion to manage the loan to a fellow lender, this decision reflected a confidence that any such decision would be acceptable to all the lenders». Toutefois, cette situation a changé et aujourd'hui: «[B]ankers seem less eager to presume a level of competence and straightforwardness on the part of their fellow bankers. In addition, bank regulators have affirmatively warned sub-participants not to base their business dealings with other banks on this presumption». *Idem*, p. 150.

BUCHHEIT (in *Journal of comparative business and capital market law*, p. 154) décrit fort justement les intérêts divergents dont la banque primaire doit tenir compte lorsqu'elle détermine l'étendue des droits de gestion des banques participantes: «A lead is subject to conflicting pressures in deciding whether to grant rights to the sub-participant in the management of the loan. On the one hand, a greater level of permitted participation in managing the loan may lessen the lead's potential legal exposure under both securities laws and other bases of legal liability to the sub-participant. However, granting sub-participants a say in the management of a loan may be administratively difficult, particularly if the lead sells more than one sub-participation in the same loan. Giving sub-participants a voice in managing the loan is also problematic for a lead who wishes to retain flexibility in making decisions for political reasons».

décision de celles-ci de détenir des droits patrimoniaux limités à une fraction de la créance totale et d'abandonner les droits communautaires liés au prêt dans son ensemble.

471 **2. Les banques consortiales veulent parer aux risques d'insolvabilité et d'il-**
liquidité (n° 402 s.).

472 Les motivations de la *banque primaire* sont au centre de la transaction:

- 473 a) Elle veut se conformer aux principes généraux de gestion, en particulier
 ceux imposés par la législation bancaire (n° 42).
 474 b) Elle veut assurer son refinancement³⁶⁴. C'est le but premier de la syndi-
 cation postformée: La banque primaire peut avoir besoin de nouvelles
 liquidités pour participer à d'autres opérations, mais aussi devoir réduire
 le montant d'un premier prêt pour pouvoir accepter une nouvelle
 demande du même emprunteur sans dépasser ses limites de crédit pour ce
 débiteur.

475 Les intentions des *banques participantes* sont doubles:

- 476 a) Elles veulent répartir entre les membres du syndicat le risque d'insolva-
 bilité de l'emprunteur.
 477 b) Elles veulent réduire autant que possible les conséquences négatives d'une
 faillite de la banque primaire³⁶⁵.

Cf. ég. la clause suivante citée par BLOCH (p. 250): «[L]a Banque s'engage, irrévocablement, à vous associer et à débattre avec vous de toutes les prises de position qu'elle adoptera en tant que participant au contrat de prêt. La Banque s'engage à consulter le sous-participant pour toutes les mesures qu'il serait nécessaire de prendre pour la bonne exécution du prêt». La deuxième partie de cette clause a été reprise par DOHM, in SAS 58/1986 p. 15 (ch. 5, 2^e paragraphe, 1^{ère} phrase).

³⁶⁴ Pour une présentation générale des raisons qui poussent la banque primaire à mettre sa créance en syndication, cf. DOHM, in SAS 58/1986 p. 1 n° 1 s. et p. 2 n° 9 (avec les références citées). Eg. ARMSTRONG; DRAKE/WEEMS; SIMPSON; LAPINE; TOMPSETT.

³⁶⁵ DOHM, in SAS 58/1986 p. 8 n° 48; BLOCH, p. 259. Cette question a suscité un intérêt particulier en *droit américain*, principalement à la suite de la faillite de Penn Square Bank. A ce sujet, cf. LEDWIDGE; ESSAY, The aftermath of Penn Square Bank: Protecting loan participants from setoffs, in Tulsa Law Journal 18/1982 p. 261; PHELAN/CONNER/KINSELLA; NOTE, Classification of loan participations following the insolvency of a lead bank, in Texas Law Review 62/1984 p. 1115; MACDONALD; SIMPSON, p. 1985 ss; STAHL; STAHL/PIKE. Pour un exposé général, cf. COOGAN/KRIPEKE/WEISS.

Pour une illustration des problèmes posés: 1°) En cas d'opposition de l'administrateur de la faillite, cf. NOTE, Creditor's remedies against the FDIC as receiver of a failed national bank, in Texas Law Review 64/1986 p. 1429 (voir aussi les décisions qui sont citées dans cette «note», p. 1430 n. 9); 2°) Sur les conditions que les banques participantes doivent remplir pour être placées dans une même classe en cas de faillite de la banque primaire et sur les relations entre les différents syndicats constitués par la banque primaire avant sa faillite, cf. In re Commercial Western Finance Corporation, in Federal Reporter 2nd Series 761/1985 p. 1329; 3°) En relation avec le droit de compensation des banques participantes dans la faillite du débiteur, cf. (a) In the matter of Yale Express System, Inc., in Federal Supplement 245/1965 p. 790 (droit refusé, la teneur du contrat et le mécanisme adopté par les banques n'établissant pas un tel droit); (b) In re Jameson's Foods, Inc. v. The Small Business Administration, in Bankruptcy Reporter 35/1984 p. 433 (droit refusé, la banque qui souhaitait compenser étant simplement partie à un contrat partiaire avec la banque créancière).

2. Les théories en présence

La nature juridique des contrats de syndicat indirect a fait l'objet d'une étude 478 en droit suisse dix ans après qu'un tribunal français se soit pour la première fois prononcé sur le sujet. Le fait mérite d'être noté parce que, d'une part, ce jugement a marqué le début d'une pratique constante des juridictions françaises et, d'autre part, les thèses défendues en droits suisse et français divergent:

- a) Le seul auteur qui se soit intéressé à la nature des contrats de syndicat 479 indirect en droit suisse, M. DOHM³⁶⁶, a vu dans ces conventions des **contrats innommés mixtes**³⁶⁷ composés d'une vente (art. 184 ss CO) et d'un mandat (art. 394 ss CO), où la banque primaire conserve la gestion exclusive du crédit qu'elle a initialement consenti³⁶⁸.
- b) En droit français, le contrat de syndicat indirect a généralement été qua- 480 lifié de «société en participation» (art. 1871 à 1872-2 CCfr.)³⁶⁹ dont l'équivalent en droit suisse est la **société simple**³⁷⁰. Les contours de cette qualification ont été d'abord dessinés par la Cour d'Appel de Paris dans un arrêt du 7 juillet 1975³⁷¹. Elle a par la suite été confirmée et développée

³⁶⁶ in SAS 58/1986 p. 9 s. n° 56 ss.

³⁶⁷ Les contrats innommés mixtes (*gemischte Verträge*, *mixti generis* ou *mixti juris*) sont les contrats qui réunissent en une seule convention les éléments essentiels de plusieurs contrats réglés par la loi (SCHLUEP, in SPR VII/2, p. 771; MEIER-HAYOZ, in FJS 1134, p. 1). Relevons au passage que les contrats mixtes et les contrats *sui generis* ne sont pas des concepts complémentaires (*idem*, p. 2). En effet, il existe – à côté des contrats qui appartiennent entièrement à l'une ou l'autre de ces catégories – d'autres contrats qui peuvent être qualifiés en même temps de contrat mixte et de contrat *sui generis* (*supra* n. 274). Il en est ainsi de tous ceux qui contiennent à côté d'éléments constitutifs non réglés par la loi d'autres éléments relevant de types de contrats prévus par la loi (cf. les auteurs cités par MEIER-HAYOZ, in FJS 1134, p. 2).

³⁶⁸ DOHM, in SAS 58/1986 p. 10 n° 62.

³⁶⁹ Sur cette notion en général, cf. RIPERT/ROBLOT, p. 638 ss n° 887 ss; HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET, p. 196 ss n° 505 ss; DE JUGLART/IPPOLITO, p. 356 ss n° 559 ss. D'une manière générale, cf. ég. les thèses de FLATTET et CUCCIO.

Relevons au passage que l'exposé de VON STEIGER (p. 659) sur la société en participation doit être corrigé, en raison des changements intervenus en droit français après la publication, en 1976, de l'ouvrage de cet auteur sur les sociétés de personnes. Il était en effet exact que, sous l'empire de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales (art. 419 à 422), la société en participation s'apparentait à la société tacite (cf. n° 518 ss), dans la mesure où elle «[n'existait] que dans les rapports entre associés et ne se [révélaient] pas aux tiers» (art. 419 de la loi précitée). A ce sujet, cf. les auteurs précités; sp. HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET, p. 196 n° 505.

La situation s'est toutefois modifiée: Depuis la loi du 4 janvier 1978, l'art. 1871 CCfr. prévoit simplement 1°) que les membres d'une société civile ou commerciale «peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée», 2°) qu'une telle société «n'est pas une personne morale» et 3°) qu'elle «n'est pas soumise à publicité». Sur la distinction entre société civile et commerciale, cf. RIPERT/ROBLOT, p. 514 ss n° 701 ss. Aucune allusion n'est faite à la «non-révélation aux tiers» et il est désormais admis que la société en participation peut être ou «occulte» ou «ostensible». Sur cette question, cf. *idem*, p. 640 s. n° 892. Cette communauté s'apparente dès lors à la société simple du droit suisse. Cf. les auteurs cités *infra* n. 370.

³⁷⁰ HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET, p. 199 n° 506; DOHM, in SAS 58/1986 p. 7 n° 19.

³⁷¹ Gazette du Palais du 4 novembre 1975, p. 727. Voir aussi les commentaires, *infra* n. 372 s.

par d'autres tribunaux³⁷² Ces arrêts ont été approuvés par une doctrine quasi-unanime³⁷³.

- 481 Cette dernière qualification correspond à celle que nous avons retenue pour les syndicats directs (n° 443 ss) et, dans une certaine mesure, à celle appliquée à la sous-participation (n° 362 ss). On serait donc enclin à qualifier également les syndicats indirects de sociétés simples. On ne saurait toutefois adopter sans autre complément une solution proposée en droit étranger³⁷⁴. Le droit comparé a ses limites: On doit uniquement puiser dans d'autres

³⁷² Cf. surtout Arrêt du Tribunal de Commerce de Paris, 8^e Chambre, du 12 octobre 1984, dans la cause B.F.C.E. c/ Arab African International Bank (Egypte) et Al Bahrein Arab African Bank (= DALLOZ 1985 [IR] p. 331) – confirmé pour l'essentiel par la Cour d'Appel de Paris, le 5 mai 1987 (= DALLOZ 1989 [SC] p. 323); Arrêt du Tribunal de Grande Instance de Paris, 5^e Chambre, 1^{re} Section, du 5 décembre 1984, dans la cause Socredit c/ Crédit du Nord (DALLOZ 1985 [IR] p. 331); Ordonnance en référé du Tribunal de Commerce de Paris, du 20 juin 1984, dans la cause Union Industrielle et d'Entreprise et Mes Meille et Guillemont, ès qualités c/ Banque Worms et 17 autres banques (= DALLOZ 1985 [IR] p. 331). Eg. Paris, 15^e Chambre B, du 13 juin 1985, dans la cause Gilles c/ Banque de Bretagne et autres (= DALLOZ 1987 [SC] p. 290; DALLOZ 1986 [IR – SC] p. 315; Revue de jurisprudence commerciale 1986, p. 175, avec note de VIDAL); Arrêt de la Chambre commerciale du 17 juin 1986, dans la cause Société générale c/ Consorts Billaud (= DALLOZ 1987 [SC] p. 290 s.); en relation avec un syndicat de garantie, Arrêt du Tribunal de Commerce de Paris, du 15 octobre 1982, dans la cause Société Framatome et Cie et autres c/ Banque de l'Union Européenne et sept autres banques (= DALLOZ 1983 [IR] p. 304 s.). Ce dernier groupe de décisions est particulièrement intéressant parce qu'elles soulignent non seulement la souplesse et la diversité des syndicats bancaires (n° 394), mais aussi l'importance que les tribunaux donnent au texte du contrat dans la détermination des droits et obligations des membres du syndicat. A ce sujet, cf. p.ex. *supra* n. 259 (extrait de l'arrêt du 13 juin 1985 mentionné ci-dessus).

³⁷³ Cf. surtout le commentaire de VASSEUR (*in* DALLOZ 1985 [IR] p. 332 s.) qui, à propos du contrat de syndicat indirect en général, relève (p. 332): «Telle est bien l'opération de compte à demi constitutive, selon nous, d'une société en participation». Sur la notion de «compte à demi», cf. p.ex. HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET, p. 197 ss n° 505 s. Eg. CABRILLAC/RIVES-LANGE (p. 886 s.) qui, en relation avec un arrêt de la Cour de Paris du 7 juillet 1985, soulignent que: «La contribution de la Cour de Paris à l'analyse de la convention de compte à demi est incomplète; elle propose une qualification négative: la convention n'est pas un cautionnement. Elle ne donne pas de qualification positive [...] Un pas de plus peut, croyons-nous, être franchi: c'est une société en participation».

Le commentateur anonyme de la Gazette du Palais du 4 novembre 1975 (*supra* n. 371, p. 729) est plus nuancé: «La convention de compte à demi, contrat *sui generis* s'apparentant à la société en participation, par laquelle la pratique bancaire associe généralement à l'insu du client, divers établissements financiers au profit et au risque d'une opération». Similairement, BLOCH (p. 258 s.) rappelle, dans un premier temps, que la syndication indirecte «apparaît [...] comme une convention de croupier analysée en droit français, comme une société en participation». Elle relativise toutefois cette opinion par la suite (p. 259), en observant que: «Cette analyse ne correspond pas toujours avec le contrat de [syndicat indirect]». Cf. ég. *infra* n. 374. BROWN (p. 190) est encore plus hésitant.

³⁷⁴ Considérons par exemple l'opinion de BLOCH qui relève (p. 259) que les apports des banques participantes «ne sont pas toujours mis en commun lorsque la [syndication] porte sur la totalité de l'avance consentie par la banque à l'emprunteur»; elle conclut (*ibidem*) que «[c]e cas est généralement assimilable à la cession de créance et doit en respecter les formes». Si l'on veut comparer cette proposition avec celle de DOHM qui conçoit également la syndication indirecte comme une cession de créance (n° 479), il faut tenir compte des différences qui existent entre les systèmes de droit français et suisse. En particulier, on notera qu'en droit français, une cession n'est opposable au débiteur cédé et aux tiers qui auraient acquis des droits sur la créance que moyennant le respect de certaines formalités (art. 1690 C.C.Fr.). La cession doit ainsi ou bien (a) être notifiée au débiteur par signification d'huissier, ou bien (b) être «acceptée» par celui-là, en d'autres termes le débiteur

droits les éléments nécessaires à la compréhension de son propre droit³⁷⁵. C'est pourquoi il est nécessaire d'examiner si l'on retrouve dans les syndicats indirects les éléments constitutifs de la société simple en droit suisse.

II. Les éléments du contrat

Nous commencerons par présenter les deux éléments fondamentaux de la société simple: la poursuite d'un but commun et les apports faits par les associés (1). Nous aborderons ensuite deux aspects liés à l'organisation interne et externe des syndicats indirects: l'exclusion de la solidarité passive (2) et le régime de la créance collective (3).

1. Le but et les apports

Il ressort de la définition légale de la société simple (art. 530 al. 1 CO; n° 406) que le but commun et les apports des associés sont les deux éléments constitutifs de ce contrat³⁷⁶: Démontrer leur existence revient à admettre la formation d'une telle communauté, la refuser conduit au rejet de cette qualification.

C'est pourquoi l'absence de ces composantes constitue le noyau de la théorie selon laquelle le contrat de syndicat indirect est un contrat innommé mixte (A). Telle n'est toutefois pas notre opinion et c'est la qualification de la société simple que nous retiendrons (B).

A. Selon la thèse du contrat innommé mixte

Pour les partisans de la thèse du contrat innommé mixte³⁷⁷, les banques qui participent à une syndication indirecte ne sont pas liées entre elles par une

doit reconnaître dans un acte authentique qu'il est au courant de la cession et qu'il s'engage désormais à payer le cessionnaire. Pour plus de détails, cf. p.ex. WEILL/TERRE, p. 994 ss n° 956 ss.

Le droit suisse n'impose en revanche que le respect de la forme écrite pour le document attestant de la cession (art. 165 al. 1 CO); l'art. 167 CO prévoit toutefois que «le débiteur est valablement libéré si, avant que la cession ait été portée à sa connaissance par le cédant ou le cessionnaire, il paie de bonne foi entre les mains du précédent créancier ou, dans le cas de cessions multiples, entre les mains d'un cessionnaire auquel un autre a le droit d'être préféré». Sur la cession de créances en droit suisse, cf. les auteurs cités *infra* n. 387 s.

³⁷⁵ Sur les limites du droit comparé, cf. p.ex. MEIER-HAYOZ, in FJS n° 1134 p. 10.

³⁷⁶ VON STEIGER, p. 324 ss; SIEGWART, Vorbemerkungen zu Art. 530–551 OR, n° 1; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 200 n° 16 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 533 n° 4128 ss.

³⁷⁷ Surtout DOHM, in SAS 58/1986; BROWN. Eg. dans une certaine mesure, BLOCH, p. 259.

véritable volonté sociale («*affectio*» ou «*animus societatis*»)³⁷⁸. Selon ces auteurs, la recherche d'un but commun et d'apports faits pour l'atteindre revêt un caractère «artificiel» ou «fictif»³⁷⁹. Cette formule appelle deux précisions:

- 486 a) Le but poursuivi par les banques consortiales ne pourrait être que **«la réalisation de l'opération de crédit sur la base d'un partage des risques»**³⁸⁰: Les banques primaire et participantes réuniraient les fonds nécessaires à l'octroi du prêt, puis les vireraient à l'emprunteur. Le but et les apports des membres d'un syndicat indirect seraient ainsi, d'une part, semblables à ceux des membres d'un syndicat direct dans la mesure où les contributions des banques tendraient à l'octroi d'un prêt (n° 411) et, d'autre part, différents dans la mesure où cette thèse ne prend pas en compte la gestion commune du prêt (cpr n° 412).
- 487 b) **Ce but vaudrait pour tous les types de syndicats indirects**, sans que l'on distingue selon le moment où la syndication intervient³⁸¹ (cpr n° 490 ss). Il n'est dès lors pas surprenant que cette partie de la doctrine considère un tel but comme «artificiel» lorsque la syndication intervient *après* l'octroi du prêt³⁸².
- 488 Ces hésitations ont motivé le choix d'une qualification autre que celle de la société simple. La suite du raisonnement est relativement simple: Comme l'on ne peut pas trouver dans la Partie spéciale un contrat qui suffirait à lui seul à qualifier la convention de syndicat, il faut considérer que l'on est en présence d'un contrat innommé mixte, composé d'une vente et d'un mandat (n° 479).

B. Selon la thèse de la société simple

- 489 Ces arguments reposent toutefois sur une perception erronée du but des syndicats indirects et des apports faits par leurs membres. Par un énoncé correct, on parvient à la qualification de la société simple.

³⁷⁸ *Remarque terminologique*: Les termes «*affectio societatis*» et «*animus societatis*» ont parfois été considérés comme des synonymes, du moins si l'on s'en tient aux définitions que certains auteurs ont données. Ainsi, pour MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (p. 39 n° 37) l'*affectio societatis* est: «[der] Wille der Beteiligten, sich zur gemeinsamen Verfolgung eines bestimmten Zweckes zu vereinigen». Cette définition peut être rapprochée de celle que TERCIER (Partie spéciale, p. 537 n° 4159; é.g. p. 534 n° 4136) propose pour l'*animus societatis*: «C'est [...] la volonté de mettre en commun des biens en vue d'atteindre un objectif déterminé, d'exercer une influence sur les décisions et de partager non seulement les risques et les profits, mais surtout la substance même de la société». Nous préférons toutefois distinguer ces deux notions et donner une définition plus restrictive de l'*animus societatis*: Nous l'identifions à l'élément qui est au centre de la communauté formée par les associés, autrement dit le but social. Dans cette mesure, l'*animus societatis* est un élément constitutif de l'*affectio societatis*.

³⁷⁹ DOHM, in SAS 58/1986 p. 8 n° 52 s.

³⁸⁰ *Idem*, p. 8 n° 47.

³⁸¹ *Ibidem*.

³⁸² DOHM, in SAS 58/1986 p. 8 n° 52 s.

a. *Le but commun*

Le but des syndicats indirects change partiellement, suivant que l'on se trouve en présence d'un syndicat prêt ou postformé:

- a) *Dans les deux types de syndicats indirects*, les banques forment une communauté destinée à **gérer ensemble** la créance collective qui résulte d'un prêt, déjà accordé ou sur le point de l'être³⁸³. Ce but est semblable à celui poursuivi par les membres d'un syndicat direct après l'octroi du prêt (n° 412).
- b) *Dans le cas d'un syndicat indirect préformé*, la gestion commune du prêt syndiqué se double de la volonté, subsidiaire toutefois, de **concéder un prêt** d'un certain montant à l'emprunteur. Le but poursuivi par les banques consortiales est alors entièrement semblable à celui qu'elles poursuivent lors d'une syndication directe (n° 410 ss).

Notre analyse se distingue ainsi de celle des auteurs qui considèrent que le seul but des syndicats indirects est l'octroi d'un prêt:

- d'une part, parce que la gestion commune de la créance collective est, selon nous, le but *principal* des syndicats indirects et,
- d'autre part, parce que l'octroi d'un crédit est un but *accessoire* (bien que nécessaire) qui n'intervient que lorsque la syndication précède le versement du prêt.

b. *Les apports*

Les contributions des associés doivent permettre d'atteindre le but qu'ils se sont fixés³⁸⁴. Afin de coordonner la gestion du prêt (n° 491), les banques consortiales font deux types d'apports:

- a) *Un apport personnel*: Elles acceptent d'observer certaines règles de conduite dans l'administration de leurs quote-parts. Ce premier groupe d'apports est avant tout constitué d'actions («faire») et d'abstentions («ne pas faire») imposées par la majorité des banques depuis le moment de la syndication jusqu'à la fin du prêt.
- b) *Un apport matériel*: Les banques font apport de leur part de la créance contre l'emprunteur³⁸⁵.

³⁸³ Dans cette mesure, nous rejoignons l'opinion que BIERI (*supra* n° 441) a exprimée en relation avec la syndication directe.

³⁸⁴ A ce sujet, cf. p.ex. TERCIER, *Partie spéciale*, p. 532 n° 4120 et p. 533 n° 4129. Eg. les auteurs cités *supra* n. 280 s. Sur le genre et l'étendue des apports, cf. VON STEIGER, p. 368 ss.

³⁸⁵ Les montants que les banques participantes versent à la banque primaire lorsqu'elles acquièrent une part de la créance totale serviront aussi à fournir un prêt à l'emprunteur. Rien dans cette

- 499 A ce propos, il faut observer que le transfert de la quote-part se fait en deux temps:
- 500 a) La banque primaire vend aux banques participantes des portions de sa créance contre l'emprunteur³⁸⁶; formellement, il y a une cession de créance³⁸⁷ – future lorsque la syndication est antérieure au prêt, actuelle lorsqu'elle lui est postérieure³⁸⁸.
- 501 b) Les banques participantes font immédiatement apport de cette créance à la société; le prix d'achat fixe la fraction de la créance principale dont chaque banque peut disposer.
- 502 Pour le surplus, les remarques que nous avons faites à propos de l'inégalité des apports et des fonctions dans les syndicats directs (n° 415) valent également pour les syndicats indirects.

2. L'exclusion de la solidarité passive

- 503 Il s'agit maintenant d'examiner dans quelle mesure les banques consortiales peuvent, nonobstant l'absence d'une stipulation expresse, échapper à la solidarité passive prévue par l'art. 544 al. 3 CO (n° 422). Cette question est propre à la syndication indirecte: Comme ce type de syndication est en principe occulte (n° 98), il est difficile pour la banque primaire de justifier l'insertion d'une clause exclusive de solidarité dans les conventions qu'elle passe seule avec des tiers.
- 504 L'art. 544 al. 3 CO phr. 1 CO prévoit la solidarité passive des associés lorsque ceux-ci agissent conjointement ou par l'entremise d'un représentant³⁸⁹. La structure de la syndication est telle que les banques consortiales n'agissent

pratique n'est contraire à la notion de société simple. On peut même affirmer que cette pratique appuie la qualification que nous proposons. En effet, lorsque nous avons analysé la nature de la syndication *directe*, nous avons souligné que cette centralisation des moyens était un indice supplémentaire de la volonté des membres du syndicat d'agir de manière coordonnée (n° 416 ss). Cette volonté constitue un élément communautaire qui peut aussi être retenu dans la syndication *indirecte*. On relèvera toutefois que, dans le premier cas, cette coordination était étroitement liée au but principal de la syndication; alors qu'ici nous mettons cette caractéristique en relation avec le but subsidiaire de la syndication indirecte (n° 495).

³⁸⁶ Dans cette mesure, notre analyse rejoint celle de DOHM (*in* SAS 58/1986 p. 10 n° 62). Notre thèse se distingue toutefois de la sienne dans la deuxième phase du processus, où il voit un contrat de mandat passé entre la banque primaire et chacune des banques participantes; alors que pour nous il s'agit d'une société simple composée de tous les membres du syndicat.

³⁸⁷ Sur la cession de créance en général, cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 162 ss n° 2134 ss; BUCHER, p. 535 ss; ENGEL, p. 585 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 227 ss n° 2168 ss; VON TUHR/ESCHER, p. 329 ss. On rappellera au passage que, dans les limites que nous avons décrites précédemment (n° 368 ss), les mêmes règles s'appliquent à la sous-participation et à la syndication indirecte.

³⁸⁸ Sur la cession de créances futures, cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 167 n° 2165; BUCHER, p. 543 ss; ENGEL, p. 26; GAUCH/SCHLUEP, p. 233 n° 2197; VON TUHR/ESCHER, p. 348 ss.

³⁸⁹ Pour la version allemande de l'art. 544 al. 3 CO et la doctrine s'y rapportant, cf. *supra* n. 289.

ensemble que par l'intermédiaire de la banque primaire; une «action conjointe» au sens de l'art. 544 al. 3 CO est en principe exclue. Il convient dès lors de déterminer si la banque primaire est la représentante des banques consortiales et peut les engager solidairement par ses actions.

L'art. 543 CO pose les principes régissant la représentation de la société³⁹⁰. Cette disposition renvoie pour l'essentiel aux règles générales sur la représentation (art. 32 ss CO)³⁹¹. Le représentant de la société doit ainsi agir au nom des autres associés et en vertu de pouvoirs³⁹². Il faut faire à ce propos deux remarques:

- a) *En vertu de pouvoirs*: Cette condition est le plus souvent remplie, puisqu'en sa qualité d'associé gérant (cf. n° 952 ss), la banque primaire bénéficie de la présomption de compétence de l'art. 543 al. 3 CO³⁹³.
- b) *Au nom de la société*: La réalisation de cette condition constitue l'exception, parce que la volonté, même relative (n° 108), de préserver le caractère occulte de la société fait que la banque primaire agira très rarement au nom du syndicat³⁹⁴. Il s'ensuit que la banque primaire apparaît aux yeux des tiers avec lesquels elle traite comme leur seule débitrice (voir art. 543 al. 1 CO). Les règles de la *représentation indirecte* sont toutefois applicables et les banques consortiales peuvent répartir entre elles, par une reprise de dette, les engagements pris pour le compte du syndicat. Elles prévoient généralement une répartition proportionnelle aux montants de leurs quote-parts, parvenant ainsi à une symétrie dans la distribution de l'actif et du passif.

Enfin, deux indices confirment le refus général de la solidarité dans la syndication indirecte:

³⁹⁰ Sur cette disposition, cf. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 192 s. n° 51 ss; VON STEIGER, p. 430 ss; SIEGWART, art. 543 CO n° 1 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 549 ss n° 4265 ss.

³⁹¹ Sur la représentation en général, cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 173 ss n° 922 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 237 ss n° 944 ss; BUCHER, p. 594 ss.

³⁹² TERCIER, Partie spéciale, p. 549 s. n° 4267.

³⁹³ Soit en allemand: «Eine Ermächtigung des einzelnen Gesellschafters, die Gesellschaft oder sämtliche Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten, wird vermutet, sobald ihm die Geschäftsführung überlassen ist». A ce sujet, cf. les auteurs cités *infra* n. 675.

³⁹⁴ Ce mécanisme rappelle celui qui est généralement retenu pour la société tacite (dans ce sens, voir surtout MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 239 n° 23). Ainsi, sur le plan externe, la règle est que tant que les tiers ne connaissent pas la participation de l'associé occulte dans la société, celui-ci ne répond pas des dettes de la société. Cf. p.ex. TERCIER, Partie spéciale, p. 537 n° 4165 et p. 552 n° 4288. Lorsque des tiers viennent à apprendre cet intérêt, la question de savoir si l'associé ainsi «découvert» répond solidairement des dettes sociales doit être résolue conformément au principe de la confiance: Si les circonstances laissent apparaître que l'associé occulte n'entendait pas être solidairement responsable, les tiers ne peuvent pas le poursuivre pour les dettes «sociales» contractées par l'associé gérant. Cf. p.ex. *idem*, p. 537 n° 4165. Pour une illustration, cf. p.ex. RVJ 1986 p. 234; ATF 81/1955 II 520, JdT 1956 I 462. Sur le principe de la confiance et son rôle dans l'interprétation des contrats, cf. p.ex. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 37 ss n° 185 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 38 ss n° 192 ss.

- 509 a) Si l'on admettait la solidarité comme règle dans la syndication indirecte (ou directe), on nierait l'intention principale des banques qui participent à un prêt syndiqué: *répartir les risques* qui résultent de l'octroi d'un crédit (n° 471 ss).
- 510 b) Les banques participantes s'engagent *envers la banque primaire* chacune pour un montant déterminé et, lorsque la formation du syndicat précède le prêt, manifestent par là leur volonté de limiter leur participation au crédit accordé à l'emprunteur.
- 511 En *résumé*, il y a présomption que les banques participantes ne veulent en principe pas répondre envers les tiers des engagements que la banque primaire aurait pris et qui, si l'on était en présence d'un syndicat direct, pourraient entraîner la responsabilité solidaire des associés. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles, par exemple en cas d'accord exprès des banques participantes, que celles-ci peuvent être tenues solidairement responsables des dettes de la société.

3. *Le régime de la créance collective*

- 512 Nous commencerons par rappeler un certain nombre de généralités (A). Puis, nous expliquerons pourquoi les règles de la société tacite ne sont pas applicables à la communauté formée par les banques à l'occasion d'une syndication indirecte (B).

A. *En général*

- 513 D'une manière générale, le patrimoine d'un syndicat indirect est soumis aux mêmes règles que celui d'un syndicat direct. On peut donc renvoyer pour l'essentiel à la présentation que nous avons faite dans le paragraphe précédent (n° 427 ss). Toutefois, en raison de la position spéciale des banques participantes dans la syndication indirecte, il y a lieu de compléter ce premier exposé par le rappel de quelques points liés au **droit de la poursuite pour dettes et de la faillite**.
- 514 Le régime des *créanciers par quote-parts* est sans doute celui qui protège le mieux les banques consortiales contre la faillite de l'une d'entre elles. On peut le démontrer en traitant des trois aspects suivants:
- 515 a) La faillite ne rompt pas le rapport de copropriété (n° 464 ss)³⁹⁵. Il est dès lors possible de réaliser la part de copropriété comme telle, séparément et

³⁹⁵ Cf. les auteurs cités *supra* n. 354 ss.

sans devoir procéder à la liquidation de la société³⁹⁶. L'acquéreur de la quote-part prend ainsi la place du failli dans les rapports avec les autres copropriétaires.

- b) Dans le même sens, il est possible d'insérer dans le contrat de syndicat une clause prévoyant qu'en cas de faillite de la banque primaire ou d'une banque participante, les autres membres du syndicat s'engagent à acquérir la part du failli et à la répartir entre eux au prorata de leurs quote-parts (voir Annexe 1). Une procédure applicable à la désignation d'un nouvel administrateur et sa notification à l'emprunteur devrait en outre être stipulée pour les cas où le failli est la banque primaire (voir Annexe 2).
- c) Les sommes qui auraient été versées à la banque primaire avant sa faillite appartiennent aux créanciers collectifs proportionnellement à leurs parts³⁹⁷ et peuvent ainsi faire l'objet d'une revendication, conformément aux règles régissant l'exécution forcée³⁹⁸.

B. Le rejet de la société tacite

Une question étroitement liée à celle du régime de la créance collective est celle de savoir si les contrats de syndicat indirect sont des sociétés tacites (stille Gesellschaften), c'est-à-dire des contrats par lesquels «une personne (l'associé occulte) participe à l'activité économique ou juridique d'une autre personne (l'associé apparent) par un apport financier ou personnel, mais sans apparaître à l'égard des tiers»³⁹⁹. Autrement dit, il s'agit de déterminer si la banque primaire est un associé apparent et les banques participantes des associés occultes.

A notre avis, il faut répondre par la négative⁴⁰⁰, et cela pour deux raisons:

1. Dans l'hypothèse de la société tacite, l'associé occulte **met à disposition** de l'associé apparent des moyens, généralement financiers, en vue de l'accom-

³⁹⁶ Circulaire du Tribunal fédéral n° 17 du 1^{er} février 1926, Réalisation, en faillite, des parts de copropriété et de propriété commune (= ATF 52/1926 III 56; en matière immobilière, cf. cep. ATF 102/1976 III 118 n° 2). Sur l'exécution forcée de parts de copropriété, cf. MEIER-HAYOZ, art. 646 CC n° 78 ss.

³⁹⁷ Voir ég. DOHM, in SAS 58/1986 p. 9 s. n° 59 ss. Rappelons cependant que cet auteur retient une qualification différente de la nôtre (n° 479).

³⁹⁸ En relation avec la saisie, cf. FRITZSCHE/WALDER, p. 292 n° 31 ss et p. 361 n° 1 ss (sp. n° 38 ss, qui traitent de la revendication de créances); AMONN, p. 189 ss n° 1 ss. En relation avec la faillite, *idem*, p. 320 n° 27 ss.

³⁹⁹ TERCIER, Partie spéciale, p. 537 n° 4157. Sur cette notion, cf. surtout MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 244 n° 1 ss (sp. p. 237 n° 13); VON STEIGER, p. 653 ss (sp. pour un exposé de droit comparé, voir p. 654 et 658 s.); TERCIER, Partie spéciale, p. 536 s. n° 4156 ss. Eg. les références citées par ces auteurs. Sur la distinction entre la société tacite et les contrats partiariaires, cf. TERCIER, Partie spéciale, p. 537 n° 4159 s.; BROSSET G., Le prêt partiaire, FJS n° 754, p. 1 s.

⁴⁰⁰ *Contra*: DOHM (in SAS 58/1986 p. 7 n° 20) qui laisse entendre que si le contrat de syndicat indirect est une société, il faut qualifier celle-ci de «tacite».

plissement d'un but déterminé⁴⁰¹. En échange, l'associé occulte participe aux bénéfices et aux pertes de l'opération menée par l'associé apparent⁴⁰². L'une des conséquences de ce système est que la contribution que fait l'associé occulte va immédiatement entrer dans le patrimoine de l'associé apparent⁴⁰³: *En cas de faillite de l'associé apparent, l'associé occulte est un simple créancier chirographaire de l'associé apparent*⁴⁰⁴.

521 Or, nous avons vu que les banques participantes font un apport à la société et non à la banque primaire. En outre, parce qu'elles veulent parer au risque d'insolvabilité de la banque primaire, les banques participantes choisissent une structure qui leur permet d'avoir une créance contre l'emprunteur, et non la banque primaire; tel est en particulier le cas des créanciers par quote-parts. Par contre, la structure de la société tacite ne correspond pas à cette volonté et doit dès lors être rejetée.

522 2. Il est généralement admis que le contrat de société tacite ne peut être qu'un **contrat bilatéral** (ég. n° 253)⁴⁰⁵. Autrement dit, lorsque plusieurs personnes participent avec l'associé à une même opération, il y a une pluralité de sociétés tacites, indépendantes les unes des autres⁴⁰⁶. Cette structure n'est pas appropriée à la réalisation du but principal que les banques consortiales se sont fixées: la coordination de leurs actions dans la gestion du prêt accordé à l'emprunteur (n° 491). La poursuite de cet objectif suppose l'existence d'une société unique, composée de toutes les banques.

523 En *résumé*, il est correct d'affirmer que les syndicats indirects sont en principe des **sociétés occultes** (n° 98): L'emprunteur pense qu'il y a un seul créancier, la banque primaire⁴⁰⁷. Cela ne signifie par pour autant que ces syndicats soient des sociétés tacites: L'emprunteur est aussi le débiteur des banques participantes; celles-ci n'ont pas simplement une créance contre la banque primaire.

⁴⁰¹ VON STEIGER, p. 653; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 235 n° 5.

⁴⁰² VON STEIGER, p. 656; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 239 s. n° 25.

⁴⁰³ VON STEIGER, p. 655 et 666; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 237 n° 13, p. 238 n° 17 s. et 239 n° 24.

⁴⁰⁴ VON STEIGER, p. 666 s.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 243 s. n° 44.

⁴⁰⁵ VON STEIGER, p. 657 (avec les références citées).

⁴⁰⁶ *Ibidem*.

⁴⁰⁷ BUCHHEIT (*in Journal of comparative business and capital market law*, p. 149): «The salient feature of a sub-participation [= ce que nous appelons syndication indirecte; n° 7 ss] is that the bank originating the loan (lead) will remain in its role as the nominal lender and will continue to manage the loan notwithstanding the fact that it may have sold off most or even all of its credit exposure». Rappelons au passage qu'en droit français, la société en participation peut être ou «occulte» ou «ostensible». *Supra* n. 369.

§ 8 Essai de synthèse

On peut tirer deux conclusions principales des développements qui précèdent: 524

- d’une part, les syndicats de prêt sont toujours des sociétés simples au sens 525 de l’art. 530 CO (I) et,
- d’autre part, le régime des créanciers par quote-parts est la structure 526 patrimoniale idéale pour ce type d’opérations (II).

I. Les syndicats de prêt en tant que sociétés simples

La qualification de la société simple s’applique tant aux syndicats directs 527 qu’indirects, peu importe qu’ils soient ouverts ou occultes, antérieurs ou postérieurs au prêt. En effet, dans toutes ces hypothèses, les banques consortiales:

- a) poursuivent un **but commun**, à savoir la gestion du crédit syndiqué et/ou 528 l’octroi d’un tel crédit à l’emprunteur (n° 410 ss et 490 ss), et
- b) font des **apports** au syndicat, d’abord en argent, puis sous forme d’actions 529 et d’abstentions dans la gestion du prêt (n° 414 s. et 496 ss).

Cette qualification convient particulièrement aux syndicats de prêt en raison 530 de la **souplesse des règles légales** régissant la société simple: La majorité des normes sont dispositives, privilégiant ainsi le contrat par rapport à la loi⁴⁰⁸. Les banques peuvent ainsi intégrer dans leurs contrats des clauses dérogeant au système légal et:

- excluant le régime de la solidarité passive (n° 421 ss et 503 ss),
- prévoyant le régime de la copropriété pour les biens de la société et celui des créanciers par quote-parts pour ses créances (n° 427 ss et 512 ss), et
- déclarant la continuation de la société nonobstant la faillite de l’un des associés (n° 514 ss).

La variété des structures pour lesquelles les banques peuvent opter et leur 531 volonté de choisir le système qui convient le mieux à l’opération consortiale soulignent l’**importance de la documentation contractuelle**.

⁴⁰⁸ Sur cette question en général, cf. VON STEIGER, p. 324 s. et p. 361 ss. Eg. DOHM, in SAS 58/1986 p. 8 n. 23: «L’extrême souplesse de l’institution de la société simple permet tout ceci». *Idem*, in SAS 56/1984 p. 13 n° 24: «Cette définition légale est tellement large et souple» (avec d’autres références).

II. Le régime des créanciers par quote-parts en tant que structure patrimoniale idéale

532 Le régime des créanciers par quote-parts est sans doute celui qui correspond le mieux aux syndicats de prêt, en raison des avantages pratiques et juridiques qu'il apporte aux membres du consortium. Il convient de préciser cette affirmation par quatre remarques:

533 1. Le régime applicable aux biens du syndicat a exercé une influence certaine sur le choix des qualifications et structures des contrats de syndicat. Cet aspect a en effet amené MM. DOHM et BIERI à proposer une structure visant à éviter que les créances des banques consortiales entrent dans le patrimoine de la société: Au contraire, les banques seraient chacune titulaires de créances séparées contre l'emprunteur (n° 438 ss). Ce système repose sur une **prémisse erronée** puisque, selon ces auteurs,

il serait impossible d'appliquer par analogie les règles de la copropriété aux créances (= créanciers par quote-parts); seul le régime de la propriété commune pourrait être retenu (= créanciers en commun).

534 Or, nous avons démontré que la loi n'opère pas une distinction entre droits réels et droits de créance lorsqu'elle permet aux associés, à l'art. 544 al. 1 CO, de déroger au système légal de la propriété commune. Les banques consortiales peuvent dès lors être des créancières par quote-parts, pour autant que cela ressorte du contrat de société (n° 443 ss). Il n'est dès lors pas nécessaire de recourir au mécanisme des créances séparées pour mettre en place la structure généralement souhaitée par les banques.

535 2. La solution des créances séparées doit aussi être écartée parce qu'elle suppose une **structure contraire à la substance même de la syndication**. En effet, les auteurs qui soutiennent cette théorie ignorent:

- 536 – d'une part, que les syndicats de prêt, directs ou indirects, sont formés en vue de la gestion d'un seul et même crédit et,
- 537 – d'autre part, que l'objectif des syndicats directs et indirects préformés est d'accorder un prêt à l'emprunteur et non d'engendrer une multitude de contrats indépendants⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹ Même dans l'«exemple typique» de *créances partielles* (Teilgläubigerschaft) qu'est l'emprunt par obligations (n° 275 ss), la loi limite l'indépendance dont jouissent normalement les créanciers: Elle les groupe dans une communauté (art. 1157 ss CO; n° 295 ss), afin d'«éviter les difficultés que pourrait entraîner cette pluralité de personnes» (GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 198 n° 2337; GAUCH/SCHLUEP, p. 268 n° 2351 s.). Tel est exactement le but que poursuivent les banques dans les prêts syndiqués avec le système des créanciers collectifs.

Le seul moyen d'atteindre le degré de coordination nécessaire à la gestion et à la réalisation de l'opération de crédit est la structure de la créance collective. 538

Il s'agit là d'un défaut typique de la thèse de M. BIERI (n° 441). Ce défaut est d'autant plus flagrant que son étude ne porte que sur la nature des contrats de **syndicat direct**. Le système qu'il propose méconnaît en effet l'origine de la créance que les banques décident de gérer ensemble: Il efface la première moitié du but des syndicats directs et, par conséquent, les apports qui sont attachés à cet objectif; la question du régime applicable au patrimoine social tombe, faute d'apports matériels⁴¹⁰. Le raisonnement est pour le moins étrange et ne peut être motivé que par la volonté d'échapper au régime des créanciers communs. Comment peut-on autrement «oublier» que le prêt qui est géré en commun est celui qui a initialement motivé la constitution du syndicat? 539

L'argument tiré de l'unité de la relation contractuelle vaut aussi pour les contrats de **syndicat indirect**. Il n'est pas contesté que tout syndicat, quelle que soit sa nature, porte économiquement sur *une seule opération*: l'octroi et le remboursement d'un prêt⁴¹¹. Certes, les structures juridiques des syndicats directs et indirects ne sont pas identiques: 540

- Dans le premier cas, le contrat de prêt lie l'emprunteur au syndicat; 541
- Dans le second, il lie l'emprunteur à la banque primaire, les autres banques ne pouvant être que les bénéficiaires de droits de créance. 542

Mais cet aspect raffermirait plutôt qu'affaiblit notre thèse: Le caractère occulte de la syndication (n° 98) et le principe de la relativité des contrats contraignent les banques consortiales à préserver le rapport emprunteur/banque primaire en reconstruisant autour de celle-ci l'ensemble formé par le contrat et les créances, cela tout en maintenant les droits de «propriété» des banques participantes; à nouveau, la réalisation de cet objectif n'est possible que par le système des créanciers collectifs. 543

3. Un argument s'ajoute à ceux qui précèdent, pour rejeter la thèse du contrat innommé: En vertu du principe du *numerus clausus* des sociétés, il n'est pas possible en droit suisse de créer une communauté en dehors des 544

⁴¹⁰ Il faut souligner que, bien qu'optant finalement pour une solution différente de la nôtre, DOHM (*in* SAS 56/1984 p. 13 s. n° 29 ss) est sans aucun doute l'auteur qui a le mieux compris l'influence du régime des biens dans la définition de la nature du contrat de syndicat.

⁴¹¹ DOHM, *in* SAS 56/1984 p. 13 n° 25; *idem*, *in* SAS 58/1986 p. 8 n° 47; BIERI, p. 69 ss; FRANCHIONI, p. 1 ss.

formes prévues par la loi⁴¹². Ce principe est implicite dans l'art. 530 al. 2 CO, aux termes duquel:

«La société est une société simple, dans le sens du présent titre, lorsqu'elle n'offre pas les caractères distinctifs d'une des autres sociétés réglées par la loi»⁴¹³.

- 545 Cette subsidiarité n'est sans doute pas étrangère à la souplesse que le législateur a donnée aux dispositions applicables aux sociétés simples (p.ex. n° 444 ss). Cette flexibilité ne touche toutefois que les modalités du contrat et non ses fondements: Dès qu'il y a un but et des apports et que la société ainsi formée ne correspond à aucun autre type de communauté décrite par la loi, il y a société simple.
- 546 Or, M. DOHM, tout en développant le concept de «contrat de coopération *sui generis*», reconnaît expressément que les banques qui forment un syndicat direct visent un but commun, la réalisation de l'opération de crédit, et font un apport, le versement d'une somme d'argent⁴¹⁴. Une société existe à partir de ce moment-là (n° 483); faute d'autres caractères distinctifs, elle est une société simple.
- 547 Toute autre qualification viole la règle du *numerus clausus*: Le droit suisse ne permet pas de qualifier d'innommé un contrat de communauté dans le seul but d'échapper à une conséquence légale attachée à la création d'une société – la propriété commune des biens sociaux⁴¹⁵. Cette solution n'est en outre pas nécessaire, vu le caractère dispositif de l'art. 544 al. 1 CO et la possibilité d'opter pour le régime des créances par quote-parts (n° 443 ss).
- 548 4. Il est tout à fait envisageable que, dans certaines situations, les banques préfèrent le régime des **créanciers en commun** à celui des créanciers par quote-parts. En raison des avantages liés à la deuxième structure, ce choix ne

⁴¹² En adaptant au droit des sociétés la définition que FOEX (p. 41 s. n° 47) a donnée en matière de droits réels, on peut aussi dire que:

«[L]e *numerus clausus* est le principe selon lequel l'autonomie privée (en particulier la liberté contractuelle) des parties en matière de [droit des sociétés] est limitée d'une manière telle que leurs conventions ne peuvent avoir pour objet, sous peine de nullité (pour impossibilité objective initiale d'exécution), que l'un[e] des [sociétés] limitativement énumérées par la loi».

Sur le *numerus clausus* des sociétés en général, cf. KOLLER Arnold, p. 96 ss; MENGARDI, p. 108 ss; MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT, p. 317 s.; OTT, p. 87 s.; VON STEIGER, p. 239 ss; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 177 n° 1 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 535 n° 4144 ss. Sur la différence entre «types» et «formes» de sociétés, cf. VON STEIGER, p. 240 (avec d'autres références).

⁴¹³ Soit en allemand: «Sie ist eine einfache Gesellschaft im Sinne dieses Titels, sofern dabei nicht die Voraussetzungen einer andern durch das Gesetz geordneten Gesellschaft zutreffen». Voir ég. art. 59 al. 2 CC.

⁴¹⁴ DOHM, in SAS 56/1984 p. 13 n° 25 ss.

⁴¹⁵ Cf. surtout MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 177 n° 1. En relation avec les prêts syndiqués, cf. FRANCONI, p. 39 ss; BIERI, p. 191 s. n° 222.

devrait toutefois intervenir *que dans des cas particuliers*, vraisemblablement en relation avec des syndicats de place (n° 141). En effet, dans le système des créanciers par quote-parts:

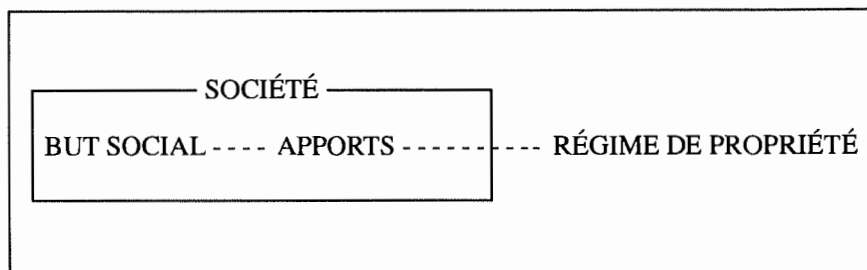
- D'une part, il n'est pas nécessaire de procéder à la liquidation de la société 549 en cas de faillite ou d'exécution forcée à l'encontre de l'un des associés: Les créanciers exercent leurs droits sur la quote-part du failli ou du saisi (n° 464 ss et 513 ss).
- D'autre part, chaque copropriétaire/créancier par quote-parts a les droits 550 d'un propriétaire/créancier «à raison de sa part» («für seinen Anteil»; art. 646 al. 3 CC *in initio*): Sous réserve de dispositions légales ou contractuelles contraires, il peut librement disposer de sa quote-part; en particulier, il peut compenser sa part de la créance totale contre une dette qu'il aurait envers l'emprunteur (n° 431 s.).

Il faut insister sur le fait que la question de la détermination du régime 551 applicable aux biens de la société n'exerce *pas* une *influence directe* sur la nature juridique du contrat de syndicat: Ce n'est pas parce que les associés ont choisi la copropriété à la place de la propriété commune que les contrats de syndicat cessent d'être des sociétés simples.

Par ailleurs, on ne peut nier le fait que cette question est étroitement liée à 552 celle des apports que font les associés:

C'est parce que les banques consortiales font toujours une contribution matérielle au syndicat qu'il est nécessaire de définir le régime de ces biens après leur intégration dans le patrimoine de la société (n° 414 et 498).

On peut poursuivre le raisonnement en rappelant la relation nécessaire qui 553 existe entre les apports et le but social (n° 414). Il existe ainsi une interaction entre ces trois éléments⁴¹⁶ qui peut être schématiquement représentée comme suit:



⁴¹⁶ Il ne fait aucun doute que cette interaction est à la base des solutions proposées par DOHM et BIERI. En effet, tous deux font expressément référence à l'opinion dominante sur les créanciers par quote-parts pour justifier leurs choix (n° 438 ss).

- 554 Cet ensemble de relations nous a permis de mieux définir le but et les apports des syndicats **indirects** et de qualifier le type de société que les banques forment à cette occasion. Nous avons ainsi pu déterminer que les banques participantes veulent éviter l'intégration de leurs apports dans le patrimoine de la banque primaire et, par conséquent, entendent rejeter la structure de la société tacite (n° 518 ss). Les banques participantes ne veulent pas simplement partager les bénéfices et les pertes d'une entreprise menée par la banque primaire, elles veulent aussi être des créancières de l'emprunteur⁴¹⁷. C'est dans ce but que la banque primaire cède une fraction de sa créance aux banques participantes et que celles-ci en font apport à la société (n° 498).

⁴¹⁷ On exclut par là tant la qualification de prêt partiaire que celle de société tacite (n° 518 ss). Sur la notion de prêt partiaire, cf. p.ex. BROSSET, FJS n° 754.

TROISIÈME PARTIE

LES OBLIGATIONS

A ce stade, nous avons qualifié uniquement la relation qui lie les banques *après* la conclusion du contrat consortial. Il faut maintenant examiner la nature des rapports qui lient les parties au contrat – y compris l'emprunteur – dans la phase antérieure à la signature du contrat pour pouvoir étudier les obligations des banques dirigeantes, chef de file ou banque primaire (Chapitre premier). 555

Nous reviendrons sur la nature sociale du contrat de syndicat (n° 524 ss), lorsque nous présenterons les règles applicables aux obligations des banques gérantes, agent ou banque primaire, dans l'exécution du prêt (Chapitre deuxième). 556

Chapitre premier

Les obligations des banques dirigeantes dans la formation des contrats de prêt syndiqué

Les banques dirigeantes ont deux catégories de débiteurs: l'emprunteur (§ 9) 557 et les banques qu'elles invitent à participer au consortium (§ 10). Dans ce chapitre, nous mettrons l'accent sur la manière dont ces deux groupes d'obligations s'intègrent l'un à l'autre; nous traiterons en particulier des conflits qui peuvent surgir entre l'obligation de discrétion que les banques dirigeantes ont envers l'emprunteur et leur obligation d'informer les banques participantes.

§ 9 Dans les rapports avec l'emprunteur

La nature de la relation juridique qui lie l'emprunteur aux banques dirigeantes change selon que l'on se trouve dans une syndication directe (I), une syndication indirecte préformée (II) ou une syndication indirecte postformée (III). 558

Bien qu'ayant des fondements différents, les obligations du chef de file et de la banque primaire ont des contenus proches. Il est donc possible d'appliquer un plan commun à ces différentes sections: Nous qualifierons dans un premier temps les relations (1), pour ensuite présenter le régime de responsabilité de la banque dirigeante (2). 559

I. Dans une syndication directe

1. La nature des rapports

Il s'agit d'abord de rappeler l'état de fait auquel on se réfère (A) et ensuite de le qualifier (B). 560

A. Le rappel de l'état de fait

- 561 Le chef de file choisi par l'emprunteur accepte en principe les tâches suivantes (n° 208 ss)⁴¹⁸:
- a) Préparation d'un projet de contrat syndiqué;
 - b) Discussion de ce projet avec l'emprunteur;
 - c) Etablissement d'un mémorandum informatif en collaboration avec l'emprunteur;
 - d) Prise de contact avec d'autres banques en vue de la formation du syndicat de prêt;
 - e) Prise en considération des modifications du projet de contrat proposées par les banques consortiales;
 - f) Discussion de ce nouveau projet avec l'emprunteur;
 - g) Préparation et exécution de la «cérémonie de signatures» du contrat de prêt syndiqué;
 - h) Eventuelle publication de «tombstones» dans la presse spécialisée.

B. La qualification: un contrat de courtage

- 562 Il existe entre la banque dirigeante et l'emprunteur une *relation à caractère juridique* qui dépasse un contact purement factuel: L'emprunteur confie au chef de file la mission de constituer un syndicat capable de lui accorder, à certaines conditions, un prêt d'un montant déterminé (n° 208); la plupart des tâches du chef de file tendent à la réalisation de cette mission.
- 563 La nature de cette relation est liée au *droit du mandat* (art. 394 ss CO). La définition légale d'un des mandats spéciaux correspond parfaitement à la description que nous venons de faire: celle du contrat de **courtage** (art. 412 ss CO)⁴¹⁹. Ainsi, à teneur de l'art. 412 al. 1 CO, «le courtage est un contrat par lequel le courtier est chargé, moyennant un salaire, soit d'indiquer à l'autre partie l'occasion de conclure une convention, soit de lui servir d'intermédiaire pour la négociation d'un contrat»⁴²⁰.

⁴¹⁸ HINSCH/HORN, p. 20 s. (avec d'autres références).

⁴¹⁹ Notons au passage que cette solution est aussi celle qui est généralement admise en droit allemand, HINSCH/HORN, p. 33 ss. Sur le contrat de courtage en général, cf. GAUTSCHI, *ad* art. 412 ss CO (y compris les remarques préliminaires); OSER/SCHOENENBERGER, *ad* art. 412 ss CO (y compris les remarques préliminaires); TERCIER, *Partie spéciale*, p. 406 ss n° 3142 ss; HOFSTETTER, p. 123 ss; ANTOGNAZZA.

⁴²⁰ Dans sa version allemande, cette disposition a la teneur suivante: «Durch den Mäklervvertrag erhält der Makler den Auftrag, gegen eine Vergütung Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln». Sur cette notion, cf. GAUTSCHI, art. 412 CO n° 1 ss; OSER/SCHOENENBERGER, art. 412 CO n° 1 ss; HOFSTETTER, p. 123 ss; TERCIER, *Partie spéciale*, p. 407 n° 3147 ss; SCHWEIGER, p. 1 ss; ANTOGNAZZA, p. 1 ss.

Le chef de file sert en effet d'*intermédiaire* entre les parties au contrat lors des 564
pourparlers: Le chef de file reçoit des futures banques consortiales les modifications qu'elles souhaitent apporter au contrat de prêt; il communique ensuite les changements proposés à l'emprunteur et l'assiste dans ses négociations avec le consortium⁴²¹. L'emprunteur verse à la banque dirigeante une commission pour les services qu'elle lui rend⁴²².

En outre, comme un courtier «classique», le chef de file n'a *pas de pouvoirs de 565*
*représentation*⁴²³: Il ne représente ni l'emprunteur ni les banques consortiales⁴²⁴; lorsqu'au moment de la signature du contrat il agit au nom des membres du syndicat qui sont absents, c'est uniquement en vertu de pouvoirs spéciaux⁴²⁵.

Enfin, le chef de file est dans la position d'un courtier au bénéfice d'une 566
clause d'exclusivité⁴²⁶: L'emprunteur ne confie à aucune autre banque le mandat donné au chef de file; dans la deuxième phase de la syndication, le chef de file n'est pas mis en concurrence avec d'autres instituts de crédit pour former le consortium de prêt. Nous verrons plus loin que cette position détermine le contenu de certaines obligations du chef de file (cf. n° 587 s.).

2. Le régime de responsabilité

Pour comprendre les règles que le chef de file doit observer dans sa fonction 567
de courtier négociateur, il faut d'abord présenter ses obligations (A), puis définir la norme de responsabilité à la base du régime (B).

A. Les obligations du chef de file

Nous commencerons par une présentation générale des obligations du chef 568
de file (a). Puis, nous concentrerons notre analyse sur une obligation à caractère spécial: l'obligation de discrétion (b).

⁴²¹ HINSCH/HORN, p. 20: «Unter den verbleibenden drei Personen bzw. Personengruppen, die in der Entstehungsphase eines Eurokonsortialkredites auftreten – Kreditnehmer, Manager, Konsortialbanken –, nimmt der Manager die zentrale Position ein».

⁴²² Pour une présentation détaillée, cf. *idem*, p. 64 ss.

⁴²³ Cf. GAUTSCHI, art. 412 CO n° 8a (p. 125); HOFSTETTER, p. 124; TERCIER, Partie spéciale, p. 407 n° 3150.

⁴²⁴ HINSCH/HORN, p. 20 s.

⁴²⁵ Voir les auteurs cités *supra* n. 423.

⁴²⁶ HINSCH/HORN, p. 36 s. Sur cette clause, cf. surtout SCHWEIGER, p. 169 ss.

a. En général

- 569 D'une manière générale, le chef de file-courtier est «responsable envers le mandant [= l'emprunteur] de la bonne et fidèle exécution du mandat» (art. 398 al. 2 CO)⁴²⁷ et doit en principe agir conformément aux instructions qu'il reçoit (art. 397 al. 1 CO)⁴²⁸. Cette règle peut être analysée comme une obligation générale – l'obligation de diligence – explicitée et complétée par trois autres obligations: les obligations d'agir, d'informer et de conseiller.
- 570 **1. L'obligation de diligence.** Le contenu et l'étendue de cette obligation sont avant tout définis par les circonstances⁴²⁹. Ainsi, pour déterminer si le mandataire a bien exécuté son mandat, il faudra prendre en considération: le genre de mandat, le temps à disposition, l'importance de l'affaire et la qualification des parties⁴³⁰. *La règle est objective* et peut être résumée de la façon suivante: «Le mandataire doit agir comme le ferait toute personne diligente placée dans la même situation»⁴³¹.
- 571 Les critères généraux suivants permettent en outre de définir les contours de l'obligation de diligence du chef de file⁴³²:
- 572 a. La première source du mandat est la **convention**⁴³³; elle en définit l'objet et, par là, l'étendue des obligations du mandataire. A défaut de convention, l'art. 396 al. 1 CO cite la «**nature de l'affaire**» comme seconde source⁴³⁴; il s'agit alors de prendre en compte le but poursuivi par les parties, ainsi que les pratiques et usages de la branche à laquelle se rattache l'activité du mandataire.
- 573 Dans notre domaine, quatre facteurs principaux doivent être pris en considération afin de déterminer l'étendue du mandat de la banque dirigeante:
- 574 – La *mission* confiée au chef de file est toujours la constitution d'un consortium apte à accorder à l'emprunteur un prêt d'un montant déterminé.

⁴²⁷ Soit en allemand: «Er haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes». Sur cette disposition en général, cf. HOFSTETTER, p. 69 ss; GAUTSCHI, art. 398 CO n° 1 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 384 s. n° 2971 ss et p. 386 s. n° 2987 ss.

⁴²⁸ Cf. GAUTSCHI, art. 397 CO n° 1 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 385 s. n° 2981 ss; HOFSTETTER, p. 78 ss.

⁴²⁹ TERCIER, Partie spéciale, p. 384 s. n° 2972 ss (sp. p. 384 n° 2973, à propos de la portée restrictive à donner à l'art. 321e al. 2 CO); GAUTSCHI, art. 398 CO n° 23b et 27; HOFSTETTER, p. 94 ss.

⁴³⁰ TERCIER, Partie spéciale, p. 384 n° 2974; GAUTSCHI, art. 398 CO n° 24.

⁴³¹ TERCIER, Partie spéciale, p. 384 n° 2974. Eg. DERENDINGER, p. 117 ss n° 266 ss (avec de nombreuses références).

⁴³² A ce sujet, cf. TERCIER, Partie spéciale, p. 381 ss n° 2947 ss et les références que cet auteur cite p. 381 n° 2945.

⁴³³ *Idem*, p. 381 n° 2947; GAUTSCHI, art. 396 CO n° 2.

⁴³⁴ TERCIER, Partie spéciale, p. 381 n° 2948; GAUTSCHI, art. 396 CO n° 3.

- L'étendue des obligations du chef de file est avant tout définie par les *termes de l'offre* faite à l'emprunteur et acceptée par celui-ci (n° 203 ss). 575
- En matière de prêts syndiqués, les banques ont développé une *pratique* qui peut servir à interpréter et à compléter les règles définies par la convention. 576
- Le mandat du chef de file est aussi régi par des dispositions propres au droit du *courtage* qui modifient en partie le régime appliqué au mandat dit «ordinaire» (n° 562 ss). 577

b. Un troisième groupe de dispositions vient s'ajouter aux règles de la pratique des prêts syndiqués et du droit du courtage: **les règles de l'art et les règles déontologiques**⁴³⁵. Ces normes ont un caractère plus général que celles qui appartiennent aux deux premiers groupes. Elles définissent les standards de comportement applicables à une profession considérée; elles permettent de compléter ou préciser les obligations du mandataire. 578

En matière bancaire, certaines de ces règles sont incorporées dans les conventions établies par l'Association suisse des banquiers (p.ex. la Convention de diligence)⁴³⁶. De telles règles peuvent être opposées à une banque dans trois situations principales⁴³⁷: 579

- La personne qui invoque l'application de la règle et la défenderesse sont toutes deux membres de l'Association suisse des banquiers. 580
- La convention a été intégrée au contrat directement ou par référence. 581
- La convention est l'expression d'un usage reconnu par l'ensemble des banques. 582

c. Enfin, il convient de **rappeler** deux principes: 583

- Celui qui accepte un mandat doit être en mesure de l'exécuter correctement⁴³⁸. 584

⁴³⁵ TERCIER, Partie spéciale, p. 385 n° 2979; GAUTSCHI, art. 398 CO n° 24b et c.

⁴³⁶ A ce sujet en général, cf. les auteurs cités *supra* n. 97. Sur le rôle de ces conventions en droit privé, cf. p.ex. GUGGENHEIM, p. 7 s. (dans la 2^e éd. française, p. 28 s.). A propos du rôle de la Convention de diligence en droit privé, cf. les remarques pertinentes de REICHWEIN, p. 20 s. Eg. les auteurs cités à la note précédente.

⁴³⁷ Des règles similaires sont habituellement retenues pour les conditions générales: cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 148 ss n° 785 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 196 ss n° 817 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 309 n° 2375. A signaler le rôle spécial des directives de l'Association suisse des banquiers concernant la gestion de fortune, lorsqu'il s'agit d'«apprécier la mesure de la diligence que le mandant est en droit d'attendre de la banque». ATF du 1^{er} décembre 1987, *in* SJ 1988 p. 337 (citant GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 2^e éd., Genève 1982, p. 92 s.; voir ég. la troisième édition en allemand de cet ouvrage, p. 71); arrêt commenté par LEVY A., *in* SAS 61/1989 p. 27. En effet, bien que les contrats de gestion de fortune des banques renvoient rarement à ces directives et que celles-ci ne constituent pas nécessairement un usage, il a été affirmé qu'elles peuvent intervenir dans l'interprétation et le complètement des contrats de gestion, «weil die darin enthaltenen Vorschriften Ausdruck eines Standards sind, den sich die Banken selbst auferlegt haben und der im schweizerischen Bankwesen als üblich vorausgesetzt werden darf». ZOBL, *in* Innominatverträge, p. 326 (avec les références p. 326 n. 27). Il n'est pas exclu que cette pratique annonce d'autres interprétations similaires dans le domaine bancaire.

⁴³⁸ TERCIER, Partie spéciale, p. 385 n° 2977; HOFSTETTER, p. 69 ss.

585 – Le mandataire est tenu d'avoir le niveau de compétences que l'on est en droit d'exiger de toute personne diligente; en particulier, il doit se tenir informé de l'évolution des techniques dans son domaine⁴³⁹.

586 Ces deux règles seront spécialement appliquées en relation avec l'obligation de rendre le service demandé.

587 **2. L'obligation de rendre le service.** Le fait que le chef de file soit au bénéfice d'une clause d'exclusivité impose un régime de responsabilité spécial à la banque dirigeante: Alors que, normalement, «le courtier ne prend pas l'engagement de rendre le service attendu»⁴⁴⁰, une *exception* est faite à cette règle lorsque le courtier se voit accorder un droit d'exclusivité pour une opération (n° 566)⁴⁴¹. Dans ce cas, une totale inactivité est considérée comme incompatible avec l'obligation de sauvegarder les intérêts du mandant et, par là, constitue une violation du devoir de fidélité du courtier (art. 398 al. 2 CO)⁴⁴².

588 L'offre du chef de file de faire de son mieux pour constituer un syndicat de prêt (n° 206) correspond à l'obligation du courtier exclusif de rendre le service: La banque s'engage envers l'emprunteur à entreprendre les démarches nécessaires à la constitution d'un syndicat de prêt. Cela ne signifie pas pour autant que le chef de file est le débiteur d'une obligation de résultat: Il ne répond de l'échec total ou partiel de la syndication que si – et dans la mesure où – il a fait une *offre ferme* (n° 204) à l'emprunteur; dans les autres cas, seuls les principes régissant l'obligation de diligence s'appliquent.

⁴³⁹ TERCIER, Partie spéciale, p. 385 n° 2978.

⁴⁴⁰ *Idem*, p. 408 n° 3158. Cf. ég. HOFSTETTER, p. 124: «Der Makler ist nach dem Gesetz berechtigt, nicht aber verpflichtet, sich um die Vermittlung eines Abschlusses zu bemühen».

⁴⁴¹ La clause d'exclusivité intervient aussi dans le régime de la rémunération du chef de file: Le principe est que le courtier a droit à sa *commission* lorsque les démarches qu'il a entreprises aboutissent à la conclusion du prêt (art. 413 al. 1 CO). Sur cette disposition, cf. GAUTSCHI, art. 413 CO n° 1 ss; SCHWEIGER, p. 65 ss; HOFSTETTER, p. 126 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 409 s. n° 3166 ss. Cette règle est toutefois de droit dispositif et les parties peuvent convenir d'un autre arrangement. Cf. surtout SCHWEIGER, p. 122 ss; ég. TERCIER, Partie spéciale, p. 409 n° 3170; HOFSTETTER, p. 127. Cette possibilité est cependant considérablement limitée dans notre domaine: Une disposition qui prévoirait, *aux côtés d'une clause d'exclusivité*, le droit du chef de file de toucher une rémunération même en n'exerçant aucune activité serait d'une légalité douteuse, puisque l'on pourrait y voir «une promesse de donner subordonnée à la forme écrite (art. 243 CO) et à la commune volonté des parties de faire et d'accepter une donation». ATF 100/1974 II 361 = SJ 1975 p. 349 = JdT 1975 I 188. Certes, la forme écrite est habituellement respectée (n° 85); en revanche, la volonté de donner n'est pas courante en matière de prêts syndiqués! Sur la différence entre «mandat exclusif» («Alleinauftrag») et renonciation à l'exigence du lien de causalité, cf. ATF 97/1971 II 355, JdT 1972 I 375; ég. SJ 1953 p. 280. Cep. Extraits 1977 p. 29: «La clause d'exclusivité insérée dans un contrat de courtage implique la renonciation contractuelle à l'exigence d'un lien de causalité».

⁴⁴² ATF 103/1977 II 129, JdT 1978 I 150, 154: «On doit approuver [la décision cantonale] dans la mesure où elle infère de la clause d'exclusivité liant les parties un devoir pour le demandeur [= le courtier] de déployer une activité en faveur de la défenderesse [= la mandante]». TERCIER, Partie spéciale, p. 408 n° 3158. Pour une critique de cette jurisprudence, cf. SCHWEIGER, p. 190 ss.

3. L'obligation d'informer. Le mandataire doit tenir son mandant au courant 589 de l'évolution du mandat⁴⁴³. Cela signifie en particulier que le mandataire doit signaler à son mandant tout événement important intervenant en relation avec le contrat ou pouvant affecter son exécution. Il devra également l'informer des actions qu'il entreprend pour atteindre le but fixé par le mandat.

En matière de prêts syndiqués, les conséquences sur les obligations du chef de 590 file dans la première phase de la syndication sont évidentes:

- La banque doit régulièrement informer l'emprunteur de ses progrès dans 591 la constitution du syndicat de prêt; elle doit par exemple communiquer à l'emprunteur l'identité, la part et, le cas échéant, le type d'engagement des banques qui ont accepté de joindre le consortium.
- Elle doit aussi attirer l'attention de l'emprunteur sur tout événement – 592 juridique ou économique – suffisamment important pour influencer les conditions du crédit; citons notamment des changements dans la législation fiscale ou une modification du régime des intérêts.

4. L'obligation de conseiller. Parce qu'il est – en principe – plus expérimenté 593 que le mandant, le mandataire est tenu de le conseiller régulièrement sur les mesures à prendre pour atteindre le but poursuivi⁴⁴⁴. Il lui indique ainsi les démarches qu'il estime appropriées et, si possible, lui donne le choix entre plusieurs types d'actions, avec les avantages et les inconvénients de chacune d'entre elles.

Dans notre domaine, le chef de file doit par exemple présenter à l'emprun- 594 teur les mesures que celui-ci peut prendre pour rendre sa demande de crédit plus attrayante; éventuellement, il lui suggère de modifier les conditions du prêt pour les rendre acceptables par les banques ou pour les adapter aux conditions du marché.

Le devoir de conseiller de la banque dirigeante commence avec les premières 595 démarches qu'elle entreprend pour trouver des banques intéressées à constituer un syndicat et dure jusqu'à la fin des négociations.

b. L'obligation de discrétion

L'obligation de discrétion – ou plus spécifiquement, dans notre domaine, 596 l'obligation de garder le *secret bancaire* – occupe une place particulière dans

⁴⁴³ GAUTSCHI, art. 400 CO n° 22 ss; HOFSTETTER, p. 89 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 386 n° 2990.

⁴⁴⁴ TERCIER, p. 386 n° 2991; GAUTSCHI, art. 397 CO n° 17 s. et art. 400 CO n° 22 s.; HOFSTETTER, p. 90.

notre exposé: D'abord parce que, contrairement à l'obligation de diligence, sa source première n'est pas le droit des contrats mais le droit des personnes. Ensuite parce qu'elle peut entrer en conflit avec les devoirs précontractuels des banques dirigeantes envers les autres banques consortiales (cf. n° 811 ss).

597 L'importance de l'obligation de discrétion dans le droit bancaire suisse justifie que l'on en fasse une présentation générale, avant d'examiner son influence sur le comportement du chef de file:

598 **1. Le secret bancaire suisse**⁴⁴⁵. Il faut distinguer entre les sources, la notion et les conséquences de la violation du secret bancaire:

599 **a. Les sources.** L'obligation de discrétion des banques repose avant tout sur des dispositions de *droit privé*: Les dispositions du Code civil qui assurent la **protection de la personnalité** (art. 28 à 28f CC) constituent la première source du secret bancaire⁴⁴⁶. Il est en effet unanimement admis que chacun a droit à ce que sa vie privée soit protégée⁴⁴⁷. Et la sphère privée économique – notamment le patrimoine des personnes – fait partie de ces éléments jugés dignes de protection⁴⁴⁸. L'obligation de la banque de garder le secret repose également sur les **contrats** conclus avec ses clients⁴⁴⁹:

600 – Pour les contrats qui relèvent du *droit du mandat*, l'obligation de discrétion repose sur le devoir de fidélité du mandataire (art. 398 al. 2 CO)⁴⁵⁰.

601 – Pour les *autres contrats*, l'obligation est déduite des règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC)⁴⁵¹.

602 Les règles de la bonne foi sont le fondement de l'obligation de discrétion dans la **phase précontractuelle**: Cette obligation fait ici partie des «devoirs acces-

⁴⁴⁵ La présentation qui suit est avant tout basée sur l'ouvrage qui fait autorité en la matière en droit suisse: AUBERT/KERNEN/SCHOENLE.

⁴⁴⁶ AUBERT/KERNEN/SCHOENLE, p. 31 s. Sur la protection de la personnalité en général, cf. TERCIER, Personnalité; BUCHER A., p. 114 ss n° 413 ss; GROSSEN, in TDP II/2 p. 74 ss (= SPR II p. 354 ss); DESCHENAUX/STEINAUER, p. 131 ss n° 515 ss.

⁴⁴⁷ AUBERT/KERNEN/SCHOENLE, p. 31 s.; TERCIER, Personnalité, p. 66 ss n° 459 ss; BUCHER A., p. 127 ss n° 477 ss; GROSSEN, in TDP II/2 p. 90 ss (= SPR II p. 368 ss); DESCHENAUX/STEINAUER, p. 140 s. n° 560 ss.

⁴⁴⁸ Cf. surtout STEINAUER, in Hommage à Henri Deschenaux, p. 20: «[P]armi les droits de la personnalité figure le droit à la vie privée, c'est-à-dire le droit de chacun de garder la maîtrise des informations qui le concernent personnellement», et p. 21: «l'Avoir fait donc partie, dans une certaine mesure, de la personnalité, ... au moins de la personnalité suisse!». Sur la distinction entre l'«Etre» (= la personnalité) et l'«Avoir» (= le patrimoine), cf. TERCIER, Personnalité, p. 18 n° 106. Voir ég. AUBERT/KERNEN/SCHOENLE, p. 32. Eg. DELACHAUX, p. 8 s.; SCHWAGER, p. 57.

⁴⁴⁹ AUBERT/KERNEN/SCHOENLE, p. 34 s.

⁴⁵⁰ *Idem*, p. 34. Sur le devoir de fidélité du mandataire, cf. p.ex. GAUTSCHI, art. 398 CO n° 13 ss; HOFSTETTER, p. 84 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 387 n° 2995 ss.

⁴⁵¹ AUBERT/KERNEN/SCHOENLE, p. 34 s. Sur l'art. 2 al. 1 CC, cf. p.ex. MERZ, *ad* art. 2 CC; ZELLER, Treu und Glauben; DESCHENAUX, in TDP II/1 p. 135 ss (= in SPR II p. 143 ss).

soires [...] fondés sur l'idée de confiance qui est à la base de l'art. 2 al. 1 CC»; la banque qui révèle à des tiers des informations qu'elle a obtenues dans cette phase préparatoire est tenue de réparer le préjudice qu'elle cause, même lorsqu'aucun contrat n'est finalement conclu (cf. é.g. n° 670 ss)⁴⁵².

La disposition de **droit pénal administratif** qui sanctionne la violation du secret bancaire, l'art. 47 LB (cf. n° 606), n'est pas une source de l'obligation de discrétion du banquier: La règle rappelle simplement que l'obligation est aussi «un devoir professionnel ayant sa source dans le droit économique administratif régissant les banques»⁴⁵³. Il faut dès lors séparer l'origine de la règle des conséquences de sa violation: L'origine est de droit civil, alors que la sanction est de droit pénal; autrement dit, le secret bancaire est défini par le droit privé, non par l'art. 47 LB⁴⁵⁴.

b. La notion. On peut reprendre la définition du secret bancaire qui est généralement posée en doctrine:

«Le secret bancaire consiste dans la discrétion que les banques, leurs organes et employés, ainsi que certaines personnes en relation directe avec elles doivent observer concernant les affaires économiques et personnelles de leurs clients et de tiers parvenues à leur connaissance dans l'exercice de leur profession»⁴⁵⁵.

Il s'agit de préciser deux aspects de cette définition:

- Seules les informations concernant des *faits de notoriété publique*, par exemple celles publiées dans la presse ou autrement apprises en dehors de l'activité professionnelle, ne sont pas couvertes par le secret bancaire⁴⁵⁶.
- L'obligation couvre non seulement les informations qui concernent le client de la banque, mais aussi les renseignements que celle-ci acquiert à *propos de tiers* avec lesquels son client effectue des opérations⁴⁵⁷.

c. Les conséquences de la violation. La violation du secret bancaire peut d'abord entraîner des *sanctions de droit pénal*⁴⁵⁸. Ainsi, à teneur de l'art. 47 ch. 1 et 2 LB:

«1. Celui qui, en sa qualité de membre d'un organe, d'employé, de mandataire, de liquidateur ou de commissaire de la banque, d'observateur de la Commission des banques, ou encore de membre d'un organe ou d'employé d'une institution de revision agréée, aura révélé un secret à lui confié ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi,

⁴⁵² AUBERT/KERNEN/SCHOENLE, p. 35 s. et 44 ss.

⁴⁵³ *Idem*, p. 36.

⁴⁵⁴ *Idem*, p. 36 s.

⁴⁵⁵ SCHOENLE, in *Mélanges Patry*, p. 193.

⁴⁵⁶ AUBERT/KERNEN/SCHOENLE, p. 79.

⁴⁵⁷ *Idem*, p. 80.

⁴⁵⁸ *Idem*, p. 60 ss.

celui qui aura incité autrui à violer le secret professionnel, sera puni de l'emprisonnement pour six mois au plus ou de l'amende jusqu'à concurrence de 50 000 francs.

2. Si le délinquant a agi par négligence, la peine sera l'amende jusqu'à concurrence de 30 000 francs»⁴⁵⁹.

- 607 L'art. 47 ch. 3 LB prévoit en outre que la «violation du secret demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin ou que le détenteur du secret n'exerce plus sa profession»⁴⁶⁰. Quant au chiffre 4, il réserve les dispositions de droit fédéral et cantonal statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice⁴⁶¹.
- 608 L'individu ou la banque qui ne respecte pas le secret bancaire peut ensuite devoir *réparer civilement* le dommage qu'il a causé. Assumant que les principes sont connus, nous nous bornons à citer les types de responsabilités⁴⁶²:
- 609 – Responsabilité délictuelle (art. 41 et 49 CO)⁴⁶³;
 – Responsabilité contractuelle (art. 97, 398 al. 1 et 321e CO)⁴⁶⁴;
 – Responsabilité du fait des auxiliaires (art. 55 et 101 CO)⁴⁶⁵;
 – Responsabilité de la personne morale (art. 54, 55 al. 2 CC et 41 CO)⁴⁶⁶;
 – Responsabilité précontractuelle (cf. n° 686 ss);

⁴⁵⁹ Dans sa version allemande, cette disposition a la teneur suivante:

«1. Wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Organ, Angestellter, Beauftragter, Liquidator oder Kommissär einer Bank, als Beobachter der Bankenkommision, als Organ oder Angestellter einer anerkannten Revisionsstelle anvertraut worden ist oder das er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat, wer zu einer solchen Verletzung des Berufsgeheimnisses zu verleiten sucht, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bis zu 50 000 Franken bestraft.
 2. Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Busse bis zu 30 000 Franken».

⁴⁶⁰ Soit en allemand: «3. Die Verletzung des Berufsgeheimnisses ist auch nach Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses oder der Berufsausübung strafbar».

⁴⁶¹ AUBERT/KERNEN/SCHOENLE, p. 77 s. Eg. SCHOENLE, in *Mélanges Patry*, p. 191.

⁴⁶² En général, cf. AUBERT/KERNEN/SCHOENLE, p. 38 ss.

⁴⁶³ Sur l'art. 41 CO en général, cf. BREHM, art. 41 CO n° 1 ss; OFTINGER/STARK, p. 1 ss n° 1 ss; STARK, p. 99 ss n° 439 ss; DESCHENAUX/TERCIER, p. 66 ss n° 1 ss; KELLER/GABI-BOLLIGER, p. 4 et 164. Sur les relations entre la violation des droits de la personnalité et l'art. 41 CO, cf. TERCIER, *Personnalité*, p. 241 ss n° 1812 ss. Sur l'art. 49 CO, cf. *idem*, p. 258 ss n° 1952 ss.

⁴⁶⁴ Sur l'art. 97 CO, cf. GAUCH/SCHLUEP, p. 84 ss n° 1590 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 63 n° 1547 ss; ENGEL, p. 475 ss; BUCHER, p. 303 ss; KELLER/SCHOEBI, p. 234 ss. Sur l'art. 398 al. 1 CO, cf. GAUTSCHI, art. 398 CO n° 1 ss; TERCIER, *Partie spéciale*, p. 390 ss n° 3121 ss; HOFSTETTER, in *SPR VII/2* p. 94 ss. Sur l'art. 321e CO, cf. REHBINDER, art. 321e CO n° 1 ss; VISCHER, in *TDP VII/1,2* p. 95 ss (= *SPR VII/1* p. 360 ss).

⁴⁶⁵ Sur l'art. 55 CO, cf. BREHM, art. 55 CO n° 1 ss; OFTINGER/STARK, p. 263 ss n° 1 ss; DESCHENAUX/TERCIER, p. 96 ss n° 1 ss; ENGEL, p. 359 ss; STARK, p. 115 ss n° 526 ss. Sur l'art. 101 CO, cf. SPIRO, *Erfüllungsgehilfen*; KOLLER, *Erfüllungsgehilfen*; GAUCH/SCHLUEP, p. 115 ss n° 1678 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 77 ss n° 1633 ss; BUCHER, p. 311 ss; KELLER/SCHOEBI, p. 238 ss.

⁴⁶⁶ A ce sujet, cf. TUOR/SCHNYDER, p. 120 s.; GUTZWILLER, p. 477 ss; BREHM, art. 41 CO n° 9 ss; DESCHENAUX/TERCIER, p. 81 n° 15 ss.

- Responsabilité postcontractuelle (art. 2 al. 1 CC et 97 CO; ég. art. 47 ch. 3 LB, n° 607)⁴⁶⁷.

Enfin, celui qui viole son obligation de discrétion s'expose⁴⁶⁸: 610

- *administrativement*, à un retrait de l'autorisation d'exercer son activité, si 611 l'on est en présence d'une violation grave commise par une banque;
- *professionnellement*, ou bien à un licenciement ou à une révocation, s'il est 612 un employé ou un membre d'un organe de la banque, ou bien à une exclusion de l'Association suisse des banquiers, s'il est une banque affiliée à cette association.

2. L'obligation de discrétion du chef de file. Si l'on fait abstraction des 613 conflits d'intérêts liés à la double fonction du chef de file – courtier et futur associé (cf. n° 811 ss), on peut résumer comme suit les règles que la banque dirigeante doit observer afin de ne pas violer son obligation de discrétion:

a. Généralement, la banque dirigeante a déjà eu des relations commerciales 614 avec l'emprunteur *avant* que celui-ci fasse son *appel d'offres* (n° 200). Ces rapports peuvent avoir été réguliers ou occasionnels, directs ou indirects; quoi qu'il en soit, le chef de file est tenu de ne pas révéler à des tiers les faits qu'il a appris dans l'exercice de sa profession et qui sont couverts par son obligation de discrétion. Suivant la nature de la relation avec l'emprunteur durant cette période, la responsabilité de la banque sera de nature contractuelle et/ou délictuelle (n° 609).

b. *Entre* le moment de l'*appel d'offres* de l'emprunteur (n° 200) et celui de 615 l'*acceptation* de l'offre du chef de file (n° 208), chaque banque contactée est tenue au secret; en particulier, les banques ne doivent pas divulguer à des tiers les renseignements communiqués par l'emprunteur en vue de l'opération. L'obligation de discrétion est alors un devoir précontractuel (n° 609) et continue d'exister par la suite, même si aucun contrat n'est finalement conclu (n° 602).

c. Durant la période où le chef de file agit comme *courtier*, l'obligation 616 repose sur les règles du mandat et la responsabilité du chef de file est régie par les dispositions générales du Code (cf. n° 618 ss). L'obligation ne s'éteint pas avec le contrat: Elle se perpétue après la constitution du syndicat, et même après sa dissolution (n° 609).

d. Enfin, il faut rappeler que l'obligation de discrétion couvre aussi les 617 informations concernant des *tiers* en relation avec le client de la banque

⁴⁶⁷ Cf. AUBERT/KERNEN/SCHOENLE, p. 46 (avec d'autres références).

⁴⁶⁸ *Idem*, p. 37.

(n° 605). Dans notre domaine, cela signifie notamment que le chef de file ne doit pas révéler les renseignements confiés par l'emprunteur ou des tiers sur d'autres entreprises; c'est par exemple le cas des contrats que l'emprunteur mentionne dans le mémorandum informatif, dans les sections consacrées à son activité commerciale ou à ses liens avec d'autres entreprises. Cette obligation vaut à tous les stades qui viennent d'être mentionnés (n° 614 ss).

B. La norme de responsabilité

- 618 Aucune disposition spéciale ne régit la responsabilité du courtier en tant que telle⁴⁶⁹. Celui-ci répond donc envers son mandant conformément aux règles régissant le mandat ordinaire. Or, selon l'art. 398 al. 1 CO, «la responsabilité du mandataire est soumise, d'une manière générale, aux mêmes règles que celle du travailleur dans les rapports de travail»⁴⁷⁰. La référence aux règles du contrat de travail est en fait un simple renvoi aux **dispositions générales** du Code régissant la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO)⁴⁷¹. Le courtier répond ainsi envers le mandant du dommage qu'il lui cause intentionnellement ou par négligence.
- 619 Il en résulte que la responsabilité du chef de file est soumise aux conditions et modalités définies par les art. 97 ss CO⁴⁷²:
- 620 **1. Les conditions.** Le chef de file-courtier doit réparer le dommage causé à l'emprunteur lorsque les quatre conditions («classiques») suivantes sont remplies⁴⁷³:
- 621 **a.** L'emprunteur doit avoir subi un **dommage**, c'est-à-dire une diminution involontaire de son patrimoine; ce dommage peut être tant un dommage dit «matériel» qu'un tort moral⁴⁷⁴.
- 622 **b.** Le chef de file doit **avoir violé une obligation** qui lui incombe en vertu du contrat; cette obligation peut être ou bien une obligation qui découle de la nature même du contrat (obligation principale), ou bien une obligation qui complète l'obligation principale et lui est ainsi liée (obligation accessoire)⁴⁷⁵.

⁴⁶⁹ Sur la responsabilité du courtier en général, cf. p.ex. TERCIER, *Partie spéciale*, p. 408 n° 3158 ss; HOFSTETTER, p. 131 s.

⁴⁷⁰ Soit en allemand: «Der Beauftragte haftet im allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis». Sur la portée de ce renvoi, cf. DERENDINGER, p. 114 ss n° 259 ss.

⁴⁷¹ Cf. TERCIER, *Partie spéciale*, p. 391 n° 3024.

⁴⁷² A ce sujet, cf. les auteurs cités *supra* n. 469.

⁴⁷³ Cf. p.ex. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 67 ss n° 1565 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 84 ss n° 1590 ss.

⁴⁷⁴ Sur cette notion, cf. GAUCH/SCHLUEP, p. 88 ss n° 1606 ss; DESCHENAUX/TERCIER, p. 45 ss n° 1 ss; OFTINGER/STARK, p. 7 s. n° 17 ss; BREHM, art. 41 CO n° 66 ss.

⁴⁷⁵ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 67 ss n° 1566 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 85 ss n° 1597 ss.

c. Un rapport de **causalité adéquate** doit exister entre la violation du contrat par le chef de file et le préjudice que l'emprunteur invoque⁴⁷⁶. 623

d. Le chef de file doit avoir commis une **faute** intentionnelle ou par négligence⁴⁷⁷; en matière contractuelle, cette faute est présumée⁴⁷⁸. 624

2. **Les modalités.** Plusieurs principes fixent en outre les modalités de la responsabilité de la banque dirigeante: 625

a. En ce qui concerne la **responsabilité pour les tiers**, il faut distinguer deux situations: 626

– Lorsque le tiers est une personne que le chef de file s'est légitimement substitué (hypothèse de la «substitution autorisée»), le chef de file ne répond que pour les fautes commises dans le choix ou l'instruction du substitué (art. 399 al. 2 CO)⁴⁷⁹. 627

– Lorsque le tiers n'est pas un substitué autorisé ou lorsque le tiers n'est pas un substitué mais est simplement un auxiliaire, le chef de file répond des actes du tiers «comme s'ils étaient siens» (art. 399 al. 1 et 101 CO)⁴⁸⁰. 628

b. Dans la partie consacrée au droit cartellaire, nous reviendrons sur la tendance des banques dirigeantes à insérer dans les contrats de prêt syndiqué des **clauses exclusives ou limitatives de responsabilité** (cf. n° 1205 ss). Dans le domaine contractuel, ces clauses sont soumises aux restrictions suivantes: 629

– Selon l'art. 100 al. 1 CO, le chef de file ne peut jamais se libérer d'avance de la responsabilité qu'il encourrait pour *dol ou faute grave*⁴⁸¹. 630

– Le deuxième alinéa de cette disposition prévoit en outre que «le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, tenir pour nulle une clause qui libérerait d'avance le débiteur de toute responsabilité en cas de *faute légère*, si [cette] responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité»⁴⁸². Or, dans sa plus récente jurisprudence, le Tribunal 631

⁴⁷⁶ A ce sujet, cf. DESCHENAUX/TERCIER, p. 52 ss n° 1 ss; BREHM, art. 41 CO n° 102 ss; OFTINGER/STARK, p. 14 s. n° 36 ss. Voir ég. les références citées par GAUCH/SCHLUEP, p. 100 n° 1631.

⁴⁷⁷ Sur cette notion, cf. p.ex. WERRO; STARK, p. 8 ss n° 21 ss.

⁴⁷⁸ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 76 n° 1623 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 108 n° 1648.

⁴⁷⁹ GAUTSCHI, art. 399 CO n° 7 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 398 n° 3038; HOFSTETTER, p. 72 ss.

⁴⁸⁰ GAUTSCHI, art. 399 CO n° 1 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 398 n° 3036 s.; HOFSTETTER, p. 73. Sur l'art. 101 CO, cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 77 ss n° 1633 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 115 ss n° 1678 ss.

⁴⁸¹ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 85 n° 1680 s.; GAUCH/SCHLUEP, p. 113 n° 1669.

⁴⁸² Soit en allemand: «Auch ein zum voraus erklärter Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden kann nach Ermessen des Richters als nichtig betrachtet werden, [...] wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt». Sur le pouvoir d'appréciation du juge, cf. DESCHENAUX, in TDP II/1 p. 122 ss (= SPR II p. 130 ss); MEIER-HAYOZ, art. 4 CC n° 1 ss.

fédéral a considéré que l'activité bancaire était une activité soumise à concession⁴⁸³; il n'est dès lors pas exclu qu'un juge déclare nulle une disposition excluant la responsabilité de la banque dirigeante dans un contrat de prêt consortial.

- 632 – L'art. 101 al. 3 CO est une combinaison de ces deux dispositions; il prévoit en effet un régime similaire à celui de l'art. 100 al. 1 CO, lorsque la responsabilité du débiteur pour ses auxiliaires⁴⁸⁴ «résulte de l'exercice d'une industrie concédée».
- 633 c. **L'action en dommages-intérêts** est soumise aux règles ordinaires; en particulier, cette action est soumise au délai de prescription de dix ans (art. 127 CO)⁴⁸⁵.

II. Dans une syndication indirecte préformée

1. La nature des rapports

- 634 Nous suivrons le même plan que pour la syndication directe: Nous rappellerons d'abord l'état de fait (A), pour ensuite le qualifier (B).

A. Le rappel de l'état de fait

- 635 Généralement, la banque primaire contacte les banques participantes *avant* l'octroi du crédit. Ses tâches sont alors liées tant à la formation du contrat de prêt qu'à celle du contrat de syndicat. La banque primaire se charge ainsi de (n° 247 ss)⁴⁸⁶:
- a) Préparer un projet de contrat de prêt;
 - b) Préparer un projet de contrat de syndicat;
 - c) Prendre contact avec d'autres banques en vue de la formation d'un syndicat de prêt;
 - d) Négocier avec l'emprunteur;

⁴⁸³ ATF 112/1986 II 450 (avec les remarques de FORSTMOSER, *in* SAS 59/1987 p. 123 ss). A noter qu'auparavant le Tribunal avait à deux reprises hésité à trancher la question; il l'avait en effet laissée ouverte dans les ATF 109/1983 II 116 (JdT 1984 I 35) et 110/1984 II 283; à ce sujet, cf. les références citées par GAUCH/SCHLUEP, p. 114 n° 1671a. Sur l'art. 100 al. 2 CO, cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 86 n° 1683.

⁴⁸⁴ Cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 86 n° 1684; GAUCH/SCHLUEP, p. 124 n° 1707.

⁴⁸⁵ A ce sujet, cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 83 s. n° 1669 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 115 n° 1677.

⁴⁸⁶ Cf. DOHM, *in* SAS 58/1986 p. 4 n° 19 ss.

- e) Négocier avec les banques participantes;
- f) Prendre en considération les modifications du projet proposées par l'emprunteur et les banques participantes, et préparer le texte final;
- g) Conclure le contrat de prêt et attribuer les quote-parts de la créance aux banques participantes.

B. La qualification: une relation précontractuelle

Il ressort de cet état de fait que dans cette phase de la syndication, les parties sont dans une phase de **pourparlers**. La banque primaire est au centre de ces négociations; elle discute simultanément: 636

- avec l'emprunteur, des dispositions qui régiront le contrat de prêt, et 637
- avec les banques participantes, des dispositions qui régiront le contrat de syndicat. 638

La banque primaire est dans un double rapport précontractuel, jusqu'à ce qu'elle parvienne à un accord sur les conditions du prêt et de la syndication. Cette constatation appelle deux remarques: 639

- a) Durant cette première période, l'emprunteur et les banques participantes sont soumis aux mêmes règles dans leurs relations avec la banque primaire. La présentation de la responsabilité précontractuelle qui va suivre sert donc de «*partie générale*» à l'analyse de ces deux rapports (cf. n° 727 ss). 640
- b) Le fait que ces relations obéissent à des règles communes n'empêchent pas les obligations de la banque primaire envers l'une des parties d'entrer en *conflit* avec ses obligations envers l'autre; un conflit peut par exemple surgir entre l'obligation de discrétion due à l'emprunteur et celle d'informer due aux banques participantes (cf. n° 811 ss). 641

2. Le régime de responsabilité

Nous commencerons par décrire les obligations de la banque primaire envers d'emprunteur (A), pour présenter ensuite les normes régissant la responsabilité précontractuelle (B). 642

A. Les obligations de la banque primaire

Après une présentation générale (a), nous traiterons de deux obligations spéciales: l'obligation d'informer (b) et l'obligation de discrétion (c). Enfin, nous examinerons si le respect de ces deux dernières obligations a pour conséquence de rendre la créance de la banque primaire incessible (d). 643

a. En général

644 1. Les deux devoirs généraux suivants découlent du principe de la bonne foi:

645 a. Le devoir de se comporter sérieusement se résume en ceci:

«Une partie ne peut pas, par une attitude contraire à ses véritables intentions, éveiller chez l'autre l'espoir illusoire qu'une affaire sera conclue et l'amener ainsi à faire des dépenses dans cette vue (ou au contraire à s'abstenir de prendre d'autres dispositions)»⁴⁸⁷.

646 b. Le devoir de respecter la liberté de décision d'autrui fait l'objet de deux dispositions légales régissant les vices de la volonté: l'art. 29 CO, qui traite de la *crainte fondée*, et l'art. 21 CO, qui sanctionne la *lésion*⁴⁸⁸. Il semble qu'en dehors du champ d'application de ces dispositions, il n'y ait pas place pour d'autres devoirs précontractuels liés à la liberté personnelle⁴⁸⁹.

647 Il n'est pas exclu que l'emprunteur puisse dans certaines circonstances invoquer le non-respect de l'une ou l'autre de ces règles; il faut cependant reconnaître que de telles situations ont un caractère exceptionnel. Pour le surplus, on peut renvoyer aux principes applicables aux accords restreignant la concurrence (cf. n° 956 ss).

648 2. Le devoir d'éviter tout ce qui pourrait léser l'autre partie dans son intégrité corporelle ou son patrimoine durant les pourparlers est parfois proposé comme un troisième devoir précontractuel général⁴⁹⁰. Il faut faire à ce sujet deux remarques:

649 a) Il s'agit d'un devoir qui concerne un dommage qui surviendrait à l'occasion de pourparlers (= *devoir de sécurité*) et non d'un devoir relatif à la préparation et à la passation d'un acte juridique (= *devoir de loyauté*)⁴⁹¹.

⁴⁸⁷ ATF 77/1951 II 137 (cité par TERCIER, in *Journées yougoslavo-suisse*, p. 228). Cf. ég. GONZENBACH, p. 93 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 128 n° 679 s.; GAUCH/SCHLUEP, p. 170 n° 715 s.; SCHOENENBERGER/JAEGGI, art. 1 CO n° 575. Pour une présentation de droits américain et comparé, cf. FARNSWORTH A., *Negotiation of contracts and precontractual liability: General report*, in STOFFEL W./VOLKEN P. (édit.), *Conflicts et harmonisation*, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck, Fribourg 1990, p. 657.

⁴⁸⁸ Sur l'art. 29 CO, cf. BECKER, art. 29 CO n° 1 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 117 ss n° 623 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 156 ss n° 658 ss; BUCHER, p. 224 ss; ENGEL, p. 249 ss; VON TUHR/PETER, p. 324 ss; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 131 s. Sur l'art. 21 CO, cf. BECKER, art. 21 CO n° 1 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 97 ss n° 516 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 129 ss n° 555 ss; BUCHER, p. 228 ss; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 43 ss.

⁴⁸⁹ TERCIER, in *Journées yougoslavo-suisse*, p. 231 s.

⁴⁹⁰ A ce sujet, cf. *idem*, p. 232; PIOTET, *Culpa*, p. 15; *idem*, in *Mélanges Flattet*, p. 367 et 379; BUEHLER-REIMANN, p. 360; SCHOENENBERGER/JAEGGI, art. 1 CO n° 578; GAUCH/SCHLUEP, p. 171 n° 719a.

⁴⁹¹ Sur la distinction entre devoir de sécurité et devoir de loyauté, cf. PIOTET, in *Mélanges Flattet*, p. 367.

Dans cette mesure, ce devoir est soumis au régime ordinaire de la responsabilité délictuelle et non au régime spécial de la responsabilité pré-contractuelle⁴⁹².

- 650 b) En outre, le nombre d'hypothèses où ce devoir pourrait trouver application pendant la négociation du contrat de prêt est des plus restreint.

b. L'obligation d'informer

- 651 Il faut distinguer entre le principe et l'exception:

- 652 **1. Le principe** est que chaque partie doit

«se renseigner personnellement sur les éléments propres à influencer sa décision de conclure un contrat et de le conclure à des conditions déterminées»⁴⁹³.

- 653 Il n'existe pas en droit suisse un devoir général d'assistance d'une partie envers l'autre⁴⁹⁴; cette idée est implicite dans les dispositions régissant les vices du consentement (voir p.ex. art. 26 al. 1 CO: «si l'erreur provient de sa propre faute»)⁴⁹⁵.

- 654 Cela signifie concrètement que, sous réserve de dispositions contractuelles contraires, l'emprunteur doit se renseigner lui-même sur les conditions du marché et choisir les mesures qu'il estime appropriées; au besoin, il doit demander les conseils d'experts pour les questions techniques. La position de la banque primaire diffère en cela de celle du chef de file-courtier dans la syndication directe, puisque dans ce dernier cas la banque dirigeante a le devoir de conseiller l'emprunteur lors de la formation du syndicat (n° 593 ss).

- 655 **2. L'exception** est que les règles de la bonne foi imposent parfois à l'un des contractants le devoir d'informer l'autre sur des circonstances touchant au contrat⁴⁹⁶.

⁴⁹² Sur la responsabilité délictuelle, cf. les auteurs cités *supra* n. 463. En pratique, la distinction ne concerne cependant que la responsabilité pour les auxiliaires (cf. n° 700 ss).

⁴⁹³ TERCIER, in Journées yougoslavo-suisse, p. 230 et 232. Eg. SCHOENENBERGER/JAEGGI, art. 1 CO n° 579.

⁴⁹⁴ SCHOENENBERGER/JAEGGI, art. 1 CO n° 5 («Grundsätzlich ist es Sache jedes Beteiligten, sich selber zu unterrichten»). Cf. ég. les auteurs cités par BREHM, art. 41 CO n° 44 ss.

⁴⁹⁵ Cf. TERCIER, in Journées yougoslavo-suisse, p. 232. Eg. PIOTET (in JdT 1983 I 383) qui, commentant l'ATF 108/1982 II 419, relève que le Tribunal fédéral a souligné «à juste titre [le] parallélisme nécessaire avec l'annulation» pour vices du consentement.

⁴⁹⁶ SCHOENENBERGER/JAEGGI, art. 1 CO n° 576; GONZENBACH, p. 103 ss; TERCIER, in Journées yougoslavo-suisse, p. 230 s.; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 128 n° 682; GAUCH/SCHLUEP, p. 171 n° 718 s.; BREHM, art. 41 CO n° 44 ss.

- 656 La doctrine et la jurisprudence ont posé **trois critères** généraux pour déterminer si et dans quelle mesure ce devoir existe dans un cas donné⁴⁹⁷:
- 657 a) *La personnalité des partenaires*: L'obligation d'informer est plus étendue lorsque l'une des parties a un degré de spécialisation plus élevé que l'autre⁴⁹⁸. La banque primaire a en principe **plus d'expérience** que l'emprunteur dans ce genre d'opération; selon ce premier critère, elle est astreinte à un devoir de renseigner supérieur.
- 658 b) *La nature de l'affaire*: «Si elle implique un rapport de confiance ou des relations personnelles, le devoir [d'information] sera naturellement plus accentué»⁴⁹⁹. Un contrat de prêt n'est pas en soi un contrat qui suppose un rapport de confiance spécial, comme c'est par exemple le cas pour un contrat de mandat (n° 562 ss) ou de société (cf. n° 752). Il est cependant admis qu'une relation privilégiée naît chaque fois qu'une **banque** entre en contact avec un client, y compris lors de la négociation d'un crédit⁵⁰⁰. Ce deuxième critère influence donc aussi l'intensité du devoir d'informer de la banque primaire.
- 659 c) *La connaissance existante ou supposée des faits intéressant le contrat*: Chaque partenaire doit ainsi répondre aux interrogations de l'autre, le rendre attentif aux erreurs qu'il commet sur des éléments **significatifs**, ou lui communiquer des faits **importants** qu'il ignore ou est censé ignorer⁵⁰¹.
- 660 Les règles que nous venons d'énoncer doivent être mises en balance avec le principe selon lequel chaque partie a le devoir de se préparer correctement et d'agir avec attention lors de la conclusion du contrat (n° 651 ss). Un élément de mesure utile pour déterminer si l'une des parties a agi négligemment est donné par les *dispositions sur l'annulation pour vices de consentement*: On ne peut reprocher un comportement négligent à l'une des parties que si ce comportement touche des faits que l'autre peut «considérer comme des éléments nécessaires du contrat» (application analogique de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO: «loyauté commerciale»; «Treu und Glauben»)⁵⁰².

⁴⁹⁷ En général, cf. TERCIER, in Journées yougoslavo-suisse, p. 230 s.

⁴⁹⁸ *Idem*, p. 230; MERZ, art. 2 CC n° 272.

⁴⁹⁹ TERCIER, in Journées yougoslavo-suisse, p. 230 (avec les références citées). Eg. PIOTET, *Culpa*, p. 122.

⁵⁰⁰ Surtout AUBERT/KERNEN/SCHOENLE, p. 44. Eg. GAUCH/SCHLUEP, p. 171 n° 719 (citant l'ATF 110/1984 II 371).

⁵⁰¹ TERCIER, in Journées yougoslavo-suisse, p. 230 s.; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 128 n° 682; GAUCH/SCHLUEP, p. 171 n° 718. Une interprétation extensive de ce devoir d'informer conduit au *devoir de conseiller*; à ce sujet, cf. GONZENBACH, p. 117 ss; SCHOENENBERGER/JAEGGI, art. 1 CO n° 577 (citant l'exemple du banquier); TERCIER, in Journées yougoslavo-suisse, p. 231 s.; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 129 n° 683; GAUCH/SCHLUEP, p. 171 n° 719.

⁵⁰² A noter qu'en cas de dol, il n'est pas nécessaire que l'erreur soit essentielle. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 115 n° 112. Sur l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO, cf. HEIZ; KOLLY; BECKER, art. 24 CO n° 18 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 104 s n° 549 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 136 ss n° 587 s.; BUCHER, p. 175 ss; ENGEL, p. 224 ss; VON TUHR/PETER, p. 308 ss; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 121 ss. Voir ég. *supra* n. 495.

- 661 **La syndication de la créance est un élément important que l'emprunteur ne doit pas ignorer:** Ce fait peut influencer sa décision de contracter avec la banque primaire, quant au principe ou quant aux conditions du prêt. La question est de savoir si la banque primaire a *toujours* le devoir d'informer l'emprunteur qu'elle a décidé de procéder à la syndication de sa future créance.
- 662 A notre avis, la banque primaire doit informer l'emprunteur de la syndication chaque fois que celui-ci ou les personnes qui le conseillent ne peuvent pas déduire ce fait des **circonstances**. Parmi ces circonstances, on peut citer *l'importance pour la banque du prêt consenti*; à ce sujet, trois sources peuvent aider l'emprunteur dans son analyse:
- 663 a) Les dispositions de la *loi sur les banques* régissant la répartition des risques ou imposant des limites de crédit donnent une première indication: Lorsque le prêt consenti dépasse les limites imposées par la loi, l'emprunteur peut s'attendre à ce que la banque primaire observe ces normes et procède à la syndication, indirectement imposée par ces normes (n° 42).
- 664 b) La *pratique bancaire* – même lorsqu'elle n'est pas sanctionnée par des dispositions légales – est une source subsidiaire: La syndication est un procédé usuel de répartition des risques entre banques; l'emprunteur peut donc supposer la formation d'un syndicat, chaque fois que l'opération qu'il entend voir exécuter par la banque primaire présente des risques particuliers.
- 665 c) Les *critères habituels de gestion* des banques peuvent également être pris en considération lorsqu'ils sont ou devraient être connus de l'emprunteur (art. 3 al. 2 CC). Ces critères peuvent toucher des éléments autres que les risques encourus, par exemple le maintien d'un certain ratio de liquidités⁵⁰³; des indications utiles peuvent être déduites à ce propos des règlements internes des banques.
- 666 Dans tous les autres cas, la banque primaire a l'obligation d'informer l'emprunteur qu'elle entend procéder à la syndication de la créance ou, même, qu'elle envisage une telle éventualité. La meilleure façon pour la banque de prévenir toute responsabilité précontractuelle est probablement d'insérer dans son offre une *clause* avisant l'emprunteur de la possibilité de la création d'un consortium, puis de confirmer cette information dans le contrat de prêt (voir Annexe 3).
- 667 L'obligation de la banque est cependant limitée au fait qu'elle entend procéder à la syndication de sa créance. En principe, **la banque primaire n'est pas**

⁵⁰³ A ce sujet, cf. p.ex. KILGUS.

tenue – sous réserve de circonstances particulières⁵⁰⁴ – de communiquer à l'emprunteur l'identité des banques participantes. Quoi qu'il en soit, elle ne peut le faire qu'avec le consentement, exprès ou tacite, des banques participantes: Elle doit aussi respecter son devoir de discrétion envers les autres banques (cf. n° 676 et 743).

- 668 En outre, si la banque peut demander à l'emprunteur, en matière de syndication *postformée*, de renoncer à son droit à la discrétion de manière anticipée (alors qu'il ne connaît pas l'identité des futures banques participantes), *a fortiori* il doit lui être possible, dans la syndication *préformée*, de garder secrets les noms et les parts des autres banques (cf. n° 719 ss).
- 669 Nous sommes conscient que la conclusion à laquelle nous sommes parvenu met en cause un aspect important (quoique non indispensable) de la syndication indirecte: son caractère *occulte* (n° 98). Il s'agit toutefois de souligner qu'en plus de la relativité de cet aspect (n° 108), la thèse que nous proposons en relation avec l'obligation d'information de la banque primaire est confirmée par l'analyse de l'obligation de discrétion de cette même banque (cf. n° 670 ss).

c. L'obligation de discrétion

- 670 La banque qui entre en négociations avec un client est tenue, de par sa fonction, de garder secrets les faits qu'elle apprend à propos de son client ou de tiers lors des pourparlers (n° 605). Ce devoir de discrétion couvre tant les éléments portés à la connaissance de la banque que le fait qu'elle est en pourparlers avec un client.
- 671 La conséquence de cette obligation dans le domaine des syndicats préformés est évidente:

Avant la syndication de la créance, la banque doit en principe demander à l'emprunteur l'autorisation de révéler aux banques participantes le fait qu'elle va lui accorder un prêt d'un certain montant.

- 672 Cette règle connaît cependant une **réserve** importante, puisqu'il est admis qu'en droit suisse **le client peut tacitement relever la banque du secret⁵⁰⁵**. Une telle dispense peut généralement être déduite des circonstances; et, parmi celles-ci, la doctrine cite généralement l'existence d'une pratique connue des clients des banques⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ Par exemple, lorsque la banque primaire peut prévoir un conflit en raison de la nationalité ou de la «couleur politique» de certaines banques participantes.

⁵⁰⁵ A ce sujet, cf. surtout SCHOENLE, in *Bankgeheimnis und Bankauskunft*, p. 293 ss. Eg. AUBERT/KERNEN/SCHOENLE, p. 283 s.

⁵⁰⁶ SCHOENLE, in *Bankgeheimnis und Bankauskunft*, p. 293 («Zugrundelegung aller Umstände durch Auslegung des Verhaltens des Betroffenen nach dem Vertrauensprinzip unter Berücksichtigung von Handelsbrauch und Verkehrssitte»).

La syndication correspond à cette définition dans la mesure où elle est un 673
procédé usuel (n° 25). Les critères liés à la loi sur les banques et à la pratique
et à la gestion bancaires, énoncés en relation avec le devoir d'informer,
peuvent également être retenus dans ce contexte (n° 655 ss). Il en résulte que
la banque doit obtenir le **consentement exprès** de l'emprunteur chaque fois
que le prêt qu'elle entend accorder n'entre pas dans l'une des catégories fixées
par la loi, la pratique ou la gestion des banques.

Ce consentement est soumis à trois **conditions** ⁵⁰⁷: 674

- a) Parce que le consentement est une *manifestation de volonté*, il faut que 675
l'emprunteur communique intentionnellement à la banque «sa volonté
de renoncer à la protection à laquelle il pourrait prétendre» ⁵⁰⁸.
- b) Le *consentement* doit être «*éclairé*»; autrement dit, l'emprunteur doit 676
disposer d'informations suffisantes pour prendre une décision «libre et
consciente» ⁵⁰⁹. Avec l'accord des banques participantes, la banque pri-
maire doit indiquer à l'emprunteur l'identité et la part de chacune des
banques, lorsqu'elle peut comprendre au vu des circonstances que cet
élément peut jouer un rôle significatif dans la décision de l'emprunteur
(n° 667) ⁵¹⁰.
- c) Le consentement ne doit *pas* être *contraire aux mœurs*. A ce sujet, on 677
propose généralement un double critère: Le consentement ne doit porter
que sur l'exercice de certains droits et pour des atteintes déterminées ⁵¹¹.
Cette condition est ici remplie, puisque le consentement donné concerne
une créance et une opération déterminées; en outre, les droits de la per-
sonnalité relatifs au patrimoine sont des droits auxquels on peut renon-
cer ⁵¹².

La clause contractuelle par laquelle l'emprunteur renonce à son droit au 678
secret doit prendre en compte ces trois conditions (voir Annexe 5).

d. L'incessibilité de la créance?

On peut se demander si les développements qui précèdent n'ont pas pour 679
conséquence de transformer toute créance détenue par une banque en une

⁵⁰⁷ TERCIER, Personnalité, p. 88 ss n° 616 ss (avec les références citées p. 88 n° 616); BUCHER A., p. 133 ss n° 510 ss; DESCHENAUX/STEINAUER, p. 83 n° 319 et p. 151 n° 587 s.

⁵⁰⁸ TERCIER, Personnalité, p. 90 n° 626; BUCHER A., p. 133 n° 510; DESCHENAUX/STEINAUER, p. 83 n° 319 et p. 151 n° 587.

⁵⁰⁹ TERCIER, Personnalité, p. 90 n° 630; BUCHER A., p. 134 n° 512; DESCHENAUX/STEINAUER, p. 83 n° 319 et p. 151 n° 588.

⁵¹⁰ Voir *supra* n. 504.

⁵¹¹ TERCIER, Personnalité, p. 91 n° 633; BUCHER A., p. 134 n° 517; DESCHENAUX/STEINAUER, p. 83 n° 319 et p. 151 n° 588.

⁵¹² Ce qui vaut pour la cession de créances futures devrait aussi valoir pour la cession future d'une créance présente; on peut donc s'inspirer des critères proposés dans ce domaine. A ce sujet, cf. p.ex. les arrêts cités par ZUFFEREY-WERRO, p. 299 s. n° 1379 et 1383.

créance **incessible** au sens de l'art. 164 al. 1 CO *in fine* («à moins que la cession n'en soit interdite par la loi [...] ou la nature de l'affaire»)⁵¹³.

680 A notre avis, il faut répondre à cette question par la négative pour deux raisons:

681 1. Les créances découlant d'un **contrat de prêt** sont en principe cessibles et la cession de parts par la banque primaire n'est donc généralement pas contraire à la nature de l'affaire au sens de l'art. 164 al. 1 CO *in fine*: Malgré le caractère privilégié de la relation entre la banque et son client (n° 596 ss), il ne s'agit pas d'une créance à ce point liée à la *personne du créancier* «qu'une cession entraînerait une modification essentielle du contenu de la créance»⁵¹⁴. Les obligations d'informer et de discrétion visent avant tout la *personne du débiteur* dont elles protègent la liberté de décision et la sphère privée.

682 Il peut cependant arriver que l'emprunteur ait spécialement choisi la banque primaire, par exemple en raison de sa «couleur politique» ou même de la religion dominante de son Etat d'établissement. La cession est alors exclue ou en tous cas limitée à des banques correspondant aux mêmes critères que la banque primaire, puisqu'elle modifierait radicalement voire aggraverait la situation du débiteur⁵¹⁵; à ce propos, on peut *s'inspirer* des règles régissant la protection de la personnalité (cf. n° 683 ss).

683 2. En principe, on ne peut pas déduire la nullité de la cession des dispositions sur la **protection de la sphère privée** (n° 599); il est nécessaire de démontrer en plus que la cession viole l'art. 164 al. 1 CO *in fine* (n° 679). Généralement, ce n'est pas la cession en tant que telle qui est contraire à l'art. 28 CC (cep. n° 682), mais l'acte incident (et nécessaire) de révéler à des tiers qu'un prêt d'un certain montant a été accordé à l'emprunteur. Celui-ci peut cependant réclamer la réparation du préjudice qu'il subit du fait de la violation de ses droits d'information et de confidentialité (n° 609).

684 En outre, si le processus de la syndication a déjà été engagé, il est en principe trop tard pour intenter les *actions* en prévention, en cessation ou en constatation prévues par la loi («actions défensives»; art. 28a CC)⁵¹⁶; au mieux,

⁵¹³ Soit en allemand: «soweit nicht Gesetz [...] oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen». Sur cette disposition, cf. OSER/SCHOENENBERGER, art. 164 CO n° 11 ss; BECKER, art. 164 CO n° 24 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 168 n° 2167 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 230 ss n° 2186 ss; ENGEL, p. 588 s.; BUCHER, p. 540 ss; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 235 s.; VON TUHR/ESCHER, p. 344 ss.

⁵¹⁴ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 168 n° 2172. Eg. GAUCH/SCHLUEP, p. 231 n° 2191.

⁵¹⁵ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 168 n° 2172 s.; GAUCH/SCHLUEP, p. 231 s. n° 2191 s. Eg. OSER/SCHOENENBERGER, art. 164 CO n° 26; BECKER, art. 164 CO n° 31 ss; ENGEL, p. 588 s.; BUCHER, p. 541 s.; VON TUHR/ESCHER, p. 344 ss; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 236.

⁵¹⁶ TERCIER, Personnalité, p. 105 ss n° 749 ss; BUCHER A., p. 141 ss n° 548 ss; DESCHENAUX/STEINHAUER, p. 153 ss n° 596 ss.

l'emprunteur pourrait empêcher la poursuite de l'atteinte lorsque la banque primaire a pris contact avec un premier groupe de banques et entend offrir à d'autres banques de participer à la syndication.

- 685 En *résumé*, la cession par la banque primaire de parts de sa créance à d'autres banques est valide dans la plupart des cas: **L'emprunteur ne peut invoquer la nullité de la cession que si les normes sur la protection de la personnalité se combinent avec les critères liés à la nature de l'affaire** (n° 679). La banque cédante court cependant le risque de devoir répondre du préjudice qu'elle cause à l'emprunteur par la violation de ses obligations d'information et de discrétion.

B. La norme de responsabilité

- 686 La responsabilité précontractuelle est certainement l'une des matières les plus controversées du droit suisse: Les auteurs s'accordent certes sur la notion (a). En revanche, leurs opinions divergent lorsqu'il s'agit de définir la nature de cette responsabilité (b). Il faut donc opérer un choix (c), qui aura des conséquences sur le régime de responsabilité (d).

a. La notion

- 687 La responsabilité précontractuelle est⁵¹⁷:

L'obligation qu'a une partie de réparer le préjudice qu'elle a causé à l'autre par la violation de règles imposées par la bonne foi dans la préparation et la passation d'actes juridiques ou analogues à des actes juridiques (= culpa in contrahendo).

b. La controverse sur la nature juridique

- 688 Il n'est pas possible de trancher dans le cadre limité de cette étude tous les problèmes liés à la nature de la responsabilité précontractuelle. Nous nous

⁵¹⁷ Sur la responsabilité précontractuelle, cf. p.ex. SCHOENENBERGER/JAEGGI, art. 1 CO n° 583 ss; GONZENBACH; SPIRO, in RDS 105/1986 I p. 619; TERCIER, in Journées yougoslavo-suisse, p. 238; PIOTET, in RSJ 77/1981 p. 225; *idem*, in Mélanges Flattet, p. 363 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 129 s. n° 684 ss; KELLER/SCHOEBI, p. 39 ss. Pour une présentation générale récente, cf. SCHENKER F., Precontractual liability in Swiss law, in Rapports suisses présentés au XIIIème Congrès international de droit comparé (Montréal, 19-24 août 1990), Zurich 1990, p. 89.

bornerons donc à décrire les trois théories principales qui ont été proposées par la doctrine⁵¹⁸:

- 689 – Pour un premier groupe d'auteurs, cette responsabilité serait de type **délictuel**: Les art. 41 ss CO en régiraient toutes les conditions et modalités⁵¹⁹.
- 690 – Pour un deuxième groupe, cette responsabilité serait de type **contractuel**: Les art. 97 ss CO seraient aussi applicables en cas de violation de devoirs *précontractuels*⁵²⁰.
- 691 – Pour un troisième groupe, cette responsabilité aurait son **propre régime**: Il s'agirait d'appliquer tour à tour – et pour certains auteurs, suivant les circonstances – les règles de l'un ou de l'autre des systèmes précités⁵²¹.

c. Notre choix

- 692 **A notre avis, la responsabilité précontractuelle est une responsabilité de type délictuel.** Trois raisons motivent ce choix:
- 693 a) Le Code définit seulement deux types de responsabilités: la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle. Pour des motifs liés à la **sécurité du droit**, l'on doit rejeter la création d'une responsabilité mixte *extra legem*, qui obéirait à des règles indépendantes que l'on pourrait séparer de leur système parce qu'elles conviendraient mieux à un certain état de fait⁵²².

⁵¹⁸ Pour une présentation générale, cf. TERCIER, in Journées yougoslavo-suisse, p. 226 s. et 236. Eg. PIOTET, in Mélanges Flattet, p. 363 ss; GONZENBACH, p. 19 ss.

⁵¹⁹ MERZ, art. 2 CC n° 491; TERCIER, in Journées yougoslavo-suisse, p. 237; PIOTET, Culpa, p. 24 ss; *idem*, in RDS 94/1975 p. 253 ss; *idem*, in RSJ 77/1981 p. 225 ss; *idem*, in Mélanges Flattet, p. 363 ss (avec les références citées p. 363 n. 2).

⁵²⁰ BECKER, art. 26 CO n° 1 et 39 CO n° 5; ENGEL, p. 505; VON TUHR/PETER, p. 193; YUNG, p. 170 s.; ANEX, p. 18 ss. Cf. ég. les auteurs cités par PIOTET, in Mélanges Flattet, p. 364 n. 3 *in fine* et p. 364 n. 6.

⁵²¹ Sp. BUCHER, p. 286 («ein Haftungstatbestand eigener Art»). Eg. les auteurs cités par TERCIER, in Journées yougoslavo-suisse, p. 236 n. 60. Notons que l'expression «Haftung eigener Art» a été utilisée par le Tribunal fédéral dans un de ses récents arrêts sur l'art. 26 al. 1 CO (ATF 113/1987 II 25, 31), qui impose à la partie qui invoque son erreur pour se soustraire à l'effet d'un contrat «de réparer le dommage résultant de l'invalidité de la convention si l'erreur provient de sa propre faute» (cf. ég. n° 707 ss). Or, GAUCH (Der vernünftige Mensch – Ein Bild aus dem Obligationenrecht, in STEINAUER P.-H. [édit.], L'image de l'homme en droit, Mélanges publiés par la Faculté de droit à l'occasion du centenaire de l'Université de Fribourg, Fribourg 1990, p. 177, 186) voit dans cette disposition un cas de *culpa in contrahendo*. Toutefois, comme le relève cet auteur un peu plus loin (p. 187): «Daran ändert sich natürlich nichts, wenn die Haftung nach Art. 26 OR als 'Culpa-Haftung' oder als 'Haftung eigener Art' verstanden wird; denn der Zweck dieser juristischen 'Erfindungen' besteht letztlich darin, von der Anwendung missliebiger Deliktsregeln zu dispensieren, obwohl in Wirklichkeit eine Deliktshaftung (keine Haftung für Vertragsverletzung) vorliegt».

⁵²² PIOTET, in Mélanges Flattet, p. 368 s.; TERCIER, in Journées yougoslavo-suisse, p. 237.

- b) Les devoirs précontractuels sont imposés par les **règles de la bonne foi**. Il s'agit donc de «*devoirs généraux*, qui s'imposent *in abstracto* à un nombre indéterminé de personnes»⁵²³; la violation de l'un de ces devoirs remplit la condition d'illicéité posée en matière de responsabilité délictuelle⁵²⁴. Ces devoirs ne sont en aucun cas des «*dettes légales*» dont l'inexécution entraînerait la responsabilité contractuelle de l'une des parties⁵²⁵.
- c) Les règles instituant une **responsabilité pour le prospectus** («*Prospekthaf-tung*»; é.g. n° 284) prévoient expressément une responsabilité de type *délictuel* pour les personnes qui violent leur devoir précontractuel d'information lors de l'émission de papiers-valeurs (voir art. 1156 al. 3 CO, art. 752 CO et art. 39 LB)⁵²⁶.

d. Les conséquences du choix

L'application des règles de la responsabilité délictuelle à la phase des pour-parlers a trois conséquences principales:

1. La faute. La partie qui viole ses devoirs précontractuels répond conformément à l'art. 41 al. 1 CO du préjudice qu'elle cause à l'autre⁵²⁷. Sa responsabilité est donc engagée pour faute intentionnelle et pour négligence⁵²⁸.

⁵²³ PIOTET, in JdT 1983 I 379, 380. Cf. é.g. YUNG.

⁵²⁴ A ce sujet, cf. les auteurs cités *supra* n. 463. Notons que, selon BREHM (art. 41 CO n° 53, avec d'autres références pour et contre sa proposition), la violation de l'art. 2 al. 1 CC n'est en principe pas un cas de responsabilité délictuelle. Cet auteur reconnaît toutefois l'existence d'un certain nombre de devoirs typiquement précontractuels (art. 41 CO n° 44 s.: devoir de ne pas induire en erreur; art. 41 CO n° 48: devoirs liés aux dispositions légales régissant les vices du consentement); il semble en outre inclure la *culpa in contrahendo* parmi les situations régies par l'art. 41 al. 2 CO (art. 41 CO n° 251; cf. é.g. les références *infra* n. 529). Il faut cependant mentionner ici l'ATF 108/1982 II 305, où le Tribunal fédéral, après avoir réaffirmé le principe exposé par BREHM à propos de l'art. 2 al. 1 CC (cons. 2.b, p. 311 s.) et rejeté l'application de l'art. 41 al. 2 CO au cas d'espèce (cons. 2.c, p. 312 s.), examine si l'on peut reprocher au défendeur une *culpa in contrahendo* (cons. 2.d, p. 313).

⁵²⁵ Sur la distinction entre «devoirs généraux» et «dettes légales», cf. p.ex. PIOTET, in JdT 1983 I 380. Eg. TERCIER, in Journées yougoslavo-suisse, p. 237.

⁵²⁶ JAEGGI/DRUEY/VON GREYERZ, p. 91; JAEGGI, in TDP VIII/2,2 p. 99; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, p. 72 n° 147; BUERGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, art. 752 CO n° 1; BREHM, art. 41 CO n° 44 s.; SCHUCANY, art. 752 CO n° 1; SCHRAFL, p. 57; OFTINGER/STARK, p. 43 n° 119 et n. 191. Voir é.g. CANARIS C.-W., Täterschaft und Teilnahme bei culpa in contrahendo, in HABSCHIED W./HOFMAN-NOWOTNY H.-J./LINDER W./MEIER-HAYOZ A. (édit.), Freiheit und Zwang, Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger, Berne 1989, p. 91, 108 ss.

⁵²⁷ A ce sujet, cf. les auteurs cités *supra* n. 463.

⁵²⁸ Sur la notion de faute, cf. les auteurs cités *supra* n. 477.

- 698 Ce régime est à distinguer de celui prévu par l'art. 41 al. 2 CO («*faits contraires aux mœurs*») auquel on rattache parfois la responsabilité précontractuelle⁵²⁹; Selon cette dernière disposition, celui qui agit contrairement aux bonnes mœurs ne répond que du dommage qu'il cause intentionnellement⁵³⁰.
- 699 Il faut néanmoins rappeler que pour certains devoirs précontractuels, une négligence ne peut être reprochée à la partie défenderesse que lorsqu'elle porte sur des éléments bien déterminés (p.ex. n° 659 s.).
- 700 **2. La responsabilité pour les auxiliaires**⁵³¹. Si l'on suivait une *pure théorie délictuelle*, on devrait soumettre la responsabilité pour les auxiliaires au régime de l'art. 55 CO⁵³². Il résulterait de l'application de cette règle:
- 701 a) Que le maître ne serait responsable que pour les auxiliaires qui sont liés à lui par un rapport de subordination⁵³³;
- 702 b) Que le maître pourrait se libérer de sa responsabilité en démontrant qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances⁵³⁴.
- 703 Cependant, une telle solution a généralement été qualifiée d'«insoutenable»⁵³⁵, et les auteurs s'accordent pour considérer comme «désirable une responsabilité sans preuve libératoire du maître de l'affaire pour la *culpa in contrahendo* de son agent même non subordonné»⁵³⁶.
- 704 C'est pour atteindre cet objectif qu'une partie de la doctrine opte pour le régime de la *responsabilité contractuelle* et applique l'art. 101 CO à la responsabilité du maître pour son agent⁵³⁷. Selon cette règle, un lien de subordination entre le maître et l'auxiliaire n'est pas nécessaire pour que le premier soit responsable du second (cpr n° 701)⁵³⁸; en outre, le maître ne peut

⁵²⁹ Telle semble p.ex. être l'opinion de OFTINGER/STARK (p. 41 n. 184): «Handeln gegen Treu und Glauben ist dagegen als sittenwidrig zu bezeichnen und führt bei Absicht zur Haftpflicht nach OR 41 II»; avec cep. une application nuancée de cette règle à la *culpa in contrahendo*, *idem*, p. 41 s. n. 185. Cpr. ég. avec l'opinion exprimée par STARK, p. 7 n° 28 et 9 n° 33 («Einen Sonderfall bildet die *culpa in contrahendo*»). Voir ég. KOLLER, Glaube, p. 118 s. n° 379 ss, p. 150 s. n. 583 et p. 249 n° 813.

⁵³⁰ A ce sujet, cf. surtout BREHM, art. 41 CO n° 233 ss; STARK, p. 63 s. n° 275 ss (avec les références citées p. 63 n° 275).

⁵³¹ Sur la responsabilité pour les auxiliaires, cf. sp. SPIRO, *Erfüllungsgehilfen*; KOLLER, *Erfüllungsgehilfen*.

⁵³² Sur cette disposition, cf. les auteurs cités *supra* n. 465.

⁵³³ BREHM, art. 55 CO n° 7 ss; DESCHENAUX/TERCIER, p. 101 s. n° 32 ss; OFTINGER/STARK, p. 302 ss n° 59 ss et p. 315 s. n° 85 ss.

⁵³⁴ BREHM, art. 55 CO n° 45 ss; DESCHENAUX/TERCIER, p. 104 ss n° 48 ss; OFTINGER/STARK, p. 315 s. n° 85 ss.

⁵³⁵ TERCIER, in *Journées yougoslavo-suisse*, p. 239.

⁵³⁶ PIOTET, in *Mélanges Flattet*, p. 365.

⁵³⁷ A ce sujet, cf. les auteurs cités *supra* n. 465.

⁵³⁸ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 79 n° 1644; GAUCH/SCHLUEP, p. 119 n° 1686 et p. 125 n° 1710 (avec les nombreuses références citées).

pas apporter de preuves libératoires comparables à celles prévues par l'art. 55 al. 1 CO (cpr n° 702)⁵³⁹. Bien que plus satisfaisante, cette solution n'est pas exempte de critiques:

- a) D'un point de vue *dogmatique*, elle revient à appliquer des règles de droit contractuel à une responsabilité délictuelle (n° 692 ss); 705
- b) D'un point de vue *pratique*, elle ne couvre qu'un nombre limité de situations: L'art. 101 CO vise uniquement les auxiliaires de celui qui participe effectivement aux pourparlers; en d'autres termes, «l'application analogique de l'art. 101 CO aux devoirs précontractuels permet [...] seulement de faire répondre le représentant du fait de son agent, mais ne permet pas de faire répondre le représenté du fait de son représentant»⁵⁴⁰. 706

Au vu de ce qui précède, il convient d'opter pour une troisième *solution*: celle de M. PIOTET⁵⁴¹. Cet auteur propose en effet une solution originale qui évite les inconvénients des art. 55 et 101 CO: Il s'agit de déduire des art. 26 et 27 CO une **règle générale applicable à tous les cas de responsabilité précontractuelle pour autrui**. Brièvement, le raisonnement est le suivant: 707

- a) Selon l'art. 27 CO, les règles sur les vices du consentement «s'appliquent par analogie, lorsque la volonté de l'une des parties a été inexactement transmise par un messenger ou quelque autre intermédiaire»⁵⁴². 708
- b) Or, le renvoi de l'art. 27 CO vise aussi l'art. 26 CO qui impose une obligation de réparation à la partie responsable de l'invalidité du contrat («si l'erreur provient de sa propre faute [ou de celle d'un intermédiaire]») ⁵⁴³. 709
- c) Il en découle que le maître peut être tenu responsable, même sans faute de sa part, d'une violation de devoirs précontractuels commis par son agent ⁵⁴⁴. 710

Cette solution présente tous les avantages recherchés: 711

- a) Le maître répond de la *culpa* de son agent même lorsque celui-ci ne lui est pas subordonné (cpr n° 701). 712

⁵³⁹ Cf. p.ex. GAUCH/SCHLUEP, p. 125 n° 1710. Voir ég. les auteurs cités *supra* n. 465.

⁵⁴⁰ PIOTET, in *Mélanges Flattet*, p. 369 (citant SCHOENENBERGER/JAEGGI, art. 1 CO n° 584).

⁵⁴¹ P.ex. in *Mélanges Flattet*, p. 365 ss. Approuvé par TERCIER, in *Journées yougoslavo-suisse*, p. 240.

⁵⁴² Soit en allemand: «Wird beim Vertragsabschluss Antrag oder Annahme durch einen Boten oder auf andere Weise unrichtig übermittelt, so finden die Vorschriften über den Irrtum entsprechende Anwendung». Sur l'art. 27 CO, cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 110 n° 580 et p. 175 n° 935 (un messenger au sens de l'art. 27 CO n'est pas un représentant au sens des art. 32 ss CO); GAUCH/SCHLUEP, p. 145 n° 618.

⁵⁴³ Sur l'art. 26 CO, cf. surtout KOLLER, Glaube, p. 134 ss n° 427 ss. Eg. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 114 n° 605 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 151 n° 640. Voir ég. *supra* n. 521.

⁵⁴⁴ PIOTET, in *Mélanges Flattet*, p. 365 ss; TERCIER, in *Journées yougoslavo-suisse*, p. 240. Pour une critique de cette théorie, cf. SPIRO, in *RDS* 105/1986 I 619, 623 ss. Voir cep. PIOTET, in *Mélanges Flattet*, p. 366 n. 9.

- 713 b) Le maître ne peut invoquer aucune preuve libératoire (cpr n° 702).
 714 c) Non seulement le représentant mais aussi le représenté peuvent être tenus responsables de la faute d'auxiliaires (cpr n° 706).

715 **3. La prescription.** La question de la prescription a été récemment résolue par le Tribunal fédéral en faveur de la *prescription annale* de l'art. 60 CO; il a en conséquence rejeté l'application de la prescription décennale de l'art. 127 CO⁵⁴⁵. Cela ne signifie pas pour autant que le Tribunal fédéral a reconnu le caractère délictuel de la responsabilité précontractuelle. En fait, la question a été laissée ouverte: On peut aussi parvenir à ce résultat en suivant la thèse soutenue par M. JAEGGI en relation avec la responsabilité contractuelle⁵⁴⁶.

III. Les particularités de la syndication indirecte postformée

- 716 Un examen complet des obligations de la banque primaire envers l'emprunteur lorsque le syndicat est formé après l'octroi du prêt sortirait du cadre de notre étude:
- 717 – D'une part, il s'agirait d'analyser des obligations découlant directement du contrat de *prêt*, ce que nous avons exclu (n° 11);
- 718 – D'autre part, il s'agirait d'analyser des obligations accessoires liées à l'exécution de *n'importe quel* contrat, ce à quoi il faut également renoncer.
- 719 Nous limiterons notre exposé à l'**obligation de discrétion** de la banque primaire. Cette obligation revêt en effet une importance pratique spéciale, puisque d'elle dépend en grande partie la faculté de la banque primaire de procéder à la syndication (n° 651 ss).
- 720 La banque qui décide de «syndiquer» sa créance après l'octroi du prêt est liée à l'emprunteur par un contrat (cpr n° 636 ss). L'obligation de discrétion est ainsi incorporée au contrat de prêt par le *principe de la confiance* (art. 2 al. 1 CC): Elle résulte de «l'usage que constitue le secret bancaire»⁵⁴⁷, c'est-à-dire du fait que les parties connaissent (ou devraient connaître) l'existence du secret bancaire et qu'elles s'y soumettent tacitement (n° 601).
- 721 La renonciation au secret bancaire par l'emprunteur est soumise pour l'essentiel à des règles semblables à celles que nous avons proposées pour la

⁵⁴⁵ ATF 108/1982 II 419, JdT 1983 I 204.

⁵⁴⁶ TERCIER, in Journées yougoslavo-suisse, p. 240. Voir ég. *supra* n° 521.

⁵⁴⁷ AUBERT/KERNEN/SCHOENLE, p. 34 s.

syndication préformée (n° 670 ss): Lorsque la banque ne peut pas déduire des circonstances que l'emprunteur a renoncé à son droit au secret, elle doit obtenir son **consentement** exprès.

L'emprunteur peut donner son consentement à deux moments: 722

- a) Lors de la *conclusion du contrat de prêt*, les parties peuvent insérer dans la convention une clause autorisant par avance la banque à informer d'autres établissements, à des fins de cession, qu'elle a octroyé un prêt à l'emprunteur (Annexe 6). Ce consentement peut être qualifié; par exemple, l'emprunteur peut donner à la banque primaire des instructions précises quant au choix des futures banques participantes (critères géographiques ou types de banques). 723
- b) Au moment où elle entend procéder à la *syndication*, la banque primaire peut demander à l'emprunteur l'autorisation d'informer, à des fins de cession, d'autres banques qu'elle lui a accordé un prêt (Annexe 7). A nouveau, l'emprunteur peut subordonner son consentement au respect de certaines conditions par la banque (cf. n° 676). 724

La validité d'un tel consentement est soumise aux conditions usuelles: Il doit s'agir d'une claire manifestation de volonté; l'emprunteur doit donner un consentement «éclairé»; et le consentement ne doit pas être contraire aux mœurs. A ce sujet, on peut appliquer les principes développés en relation avec la syndication préformée (cf. n° 674 ss). 725

Un trait particulier à la syndication postformée mérite en outre d'être signalé: **Un consentement anticipé peut être retiré – et a fortiori modifié – en tout temps**⁵⁴⁸. Au pire, l'emprunteur qui retire son consentement doit indemniser la banque qui, au moment du retrait, a déjà pris des mesures en vue de la syndication (art. 404 al. 2 CO par analogie: retrait «en temps inopportun»)⁵⁴⁹. 726

§ 10 Dans les rapports avec les autres banques

Après quelques généralités (I), nous traiterons des obligations du chef de file dans la formation d'un syndicat direct (II), pour étudier ensuite les particularités de la syndication indirecte (III). 727

⁵⁴⁸ TERCIER, *Personnalité*, p. 91 n° 638 (citant JAEGGI, *in* RDS 79/1960 p. 133a, 206a).

⁵⁴⁹ TERCIER, *Personnalité*, p. 92 n° 641. Sur l'art. 404 al. 2 CO, cf. p.ex. HOFSTETTER, *in* SPR VII/2 p. 50 ss; GAUTSCHI, art. 404 CO n° 17 ss; OSER/SCHOENENBERGER, art. 404 CO n° 8 s.; TERCIER, *Partie spéciale*, p. 399 s. n° 3096 ss.

I. Généralités

- 728 Comme pour la relation banque dirigeante/emprunteur (n° 558 ss), nous distinguerons entre l'état de fait (1) et la norme de responsabilité (2).

1. L'état de fait

- 729 Il est sans doute tautologique d'affirmer qu'avant la conclusion du contrat de syndicat, la banque dirigeante est dans un **rapport précontractuel** avec les autres banques. Encore faut-il déterminer quand les banques cessent d'être en pourparlers pour entrer dans la relation de société. La règle peut être énoncée comme suit:

La documentation contractuelle et le comportement des banques indiquent clairement leur intention de se lier uniquement lorsque toutes les conditions de l'opération ont été définitivement fixées⁵⁵⁰.

- 730 Concrètement, cela signifie que:

- 731 – Dans la *syndication directe*, les banques sont dans une relation précontractuelle jusqu'à ce que les parties – c'est-à-dire l'emprunteur, le chef de file et les autres banques – soient parvenues à un accord tant sur les conditions du prêt que sur celles de la syndication⁵⁵¹.
- 732 – Dans la *syndication indirecte préformée*, les banques sont dans une relation précontractuelle jusqu'à ce que la banque primaire soit parvenue à un accord avec l'emprunteur sur les conditions du prêt et à un accord avec les banques participantes sur les conditions de la syndication⁵⁵².
- 733 – Dans la *syndication indirecte postformée*, l'accord sur les conditions de la syndication marque la fin des pourparlers, puisque la banque primaire est parvenue à un accord sur les conditions du prêt avant de contacter les banques participantes⁵⁵³.

2. La norme de responsabilité

- 734 Les pourparlers que la banque dirigeante mène avec les futurs membres du syndicat sont soumis aux règles de la responsabilité précontractuelle. On

⁵⁵⁰ A ce sujet, cf. SCHOENENBERGER/JAEGGI, art. 1 CO n° 2 ss et art. 2 CO n° 2 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 64 ss n° 337 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 61 ss n° 284 ss; BUCHER, p. 99 ss; KELLER/SCHOEBI, p. 53 ss.

⁵⁵¹ Cf. p.ex. HINSCH/HORN (p. 47): «Das Kreditkonsortium entsteht vielmehr erst mit Abschluss des Konsortial- und Kreditvertrags». FRANCONI (p. 91): «Der Konsortialvertrag ist perfekt, wenn sich alle Konsorten über alle von jedem einzelnen als wesentlich betrachteten Punkte geeinigt haben».

⁵⁵² BROWN, p. 186; DOHM, in SAS 58/1986, p. 4.

⁵⁵³ Cf. les auteurs cités à la note précédente.

peut rappeler ici, en les adaptant, les principes formulés au paragraphe précédent:

- a) La responsabilité précontractuelle est une responsabilité de type **délictuel** (n° 692 ss). 735
- b) La banque dirigeante répond envers les banques participantes tant pour **faute intentionnelle** que pour **négligence** (n° 697 ss). 736
- c) La banque dirigeante répond pour ses **auxiliaires** même sans faute de sa part et ne peut faire valoir aucune preuve libératoire (n° 700 ss); en outre, il n'est pas nécessaire qu'il y ait un lien de subordination entre elle et ses préposés (n° 707 ss). 737
- d) La **prescription** de la créance en responsabilité des banques participantes contre la banque dirigeante se règle conformément à l'art. 60 CO (n° 715). 738

II. Dans la syndication directe

Nous commencerons par présenter les devoirs généraux du chef de file dans les pourparlers (1), pour pouvoir ensuite concentrer notre analyse sur son devoir d'informer les banques consortiales (2). 739

1. En général

Les règles de la bonne foi imposent trois devoirs principaux au chef de file négociant avec les futurs membres du syndicat: 740

- a) *Se comporter sérieusement* (n° 645): Le chef de file qui s'adresse à d'autres banques pour leur offrir de participer à la formation d'un syndicat de prêt doit avoir la ferme intention de contracter, si les banques répondent de la manière attendue à son appel. 741
- b) *Respecter la liberté de décision d'autrui* (n° 646): Le chef de file ne peut pas exercer de pression illicite ou abuser de la situation de faiblesse des autres banques; par exemple, il ne peut pas prendre avantage d'une position dominante sur le marché pour «forcer» d'autres banques à se joindre au syndicat de prêt ou à accepter des conditions de prêt disproportionnées, en les menaçant de ne plus les contacter à l'avenir en cas de refus (cf. ég. n° 956 ss). 742
- c) *Garder le secret* (n° 670 ss): Le chef de file ne doit pas révéler à des tiers les informations qu'il apprend des membres du syndicat pendant les négociations; cette obligation vise tant les renseignements sur les banques que ceux touchant des clients de celles-ci (ég. n° 667). 743

2. Le devoir d'informer

- 744 Après avoir exposé le problème (A), nous poserons le principe (B), pour ensuite examiner les limites posées par la clause d'exculpation (C), le devoir de préparation des banques contactées (D) et le devoir de discrétion de la banque dirigeante (E).

A. Le problème

- 745 La banque dirigeante a habituellement déjà été en **relations d'affaires avec l'emprunteur** avant l'organisation du syndicat; elle possède donc un certain nombre d'informations à son sujet, notamment sur sa condition financière. Par ailleurs, on trouve dans la plupart des contrats de prêt syndiqué une clause stipulant que:

«Each Bank represents to each of the Managers and Agents that it has, independently and without reliance upon any of the Managers or Agents, made its own appraisal of and investigation into the business, assets, liabilities, operations, property, financial and other conditions, prospects, solvency and creditworthiness of the Borrower and made its own decision to make its Loans hereunder and enter into this Agreement. None of the Managers or Agents shall have any duty or responsibility either initially or on a continuing basis to make any such investigation or any such appraisal on behalf of Banks or to provide any Bank with any credit or other information with respect thereto whether coming into its possession before the making of the Loans or any time or times thereafter, and none of the Managers or Agents shall further have any responsibility with respect to the accuracy of or completeness of any information provided to Banks»⁵⁵⁴.

- 746 Il s'agit dès lors de déterminer quand et dans quelle mesure les banques participantes peuvent, nonobstant leur devoir de préparation, invoquer le devoir d'informer de la banque dirigeante afin d'obtenir réparation du dommage qu'elles ont subi après avoir tenu compte d'informations fausses ou inexactes⁵⁵⁵. Trois **situations tirées de la pratique** permettent de poser concrètement le problème:
- 747 – Dans le premier cas, les banques participantes alléguèrent que la banque primaire les avait trompées au moment de la vente des participations au

⁵⁵⁴ Sur l'origine et l'évolution de cette clause en droit anglais, cf. LAWYER, p. 23 ss.

⁵⁵⁵ Le devoir précontractuel d'information doit être distingué de la communication de renseignements financiers à des tiers: Dans le premier cas, il s'agit de déterminer quand une banque a l'obligation d'informer d'autres établissements de crédit de faits essentiels, nonobstant l'absence de demande de leur part; dans le second, une banque communique, *à la requête d'une autre banque ou d'un client*, certains renseignements sur la situation financière de l'un de ses clients. Malgré ces différences, le traitement de ces deux situations présente de nombreuses analogies (voir p.ex. *infra* n. 610). Sur la pratique des renseignements financiers en droit suisse, cf. SCHOENLE, in Bankgeheimnis und Bankauskunft; *idem*, in Mélanges Deschenaux. Pour une étude de droit comparé, cf. HADDING/SCHNEIDER.

prêt. Elles soutinrent que, de par son analyse, la banque dirigeante devait ou aurait dû connaître la situation financière précaire de l'emprunteur, et qu'elle aurait dû partager avec les autres membres du syndicat les informations qu'elle avait ainsi obtenues directement ou par ses conseils⁵⁵⁶.

- Dans le deuxième, plusieurs banques qui négociaient avec la Banque centrale des Philippines découvrirent que celle-ci leur avait caché une information importante: Le gouvernement philippin avait régulièrement surestimé le montant de ses réserves en devises étrangères afin d'obtenir des prêts et d'encourager les investissements étrangers. Ces banques, qui occupaient une position dirigeante dans le syndicat, décidèrent de ne pas faire part de leur découverte aux autres membres du syndicat, craignant que celles-ci refusent d'augmenter leur part au prêt⁵⁵⁷. 748
- Dans le troisième, une banque américaine conclut une opération de «swap» avec une banque privée brésilienne: Elle échangea 100 millions de dollars en prêts consentis à des entreprises d'Amérique latine (dont 90% à des sociétés brésiliennes) et 90 millions de dollars comptant contre 190 millions de dollars en prêts consentis par la banque brésilienne à des entreprises de la même région (dont 90% à des sociétés mexicaines). Parallèlement à cette opération destinée à réduire ses intérêts au Brésil, la banque américaine participait à un comité constitué pour convaincre près de 800 banques d'accorder de nouveaux crédits au Brésil, pour un montant total de 6,5 milliards de dollars⁵⁵⁸. 749

Certes, l'un de ces exemples se rapporte à une opération faite avec une entité de droit public et un autre s'inspire du droit américain des papiers-valeurs («securities laws»). Néanmoins, il s'agit à chaque fois de déterminer si les banques dirigeantes qui ont agi contrairement aux règles de la bonne foi peuvent être rendues responsables du dommage causé aux membres du syndicat. Si l'on accepte une responsabilité des banques, il faut en définir le régime: Est-ce une responsabilité causale? Ou pour faute intentionnelle seulement? Ou une négligence de la banque dirigeante suffit-elle? Si oui, quel type de négligence? 750

B. Le principe

A notre avis, le chef de file a durant les pourparlers un devoir d'information spécial envers les banques consortiales. Un tel devoir est justifié: 751

⁵⁵⁶ *In re Colocotronis Tanker Securities Litigation*, 420 F. Supp. 998 (1976), 449 F. Supp. 829 (1979). Eg. Fed. Sec. L. Rep., par. 96,551.

⁵⁵⁷ Cet état de fait est tiré de NOTE, International loan syndications: The next security, in *Columbia Journal of Transnational Law* 23/1984 p. 156 s.

⁵⁵⁸ *Idem*, p. 157.

- 752 a) *Par la nature du contrat* qui va lier le chef de file et les autres membres du syndicat (n° 658): Il est en effet unanimement admis que le contrat de société est un contrat qui crée un rapport de confiance spécial entre les associés et qu'en conséquence leurs devoirs précontractuels doivent recevoir une intensité particulière⁵⁵⁹.
- 753 b) *Par le rôle du chef de file* dans la formation de la communauté de prêt: C'est le chef de file qui choisit ou, pour le moins, conseille l'emprunteur dans le choix des banques à contacter; celles-ci le savent et sont conscientes d'être dans un rapport privilégié avec la banque dirigeante déjà à ce premier stade de la syndication. En outre, la fonction de chef de file est généralement attribuée à une banque d'un certain prestige qui a une expérience reconnue dans le domaine financier; cet aspect renforce la confiance que les autres banques mettent dans le chef de file.
- 754 Le principe n'est cependant pas celui d'une responsabilité objective: Conformément aux règles régissant la *culpa in contrahendo*, la banque dirigeante doit avoir commis une faute. En outre, la plupart des contrats de prêt syndiqué contiennent une clause d'exculpation similaire à celle que nous avons citée dans la section précédente (n° 745). La responsabilité de la banque dirigeante est enfin soumise aux limites posées cumulativement par le devoir de diligence accrue des banques participantes et l'obligation de discrétion du chef de file.

C. La première limite: la clause d'exculpation

- 755 Le *mémorandum informatif* adressé aux futures banques participantes contient déjà une clause prévoyant que la banque dirigeante ne peut en aucun cas être rendue responsable d'une description inexacte des faits décrits dans ledit mémorandum (n° 214). Ainsi, la clause qui figure dans le *contrat* est seulement la confirmation de l'accord conclu au moment des pourparlers.
- 756 Parce que la clause d'exculpation concerne la phase des pourparlers, sa **validité** doit être examinée à la lumière des règles régissant la responsabilité précontractuelle. Cette première observation exclut une application directe des seules dispositions du Code qui traitent de la limitation et de l'exclusion de la responsabilité: les art. 100 al. 1 et 2 et 101 al. 3 CO (n° 629 ss).
- 757 A notre avis, l'acceptation de cette clause par les banques consortiales doit être considérée comme une **renonciation partielle à l'application des règles de la bonne foi**. Or, il est généralement admis que l'art. 2 CC est de droit dis-

⁵⁵⁹ Cf. les auteurs cités *supra* n. 500.

positif, pour autant que l'on respecte certaines limites⁵⁶⁰. Conformément au principe de la liberté contractuelle, les parties peuvent par exemple «exclure le recours aux règles de la bonne foi pour l'interprétation et le complètement de leur convention»⁵⁶¹.

Une telle renonciation est toutefois soumise aux règles générales sanctionnant les dérogations à la loi qui sont contraires «aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité» (art. 19 al. 2 et 20 CO; ég. art. 27 CC). A ce propos, on doit se montrer *particulièrement strict* lorsque l'on examine la validité d'une renonciation à la bonne foi:

- d'une part, parce que l'art. 2 CC est établi dans l'intérêt de l'ordre public et des bonnes mœurs⁵⁶² et,
- d'autre part, parce qu'«en permettant à autrui d'adopter un comportement en soi abusif, une personne pourrait s'interdire l'usage de sa liberté dans une mesure contraire aux mœurs, surtout si l'abus crée un état durable (art. 27 al. 2 CC)»⁵⁶³.

Les parties ne peuvent en outre éliminer conventionnellement la *faculté du juge* d'appliquer l'art. 2 CC, lorsqu'il l'estime nécessaire. Une exclusion générale de la bonne foi n'est dès lors pas possible⁵⁶⁴.

Il résulte des développements qui précèdent que la banque primaire ne peut demander aux banques consortiales de renoncer complètement à leurs droits précontractuels. Selon nous, il faut interpréter la clause d'exculpation comme

un «avertissement» donné aux banques qu'elles doivent faire preuve d'une attention particulière et critique dans la lecture du mémorandum informatif et de tous documents préparés par l'emprunteur, avec ou sans l'aide du chef de file, et transmis par celui-ci (cf. ég. n° 765 ss).

En fait, on parvient à un régime similaire à celui de l'art. 100 al. 1 CO dans la mesure où la banque primaire devrait en principe répondre du dommage qu'elle cause, par dol ou négligence grave, en n'observant pas son devoir précontractuel d'information (n° 630). Une analogie avec l'art. 100 al. 2 CO doit en principe être écartée (n° 631). Quant à la responsabilité pour les auxiliaires, rappelons qu'elle obéit à des règles spéciales (cpr art. 101 al. 2 et 3 CO; n° 632).

⁵⁶⁰ MERZ, art. 2 CC n° 101 ss; DESCHENAUX, in TDP II/1, p. 145 s. (= SPR II p. 154 s.; avec d'autres références). *Contra*: EGGER, art. 2 CC n° 12.

⁵⁶¹ DESCHENAUX, in TDP II/1 p. 146 (= SPR II p. 154 s.). Eg. MERZ, art. 2 CC n° 103.

⁵⁶² EGGER, art. 2 CC n° 12 (p. 68): «[Art. 2 ZGB] ist im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit aufgestellt» (avec d'autres références).

⁵⁶³ DESCHENAUX, in TDP II/1 p. 146 (= SPR II p. 155). C'est pourquoi la renonciation doit en principe être expresse et ne porter que sur un objet limité. MERZ, art. 2 CC n° 103.

⁵⁶⁴ MERZ, art. 2 CC n° 102.

D. La deuxième limite: le devoir de préparation des banques contactées

- 765 Sans égard à la nature du contrat, chacune des parties a pour devoir de se préparer à la négociation du contrat: Le droit suisse ne prévoit pas un devoir général d'assistance, et l'on ne saurait accepter que l'une des parties s'en remette entièrement à l'autre pour l'analyse des éléments du contrat (n° 651 ss).
- 766 Le devoir de préparation a une intensité particulière dans le domaine bancaire, en raison de l'interprétation que la Commission fédérale des banques donne de l'**art. 3 al. 2 litt. c LB** (a). La portée de cette règle a toutefois été récemment mise en cause (b). Et le choix de l'une ou l'autre de ces théories peut modifier l'étendue du devoir de préparation en matière de prêts syndiqués (c); ce qui nous amènera à proposer notre solution (d), pour énoncer un premier groupe de règles que les banques dirigeantes et participantes devraient suivre dans les pourparlers (e).

a. L'art. 3 al. 2 litt. c LB et son interprétation par la Commission fédérale des banques

- 767 A teneur de l'art. 3 al. 2 litt. c LB, «les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque [doivent jouir] d'une bonne réputation et [présenter] toutes garanties d'une activité irréprochable»⁵⁶⁵. Bien que, d'un point de vue systématique, cette règle concerne l'octroi de l'autorisation d'exercer une activité de type bancaire, elle a avant tout servi de **base à la surveillance bancaire** et, par là, de condition au maintien de l'autorisation⁵⁶⁶.
- 768 La Commission fédérale des banques a donné une interprétation large de cette règle durant les dix dernières années⁵⁶⁷; celle-là peut être résumée ainsi:

Les banques ont le devoir de s'enquérir de l'arrière-plan économique d'une affaire pour laquelle elles prêtent leurs services, «lorsque des

⁵⁶⁵ Soit en allemand: «[Die Bewilligung wird erteilt, wenn] die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten». Sur cette disposition, cf. surtout AELLEN M., Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes, th. Berne/Stuttgart 1990 (à ce propos, cf. notre compte rendu de cette thèse à paraître prochainement dans la RSDA 63/1991). BODMER/KLEINER/LUTZ, Art. 3–3ter LB n° 27 ss; MUELLER, p. 31 ss; JUNOD, in Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht; *idem*, in L'avant-projet de loi fédérale sur les banques, p. 106 s.

⁵⁶⁶ MUELLER (p. 32): «Comme c'est le cas pour les autres conditions d'autorisation, la garantie d'une bonne gestion doit être donnée en tout temps». Eg. JUNOD, in Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, p. 91.

⁵⁶⁷ Pour une rétrospective de la pratique de la Commission et de la jurisprudence du Tribunal fédéral à ce sujet, cf. AELLEN, cité *supra* n. 565; MUELLER, p. 31 ss; JUNOD, in Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, p. 96 ss.

indices donnent à penser que [cette affaire] pourrait être un élément d'une opération immorale ou illicite, ou lorsqu'il s'agit d'une affaire compliquée, inusuelle ou importante»⁵⁶⁸.

La Commission pose comme principe que les critères qui viennent d'être énoncés ont tous un caractère **alternatif**⁵⁶⁹; par exemple, il n'est pas nécessaire qu'une transaction compliquée, inusuelle ou importante présente en plus des indices d'illicéité ou d'immoralité, pour que les banques doivent faire preuve d'une *diligence accrue*. 769

On peut déduire de la pratique de la Commission qu'une syndication de prêt remplit l'une ou l'autre de ces conditions dans les cas suivants⁵⁷⁰: 770

- a) **Importance:** Le crédit sollicité représente une part importante des fonds propres de la banque ou l'opération présente de par sa nature un risque spécial pour la banque. Un prêt répond certainement à ce critère lorsque son octroi oblige les banques à l'annoncer à la Commission conformément à l'art. 21 OB (n° 42)⁵⁷¹. 771
- b) **Complexité:** L'opération que le crédit doit financer ou la structure mise en place en relation avec le versement des fonds à l'emprunteur est particulièrement compliquée⁵⁷². Les états de fait qui correspondent à ce critère 772

⁵⁶⁸ Ce passage de l'ATF 108/1982 Ib 186 (cons. 2.b, p. 190) est repris ici dans la traduction française qu'en a fait JUNOD (*in* Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, p. 98). Cet arrêt a également été publié *in* Bull. CFB 11/1982 p. 16, 20: «In Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips geht die Praxis der Bankenkommision jedoch davon aus, dass nur bei denjenigen Geschäften eine Abklärung des wirtschaftlichen Hintergrundes vorzunehmen ist, bei welchen Anzeichen darauf hindeuten, dass die Transaktion Teil eines unsittlichen oder rechtswidrigen Sachverhaltes bilden könnte oder wenn es sich um ein kompliziertes, ungewöhnliches oder bedeutsames Geschäft handelt».

⁵⁶⁹ Bull. CFB 16/1986 p. 35: «[D]ie Bedingungen, die eine Bank zur Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe verpflichten, müssen nicht alle gemeinsam erfüllt sein, sondern jede einzelne genügt zur Begründung der Abklärungspflicht».

⁵⁷⁰ Voir ég. les auteurs cités *supra* n. 567.

⁵⁷¹ Le Tribunal fédéral a défini ce critère dans les termes suivants (Bull. CFB 11/1982 p. 25 s.):

«So wäre bei der Beantwortung der Frage, ob ein bestimmtes Geschäft als bedeutend anzusehen ist, nicht nur ein Vergleich dieses Geschäftes mit dem gesamten Volumen dieser Geschäftssparte der betreffenden Bank vorzunehmen, sondern es wären die gesamten Umstände des Falles heranzuziehen, wobei das durch das Geschäft entstandene Risiko für die Bankgläubiger entsprechend in Rechnung zu stellen wäre. [...] Das konkrete Geschäft wäre insbesondere auch zur gesamten Bedeutung des betreffenden Bankinstitutes in Relation zu setzen: Das gleiche Geschäft könnte danach für eine kleine Bank bedeutend sein, während es das für ein grosses Institut noch nicht wäre».

A titre d'illustration: Bull. CFB 16/1986 p. 30 (trois crédits représentant 65% des fonds propres de la filiale suisse d'une banque étrangère); Bull. CFB 15/1985 p. 5 (prêt – doublement garanti – pour une somme représentant 4,9% du bilan et 38,3% des fonds propres de la banque); Bull. CFB 15/1985 p. 15 (crédit représentant plus de 40% des fonds propres de la banque); Bull. CFB 11/1982 p. 15 (garantie de 20 millions de frs. par une banque ayant 60 millions de frs. de fonds propres); Bull. CFB 7/1980 p. 39 (opération fiduciaire pour une somme représentant 70% du bilan de la banque); Bull. CFB 11/1982 p. 16 (opérations fiduciaires pour 72 millions de frs. pour le compte de deux clients); Bull. CFB 7/1980 p. 35 (garantie de 30 mio de frs.).

⁵⁷² Voir p.ex. Bull. CFB 16/1986 p. 30.

- tombent aussi souvent sous le coup du critère d'insolite (cf. n° 773)⁵⁷³.
- 773 c) **Insolite**: L'opération que le prêt doit financer ou la technique de financement utilisée présente un caractère inhabituel pour la banque. Tel est le cas lorsqu'une banque accorde un crédit avec pour garantie un droit de gage sur la totalité de la chose achetée avec les fonds prêtés et que, simultanément, le client fait à titre de «garantie supplémentaire» («zusätzliche Sicherheit») un dépôt d'un montant égal à celui emprunté⁵⁷⁴.
- 774 d) **Illégalité et immoralité**: Des indices suggèrent que l'action de la banque pourrait faire partie d'un état de fait civilement ou pénalement illicite, ou immoral. Les banques doivent éviter de participer à des opérations qui pourraient engager leur responsabilité, ou être annulées pour illicéité ou immoralité (art. 20 CO), ou encore porter atteinte à leur réputation ou à celle du système bancaire suisse en général⁵⁷⁵.

b. La thèse de M. JUNOD

- 775 Dans un récent article, M. JUNOD a critiqué plusieurs aspects du régime de surveillance appliqué par la Commission fédérale des banques en relation avec l'art. 3 al. 2 litt. c LB⁵⁷⁶:
- 776 **1. Le système.** La principale objection de M. JUNOD concerne le caractère **alternatif** des critères qui obligent les banques à faire preuve d'une diligence accrue (n° 769); il suggère de séparer ces critères en deux groupes:
- 777 a) Les éléments d'*illégalité* et d'*immoralité* auraient une relation **alternative** entre eux⁵⁷⁷: Une banque doit s'enquérir de l'arrière-plan économique d'une transaction lorsque celle-ci «recèle un indice reconnaissable d'illégalité ou d'immoralité, sans qu'il importe alors qu'elle soit inusuelle, complexe ou importante»⁵⁷⁸.

⁵⁷³ *Idem*, p. 35.

⁵⁷⁴ Bull. CFB 15/1985 p. 5.

⁵⁷⁵ Cf. Bull. CFB 11/1982 p. 16, 19 (= ATF 108/1982 Ib 186, 190 s.) et Bull. CFB 7/1980 p. 45 (risques liés à la nullité du contrat pour lequel un financement est accordé); Bull. CFB 7/1980 p. 42 s. (risque d'actions en dommages et intérêts par des tiers); Bull. CFB 16/1986 p. 37 (réputation du système bancaire suisse); Bull. CFB 7/1980 p. 37 s. (notions d'illicéité et d'immoralité); Bull. CFB 15/1985 p. 9 et Bull. CFB 15/1985 p. 16 s. (relations avec la Convention de diligence). Au sujet des liens entre l'art. 3 al. 2 litt. c LB et la Convention de diligence, cf. ég. ATF 111/1985 Ib 126 et MUELLER, p. 35 ss.

⁵⁷⁶ JUNOD, in *Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht*. Pour une thèse comparable, cf. RHINOW R./BAYERDOERFER M., *Rechtsfragen der schweizerischen Bankenaufsicht, Die Aufsichtsbefugnisse der Bankenkommision im Rahmen der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1990.

⁵⁷⁷ JUNOD, in *Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht*, p. 114 s.

⁵⁷⁸ *Idem*, p. 115.

b) En revanche, les éléments d'*insolite* et d'*importance* auraient une relation **cumulative** entre eux⁵⁷⁹: Une banque manque à son devoir de diligence lorsqu'elle ne s'enquiert pas de l'arrière-plan économique d'une transaction qui «paraît suspecte en raison de son caractère 'inhabituel' [...], cette transaction devant en outre revêtir une importance notable»⁵⁸⁰. Quant à l'élément de *complexité*, il serait en principe sans intérêt, à moins d'«obscurcir» l'arrière-plan économique de l'opération⁵⁸¹. 778

2. Les arguments. M. JUNOD fonde sa proposition sur trois arguments principaux: 779

a. La base constitutionnelle. La surveillance bancaire tend à la protection des déposants et constitue par là une tâche de *police* économique de la Confédération. Parce qu'elle vise aussi la sauvegarde et la promotion du secteur bancaire suisse, l'interprétation de la Commission est une intervention de *politique* économique («Leistungsverwaltung») qui dépasse les limites de la police économique. Une telle promotion a besoin d'une base constitutionnelle expresse, dans la mesure où elle déroge au principe de la liberté du commerce et de l'industrie; or, cette base n'existe pas en l'espèce⁵⁸². 780

b. L'atteinte à la concurrence. Le système retenu par la Commission et le Tribunal fédéral est «la source d'inacceptables distorsions concurrentielles entre grands et petits établissements»⁵⁸³. M. JUNOD centre ici sa critique sur les relations des banques avec leurs clients; il relève que les clients qui n'ont rien à dissimuler, mais qui sont néanmoins à la recherche d'une certaine confidentialité, s'adresseront aux grandes banques pour leurs opérations d'une certaine importance, afin d'éviter d'avoir à expliquer l'arrièreplan économique de la transaction envisagée. Cette obligation pourrait aussi amener des clients à transférer leurs opérations bancaires dans des pays à législations plus souples⁵⁸⁴. 781

c. Les coûts opérationnels. Les devoirs d'investigation imposés aux banques par la Commission engendrent des coûts supplémentaires pour celles-ci, puisqu'elles doivent examiner «manuellement» des transactions qu'elles sont normalement en mesure de vérifier par des moyens informatiques. En effet, la pratique de la Commission oblige les banques à contrôler *qualitativement* des opérations qui ne justifient en général qu'un contrôle *quantitatif* (et donc mécanique)⁵⁸⁵. 782

⁵⁷⁹ *Ibidem*.

⁵⁸⁰ *Ibidem*.

⁵⁸¹ *Ibidem*.

⁵⁸² JUNOD, in Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, p. 116 ss.

⁵⁸³ *Idem*, p. 123. Voir cep. le Tribunal fédéral cité *supra* n. 571.

⁵⁸⁴ JUNOD, in Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, p. 123 ss.

⁵⁸⁵ *Idem*, p. 121 s.

c. Les conséquences de la controverse

- 783 Tant dans le système proposé par la Commission fédérale des banques (n° 767 ss) que dans celui de M. JUNOD (n° 775 ss), les banques doivent observer certaines règles de comportement lorsqu'elles participent à une transaction. Ces normes permettent de déterminer en partie le contenu des devoirs précontractuels des banques.
- 784 Ainsi, le chef de file peut s'attendre à ce que les autres banques fassent preuve d'une diligence accrue lorsque l'opération envisagée répond à l'un ou l'autre des critères évoqués. De même, l'établissement de crédit qui ne respecte pas les principes posés par la législation bancaire se verra opposer une faute concomitante s'il actionne la banque dirigeante en responsabilité.
- 785 Dès lors, les devoirs des banques consortiales sont plus ou moins étendus suivant la thèse que l'on choisit:
- 786 – Si l'on adopte la solution de la Commission, le chef de file a un devoir d'information plus restreint et les banques participantes un devoir de préparation plus étendu, lorsque l'opération envisagée est importante, complexe **ou** inhabituelle (n° 769 ss).
- 787 – Si l'on adopte la solution de M. JUNOD, le chef de file a en principe – c'est-à-dire à moins que l'affaire ne soit **à la fois** importante et insolite (n° 778) – un devoir d'information plus étendu et les banques participantes un devoir de préparation plus restreint, même lorsque l'opération envisagée est importante, inhabituelle **ou** complexe.
- 788 On parvient toutefois au même résultat, sans égard à la solution choisie, lorsque l'opération envisagée présente des **indices d'illégalité ou d'immoralité** reconnaissables par les banques participantes: Le devoir d'information du chef de file est alors plus restreint et le devoir de préparation des banques participantes plus étendu⁵⁸⁶.

d. Notre solution

- 789 Sans vouloir trancher définitivement la question, il faut reconnaître que trois arguments appuient l'interprétation de la Commission:
- 790 **1. D'un point de vue systématique**, l'art. 3 al. 2 litt. c LB peut être mis en relation avec l'**art. 3 al. 2 litt. a LB** qui prévoit l'obligation pour les banques d'avoir une organisation adaptée à leur type d'activité⁵⁸⁷. En particulier, les

⁵⁸⁶ Il est évident que le chef de file doit lui aussi faire preuve d'une diligence accrue et, si ses soupçons se confirment, renoncer à conduire l'opération (cf. ég. n° 822).

⁵⁸⁷ Sur cette disposition en général, cf. BODMER/KLEINER/LUTZ, art. 3–3ter LB n° 10 ss; MUELLER, p. 22 ss.

banques doivent adapter leurs structures à l'importance des affaires qu'elles traitent habituellement; l'art. 3 al. 2 litt. a LB lie cet élément aux activités ordinaires de la banque en faisant référence à «son but social» et à ses «affaires»⁵⁸⁸. Sans doute, l'art. 3 al. 2 litt. c LB n'est pas une simple concrétisation de l'art. 3 al. 2 litt. a LB⁵⁸⁹; il n'en demeure pas moins qu'il devrait être possible *dans les deux cas* d'appliquer le critère d'importance sans exiger en plus que l'activité exercée ou envisagée ait un caractère inhabituel (cpr n° 778).

Il s'agit en outre de relever que les critères retenus par la Commission pour le 791 devoir de diligence («Pflicht zur Abklärung») sont semblables à ceux appliqués au «**devoir de documentation**» («Pflicht zur Dokumentierung») de la banque envers son organe de revision (art. 19 al. 2 LB et 9 al. 3 OB)⁵⁹⁰. Or, ces deux devoirs sont liés: L'une des tâches principales des reviseurs est de vérifier que la banque exerce son activité conformément à la loi et que les risques pris correspondent aux conditions posées par celle-ci (art. 9 al. 1 et 2 OB)⁵⁹¹. Pour cette évaluation, la banque doit fournir à l'organe de revision les documents qui permettent «d'apprécier correctement l'opération» (art. 9 al. 3 OB *in fine*). La banque ne peut respecter cette obligation que si elle s'est auparavant enquis de l'arrière-plan économique des opérations comportant des risques spéciaux.

L'art. 9 al. 3 OB intègre dans un **même groupe** les documents que la banque 792 doit obtenir et conserver en relation avec les opérations à risques, pour la prise de décision par la direction de la banque, d'une part, et le contrôle par l'organe de revision, d'autre part⁵⁹². Or, la Commission «peut exiger des organes de revision et des banques tous les renseignements et tous les documents dont elle a besoin dans l'exécution de sa tâche» (art. 23bis al. 2 LB phr.

⁵⁸⁸ A ce sujet, cf. les auteurs cités à la note précédente.

⁵⁸⁹ Dans ce sens, JUNOD, *in* Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, p. 112.

⁵⁹⁰ Sur ces dispositions en général, cf. BODMER/KLEINER/LUTZ, art. 18–22 LB n° 15 s. Sur les liens entre les art. 19 al. 2 LB et 9 al. 3 OB, d'une part, et l'art. 3 al. 2 litt. c LB, d'autre part, cf. Bull. CFB 16/1986 p. 30; Bull. CFB 15/1985 p. 5 et 14; ATF 108/1982 Ib 186 (ég. publié *in* Bull. CFB 11/1982 p. 16); Bull. CFB 7/1980 p. 39.

⁵⁹¹ Cf. surtout ATF 108/1982 Ib 186, 189 ss (ég. publié *in* Bull. CFB 11/1982 p. 16, 17 s). Eg. les décisions citées à la note précédente.

⁵⁹² Cela ressort expressément du texte de cette disposition qui prévoit que «[l]a direction réunit tous les documents nécessaires à la décision et à la surveillance. Ces documents doivent aussi permettre aux reviseurs d'apprécier correctement l'opération». A noter que la «surveillance» à laquelle l'art. 9 al. 3 OB fait référence, est la surveillance interne et non celle exercée par la Commission. On peut le déduire du système de l'Ordonnance: la disposition se trouve dans la section 3 consacrée à l'organisation interne de la banque, et son premier alinéa traite des règlements internes que la banque doit adopter en relation avec «la surveillance de ces opérations [à risques]».

1)⁵⁹³. Il n'est dès lors pas déraisonnable de soumettre ces trois niveaux de décision aux mêmes conditions:

- 793 – pour la *direction*, prêter une attention particulière aux affaires importantes, inhabituelles, complexes ou qui présentent des indices d'illicéité ou d'immoralité relève d'une saine gestion;
- pour l'*organe de contrôle*, il s'agit d'évaluer en toute connaissance de cause les risques encourus par la banque, et il est indéniable qu'une opération qui répond à l'un des critères énoncés présente un risque spécial;
- pour la *Commission*, il convient de vérifier si les conditions de l'autorisation sont toujours remplies, en particulier si la banque ne s'écarte pas des critères de gestion imposés par la loi en matière de risques.

794 2. Dans une vision plus **globale**, la thèse adoptée par la Commission s'insère dans le courant jurisprudentiel, réglementaire et doctrinal qui entend assurer non seulement la protection des créanciers de la banque mais aussi la protection du public en général et la sauvegarde de la confiance dans le système bancaire suisse:

795 a. L'interprétation donnée par la Commission à l'art. 3 al. 2 litt. c LB peut d'abord être mise en relation avec la décision du Tribunal fédéral d'assimiler l'exploitation d'une banque à l'exercice d'une **industrie concédée** (art. 100 al. 2 CO; n° 631)⁵⁹⁴: Le but poursuivi dans ce cas est la protection des clients de la banque contre des «clauses préformulées – pratiquement non susceptibles d'être discutées»⁵⁹⁵; de telles clauses ne sont toutefois pas automatiquement nulles, puisque le juge doit user de son pouvoir d'appréciation et mettre en balance l'intérêt du client et celui de la banque «à se prémunir contre certains risques»⁵⁹⁶.

796 Même s'ils sont liés à des groupes de règles différents – droit privé et droit public – les raisonnements présentent des traits communs:

797 – *Les objectifs sont proches*: Dans les deux hypothèses, il s'agit de protéger un cercle plus large que celui des créanciers de la banque.

798 – *Les méthodes sont proches*: La Commission prend aussi en compte les circonstances propres au cas particulier pour déterminer si une transaction est «importante», «inhabituelle», «compliquée» ou «présente des indices d'illicéité ou d'immoralité».

⁵⁹³ Soit en allemand: «Die Bankenkommision kann von den Revisionsstellen sowie von den Banken alle Auskünfte und Unterlagen verlangen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigt». Sur cette disposition, cf. BODMER/KLEINER/LUTZ, art. 23bis LB n° 3 s.

⁵⁹⁴ ATF 112/1986 II 450. A ce sujet, voir les références citées *supra* n. 483.

⁵⁹⁵ ATF 112/1986 II 455. Il faut aussi rappeler que le *législateur suisse* n'a pas été insensible aux problèmes posés par les conditions générales, puisqu'il a intégré une disposition spéciale à ce propos dans la nouvelle loi sur la concurrence déloyale (art. 8 LCD); à ce sujet, cf. les auteurs cités *infra* n. 972 ss.

⁵⁹⁶ ATF 112/1986 II 455.

b. La solution de la Commission s'intègre aussi dans l'ensemble des règles 799
qui régissent la surveillance des **opérations hors bilan** des banques. L'argument a une importance particulière dans cette étude, parce que tant les tâches des banques dirigeantes et gérantes que les engagements pris par les membres du syndicat de garantie sont assimilés à des opérations hors bilan (n° 351 ss).

Ainsi, la Commission a régulièrement recommandé aux banques de faire 800
preuve d'une «conscience professionnelle irréprochable et d'une très grande diligence» lorsqu'elles participent à de telles opérations⁵⁹⁷. Elles peuvent en effet avoir des conséquences importantes sur les résultats des banques: positivement, par la perception de commissions⁵⁹⁸; négativement, par les éventuelles condamnations au paiement de dommages et intérêts ou l'obligation d'honorer un engagement jusqu'alors conditionnel⁵⁹⁹.

c. Comme le reconnaît M. JUNOD, 801

«le résultat de [son] analyse serait différent dans la perspective défendue, à la suite de Fritz GYGI, par un important courant doctrinal, probablement majoritaire à l'heure actuelle, et dont l'influence sur la jurisprudence du Tribunal fédéral est considérable»⁶⁰⁰.

Sans entrer dans un débat qui dépasse le cadre de cette étude, on peut 802
résumer ainsi la thèse de M. GYGI: L'art 31 al. 1 Cst, qui consacre le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, n'interdit pas à la Confédération de prendre des mesures de politique économique, pour autant que celles-ci

⁵⁹⁷ Rapport de gestion de la CFB pour 1981, p. 16. Eg. Rapport de gestion de la CFB pour 1982, p. 23. La Commission a insisté pour que les trois mesures suivantes soient prises en relation avec les opérations hors bilan: (a) Les banques doivent adapter leur organisation interne à de telles affaires, en particulier elles doivent engager du personnel qualifié et adopter un règlement interne régissant spécialement ces opérations; (b) l'organe de revision doit inclure celles-ci dans sa vérification de la situation financière de la banque; (c) la banque doit éviter tous conflits d'intérêts et lorsque ceux-ci se présentent faire preuve d'une prudence toute spéciale (n° 353). A ce sujet, cf. p.ex. les Rapports de gestion de la CFB pour 1979, p. 24 et 1980, p. 19 s. Sur les ratios de fonds propres exigés en relation avec les opérations hors bilan, cf. *infra* n. 599.

⁵⁹⁸ Selon une enquête menée en 1986 par la CFB (Rapport de gestion 1987, p. 147 s.), le montant total des affaires hors bilan s'élevait en 1986 à Frs. 791 milliards, à peu près l'équivalent de la somme des bilans des banques suisses cette même année.

⁵⁹⁹ La question des risques inhérents aux affaires hors bilan a aussi été un élément central des discussions menées par le Comité des règles et pratiques de contrôle bancaire de la Banque des Règlements Internationaux (BRI). Le Comité a insisté sur la complexité de ces opérations et la nécessité de les soumettre à un contrôle au moins aussi attentif que celui auquel sont soumises les affaires qui apparaissent au bilan des banques. A ce sujet, cf. surtout COMITÉ DES RÈGLES ET PRATIQUES DE CONTRÔLE DES OPÉRATIONS BANCAIRES, p. 19 ss n° 46 ss (original anglais: p. 16 ss n° 46 ss). Rappelons que, s'inspirant du «Modèle de Bâle», le Conseil fédéral a modifié le 4 décembre 1989 (avec effet au 1^{er} janvier 1990), l'Ordonnance sur les banques (RS 952.02) pour introduire de nouvelles prescriptions de fonds propres en matière d'opérations hors bilan (art. 13 al. 1 litt. b OB). A ce propos, cf. Bull. CFB 19/1990.

⁶⁰⁰ JUNOD, in *Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht*, p. 118. Eg. les références citées par cet auteur, p. 94 n. 14.

n'aient pas pour objectif d'intervenir dans la libre concurrence et respectent le principe de la proportionnalité⁶⁰¹.

803 Dans la mesure où la solution de la Commission correspond à ces critères, elle doit être considérée comme compatible avec la liberté du commerce et de l'industrie. M. JUNOD admet en outre que «la pratique de la [Commission] se situe aux confins de la police économique» et pourrait donc être considérée comme valable sans avoir recours à la théorie de M. GYGI⁶⁰².

804 3. L'obligation de faire preuve d'une diligence particulière lorsqu'une affaire revêt une certaine importance est expressément consacrée par certaines dispositions de **droit étranger**. Ainsi, l'art. 18 de la loi allemande sur les banques phr. 1 et 2 (Kreditwesengesetz; = KWG) prévoit que:

«[Kreditunterlagen] Von Kreditnehmern, denen Kredite von insgesamt mehr als *ehnhunderttausend Deutsche Mark* gewährt werden, hat sich das Kreditinstitut die wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere durch Vorlage der Jahresabschlüsse, offenlegen zu lassen. Das Kreditinstitut kann hiervon absehen, wenn das Verlangen nach Offenlegung im Hinblick auf die gestellten Sicherheiten oder auf die Mitverpflichteten offensichtlich unbegründet wäre»⁶⁰³.

805 Selon l'autorité de surveillance allemande, les banques doivent obtenir les bilans et comptes de pertes et profits qui leur permettent d'évaluer la situation économique de l'emprunteur⁶⁰⁴; ainsi, les banques ne peuvent pas se contenter des derniers documents comptables de l'emprunteur mais doivent aussi examiner ceux se rapportant aux années précédentes⁶⁰⁵. Dans une circulaire de juillet 1977, l'autorité de surveillance a relevé que chaque banque qui participe à un crédit syndiqué doit vérifier *individuellement* si les conditions fixées par l'art. 18 KWG pour l'octroi d'un prêt sont remplies⁶⁰⁶.

e. Conclusion

806 Il résulte des développements qui précèdent que l'étendue du devoir d'information du chef de file dépend de deux facteurs principaux: le devoir de

⁶⁰¹ Cette théorie de la «Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik» a été présentée d'une manière détaillée par GYGI, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, p. 15 ss. Elle a inspiré le Tribunal fédéral dans plusieurs de ses arrêts, cf. p.ex. ATF 97/1971 I 499, 506 et 99/1973 Ia 604, 620 s. (cités par JUNOD, in *Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht*, p. 119 n. 101 et 118 n. 95); voir ég. les autres références citées par cet auteur, p. 118 s.

⁶⁰² JUNOD, in *Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht*, p. 120.

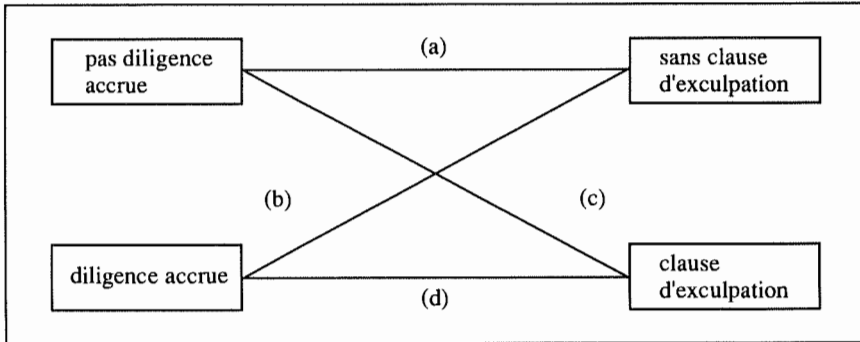
⁶⁰³ Souligné par l'auteur. Sur cette disposition, cf. BAEHRE/SCHNEIDER, p. 227 ss.

⁶⁰⁴ BAEHRE/SCHNEIDER, p. 228.

⁶⁰⁵ Communication n° 1/62 de l'autorité de surveillance bancaire allemande (Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen), du 30 octobre 1962, reproduite in SCHORK, p. 148; ég. CONSRUCH/MOELLER/BAEHRE/SCHNEIDER, n° 4.19.

⁶⁰⁶ Circulaire de l'autorité de surveillance bancaire allemande du 5 juillet 1977, reproduite in SCHORK, p. 150 ss; CONSRUCH/MOELLER/BAEHRE/SCHNEIDER, n° 4.151.

diligence des banques participantes (n° 765 ss) et l'intégration dans le contrat de syndicat d'une clause excluant la responsabilité de la banque dirigeante dans la formation de la volonté des banques participantes (n° 755 ss). Il s'agit donc de distinguer quatre situations, que l'on peut représenter graphiquement comme suit:



- a) Lorsque les banques participantes ne doivent pas faire preuve d'une diligence accrue et que le contrat de syndicat ne contient aucune clause d'exculpation, la relation précontractuelle est soumise aux **règles ordinaires**: Le chef de file doit informer les banques participantes des faits essentiels que celles-ci ne peuvent découvrir en démontrant une diligence «normale», c'est-à-dire en prenant les mesures que l'on peut attendre d'une personne raisonnable au vu des circonstances. 807
- b) Lorsque les banques participantes doivent faire preuve d'une diligence accrue et que le contrat de syndicat ne contient aucune clause d'exculpation, les banques doivent observer un **devoir de préparation spécial** et le devoir d'information du chef de file est réduit d'autant: Il ne doit informer les autres membres du syndicat que des faits essentiels qu'ils ne peuvent découvrir en démontrant une attention particulière. 808
- c) Lorsque les banques participantes ne doivent pas faire preuve d'une diligence accrue et que le contrat de syndicat contient une clause d'exculpation, il faut concentrer son analyse sur le sens et la validité de la disposition contractuelle adoptée par les parties: Parce qu'elles renoncent partiellement à l'application des règles de la bonne foi (n° 757 ss), les banques consortiales doivent faire preuve d'une **attention particulière** dans l'examen des documents accompagnant l'offre de participer au prêt syndiqué. Par ailleurs, le devoir d'information du chef de file ne porte que sur les faits essentiels dont la dissimulation, dolosive ou gravement négligente, pourrait causer un dommage aux autres banques. 809
- d) Lorsque les banques participantes doivent faire preuve d'une diligence accrue et que le contrat de syndicat contient une clause d'exculpation, on 810

peut reprendre les principes qui viennent d'être énoncés, moyennant une réserve: Parce qu'en plus la loi impose aux banques participantes un **devoir de préparation spécial**, on doit se montrer particulièrement strict dans l'appréciation de ce qui constitue une faute grave.

E. La troisième limite: l'obligation de discrétion du chef de file

- 811 Jusqu'ici, nous avons exclu le secret bancaire de notre analyse. Il s'agit maintenant de déterminer si la banque dirigeante peut invoquer son obligation de discrétion envers l'emprunteur pour refuser de communiquer aux banques participantes les informations auxquelles elles ont droit conformément aux règles sur les relations précontractuelles (n° 744 ss)⁶⁰⁷. Et si un tel obstacle existe, il faut en définir les limites.
- 812 **1. Le principe.** Il est certain qu'en sa qualité d'établissement de crédit, le chef de file doit garder secrets les faits qu'il apprend au sujet de son client dans l'exercice de sa profession (n° 596 ss). Cette obligation porte tant sur les faits que la banque apprend dans sa relation «régulière» avec son client, que sur ceux qui lui sont confiés dans l'exécution de son mandat de chef de file (n° 613 ss).
- 813 **2. Les limites.** Une banque peut toutefois être autorisée à révéler de tels faits à des tiers ou bien parce que son client l'a expressément relevée de son obligation de discrétion ou bien parce que cette autorisation résulte des circonstances:
- 814 **a. Une autorisation expresse.** Le client peut à tout moment déclarer renoncer à la protection offerte par le secret bancaire. Ce consentement est soumis aux conditions ordinaires de validité; à ce sujet, nous renvoyons aux principes que nous avons décrits précédemment (n° 674 ss).
- 815 **b. Une autorisation tacite.** Il est toutefois rare de trouver une clause donnant une telle autorisation à la banque dirigeante. Il s'agit donc d'examiner s'il est possible d'invoquer une levée implicite du secret bancaire fondée sur le principe de la confiance⁶⁰⁸ (ég. n° 672 s.).

⁶⁰⁷ Comme le relèvent AUBERT/KERNEN/SCHOENLE (p. 45), «pour respecter la première [l'obligation d'information], la banque devrait dans certaines circonstances nécessairement violer la seconde [l'obligation de discrétion]».

⁶⁰⁸ A ce sujet, cf. sp. SCHOENLE (*in* Bankgeheimnis und Bankauskunft, p. 293 ss) qui donne les critères généraux suivants: «unter Zugrundelegung aller Umstände durch Auslegung des Verhaltens des Betroffenen nach dem Vertrauensprinzip unter Berücksichtigung von Handelsbrauch und Verkehrssitte» (p. 293). Sur le principe de la confiance, cf. p.ex. BUCHER, p. 23 s.; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 37 ss n° 185 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 37 ss n° 187 ss; MERZ, art. 2 CC n° 124 ss; ZELLER, Treu und Glauben, p. 86 s. et 274.

A notre avis, il faut présumer, dans l'hypothèse de la syndication directe, que l'emprunteur autorise implicitement la banque dirigeante à révéler aux banques participantes les faits qu'elle est tenue de communiquer conformément à son devoir précontractuel d'information⁶⁰⁹. Il est en effet admis qu'une banque est relevée de son devoir de discrétion, lorsque la loi lui impose une obligation d'information envers des tiers⁶¹⁰.

On trouve notamment ce principe dans le droit du **cautionnement**⁶¹¹. Le créancier – souvent une banque – doit ainsi informer la caution lorsque le débiteur est en retard dans ses paiements ou lorsque celui-ci est déclaré en faillite ou demande un concordat (art. 505 al. 1 et 2 CO)⁶¹²; en cas de poursuite à son encontre, la caution a en plus le droit d'obtenir du créancier des renseignements sur le compte et les avoirs personnels du débiteur⁶¹³. *La banque ne peut pas invoquer le secret bancaire pour refuser de communiquer à la caution les informations auxquelles celle-ci a droit.*

La situation des banques participantes présente plusieurs **aspects communs** avec celle de la caution:

- Les devoirs de diligence et d'avis du créancier, comme le devoir d'information du chef de file, sont fondés sur le principe de la *bonne foi*⁶¹⁴.
- Le but des dispositions précitées est de tenir la caution informée et lui permettre de prendre des décisions *en toute connaissance* de cause⁶¹⁵, au besoin de prendre les dispositions nécessaires à la sauvegarde de ses droits. L'obligation d'information du chef de file répond à un objectif similaire.

⁶⁰⁹ AUBERT/KERNEN/SCHOENLE (p. 46) semblent limiter ce droit aux cas de «tromperie intentionnelle» ou de «dol par omission».

⁶¹⁰ A ce sujet, cf. *ibidem* (avec d'autres références). Eg. les exemples cités par SCHOENLE, in Bankgeheimnis und Bankauskunft, p. 294 ss (informations en matière de paiements par chèques, transferts internationaux et renseignements financiers). Les principes appliqués en relation avec la communication de renseignements financiers ne sont pas sans rappeler ceux retenus pour le devoir d'information (ég. *supra* n. 555): Il est en effet admis que les banques ont l'autorisation implicite de leurs clients de communiquer à des tiers des renseignements financiers les concernant; les clients peuvent toutefois faire savoir à leurs banques qu'ils ne consentent pas à la communication de tels renseignements (SCHOENLE, in Bankgeheimnis und Bankauskunft, p. 296).

⁶¹¹ En général, cf. AUBERT/KERNEN/SCHOENLE, p. 261.

⁶¹² Sur cette disposition, cf. GIOVANOLI/SCHAETZLE, art. 505 CO n° 1 ss; SCYBOZ, p. 95.

⁶¹³ AUBERT/KERNEN/SCHOENLE, p. 260.

⁶¹⁴ TERCIER, Partie spéciale, p. 497 n° 3853.

⁶¹⁵ Certaines dispositions du droit de la caution offrent une protection spéciale à la caution lorsque celle-ci prend sa décision sur des éléments de fait erronés: L'art. 497 al. 3 CO prévoit que «[s]i le créancier savait ou pouvait savoir que la caution s'est engagée en supposant que la même créance serait garantie par d'autres cautions, la caution est libérée si cette supposition ne se vérifie pas»; de même, la caution peut, dans certaines circonstances, révoquer sa garantie, lorsqu'elle découvre après son engagement que la situation financière du débiteur est «notablement plus mauvaise qu'elle l'avait admis de bonne foi» (art. 510 al. 1 CO). A noter que la bonne foi à laquelle cette disposition fait référence est celle de l'art. 3 CC.

- 821 Il en résulte que **le chef de file a le droit de révéler aux banques participantes les faits nécessaires au respect de son devoir d'information** (n° 751 ss). Ce devoir fixe les limites de son droit: Il viole son obligation de discrétion et engage sa responsabilité lorsqu'il communique aux membres du syndicat des renseignements qui ne sont pas nécessaires à l'accomplissement de son devoir précontractuel.
- 822 La présomption est ici en faveur des membres du syndicat (cpr n° 854); elle peut toutefois être renversée, en particulier lorsque l'emprunteur interdit expressément au chef de file de révéler certains faits aux banques participantes. Dans ce cas, on doit se demander si la banque dirigeante ne devrait pas simplement **renoncer à participer** à une telle opération, parce que contraire au principe de la bonne foi et aux règles énoncées par la Commission fédérale des banques en relation avec l'art. 3 al. 2 litt. c LB (n° 765 ss)⁶¹⁶.

III. Les particularités de la syndication indirecte

1. Le problème

- 823 Durant la période *antérieure à la constitution du syndicat*, la banque primaire est dans une double relation avec les banques participantes:
- 824 a) Comme pour la syndication directe, les banques sont d'abord liées entre elles par une **relation précontractuelle** (n° 729 ss). Elles doivent par conséquent respecter les devoirs que la bonne foi leur impose dans cette phase. Dans la mesure où les mêmes règles s'appliquent aux deux types de syndications, nous renvoyons ici à l'exposé sur la responsabilité précontractuelle du chef de file (n° 739 ss).
- 825 b) La formation du syndicat est aussi précédée d'une **vente** accompagnée d'une **cession de créances** (n° 500). Les dispositions régissant la responsabilité du cédant envers le cessionnaire s'ajoutent dès lors aux règles sur la responsabilité précontractuelle. Notre analyse est centrée sur ce nouveau groupe de dispositions, et plus particulièrement sur les art. 171 à 173 CO qui traitent de l'étendue de la garantie que le cédant donne au cessionnaire.

⁶¹⁶ Le chef de file serait en effet le «complice» de l'emprunteur violant son propre devoir précontractuel d'information. Ce comportement doit être qualifié ou bien d'illicite ou bien d'immoral, suivant que l'on considère la violation des règles de la bonne foi comme un acte illicite (art. 41 al. 1 CO) ou contraire aux mœurs (art. 41 al. 2 CO). A ce sujet, cf. les auteurs cités *supra* n. 529.

Le principal problème est dès lors de définir les rapports entre trois groupes 826
de règles: celles sur la *culpa in contrahendo*, la vente et la cession de créances.
En d'autres termes, il s'agit de déterminer si dans la syndication indirecte

les banques participantes peuvent invoquer les règles sur la responsabilité précontractuelle **concurrentement à celles régissant la garantie du vendeur-cédant**, afin d'obtenir la réparation du préjudice qu'elles auraient subi, par exemple à la suite de l'insolvabilité de l'emprunteur.

Ainsi, après avoir présenté les dispositions régissant la garantie du cédant (2), 827
nous étudierons les relations entre ces règles et celles sur la vente et la *culpa*
(3). Nous concluons par l'examen des règles applicables aux conflits qui
peuvent surgir entre l'obligation de la banque primaire d'informer les banques participantes et son obligation de discrétion envers l'emprunteur (4).

2. La garantie du cédant en général

Les banques participantes qui acquièrent une portion de la créance de la 828
banque primaire et qui, au moment du remboursement de la créance,
découvrent que l'emprunteur est insolvable, peuvent-elles en vertu des règles
sur la cession de créances réclamer à la banque primaire le remboursement
de leur quote-part?

La réponse est partiellement donnée par les deux premiers alinéas de 829
l'art. 171 CO qui prévoient que:

«1 Si la cession a lieu à titre onéreux, le cédant est garant de l'existence de la
créance au moment du transfert.

2 Il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé»⁶¹⁷.

En fait, ces deux phrases expriment une seule et même règle: Positivement, le 830
cédant ne répond envers le cessionnaire que de l'existence de la créance
(al. 1); négativement, le cédant ne répond en principe pas de la solvabilité du
débiteur (al. 2)⁶¹⁸. Le contrat peut toutefois prévoir un autre régime: Le
cessionnaire peut renoncer à la garantie de l'existence et le cédant garantir la
solvabilité du débiteur⁶¹⁹.

⁶¹⁷ Soit en allemand: «(Gewährleistung; im allgemeinen)

1. Bei der entgeltlichen Abtretung haftet der Abtretende für den Bestand der Forderung zur Zeit der Abtretung.

2. Für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners dagegen haftet der Abtretende nur dann, wenn er sich dazu verpflichtet hat».

⁶¹⁸ A ce sujet, cf. BECKER, art. 171 CO n° 1 ss; BUCHER, p. 570 ss; ENGEL, p. 597 s.; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 176 ss n° 2218 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 246 ss n° 2257 ss; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 242 s.

⁶¹⁹ P.ex. BUCHER, p. 570; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 177 n° 2222 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 247 n° 2261.

- 831 L'art. 173 al. 1 CO complète ce système en fixant les limites de la réclamation que le cessionnaire peut adresser au cédant: La garantie du cédant correspond à la contrevaletur reçue du cessionnaire, non à la valeur de la créance cédée⁶²⁰.

3. *Les relations entre la garantie du cédant et d'autres régimes de responsabilité*

A. *Les relations avec la garantie pour les défauts*

- 832 Il est généralement admis que les art. 171 et 173 CO font en réalité partie du droit de la vente⁶²¹. Ces dispositions sont des règles spéciales qui l'emportent sur les normes ordinaires régissant la garantie pour les défauts de la chose vendue (art. 197 ss CO)⁶²². Elles ne dérogent cependant que partiellement aux règles ordinaires. Et celles-ci continuent à s'appliquer dans la mesure où, d'une part, elles ne sont pas contraires aux principes énoncés par les art. 171 et 173 CO (n° 828 ss) et, d'autre part, ne sont pas incompatibles avec l'objet du contrat principal – la vente d'une créance⁶²³.
- 833 Par exemple, les règles sur la prescription de l'action en garantie s'appliquent aussi à la cession à titre onéreux et le cessionnaire doit intenter son action dans le délai d'un an à compter du transfert de la créance (art. 210 CO)⁶²⁴. En revanche, l'art. 201 CO qui impose un délai d'avis pour les défauts ne s'applique pas; comme le relève M. GIGER:

⁶²⁰ En général, cf. BUCHER, p. 573 s.; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 178 n° 2224 s.; GAUCH/SCHLUEP, p. 247 n° 2263. Eg. KELLER/LOERTSCHER (p. 119), qui relèvent qu'un concours entre l'art. 173 al. 1 CO et les règles générales sur la responsabilité contractuelle (art. 97 CO) doit être exclu, parce qu'il rendrait inefficace («obsolet») la limite posée à l'étendue de la réparation par le cédant.

⁶²¹ Et de la donation, suivant la nature juridique du rapport de base. En général, cf. von TUHR/ESCHER, p. 332; BUCHER, p. 522; KELLER/LOERTSCHER, p. 118. Voir cep. GIGER qui, après avoir opéré avec raison une distinction stricte entre la cession et le rapport juridique de base qui en est la cause (art. 187 CO n° 29 ss), conclut que «[d]ie in der Doktrin aufgestellte Behauptung, wonach sich die Gewährleistung des Verkäufers von der Forderungen nicht nach Art. 197 ff, sondern nach Art. 171 ff (Abtretung) richtet, ist unzutreffend, da sie auf fehlender Differenzierung zwischen Forderungskauf und Forderungsabtretung beruht» (Vorbemerkungen zu Art. 197–210 OR, n° 9). Il est à notre avis correct de différencier l'acte de disposition (la cession) et le contrat par lequel le cédant-vendeur s'engage à céder sa créance au cessionnaire-acheteur; il n'en demeure pas moins que les règles sur la garantie du cédant appartiennent d'un point de vue systématique à la partie spéciale du Code, bien qu'ayant été formellement intégrées au droit de la cession par le législateur.

⁶²² Cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 177 n° 2219; GAUCH/SCHLUEP, p. 246 s. n° 2257; et les références jurisprudentielles qu'ils citent. Eg. les auteurs cités à la note précédente.

⁶²³ Surtout CAVIN, in TDP VII/1,1 p. 14 s.

⁶²⁴ GIGER, Vorbemerkungen zu Art. 197–210 OR, n° 11. Sur cette disposition, cf. p.ex. TERCIER, Partie spéciale, p. 45 s. n° 333 ss. Rappelons en outre que la loi fixe un délai extraordinaire de dix ans lorsque le vendeur a «induit l'acheteur en erreur intentionnellement» (art. 210 al. 3 CO; cf. n° 840).

«[D]ie Vorschriften über die Sachgewährleistung [sind] primär auf körperliche Mängel zugeschnitten. Die Prüfung allfälliger Rechtsmängel bei der Abtretung von Rechten bietet erheblich mehr Schwierigkeiten als die Untersuchung eines Kaufgegenstands hinsichtlich körperlicher Mängel und ist nicht jedermann geläufig. Gestützt auf die Natur der Sache findet daher Art. 201 auf den Forforderungskauf *keine Anwendung*»⁶²⁵.

B. Les relations avec la responsabilité précontractuelle

Dans la mesure où la responsabilité précontractuelle est une responsabilité 834 de type *délictuel* (n° 692 ss) et les dispositions sur la garantie du cédant appartiennent au droit de la *vente* (n° 832 s.), on devrait en principe admettre une application concurrente de ces deux groupes de règles⁶²⁶.

Une telle pratique – si elle était appliquée sans réserves – viderait toutefois de 835 leur sens les règles légales limitant la garantie du cédant (n° 828 ss). Il s'agit donc de trouver un système qui tient compte des spécificités de la cession de créances, tout en sanctionnant un comportement contraire aux règles de la bonne foi de la part du cédant.

A notre avis, il est possible de préserver les particularités de ce régime en 836 distinguant entre le dommage qui résulte de l'insolvabilité du débiteur et celui qui résulte d'autres causes⁶²⁷:

1. Si la cause du dommage est l'insolvabilité du débiteur, on applique les 837 deux règles suivantes:

a. Le cédant ne répond du dommage causé au cessionnaire par l'insolvabi- 838 lité du débiteur que lorsqu'il a agi dolosivement au moment de la cession⁶²⁸.

⁶²⁵ GIGER, Vorbemerkungen zu Art. 197–210 OR, n° 11.

⁶²⁶ A ce sujet, cf. p.ex. TERCIER, *Partie spéciale*, p. 37 s. n° 272 ss (avec les références citées).

⁶²⁷ Le système que nous proposons suppose que la jurisprudence du Tribunal fédéral qui favorise le concours entre la garantie pour les défauts et les autres règles de responsabilité demeure inchangée. A ce sujet, cf. TERCIER, *Partie spéciale*, p. 37 s. n° 265 ss (art. 97, 24 al. 1 ch. 4 et 41 CO). Si cela devait changer, seule la première partie de notre solution devrait être retenue. Or, il faut relever qu'une application concurrente est de plus en plus contestée (TERCIER précité, avec d'autres références). Le Tribunal fédéral a lui-même rejeté le concours entre la garantie pour les défauts dans le contrat d'entreprise et les règles sur la responsabilité contractuelle. ATF 100/1974 II 32, JdT 1975 I 75; GAUCH, *Werkvertrag*, p. 444 n° 1688 (avec d'autres références).

⁶²⁸ Notons au passage que ce système rappelle le principe de l'art. 18 de la loi allemande sur les banques, qui exige que les établissements de crédit examinent spécialement la solvabilité de l'emprunteur, lorsqu'ils accordent un crédit d'une certaine importance (n° 804 s.). Tel est également le comportement que les banques doivent observer en Suisse, conformément à la pratique de la Commission fédérale des banques (n° 767 ss).

On retrouve une règle comparable dans un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris le 5 mai 1987 (DALLOZ 1989 [SC] p. 323). Il y est ainsi affirmé «qu'il appartient aussi aux banques participantes de tirer parti des informations qui sont en leur possession et d'utiliser les sources d'informations auxquelles elles ont elles-mêmes accès, en clair, de se montrer elles-mêmes vigilantes [...]. Elles ne pouvaient donc [reprocher à la banque primaire] quelque dol que ce soit ou une répétition constitutive d'une faute lourde». Commentaire de VASSEUR, *in* DALLOZ 1989 (SC) p. 323.

On applique ainsi *par analogie* les (autres) dispositions du droit de la vente qui, lorsque le vendeur est l'auteur d'un dol ou d'une fraude, «réactivent» les droits de l'acheteur ordinairement écartés par la loi ou une clause contractuelle⁶²⁹. Citons par exemple⁶³⁰:

- 839 – L'art. 199 CO qui prévoit la nullité des clauses supprimant ou limitant la garantie du vendeur, si celui-ci «a frauduleusement dissimulé à l'acheteur les défauts de la chose»⁶³¹ (voir ég. art. 192 al. 3 et 234 al. 1 CO: «dol»);
- 840 – L'art. 203 CO qui refuse au vendeur le droit de se prévaloir de l'avis tardif de l'acheteur, s'il «a induit l'acheteur en erreur intentionnellement»⁶³² (voir ég. art. 198 et 210 al. 3 CO).
- 841 Un concours entre la garantie du cédant et la responsabilité précontractuelle est ici exclu, parce qu'il viderait l'art. 171 al. 2 CO de son sens⁶³³.
- 842 b. Pour la même raison, le cédant ne répond qu'à «concurrence de la somme qu'il a reçue, en principal et intérêts»; on respecte ainsi les limites posées par l'art. 173 CO à l'étendue de la garantie (n° 831).

⁶²⁹ GAUCH/SCHLUEP (p. 247 n° 2261) semblent suggérer une application directe de l'art. 199 CO: «Für Bonität haftet [der Zedent] grundsätzlich nicht, sondern nur [...] wenn sich eine Haftung infolge arglistiger Verschweigung aus Art. 199 ergibt» (références omises; voir ég. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 177 n° 2223a). A notre avis, cette disposition ne peut s'appliquer que par analogie, puisqu'elle traite du cas spécial où un vendeur limite ou exclut *contractuellement* la garantie que la loi lui impose. L'art. 171 CO est en revanche une limite *légale* aux obligations qui résultent du droit de la vente. Notre solution s'inspire des principes généraux du respect des règles de la bonne foi et de l'exclusion du dol, tels qu'ils sont exprimés dans le droit de la vente. Voir n° 838 ss. Sur la relation entre la disposition générale sur le dol (art. 28 CO) et certaines dispositions du droit de la vente, cf. p.ex. OSER/SCHOENENBERGER, art. 234 CO n° 2 s. (qui distinguent le fait de taire un défaut – «absichtliches Verschweigen» – du dol proprement dit – «absichtliche Täuschung»). Eg. KELLER/LOERTSCHER, p. 118. La distinction proposée par ces auteurs exclut la «réactivation» de la garantie dans les situations où la dissimulation d'un défaut n'équivaut pas à un dol *stricto sensu*. A ce propos, cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, 115 s. n° 613 s.; GAUCH/SCHLUEP, p. 154 s. n° 648 ss. Relevons au passage que la loi sanctionne la dissimulation intentionnelle de faits dans des contextes différents de celui de la vente ou de l'entreprise (art. 370 al. 1 et 371 al. 2 CO): Les fondateurs d'une société anonyme répondent par exemple du dommage qu'ils causent en «concourant sciemment à ce que soient acceptées des souscriptions émanant de personnes insolubles» (art. 753 ch. 3 CO); la société est alors victime du dol de ses fondateurs lors d'une transaction avec des tiers. Sur cette disposition, cf. p.ex. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, p. 274 s. n° 951 ss; BUERGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, art. 753 s. CO n° 78.

⁶³⁰ Il s'agit en outre de déterminer, selon les circonstances, si une situation du type de celle décrite à l'art. 200 al. 2 CO où le vendeur affirme à l'acheteur que des défauts n'existent pas équivaut à un dol ou à une garantie au sens de l'art. 171 al. 2 CO (n° 828 ss). Sur l'art. 200 al. 2 CO en général, cf. GIGER, art. 200 CO n° 24 ss; CAVIN, in TDP VII/1, 1 p. 84 s.; OSER/SCHOENENBERGER, art. 200 CO n° 3 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 41 n° 302. Sur la notion de dol en général, cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 115 ss n° 608 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 153 ss n° 643 ss.

⁶³¹ A ce sujet, cf. p.ex. GIGER, art. 199 CO n° 1 ss; CAVIN, in TDP VII/1, 1 p. 86; OSER/SCHOENENBERGER, art. 199 CO n° 1 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 51 n° 385.

⁶³² Sur cette disposition, cf. p.ex. GIGER, art. 203 CO n° 1 ss; CAVIN, in TDP VII/1, 1 p. 95; OSER/SCHOENENBERGER, art. 203 CO n° 1 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 43 n° 309 s.

⁶³³ Cf. ég. KELLER/LOERTSCHER, cités *supra* n. 620.

2. Lorsque le dommage provient d'une cause **autre que l'insolvabilité** du débiteur, on admet un concours entre la responsabilité précontractuelle et la garantie du cédant. On suit ainsi la jurisprudence du Tribunal fédéral qui favorise une application concurrente des règles sur la garantie pour les défauts et des autres régimes de responsabilité⁶³⁴.

En d'autres termes, **le cessionnaire a le choix entre deux groupes de règles**:

- Il peut d'abord invoquer la *garantie pour les défauts* de la chose vendue. Il faut faire à ce propos trois remarques: 1°) La garantie a pour objet les qualités autres que la solvabilité du débiteur; 2°) les dispositions du droit de la vente s'appliquent dans les limites posées par les règles sur la cession de créances (n° 834 ss); 3°) ces dernières règles sont toutefois de droit dispositif, et les parties peuvent convenir d'un autre régime (n° 830).
- Si le cédant a en plus violé ses *devoirs précontractuels*, le cessionnaire peut, conformément aux principes régissant la *culpa in contrahendo*, exiger la réparation du préjudice qu'il a subi. Cette action peut être intentée concurrentement avec celle en garantie⁶³⁵: Le cédant peut tenter l'une des deux actions ou les deux actions; il n'y a toutefois pas cumul d'actions, l'exécution de l'une des obligations éteignant l'autre⁶³⁶.

Le système proposé concilie ainsi les objectifs poursuivis par les règles applicables à la *culpa in contrahendo*, la garantie pour les défauts et la garantie du cédant:

- a) Lorsqu'un concours entre la responsabilité précontractuelle et la garantie du cédant est permis (n° 843 ss), le cessionnaire peut invoquer à titre alternatif une violation *fautive* de ses droits précontractuels et être ainsi protégé contre des agissements du cédant qui seraient contraires aux règles de la bonne foi.
- b) Lorsque le concours est exclu (n° 841), le principe selon lequel le cessionnaire doit démontrer un *dol* du cédant permet de prendre en compte tant les règles du droit de la vente (n° 837 ss) que celles régissant la responsabilité précontractuelle, parce que ces dernières s'inspirent fortement des dispositions sur les vices du consentement (n° 660).
- c) En outre, le régime spécial applicable à l'*étendue de la garantie* du cédant est préservé, puisque le cédant ne peut être rendu responsable du préjudice causé par l'insolvabilité du débiteur que s'il s'y est engagé ou a agi de manière dolosive au moment de la cession (n° 830).

⁶³⁴ Voir cep. *supra* n. 627.

⁶³⁵ Cf. cep. KELLER/LOERTSCHER, cités *supra* n. 620.

⁶³⁶ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 66 n° 1560.

4. *L'obligation d'informer*

- 851 Pour l'essentiel, la banque primaire a envers les banques participantes un devoir **précontractuel** d'information semblable à celui du chef de file dans la syndication directe (n° 751 ss). Des règles similaires régissent en outre les éventuels conflits entre ce premier devoir et l'obligation de discrétion que la banque dirigeante doit à l'emprunteur (n° 811 ss). Il faut cependant distinguer le principe et l'étendue de la levée du secret bancaire:
- 852 **1. Quant au principe**, on peut reprendre la règle énoncée pour la syndication directe, sous une réserve toutefois:
- 853 a) *Comme le chef de file*, la banque primaire ne peut révéler aux banques participantes des faits normalement confidentiels que si et dans la mesure où elle doit le faire pour se conformer à son devoir d'information (n° 821).
- 854 b) Cependant, la *structure particulière* de la syndication indirecte doit être prise en compte: On ne peut accepter une **levée tacite** du secret bancaire que lorsque l'emprunteur connaît ou peut s'attendre à la syndication de sa dette envers la banque primaire (cf. n° 672 s.).
- 855 **2. L'étendue** de la levée du secret tient du principe, parce que le devoir d'information de la banque primaire peut être sensiblement modifié par les règles sur la garantie du cédant. Ainsi, la solution change suivant que l'obligation de discrétion concerne ou non la solvabilité de l'emprunteur:
- 856 a) La banque primaire peut révéler des faits *liés à la solvabilité* de l'emprunteur uniquement lorsque la dissimulation de ces faits constituerait un dol et engagerait ainsi sa garantie de banque cédante (n° 837 ss).
- 857 b) Le droit de la banque primaire de révéler des faits qui ne sont *pas liés à la solvabilité* de l'emprunteur est plus large, puisqu'il porte aussi sur les faits que la banque primaire est tenue de communiquer aux autres banques conformément aux règles générales applicables à la responsabilité précontractuelle (n° 843 ss).

Chapitre deuxième

Les obligations des banques gérantes dans l'exécution des contrats de prêt syndiqué

Les banques gérantes – l'agent et la banque primaire – ont des fonctions 858
similaires dans l'exécution du contrat de prêt syndiqué. On peut donc com-
mencer par présenter les obligations de l'agent dans la syndication directe
(§ 11), pour décrire ensuite les particularités de la gestion par la banque
primaire dans la syndication indirecte (§ 12).

§ 11 Dans la syndication directe

Après un bref rappel de l'état de fait (I), nous examinerons les régimes 859
juridiques applicables aux obligations de l'agent en temps ordinaire (II), puis
en cas de crise dans l'exécution du prêt par l'emprunteur (III).

I. Le rappel de l'état de fait

D'une manière générale, l'agent a pour fonction d'**administrer le prêt** 860
(n° 237). Il reçoit ce mandat en vertu d'une clause spéciale insérée dans le
contrat de prêt syndiqué. Il est choisi par l'emprunteur en collaboration avec
le chef de file, et est en principe ou bien le chef de file lui-même ou bien une
banque faisant partie d'un groupe de sociétés affiliées au chef de file⁶³⁷.
L'emprunteur rémunère l'agent pour ses tâches administratives («*adminis-*
tration» ou «*agency fee*»)⁶³⁸.

⁶³⁷ HINSCH/HORN, p. 178 s.

⁶³⁸ FRICK, p. 67 s.; BELLIS, Gestion, p. 206 s.; HINSCH/HORN, p. 189.

- 861 Un certain nombre d'obligations constituent la base des clauses régissant les devoirs de l'agent⁶³⁹. Au début des sections consacrées à la position de l'agent en temps ordinaire et en temps de crise, nous tenterons de dresser une liste des obligations que l'on rencontre le plus fréquemment. Il faut cependant souligner que **les obligations des banques gérantes dépendent avant tout du contrat** (n° 239); ces listes ne sont donc *pas exhaustives*: Les parties peuvent aménager ces devoirs à leur convenance ou en ajouter de nouveaux pour répondre aux besoins d'une situation particulière.

II. Le régime juridique en temps ordinaire

- 862 Nous commencerons par présenter le régime contractuel (1), pour qualifier ensuite la relation juridique qui lie l'agent aux autres parties au contrat de prêt syndiqué (2) et définir le régime de responsabilité applicable à cette relation (3).

1. Le régime contractuel [Voir Annexe 4]

- 863 L'agent exerce habituellement trois fonctions dans l'exécution ordinaire du contrat de prêt syndiqué⁶⁴⁰:
- 864 **1. Une fonction liée au(x) paiement(s).** Avant de faire le *premier* – parfois unique – *versement* à l'emprunteur, la banque gérante doit vérifier si les conditions posées par les membres du syndicat à l'exécution de leur obligation sont remplies («conditions precedent»)⁶⁴¹. En particulier, elle doit avoir reçu de l'emprunteur les documents décrits dans le contrat de prêt, par exemple les décisions prises par le conseil d'administration, les bilans de l'emprunteur ou les garanties fournies par des tiers (cf. ég. n° 871).

⁶³⁹ Cf. p.ex. FRICK, p. 64 ss; ELLAND-GOLDSMITH, p. 133 ss; BELLIS, *Gestion*, p. 204 ss; HINSCH/HORN, p. 181 ss; SEMKOW, p. 889 ss.

⁶⁴⁰ En général, cf. les auteurs cités à la note précédente. Ces devoirs sont souvent appelés devoirs «mécaniques» («*mechanical duties*»), parce qu'ils laissent très peu de place au pouvoir d'appréciation de la banque gérante. A ce sujet, cf. p.ex. SEMKOW, p. 889; FRICK, p. 64. Cpr *infra* n. 666.

⁶⁴¹ SEMKOW, p. 890. Ces conditions font partie d'un ensemble de dispositions contractuelles («*circumstantial provisions*») où l'on trouve aussi des clauses aux termes desquelles (a) l'emprunteur garantit l'existence de certaines circonstances liées au prêt («*representations and warranties*»), (b) l'emprunteur s'engage à accomplir («*affirmative covenants*») ou à s'abstenir de certaines actions («*negative covenants*»), (c) l'emprunteur est en demeure, entre autres circonstances, si les clauses décrites sous (a) et (b) ne sont pas respectées («*events of default*»). A ce sujet, cf. p.ex. PERGAM, *in* *Adaptation and renegotiation*, p. 285 ss; *idem*, *Eurocurrency*, p. 162 s.

Généralement, les banques posent aussi des conditions pour les *paiements subséquents* («evergreen conditions precedent») ⁶⁴². La banque gérante devra également vérifier l'accomplissement de ces conditions avant de procéder aux versements. 865

La banque gérante sert toujours d'intermédiaire pour les versements: Elle est d'abord informée par l'emprunteur qu'il entend obtenir un crédit d'un certain montant, en vertu du contrat de prêt. La banque notifie alors cette demande aux autres membres du syndicat, qui versent sur un compte ouvert par la banque gérante le montant requis au prorata de leurs parts dans le syndicat. Elle transfère ensuite à l'emprunteur le montant reçu ⁶⁴³. 866

Lorsque le taux d'intérêt est variable, la banque gérante doit en outre calculer celui-ci au moment du paiement, conformément à une formule contenue dans le contrat de prêt ⁶⁴⁴. 867

2. Une fonction liée au(x) remboursement(s). Les opérations liées au remboursement du prêt sont simplement les réciproques de celles accomplies en relation avec les versements faits à l'emprunteur: Quels que soient la forme et le moment des remboursements – faits volontairement ou à la suite d'une exécution forcée, à l'échéance ou de manière anticipée – la banque gérante doit immédiatement répartir le produit de l'exécution entre les membres du syndicat, au prorata de leurs parts ⁶⁴⁵. 868

3. Une fonction de transmission. La banque gérante est aussi le canal nécessaire par lequel les avis destinés aux différentes parties doivent passer ⁶⁴⁶. Le plus important est l'avis donné par l'emprunteur qu'il est ou va être en demeure dans le remboursement du prêt ou le paiement des intérêts («*event of default notice*»). 869

Pour préserver le caractère «*mécanique*» de la transmission de cet avis, le contrat prévoit souvent deux restrictions: D'une part, il définit précisément quand la banque gérante est censée avoir été notifiée ou avoir eu connaissance de la demeure de l'emprunteur et, d'autre part, il limite les actions que 870

⁶⁴² Voir les auteurs cités à la note précédente.

⁶⁴³ Il arrive souvent que, pour des raisons techniques, l'agent effectue un versement en faveur de l'emprunteur sans savoir si toutes les banques consortiales ont viré les fonds nécessaires sur son compte; inversement, l'agent peut rembourser aux banques un certain montant pour le compte de l'emprunteur sans savoir si celui-ci a effectivement viré un tel montant sur son compte. C'est pourquoi la plupart des contrats contiennent aujourd'hui des clauses de «*clawback*», qui permettent à l'agent de «se faire restituer la somme indûment payée avec des intérêts pour couvrir la période pendant laquelle elle était indisponible pour lui». ELLAND-GOLDSMITH, p. 133. Eg. SEMKOW, p. 890.

⁶⁴⁴ A ce sujet, cf. p.ex. JACQUEMONT, p. 41 ss; PERGAM, in *Adaptation and renegotiation*, p. 282 s.

⁶⁴⁵ Cf. *supra* n. 643.

⁶⁴⁶ BELLIS, *Gestion*, p. 205 s.; FRICK, p. 65.

la banque peut prendre pour sauvegarder les intérêts des membres jusqu'à la prise d'une décision par le syndicat (cf. n° 888 ss)⁶⁴⁷.

- 871 La banque gérante doit aussi communiquer aux membres du syndicat les informations et documents que l'emprunteur lui remet conformément au contrat ou suite à une requête de l'un des membres du syndicat (n° 864)⁶⁴⁸. Par ailleurs, la banque transmet à ceux-ci les propositions faites par l'emprunteur au syndicat, par exemple en vue de la modification du contrat de prêt.

2. La qualification

- 872 La plupart des auteurs qualifient l'agent ou bien d'**associé gérant** au sens du droit de la société simple ou bien de simple **mandataire des banques** participantes⁶⁴⁹. Cette qualification repose avant tout sur le texte de la clause définissant les droits et obligations de l'agent. En effet, le contrat stipule habituellement que:

«[Bank X] is hereby appointed the Agent hereunder and [Banks Y and Z] each is hereby appointed Co-Agent hereunder by each Bank, and each Bank hereby authorizes each Co-Agent and the Agent, as the case may be, to act hereunder and under the other instruments and agreements referred to herein as its agent hereunder and thereunder».

- 873 On ne saurait en principe mettre en doute une telle qualification lorsque l'on est en présence d'une clause contractuelle claire ou d'un syndicat formé par un nombre limité de banques («club deal» ou syndicat de place; n° 140 s.).
- 874 A notre avis, il existe cependant des situations, notamment dans le domaine des *euro-crédits syndiqués* (n° 139), où il devrait être possible de qualifier l'agent de **mandataire de l'emprunteur**. Un tel système permet en effet de résoudre un certain nombre de problèmes liés aux conflits d'intérêts que peut rencontrer l'agent dans l'accomplissement de ses fonctions (cf. n° 882 ss). En outre, cette qualification prend en compte deux éléments importants:
- 875 – d'une part, l'agent est *rémunéré par l'emprunteur* pour les tâches «mécaniques» qu'il accomplit⁶⁵⁰ et,

⁶⁴⁷ SEMKOW, p. 890 s.

⁶⁴⁸ Cf. les auteurs cités *supra* n. 641.

⁶⁴⁹ P.ex. FRANCIONI, p. 113 ss et 136 ss (associé gérant); HINSCH/HORN (p. 178 s.), qui relèvent que l'agent peut être ou bien un associé gérant ou bien un simple mandataire des banques, suivant le droit applicable. Mandataire des banques: DOHM, *in* SAS 56/1984 p. 15 s. n° 40 ss; BIERI, p. 219; BELLIS, *Gestion*, p. 206 s.; BLAISE/FOUCHARD, p. 193 ss.

⁶⁵⁰ Cf. cep. BELLIS (*Gestion*, p. 207): «La commission de représentation [...] ne constitue nullement une rémunération, mais le remboursement forfaitaire par l'emprunteur, en lieu et place des participants, des frais généraux (non spécifiques) d'administration engagés par le mandataire de gestion dans l'exercice de ses fonctions de mandataire des banques».

- d'autre part, l'agent n'a en temps ordinaire qu'un *nombre limité de devoirs* 876
qui profitent tant à l'emprunteur qu'aux membres du syndicat (n° 870).

Dans la suite de notre étude, nous considérerons donc l'*alternative* sui- 877
vante:

**en temps ordinaire, l'agent est, cumulativement, le mandataire de l'em-
prunteur et le promettant d'une stipulation pour autrui en faveur des
membres du syndicat**⁶⁵¹.

Notre solution correspond aux intentions des parties au contrat de prêt 878
syndiqué. Elle respecte d'abord le principe du «*crédit net*» («*net lending
concept*»), qui consiste à éviter aux membres du syndicat tous frais qui
pourraient réduire leur marge bénéficiaire⁶⁵². La qualification que nous
proposons est en outre conforme à une règle plus élémentaire: **Le mandant
est celui qui paye le mandataire.**

Nous n'ignorons cependant pas que les banques participantes profitent éga- 879
lement de l'exécution du mandat donné à l'agent. C'est pourquoi il faut
considérer les membres du syndicat comme les bénéficiaires d'une stipula-
tion pour autrui⁶⁵³; celle-ci est:

- *parfaite*, parce que les membres du syndicat sont aussi les créanciers de la 880
banque gérante, conformément au contrat de prêt syndiqué et dans les
limites fixées par celui-là⁶⁵⁴;
- *irrévocable*, parce que les banques qui adhèrent au contrat manifestent 881
leur volonté d'user des droits résultant de la stipulation⁶⁵⁵.

⁶⁵¹ Tel est également le régime pour les emprunts par obligations faits sur l'eumarché lorsque les parties choisissent la structure du «fiscal agent»; à ce sujet, cf. les références *infra* n. 658. *Contra*: BELLIS (Gestion, p. 207), qui suggère même d'insérer dans le contrat de prêt syndiqué une clause stipulant que «l'agent, dans l'exécution de ses fonctions, agira uniquement en qualité d'agent des banques et n'assumera, ni ne pourra être considéré comme ayant assumé, du fait de sa qualité d'agent des engagements particuliers vis-à-vis de l'emprunteur». Eg. BLAISE/FOUCHARD, p. 195 n° 64; HINSCH/HORN, p. 189 (avec les références citées n. 52). Ces auteurs se contentent toutefois d'affirmer leur proposition sans avancer un quelconque argument pour soutenir leur thèse. BELLIS (Gestion, p. 207) rejette en outre tout argument lié à la procédure de remplacement de l'agent suivant laquelle un nouvel agent ne peut être accepté qu'avec le consentement de l'emprunteur (cf. Annexe 4). Voir ég. la citation *infra* n. 663. Relevons enfin qu'en cas d'exclusion de cette structure (n° 872 s.), les principes définis en relation avec la situation de l'agent en temps de crise s'appliquent *mutatis mutandis* (cf. n° 888 ss).

⁶⁵² Sur ce principe, cf. HINSCH/HORN, p. 83 et 189; PERGAM, *in* Adaptation and renegotiation, p. 274 s.

⁶⁵³ En général, cf. BECKER, art. 112 CO n° 1 ss; BUCHER, p. 473 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 232 ss n° 2562 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 300 ss n° 2533 ss.

⁶⁵⁴ A ce sujet, cf. BECKER, art. 112 CO n° 25 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 236 ss n° 2581 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 303 ss n° 2556 ss; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 155 s.

⁶⁵⁵ A ce sujet, cf. BECKER, art. 112 CO n° 32 ss; BUCHER, p. 479; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 238 n° 2591; GAUCH/SCHLUEP, p. 304 s. n° 2567; VON TUHR/ESCHER, p. 248; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 156.

- 882 Cette structure permet enfin d'atteindre un objectif recherché à la fois par l'agent et les autres membres du syndicat: limiter les pouvoirs et la responsabilité contractuelle des banques gérantes⁶⁵⁶. **L'agent est ainsi un associé comme les autres**; en particulier, il n'a pas un devoir spécial de diligence envers les autres membres du syndicat⁶⁵⁷. Ce système est aussi dans la ligne suivie dans l'euromarché et le marché américain des obligations, où l'on tend à assimiler l'agent à un simple détenteur de part («*stakeholder*»)⁶⁵⁸.

3. Les obligations et la responsabilité de l'agent

- 883 En sa qualité de **mandataire de l'emprunteur** (cep. n° 879 ss), l'agent est «responsable envers [son] mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat» (art. 398 al. 2 CO). Il est ainsi débiteur des mêmes obligations de diligence et de fidélité – et répond de leur violation de la même façon – que le chef de file dans la formation du syndicat (n° 567 ss).
- 884 L'agent doit en particulier garder secrets les faits dont il a connaissance de par sa position, à moins que l'emprunteur n'ait expressément ou tacitement renoncé à la protection du secret bancaire (n° 813 ss).
- 885 L'emprunteur renonce à cette protection *uniquement pour* permettre à l'agent de respecter ses devoirs de gestion (n° 863 ss). Cet objectif est la limite que la banque gérante doit observer dans ses rapports avec les autres membres du syndicat:

Elle ne peut communiquer aux banques participantes des faits confidentiels concernant l'emprunteur **que si et dans la mesure où ceux-ci sont directement ou implicitement liés aux droits qui appartiennent aux banques consortiales, en tant que bénéficiaires de la stipulation pour autrui passée entre l'agent et l'emprunteur** (n° 879 ss).

- 886 Cette règle s'applique notamment lorsqu'il s'agit de déterminer quand l'agent est censé avoir connaissance de la demeure de l'emprunteur et communiquer cette information aux autres banques (n° 869 s.). *Il s'agit dès lors*

⁶⁵⁶ P.ex. BELLIS (Gestion, p. 211): «[L]a responsabilité du mandataire s'appréciera très logiquement en fonction du degré d'initiative qui lui est laissée». Voir ég. *idem*, p. 207 ss.

⁶⁵⁷ Il faut ajouter à cela l'obligation de diligence accrue imposée aux banques consortiales par l'art. 3 al. 2 litt. c LB (n° 766 ss). La combinaison de cette obligation avec un mandat limité de l'emprunteur permet, selon nous, de réduire l'étendue de la responsabilité de l'agent en droit suisse. Notons enfin qu'il est probablement plus facile de restreindre les obligations de l'agent envers l'emprunteur que d'essayer d'aménager les relations complexes de l'agent avec les autres banques consortiales.

⁶⁵⁸ Pour une revue des récentes décisions dans ce domaine, cf. SKLAR. Sur la distinction entre «fiscal agent» (mandataire de l'emprunteur) et «trustee» (mandataire des détenteurs d'obligations), et le choix de l'un ou l'autre pour les emprunts faits sur l'euromarché, cf. PERGAM, in *Adaptation and renegotiation*, p. 335 ss; *idem*, in *Prospects for international lending and reschedulings*, p. 21–58 ss.

d'être particulièrement attentif à la rédaction des clauses définissant les tâches de l'agent: Si les devoirs de l'agent sont étendus ou si leur description est vague, l'agent aura une certaine discrétion dans le choix des renseignements qu'il peut révéler⁶⁵⁹.

Toutes les parties au contrat – l'emprunteur, l'agent et les banques participantes – règlent ainsi l'étendue des obligations de la banque gérante; en particulier, elles résolvent d'un commun accord les éventuels conflits entre les obligations de l'agent envers chacune des autres parties. 887

III. Le régime juridique en temps de crise

Il s'agit d'abord de décrire le régime contractuel (1), puis de déterminer la nature juridique de la relation qui lie l'agent aux autres parties au contrat de prêt syndiqué (2), pour pouvoir examiner l'étendue de ses pouvoirs (3) et le régime de sa responsabilité (4). 888

1. Le régime contractuel

[Voir Annexe 4]

Généralement, le contrat prévoit des mécanismes relativement simples en cas de «crise» dans l'exécution du prêt, c'est-à-dire 889

lorsque l'agent est formellement informé ou par l'emprunteur ou par l'une des banques participantes: (a) que l'emprunteur est ou sera en demeure dans le remboursement du capital et/ou le paiement des intérêts, ou (b) qu'il se trouve dans une autre situation contractuellement définie comme un cas de demeure.

1. La notification. L'agent n'a «techniquement» connaissance de la demeure de l'emprunteur qu'à partir du moment où il en est avisé suivant le mode et la forme prévus par le contrat (n° 869 s. et 889)⁶⁶⁰. A ce propos, il faut faire deux observations: 890

⁶⁵⁹ A ce propos, on peut s'inspirer des remarques faites lors du Colloque de Dijon (p. 270 s.). En particulier, BLAISE (p. 271): «[C]ertains [contrats] donnent à l'agent une sorte de rôle général d'observateur de la situation économique de l'emprunteur, et effectivement dans ce cas-là, je ne vois pas comment il peut se retrancher derrière le secret professionnel». Sur ces clauses en général, cf. BLAISE/FOUCHARD, p. 198 s. De telles clauses sont toutefois rares; SEMKOW, p. 890. Le corrélatif de l'agent comme mandataire de l'emprunteur est que les banques consortiales doivent procéder elles-mêmes à une analyse continue de la situation financière de l'emprunteur, au besoin en requérant des informations par l'intermédiaire de l'agent.

- 891 a) Selon le contrat, l'agent n'a en principe pas pour fonction de «surveiller»
l'emprunteur («*monitoring*») et de tenir les autres banques informées de
l'évolution de sa situation financière⁶⁶¹.
- 892 b) En outre, l'agent n'est *pas tenu d'informer* les autres banques de la
demeure de l'emprunteur lorsqu'il apprend ce fait d'une manière autre
que celle décrite par le contrat.
- 893 La notification joue donc un rôle particulièrement important pour détermi-
ner à quel moment la banque gérante doit commencer à agir.
- 894 **2. La règle: agir sur instructions.** Une fois avisé de la demeure de l'emprun-
teur, l'agent doit informer les autres banques de cet événement⁶⁶². Dans sa
communication, l'agent requiert les instructions des membres du syndicat; il
peut accompagner sa requête d'une ou plusieurs propositions sur lesquelles
les banques consortiales sont invitées à se déterminer⁶⁶³.
- 895 L'agent doit alors suivre les instructions qu'il reçoit de la *majorité* des ban-
ques⁶⁶⁴, qui peut être:
- 896 a) une majorité *simple*, plus de 50% de la somme totale du prêt au moment
où la décision est prise; ou
- 897 b) une majorité *qualifiée*, généralement 66⅔ % de la somme totale du prêt au
moment où la décision est prise; ou
- 898 c) une *combinaison* de ces deux majorités, le pourcentage dépendant de la
décision à prendre.
- 899 En principe, le contrat prévoit que l'agent ne peut être tenu responsable du
dommage causé par la mauvaise exécution ou l'inexécution des instructions
des banques qu'en cas de faute grave ou intentionnelle de sa part ou de l'un de
ses auxiliaires⁶⁶⁵.
- 900 **3. Les mesures conservatoires.** Entre le moment où elle notifie les membres
du syndicat de la demeure de l'emprunteur et celui où elle reçoit les instruc-
tions des banques, la banque gérante a le droit de prendre des mesures afin de

⁶⁶⁰ SEMKOW, p. 890 s.

⁶⁶¹ Cf. cep. *supra* n. 659.

⁶⁶² Cf. les références citées à la note suivante.

⁶⁶³ BELLIS (Gestion, p. 205 s. et 208): «Dès qu'une difficulté survient dans le bon fonctionnement du crédit, [l'agent] intervient pour s'enquérir de manière approfondie des causes du problème. Il met au point, avec l'emprunteur, les solutions. Une fois sa religion faite, il présente celle-ci aux participants avec ses recommandations». Eg. FRICK, p. 66; HORN, *in* WM 22/1984 p. 718.

⁶⁶⁴ Sur les droits des banques majoritaires, cf. BLAISE/FOUCHARD, p. 203 ss n° 80 ss; BELLIS, Gestion, p. 218 ss; HINSCH/HORN, p. 162 ss; ELLAND-GOLDSMITH, p. 144; FRANCONI, p. 128 ss.

⁶⁶⁵ Pour une étude de droit comparé, cf. BLAISE/FOUCHARD, p. 200 ss n° 74 ss; BELLIS, Gestion, p. 211 s.

préserver les intérêts des banques consortiales⁶⁶⁶. Ce droit existe jusqu'à la fin du prêt syndiqué, pour autant que l'agent conserve sa position. L'agent est également protégé par la clause générale limitant sa responsabilité aux fautes graves et intentionnelles (n° 899).

4. Les frais de l'agent. En relation avec les dépenses que l'agent encourt dans l'exécution de sa tâche, le contrat de prêt syndiqué prévoit généralement que: 901

- d'une part, l'*emprunteur* doit rembourser aux membres du syndicat (et à l'agent en particulier) les frais et coûts supplémentaires qu'ils supportent à la suite de la demeure de l'emprunteur; et 902
- d'autre part, les membres du *syndicat* doivent rembourser à l'agent les frais qui n'ont pas été pris en charge par l'emprunteur, par exemple à cause de sa faillite. 903

2. La qualification

En cas de crise (n° 889), la position de l'agent comme membre de la société simple formée par les banques consortiales prévaut: Il devient alors un **associé gérant au sens de l'art. 535 al. 1 CO** (cpr n° 874 ss)⁶⁶⁷. L'agent est en effet l'associé le mieux placé pour coordonner les mesures à prendre par le syndicat à la suite de la demeure de l'emprunteur. 904

Lorsque le contrat ne prévoit pas expressément cette fonction de coordination, celle-ci est *implicite*: Elle découle des dispositions contractuelles qui donnent à l'agent l'autorisation de servir d'intermédiaire entre les différentes parties au prêt syndiqué (n° 863 ss). Les banques participantes ont en effet besoin de quelqu'un qui coordonne les actions du syndicat, et l'agent semble tout indiqué pour cette fonction. Lorsque le contrat est muet à ce sujet, l'agent a donc le *devoir d'offrir ses services* aux banques consortiales et d'accepter sa nomination⁶⁶⁸. 905

⁶⁶⁶ P.ex. SEMKOW, p. 890 s. Parce que l'agent a une certaine discrétion dans l'exécution de ces obligations, celles-ci sont appelées en anglais «*judgmental duties*». FRICK, p. 64. Cpr *supra* n. 640.

⁶⁶⁷ Cf. ég. les auteurs cités *supra* n. 649. Sur l'associé gérant en général, cf. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 190 s. n° 42 ss; SIEGWART, art. 535 CO n° 17 ss; VON STEIGER, in SPR VIII/1 p. 397 ss; PATRY, Vol. I, p. 218 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 548 s. n° 4251 ss; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 568 s.

⁶⁶⁸ HORN (in WM 22/1984 p. 713, 718) étend cette obligation au chef de file, lorsque celui-ci est différent de l'agent. Ce devoir est fondé sur le fait que le chef de file coordonne l'action des banques dans la phase préparatoire du prêt syndiqué et établit ainsi une relation spéciale avec les autres banques; conformément au principe du droit des sociétés qui veut que chaque associé contribue à la réalisation du but commun, le chef de file doit également participer à une éventuelle restructuration du crédit. *Idem*, p. 718 s.

- 906 Le choix des régimes juridiques applicables au **remboursement des frais de l'agent** par l'emprunteur et les banques consortiales est lié à cette première qualification:
- 907 – Les contrats de prêt syndiqué posent comme principe que l'emprunteur doit réparer le préjudice subi par ses créanciers à la suite de sa *demeure* (n° 889 et 902). Ces clauses reprennent, en les adaptant aux prêts syndiqués, les règles légales régissant la demeure du débiteur, spécialement sa responsabilité pour le dommage résultant de son retard (art. 103 et 106 CO)⁶⁶⁹.
- 908 – La répartition entre les banques consortiales des frais que l'emprunteur n'a pas assumés est simplement un cas d'application de l'*art. 537 al. 1 CO*, selon lequel les membres d'une société simple sont tenus l'un envers l'autre des dépenses faites «pour les affaires de la société» (n° 903)⁶⁷⁰; un régime semblable est prévu pour les pertes subies en relation avec la gestion de la société⁶⁷¹.

3. Les pouvoirs de l'agent

- 909 Les pouvoirs de l'agent changent suivant qu'il y a ou non «*péril en la demeure*» (art. 535 al. 3 CO phr. 2), c'est-à-dire lorsqu'une inaction de l'agent pourrait causer un dommage grave et irréparable aux banques consortiales.

A. En l'absence d'urgence

- 910 Il faut distinguer entre les actes d'administration (a) et les décisions du syndicat (b).

a. Les actes d'administration

- 911 L'agent peut accomplir tous les «actes [d'administration] qui entrent dans les **opérations ordinaires de la société** et qui sont nécessaires pour atteindre le

⁶⁶⁹ Sur ces dispositions, cf. BUCHER, p. 360 ss; ENGEL, p. 467 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 94 n° 1729 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 139 n° 1760 ss; VON TUHR/ESCHER, p. 143 ss.

⁶⁷⁰ A ce sujet, cf. SIEGWART, art. 537 CO n° 1 ss; PATRY, Vol. I, p. 227; VON STEIGER, *in* SPR VIII/1 p. 465; TERCIER, *Partie spéciale*, p. 548 n° 4257.

⁶⁷¹ Cf. les auteurs cités à la note précédente.

but commun»⁶⁷². Il peut ainsi gérer tant les affaires internes que les affaires externes du syndicat:

1. La gestion interne. La première tâche de l'agent est d'organiser les relations entre les membres du syndicat. Il est ainsi chargé de répartir entre les banques consortiales les revenus et dépenses et de coordonner la vie sociale du syndicat; il doit par exemple arranger des réunions durant lesquelles les banques prennent les décisions nécessaires au fonctionnement du syndicat⁶⁷³.

L'agent peut agir librement dans les limites posées par le contrat de syndicat: Les **banques consortiales** qui ne participent pas à la gestion ne peuvent opposer un *veto* administratif à ses actions (art. 535 al. 2 CO phr. 2 *a contrario*: «[C]hacun des autres associés *gérants* peut néanmoins s'opposer à l'opération avant qu'elle soit consommée»)⁶⁷⁴. Les membres du syndicat peuvent toutefois intenter une action en responsabilité contre l'agent, si celui-ci ne fait pas preuve de la «diligence requise» (cf. art. 538 CO; n° 941 ss).

Lorsque des **co-agents** ont été nommés en plus de l'agent principal, il faut distinguer deux situations:

- Si les co-agents *participent* effectivement à la gestion, ils peuvent invoquer leur droit de *veto* et interdire à l'agent de procéder à une opération qui entre dans la gestion ordinaire du syndicat (n° 913); la décision appartient alors ou bien au syndicat dans son ensemble, qui doit trancher conformément au système prévu par le contrat de société, ou bien à un autre organe désigné conventionnellement.
- Si les co-agents *ne participent pas* à la gestion, ils sont dans une situation semblable à celle des autres membres du syndicat: Ils ne peuvent s'opposer aux actes d'administration ordinaire de l'agent (n° 913).

2. La gestion externe. L'art. 543 CO, qui traite des rapports des associés avec les tiers, rappelle pour l'essentiel les règles ordinaires sur la représentation

⁶⁷² TERCIER, Partie spéciale, p. 546 n° 4240. Eg. SIEGWART, art. 535 CO n° 1; VON STEIGER, *in* SPR VIII/1 p. 391 et 397; PATRY, Vol. I, p. 215 s. Pour des critères de distinction entre opérations ordinaires et extraordinaires, cf. p.ex. FRANCIONI (p. 116 ss) qui suggère de considérer avant tout l'importance de l'opération, à apprécier selon (a) le type et la grandeur de la société, (b) le contenu du contrat de société (y compris le but), (c) l'opération en tant que telle (concrètement) et (d) le type d'opération (abstraitement). Eg. VON STEIGER, *in* SPR VIII/1 p. 393 s.

⁶⁷³ Ces «réunions» ne supposent pas une présence physique des membres du syndicat ou de leurs représentants. Certaines décisions peuvent par exemple être prises par échange de télex ou lors de conférences téléphoniques; l'agent doit alors organiser le vote des banques consortiales.

⁶⁷⁴ Sur cette disposition, cf. SIEGWART, art. 535 CO n° 10 s.; VON STEIGER, *in* SPR VIII/1 p. 403 s.; PATRY, Vol. I, p. 218; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 191 n° 44; TERCIER, Partie spéciale, p. 547 n° 4243 ss; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 568.

(art. 32 ss CO; art. 543 al. 2 CO *in fine*: «en conformité avec les règles relatives à la représentation»)⁶⁷⁵. L'agent engage donc les autres membres du syndicat lorsqu'il agit au nom du syndicat et en vertu de pouvoirs⁶⁷⁶. Il faut faire à ce propos deux remarques:

- 918 a. Lorsque l'agent ne manifeste pas – expressément ou tacitement – agir **au nom du syndicat**, il est réputé agir en son nom personnel et être par conséquent «seul créancier ou débiteur» du tiers; le syndicat ne deviendra créancier ou débiteur que s'il y a cession de créance ou reprise de dette (voir art. 532 et 537 al. 1 CO)⁶⁷⁷. On applique ici les règles sur la représentation indirecte (art. 32 al. 3 CO)⁶⁷⁸.
- 919 b. Les **pouvoirs** de l'agent sont définis implicitement par le contrat de prêt syndiqué (ég. n° 913): L'agent représente les membres du syndicat dans les opérations ordinaires nécessaires pour atteindre le but social (n° 911) et les opérations extraordinaires pour lesquelles il a reçu des pouvoirs spéciaux ou pour lesquelles la convention prévoit le remboursement des dépenses qu'il encourt (n° 901 ss); tel est le cas lorsque l'agent engage un conseil juridique ou d'autres experts afin de préparer la documentation nécessaire à la restructuration du crédit ou introduire une action contre l'emprunteur⁶⁷⁹.

b. Les décisions

- 920 Les décisions concernent les «actes juridiques **excédant les opérations ordinaires de la société**» (art. 535 al. 3 CO phr. 1; cpr n° 911). Un examen du régime des décisions du syndicat sortirait du cadre de notre étude (n° 21 ss). Nous renvoyons donc pour l'essentiel aux ouvrages sur le droit des sociétés et ne traitons ici que de l'agent dans sa fonction d'exécutant des décisions du syndicat⁶⁸⁰.

⁶⁷⁵ SIEGWART, art. 543 CO n° 1 ss; VON STEIGER, *in* SPR VIII/1 p. 430 ss; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 192 s. n° 51 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 549 ss n° 4265 ss; PATRY, Vol. I, p. 244 ss. Pour un cas d'application, cf. RVJ 1989 p. 185 (résumé par TERCIER P./STOFFEL W., *in* RSDA 62/1990 p. 299 n° 71).

⁶⁷⁶ Sur les conditions de la représentation en général, cf. ZAech, art. 32 CO n° 1 ss; BUCHER, p. 594 ss; ENGEL, p. 259 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 176 ss n° 941 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 239 ss n° 957 ss.

⁶⁷⁷ SIEGWART, art. 543 CO n° 6; VON STEIGER, *in* SPR VIII/1 p. 437 s.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 193 n° 53; PATRY, Vol. I, p. 252 s.; TERCIER, Partie spéciale, p. 549 s. n° 4267; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 143.

⁶⁷⁸ Sur cette disposition, cf. ZAech, art. 32 CO n° 165 ss; BUCHER, p. 597 s.; ENGEL, p. 163 et 277 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 196 s. n° 1060 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 258 s. 1057 ss.

⁶⁷⁹ Ces pouvoirs doivent permettre à l'agent de respecter son devoir de coordination dans la restructuration du prêt. A ce sujet, cf. p.ex. HORN, *in* WM 22/1984 p. 718; *idem*, *in* International Business Lawyer, octobre 1984 p. 405.

⁶⁸⁰ Cf. les auteurs cités *supra* n. 672.

On doit déterminer de cas en cas si un acte juridique constitue un acte d'administration ou une décision. On peut toutefois poser comme critère que «**tous les associés doivent participer aux décisions les touchant directement**»⁶⁸¹. L'agent doit alors se contenter d'exécuter les décisions prises par la société; il ne peut agir de son propre chef (cpr n° 913 ss).

Sauf disposition contraire dans le contrat de syndicat, l'agent doit par *exemple* obtenir l'autorisation des banques pour⁶⁸²:

- déclarer l'emprunteur en demeure et engager des poursuites à son encontre, ou
- modifier les conditions du prêt, comme réduire le montant de la dette ou reporter une échéance de paiement.

Si l'agent prend de tels engagements sans l'accord des membres du syndicat ou, au moins, d'un nombre de banques suffisant pour prendre une telle décision (n° 895 ss), il agit sans pouvoirs et les banques ne sont pas liées envers les tiers qui connaissaient ou auraient dû connaître l'absence de pouvoirs (art. 3 al. 2 CC)⁶⁸³.

B. En cas d'urgence

Lorsqu'il y a «péril en la demeure» (n° 909), l'agent peut, pour sauvegarder les intérêts des banques consortiales, prendre des mesures⁶⁸⁴:

- a) à propos desquelles les autres associés gérants ne peuvent invoquer leur *veto* administratif (cpr n° 913 ss), et
- b) qui concernent des matières exigeant normalement une décision (cpr n° 920 ss).

Il s'agit avant tout de mesures conservatoires et provisoires destinées à préserver les droits des membres du syndicat jusqu'à ce que ceux-ci prennent une décision formelle. Citons par exemple le séquestre de biens appartenant

⁶⁸¹ TERCIER, Partie spéciale, p. 546 n° 4236. Pour d'autres critères de distinction, cf. *supra* n. 672.

⁶⁸² HORN, in *International Business Lawyer*, octobre 1984 p. 405; BELLIS, *Gestion*, p. 218 ss; HINSCH/HORN, p. 162 ss; ELLAND-GOLDSMITH, p. 144; BLAISE/FOUCHARD, p. 203 ss. A titre d'illustration, cf. *Crédit Français International S.A. c. Sociedad Financiera de Comercio S.A.*, 490 New York Supplement 670 (1985), où une banque consortiale tenta sans succès d'intenter une action contre l'emprunteur sans l'accord de la majorité des banques et sans passer par l'agent. Pour une série d'exposés sur la restructuration de prêts syndiqués accordés à des entités de droit public, cf. p.ex. *Columbia Journal of Transnational Law* 23/1984 p. 1 ss («*Sovereign Debt Restructuring*»); en particulier, MUDGE (p. 59); BOGDANOWICZ-BINDERT (p. 49); HURLOCK, (p. 29).

⁶⁸³ TERCIER, Partie spéciale, p. 550 s. n° 4274 s. (avec les références citées).

⁶⁸⁴ A ce sujet, cf. p.ex. SIEGWART, art. 535 CO n° 12; PATRY, Vol. I, p. 223 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 547 n° 4246.

à l'emprunteur, ou l'envoi de certains avis au nom du syndicat afin d'éviter une forclusion – typiquement, la notification d'un commandement de payer.

4. *Les obligations et la responsabilité de l'agent*

- 930 Nous présenterons d'abord les obligations de l'agent en vers les autres membres du syndicat (A), puis les principes qui régissent sa responsabilité (B).

A. *Les obligations*

- 931 La loi impose deux obligations principales à la banque gérante: une obligation de fidélité (a) et une obligation de diligence (b).

a. *L'obligation de fidélité*

- 932 En raison du rapport de confiance qui lie les membres de la société, l'agent doit s'abstenir de tout acte «qui pourrait empêcher la réalisation du but commun» (n° 410 ss)⁶⁸⁵. Il doit en particulier respecter la prohibition générale de **concurrence** imposée par l'art. 536 CO, qui prévoit qu'«aucun associé ne peut faire pour son compte personnel des affaires qui seraient contraires ou préjudiciables au but de la société»⁶⁸⁶.
- 933 L'agent doit aussi éviter toute action qui pourrait entrer en **conflit** avec les intérêts sociaux⁶⁸⁷. Un tel conflit peut par exemple survenir lorsque l'agent occupe une position similaire dans un autre syndicat de prêt ou participe à celui-ci et que leurs intérêts sont opposés. Il doit alors mettre fin à son mandat de gestion et engager la procédure nécessaire à son remplacement⁶⁸⁸; dans les cas extrêmes, il devra renoncer à certains droits sociaux ou même céder sa part à un tiers.
- 934 L'agent doit enfin garder **secrets** les faits qu'il apprend dans l'exercice de sa fonction; il ne peut révéler ceux-ci à des tiers que moyennant l'autorisation des autres membres du syndicat. Simultanément, il continue d'être le débiteur d'une obligation (postcontractuelle) de discrétion envers l'emprunteur

⁶⁸⁵ TERCIER, Partie spéciale, p. 544 n° 4223.

⁶⁸⁶ Soit en allemand: «Kein Gesellschafter darf zu seinem besonderen Vorteile Geschäfte betreiben, durch die der Zweck der Gesellschaft vereitelt oder beeinträchtigt würde». Sur cette disposition, cf. BECKER, art. 536 CO n° 1 ss; SIEGWART, art. 536 CO n° 1 ss; VON STEIGER, in SPR VIII/1 p. 503 ss; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 192 n° 50; TERCIER, Partie spéciale, p. 544 n° 4224.

⁶⁸⁷ Sur les conflits potentiels et leur résolution, cf. FRICK, p. 71 ss; BELLIS, Gestion, p. 213 ss.

⁶⁸⁸ A ce sujet, cf. p.ex. HINSCH/HORN, p. 190.

et ne peut révéler aux banques consortiales les faits dont il a eu connaissance lorsqu'il était le mandataire de ce dernier (n° 874 ss).

b. L'obligation de diligence

L'agent doit aussi se comporter «de manière à favoriser la réalisation du but social» (n° 410 ss)⁶⁸⁹. Selon le Code, l'étendue de la diligence de l'agent dépend de la **rémunération** qu'il reçoit pour sa gestion:

- S'il n'est pas rémunéré, sa diligence est mesurée par «les soins qu'il consacre habituellement à ses propres affaires» («*diligentia quam in suis*»; art. 538 al. 1 CO)⁶⁹⁰; il s'agit de déterminer *concrètement* si l'associé gérant a fait preuve d'une diligence semblable à celle qu'il voue à ses propres affaires⁶⁹¹.
- S'il est rémunéré, la diligence du gérant est celle d'un mandataire (art. 538 al. 3 CO); il s'agit de déterminer *abstraitement* la diligence dont aurait fait preuve un associé placé dans les mêmes circonstances (n° 570 ss)⁶⁹².

A ce propos, il faut faire deux remarques: 938

- a) Il convient de **distinguer le remboursement d'impenses (art. 537 al. 1 CO) du paiement d'honoraires (art. 537 al. 3 CO)**⁶⁹³. Pour cela, on peut s'inspirer des règles appliquées dans le droit du mandat (sp. art. 402 CO)⁶⁹⁴. L'agent a ainsi le droit d'obtenir le remboursement des «dépenses objectivement dictées par les circonstances (dépenses nécessaires et utiles), ainsi que celles qui correspondent à la volonté ou aux instructions [des membres du syndicat], même si elles sont somptuaires»⁶⁹⁵. Ce qui est

⁶⁸⁹ TERCIER, Partie spéciale, p. 544 n° 4225.

⁶⁹⁰ A ce sujet, cf. BECKER, art. 538 CO n° 1 ss; SIEGWART, art. 538 CO n° 1 ss; VON STEIGER, in SPR VIII/1 p. 405 s.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 191 n° 47; TERCIER, Partie spéciale, p. 544 s. n° 4226. Notons en outre qu'en droit américain, une diligence semblable est requise du mandataire par le Restatement (Second) of Agency § 379 (1958). Eg. SEMKOW, p. 886.

⁶⁹¹ A noter qu'un régime semblable est prévu par l'art. 332 al. 3 CC, aux termes duquel «le chef de famille veille à la conservation et à la sûreté [des effets des personnes vivant en ménage commun] avec la même diligence que s'il s'agissait des siens propres». Les art. 538 al. 1 CO et 332 al. 3 CC sont les seules dispositions de droit suisse instituant un tel régime. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 191 n° 47.

⁶⁹² A ce sujet, cf. BECKER, art. 538 CO n° 10; SIEGWART, art. 538 CO n° 13; VON STEIGER, in SPR VIII/1 p. 405 s.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 191 n° 47; TERCIER, Partie spéciale, p. 544 n° 4226. Rappelons ici que l'art. 398 al. 1 CO, qui traite de la responsabilité du mandataire, renvoie à son tour aux règles sur la responsabilité du travailleur (art. 321e CO). Sur la portée de ce renvoi, cf. DERENDINGER, p. 114 ss n° 259 ss.

⁶⁹³ Cf. p.ex. TERCIER, Partie spéciale, p. 548 n° 4256 ss.

⁶⁹⁴ Sur cette disposition, cf. GAUTSCHI, art. 402 CO n° 1 ss; OSER/SCHOENENBERGER, art. 402 CO n° 1 ss; HOFSTETTER, in SPR VII/2 p. 64 ss; TERCIER, Partie spéciale, p. 394 n° 3051 ss; GUHL/MERZ/KUMMER, p. 465.

⁶⁹⁵ TERCIER, Partie spéciale, p. 394 n° 3055. Sur la commission de l'agent en tant que montant forfaitaire en remboursement de frais généraux, cf. la citation de BELLIS, *supra* n. 650.

payé en dehors de ces limites doit en principe être considéré comme une rémunération. En matière de prêts syndiqués, le contrat prévoit habituellement que les banques consortiales rembourseront à l'agent les frais dus à sa gestion et qui ne sont pas pris en charge par l'emprunteur; le contrat ne stipule que très exceptionnellement le paiement d'honoraires par les membres du syndicat, en remplacement de l'emprunteur (cpr n° 860 et 874 ss)⁶⁹⁶. Il s'agit cependant de déterminer de cas en cas, d'une part, si certains de ces «frais» constituent en réalité une rémunération et, d'autre part, si les parties ont convenu, au moment de la syndication ou subséquemment, du paiement d'honoraires.

- 940 b) Le principe posé par le législateur est que **lorsqu'un associé est rémunéré pour sa gestion, sa responsabilité est aggravée**: La mesure de sa diligence est objective et ne tient pas compte de la personnalité du gérant. Il faut à notre avis exclure l'hypothèse opposée, c'est-à-dire le cas où l'agent non-rémunéré se verrait imposer une diligence supérieure à une diligence objective parce qu'il accorde un soin particulier à ses propres affaires. Une telle interprétation serait contraire à l'esprit et au système de la loi. Quoi qu'il en soit, la banque gérante est le plus souvent une banque de renom, particulièrement qualifiée pour cette fonction, et la diligence qu'elle démontre dans ses propres affaires devrait correspondre aux critères d'une diligence objective.

B. La responsabilité

- 941 La responsabilité de l'agent est soumise au **régime ordinaire** des art. 97 ss CO. Ce principe est exprimé par l'art. 538 al. 2 CO phr. 1, qui prévoit que l'associé gérant «est tenu envers les autres associés du dommage qu'il leur a causé par sa faute»⁶⁹⁷. Les *conditions* de cette responsabilité – violation du contrat, préjudice, lien de causalité et faute – sont semblables à celles du chef de file dans la formation du syndicat (n° 620 ss); lorsque l'agent n'est pas le chef de file lui-même (n° 860), seul le débiteur change.
- 942 Le régime présente cependant deux particularités liées à la faute et aux clauses contractuelles limitatives de responsabilité:
- 943 **1. La faute.** Les dispositions sur l'étendue de la diligence de l'associé gérant (n° 935 ss) modifient le régime de la faute que les autres membres du syndicat peuvent reprocher à l'agent (n° 624). Une *analogie* avec les critères posés par l'art. 321e al. 2 CO⁶⁹⁸, qui traite de la responsabilité du travailleur,

⁶⁹⁶ HINSCH/HORN, p. 181; BELLIS, Gestion, p. 209.

⁶⁹⁷ En général, cf. SIEGWART, art. 538 CO n° 1; VON STEIGER, in SPR VIII/1 p. 405 s.; TERCIER, Partie spéciale, p. 545 n° 4227 ss.

⁶⁹⁸ Sur cette disposition, cf. les nombreuses références citées par TERCIER, Partie spéciale, p. 224 n° 1741. Voir ég. *supra* n. 692.

permet de mieux saisir l'influence de la rémunération sur la responsabilité de l'associé gérant⁶⁹⁹:

- a) Lorsque l'associé gérant n'est pas rémunéré, «il ne répond que des conséquences liées au fait qu'il a consacré à la société *moins de soins qu'il n'en voue à ses propres affaires*»⁷⁰⁰. La raison est que, dans ces conditions, les membres du syndicat doivent supporter le risque qu'ils ont pris en passant un contrat de société avec cet associé (gérant)⁷⁰¹. Ce régime rappelle celui de l'**art. 321e al. 2 CO phr. 2** qui prévoit que, pour déterminer la mesure de la diligence du travailleur, on tient *notamment* compte «des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître» (critères subjectifs)⁷⁰². 944
- b) Lorsque l'associé gérant est rémunéré, sa faute est déterminée suivant des critères objectifs. Le régime est alors proche de celui de l'**art. 321e al. 2 CO phr. 1** qui prévoit que «la mesure de la diligence incombant au travailleur se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques *nécessaires pour accomplir le travail promis*» (critères objectifs)⁷⁰³. 945

Ainsi, une *différence* importante existe entre les régimes de responsabilité du travailleur et de l'associé gérant *non-rémunéré*: Dans le premier cas, on combine les critères subjectifs et objectifs; dans le second, on retient uniquement le critère subjectif de sa personnalité (cpr n° 945). 946

2. Les clauses limitatives de responsabilité. Dans la plupart – si ce n'est la totalité – des contrats de prêt syndiqué, on trouve une disposition stipulant que l'agent et ses auxiliaires ne répondent que du dommage qu'ils causent intentionnellement («*willful misconduct*») ou par négligence grave («*gross negligence*»)⁷⁰⁴. Il suffit de rappeler ici que de telles clauses ont une portée 947

⁶⁹⁹ A noter que la rémunération intervient aussi lorsqu'il s'agit de déterminer l'*étendue de la réparation*. Ainsi, à teneur de l'art. 99 al. 2 CO, la responsabilité des parties «est plus ou moins étendue selon la nature particulière de l'affaire; elle s'apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur». Cette règle ne concerne toutefois pas la faute, mais la mesure dans laquelle l'auteur doit réparer le dommage causé à la victime (cf. ég. art. 43 al. 1 CO). A ce sujet, cf. GAUCH/SCHLUEP, p. 107 n° 1642 et 112 n° 1660.

⁷⁰⁰ TERCIER, Partie spéciale, p. 545 n° 4228.

⁷⁰¹ *Idem*, p. 545 n° 4226.

⁷⁰² En général, cf. REHBINDER, art. 321e CO n° 19 ss; STAEHELIN, art. 321e CO n° 4 ss; SCHWEIN-GRUBER, p. 59 s.; VISCHER, in SPR VII/1 p. 360 s. (= in TDP VII/1,2 p. 95 ss); TERCIER, Partie spéciale, p. 230 n° 1780 ss.

⁷⁰³ A ce sujet, cf. les auteurs cités à la note précédente. Sur les relations entre les art. 398 CO (responsabilité du mandataire), 321e CO (responsabilité du travailleur) et, indirectement, 538 al. 3 CO (responsabilité de l'associé gérant rémunéré), cf. DERENDINGER, p. 114 ss n° 259 ss.

⁷⁰⁴ Cf. les auteurs cités *supra* n. 481 ss.

limitée dans le domaine bancaire, puisqu'elles sont soumises aux règles énoncées par les art. 100 al. 2 et 101 al. 3 CO (n° 629 ss)⁷⁰⁵.

- 948 Aux termes d'une autre clause usuelle, durant la période où il attend des instructions des autres banques consortiales (n° 894 ss), l'agent a *le droit et non l'obligation* d'agir⁷⁰⁶. A notre avis, cette clause est contraire au devoir de diligence: En sa qualité d'associé, l'agent **doit** en effet faire tout ce qui est en son pouvoir pour réaliser le but social (n° 935 ss). L'agent peut dès lors être rendu responsable des conséquences de son inaction nonobstant cette disposition contractuelle; les clauses limitant sa responsabilité à la faute grave sont toutefois réservées (cep. n° 631): La première règle ne peut dès lors être interprétée qu'à la lumière des secondes.

§ 12 Les particularités de la syndication indirecte

- 949 Les règles sur la responsabilité de la banque primaire dans la gestion d'un prêt syndiqué indirect sont, par de nombreux aspects, semblables à celles qui régissent les obligations de l'agent. Nous nous bornerons donc à rappeler l'état de fait (I), pour ensuite comparer les régimes de responsabilité applicables aux deux types de syndication (II).

I. Le rappel de l'état de fait

- 950 Les banques qui acceptent de participer à une syndication indirecte acceptent par la même occasion la nomination de la banque primaire comme gérante du prêt et du syndicat. Aux termes du contrat, les banques participantes prennent en outre l'engagement de payer une commission à la banque

⁷⁰⁵ On peut s'interroger sur l'application des limites posées par ces dispositions aux rapports entre les banques participant à une syndication directe (cpr *infra* n. 708). Le but de l'art. 100 al. 2 CO est avant tout de protéger la partie qui conclut un contrat avec une personne qui exerce un pouvoir spécial ou occupe une fonction spéciale dans l'économie contre les abus que cette personne pourrait faire de sa position (ég. art. 101 al. 3 CO; n° 632). Sous réserve de cas exceptionnels, il est toutefois difficile de concevoir une situation où l'agent pourrait, dans les limites de ses pouvoirs, abuser de sa position vis-à-vis des autres banques consortiales – qui sont après tout ses égales.

⁷⁰⁶ Cf. p.ex. le texte suivant: «Each of the Agents shall be entitled to refrain from exercising any power, discretion or authority vested in it under this Agreement or the other instruments and agreements referred to herein or therein unless and until it has obtained the instructions of the Requisite Banks [= majorité des banques, n° 895 ss]».

primaire pour sa gestion (cpr n° 860, 875 et 878)⁷⁰⁷. Il conviendra d'examiner de cas en cas si cette commission est une véritable rémunération ou s'il s'agit simplement d'un remboursement forfaitaire d'impenses (n° 939).

Les tâches de l'agent dans la syndication directe et de la banque primaire dans la syndication indirecte *préformée* sont sensiblement les mêmes (n° 863 ss). Par contre, la procédure et les obligations de la banque gérante sont simplifiées dans la syndication *postformée*; ainsi, la banque primaire n'a pas à vérifier les conditions liées au premier versement puisque celui-ci a déjà été effectué (cpr n° 864 s.).

II. Le régime juridique

La banque primaire administre le prêt pour le compte des banques participantes *en temps ordinaire comme en temps de crise* (cpr n° 874 ss). Elle a ainsi, dès la formation du syndicat, les **droits et obligations d'un associé gérant**:

- a) Elle peut accomplir librement les actes d'administration nécessaires à l'accomplissement du but commun et doit organiser le processus décisionnel du syndicat pour les actes juridiques excédant les opérations ordinaires de la société (n° 911 ss).
- b) Elle est la débitrice d'obligations de fidélité et de diligence semblables à celles de l'agent qui gère un syndicat direct en temps de crise; elle doit par conséquent, d'une part, s'abstenir de tout acte qui pourrait empêcher la réalisation du but social et, d'autre part, faire tout ce qui est en son pouvoir pour favoriser celui-ci (n° 931 ss).

Les conditions de la responsabilité de la banque primaire sont en tous points semblables à celles qui régissent la responsabilité de l'agent en temps de crise (n° 941 ss). Cette affirmation vaut en particulier pour les remarques que nous avons faites à propos du régime de la faute et des clauses limitatives de responsabilité (n° 943 ss)⁷⁰⁸.

⁷⁰⁷ DOHM, *in* SAS 58/1986 p. 5 n° 32.

⁷⁰⁸ Sur l'obligation de diligence de la banque primaire et son pouvoir d'appréciation, cf. p.ex. DALLOZ 1989 (SC) p. 323. Pour une clause limitative de responsabilité, cf. p.ex. le contrat-modèle proposé par DOHM, *in* SAS 58/1986 p. 15 (Par. 5). En relation avec le pouvoir d'appréciation donné au juge par l'art. 100 al. 2 CO (n° 631), on peut se demander si les banques participantes ne devraient pas être mieux protégées que les membres d'un syndicat direct (cpr *supra* n. 705), en tous cas lorsque l'existence de la syndication et l'identité des banques ne sont pas connues de l'emprunteur (n° 98). Le juge pourrait éventuellement prendre en compte cet élément lors de son appréciation (art. 4 CC) d'une clause limitative de responsabilité.

QUATRIÈME PARTIE

LE RÉGIME SELON LA LOI SUR LES CARTELS

Le processus de la syndication oblige les banques dirigeantes à choisir leurs 956
partenaires contractuels et, par là, à écarter d'autres associés potentiels.
Lorsqu'elles effectuent cette sélection, les banques doivent adopter un com-
portement conforme aux dispositions de la loi fédérale sur les cartels et les
organisations analogues, du 20 décembre 1985 (= LCart; RS 251). De même,
les banques ne doivent pas abuser de leur position dominante pour imposer
certaines clauses contractuelles défavorables aux emprunteurs.

Ainsi, d'une manière très générale, on peut poser le *problème* comme 957
suit:

**S'il est démontré qu'un syndicat de prêt est un cartel ou une organisa-
tion analogue qui porte une atteinte injustifiée à la concurrence dans ce
marché, le syndicat peut ou bien faire l'objet d'un jugement à la suite de
l'une des actions privées prévues à l'art. 8 al. 1 LCart ou bien, en cas
d'enquête, être invité à, voire obligé de suivre les recommandations de la
Commission des cartels (art. 32 LCart).**

Nous commencerons par dresser une liste des sources sur lesquelles se fonde 958
notre appréciation de la concurrence en matière de syndicats de prêt (§ 13).
Puis, nous présenterons la méthode d'analyse que nous avons choisie (§ 14).
Nous décrirons ensuite les aspects cartellaires des émissions d'obligations et
de «notes» (§ 15). Les analogies déduites de cet examen fourniront en effet
une base utile à notre étude des aspects cartellaires des prêts syndiqués
(§ 16).

§ 13 Les sources

Après une présentation du droit suisse de la concurrence (I), nous nous 959
intéresserons aux rapports que la Commission des cartels a publiés sur la
concurrence dans le secteur bancaire (II), ainsi qu'à quelques règles de droit
étranger régissant spécialement ce domaine (III).

I. Le droit suisse de la concurrence

Le droit suisse de la concurrence est composé de la loi sur les cartels (1), de la 960
loi sur la surveillance des prix (2), de la loi contre la concurrence déloyale et
de la législation qui lui est apparentée (3), et des dispositions de droit inter-
national traitant de la concurrence (4).

1. La loi sur les cartels

La nouvelle loi sur les cartels, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1986, a remplacé 961
l'ancienne loi fédérale sur les cartels et les organisations analogues, du 20
décembre 1962 (= aLCart; RO 1964 p. 49)⁷⁰⁹. En général, la nouvelle loi
reprend, tout en codifiant la jurisprudence, les *dispositions de droit civil* de
l'ancienne loi sur les cartels (art. 4 à 16 aLCart; art. 6 à 19 LCart)⁷¹⁰. Les
dispositions de droit administratif ont en revanche subi des changements
importants afin de renforcer la position de la Commission des cartels dans les
enquêtes qu'elle mène (art. 17 à 22 aLCart; art. 20 à 41 LCart)⁷¹¹. C'est avant
tout sur cette loi que notre analyse repose; les autres règles légales applicables
à la concurrence interviennent à titre incident et pour appuyer l'une ou
l'autre de nos solutions (cf. p.ex. n° 1217 ss).

⁷⁰⁹ Pour une liste des travaux préparatoires, cf. surtout SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 61 ss. Eg. HOMBURGER/DROLSHAMMER, suppl., p. 103 s. Pour un commentaire des avant-projet et projet ou une lecture comparée des différents textes, cf. PCC 15/1980 p. 235 (Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zur Revision des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1962 über Kartelle und ähnliche Organisationen); SCHMIDHAUSER, in RSDIC 13/1981; SCHLUEP, in RSDIC 11/1979. Eg. les références citées par HOMBURGER/DROLSHAMMER, suppl., p. 36 ss («Entwurf 1978»); SCHMIDHAUSER (édit.), in WuR 31/1979, p. 83.

⁷¹⁰ En plus des références citées à la note précédente, cf. SCHLUEP, in Kartellrecht auf neuer Grundlage, p. 2; HOMBURGER, in Kartellrecht auf neuer Grundlage, p. 103.

⁷¹¹ SCHLUEP, in Kartellrecht auf neuer Grundlage, p. 2; TERCIER, in Mélanges Deschenaux, p. 29 ss.

2. La loi sur la surveillance des prix

- 962 La loi fédérale concernant la surveillance des prix, du 20 décembre 1985 (= LSPR; RS 942.20)⁷¹², tend à combattre les abus de prix, dans la mesure où ceux-ci sont fixés par des cartels ou organisations analogues (art. 2 LSPR)⁷¹³. Un prix est abusif au sens de la loi, lorsque deux conditions sont remplies⁷¹⁴:
- 963 – Il faut d'une part que «sur le marché en question, le niveau des prix [ne soit] pas la conséquence d'une concurrence efficace» (art. 12 al. 1 LSPR)⁷¹⁵.
- 964 – Il faut d'autre part que le prix ait été «augmenté ou maintenu abusive-ment»; pour l'établir, le Surveillant des prix prend notamment en considération les critères énoncés à l'art. 13 LSPR⁷¹⁶.
- 965 Le Surveillant des prix doit d'abord essayer de parvenir à un règlement amiable (art. 9 LSPR); si cela n'est pas possible, il prend une décision unilatérale (art. 10 LSPR).
- 966 Dans sa version actuelle, la loi libère la rémunération des crédits de son champ d'application (cf. art. 1 phr. 2 LSPR)⁷¹⁷. Cette exemption a toutefois été attaquée par la Fédération romande des consommatrices, qui a lancé une initiative «sur la surveillance des prix et des intérêts des crédits» (FF 1986 I 875)⁷¹⁸. Après l'aboutissement de l'initiative, le Conseil fédéral en a recommandé le rejet tout en proposant un projet de modification de la loi qui

⁷¹² En général, cf. SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 779 ss; TERCIER, *in* Kartellrecht auf neuer Grundlage, p. 311 ss (avec les références citées p. 311 n. 3). Pour une liste des travaux préparatoires, cf. SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 788 ss. Eg. HOMBURGER/DROLSHAMMER, p. 104 ss.

⁷¹³ En général, cf. SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 793 ss; TERCIER, *in* SAS 58/1986 p. 109; *idem*, *in* Kartellrecht auf neuer Grundlage, p. 309; CONSEIL FÉDÉRAL, Message à l'appui d'une loi concernant la surveillance des prix (LSPR), du 30 mai 1984 (= Message LSPR), *in* FF 1984 II 781.

⁷¹⁴ TERCIER, *in* Kartellrecht auf neuer Grundlage, p. 333 s.

⁷¹⁵ Soit en allemand: «Preissmissbrauch im Sinne dieses Gesetzes kann nur vorliegen, wenn die Preise auf dem betreffenden Markt nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind». A teneur de l'art 12 al. 2 LSPR, «il y a concurrence efficace, en particulier, lorsque d'autres sources d'approvisionnement s'offrent aux acheteurs, cela à des prix comparables et sans qu'il en résulte pour eux des efforts considérables». Sur cette notion, cf. surtout SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 836 ss; SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 55 ss; TERCIER, *in* Kartellrecht auf neuer Grundlage, p. 333 ss. Cf. ég. n° 1105 ss.

⁷¹⁶ A ce sujet, cf. SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 845 ss.

⁷¹⁷ Cpr art. 1 phr. 1 du Projet: «la loi s'applique aux prix des marchandises, des crédits et des services» (Message LSPR, p. 27 s.). SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 799. Sur l'historique de l'art. 1 LSPR, cf. TERCIER, *in* SAS 58/1986 p. 117; *idem*, *in* Kartellrecht auf neuer Grundlage, p. 325 n. 38.

⁷¹⁸ Cette initiative a abouti (FF 1988 I 88). Elle a en partie la teneur suivante (FF 1988 I 90): «2 La surveillance des prix s'étend aux prix des biens, des services et des crédits, à l'exclusion des salaires et autres rémunérations du travail.

3 Lorsque des prix sont fixés, approuvés ou surveillés en vertu d'autres dispositions de droit fédéral, cantonal ou communal, la surveillance des prix peut être limitée à des recommandations».

réaliserait les objectifs visés par les initiants⁷¹⁹. Suite aux hausses successives des taux hypothécaires, le Parlement fédéral a soumis les intérêts hypothécaires à la surveillance des prix (Arrêté fédéral urgent du 5 octobre 1990; RO 1990 1598, RS 942.22). Subséquemment, les Chambres fédérales ont décidé d'étendre cette surveillance à tous les types d'intérêts et ont adopté un nouvel art. 1 LSPr reprenant le texte proposé par le Conseil fédéral. En l'état, une divergence subsiste toutefois entre les deux Chambres au sujet de la collaboration avec les milieux intéressés (art. 5 LSPr): Contrairement au Conseil national, le Conseil des Etats a décidé de compléter l'art. 5 al. 1 LSPr en prévoyant que le Surveillant des prix doit «consult[er] de façon approfondie la Banque nationale et la Commission fédérale des banques» (voir ég. art. 1 al. 2 de l'Arrêté sur la surveillance des intérêts hypothécaires).

La situation actuelle et les modifications de la législation qui ont été adoptées récemment appellent trois observations: 967

1. Les discussions sur l'exclusion ou l'inclusion de la rémunération des crédits dans le champ d'application de la loi sur la surveillance des prix démontrent, si besoin est, que les banques occupent une **place particulière** dans l'économie⁷²⁰. L'intérêt des autorités pour ce secteur s'est en outre manifesté *en Suisse*, par trois enquêtes de la Commission des cartels sur la concurrence dans le domaine bancaire (cf. n° 985 ss), et à *l'étranger*, par le traitement spécial que plusieurs droits réservent à la concurrence dans certaines opérations bancaires (cf. n° 996 ss). 968

2. La **loi sur les cartels** ne contient aucune disposition régissant spécialement les crédits et leur rémunération. La Commission des cartels peut donc mener sans restrictions des investigations dans ce domaine⁷²¹. Comme l'a relevé son Président, la Commission «pourrait même être amenée à le faire plus intensément, dès lors que, selon la législation spéciale, ce domaine échappe à la surveillance des prix [cep. n° 966]. Rien ne lui interdirait non plus d'inclure dans ces recommandations des questions touchant les prix ou les taux. La seule chose qui lui est interdite est de se prononcer sur le caractère abusif que ceux-ci pourraient avoir»⁷²². 969

⁷¹⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à l'initiative populaire «sur la surveillance des prix et des intérêts des crédits» et à la révision de la loi concernant la surveillance des prix, du 27 novembre 1989 (FF 1990 I 85). Le nouvel art. 1 *proposé* par le Conseil fédéral avait la teneur suivante: «La présente loi s'applique aux prix des marchandises et des services, y compris ceux des crédits. Sont exceptées la rémunération du travail (salaires et autres prestations) et les activités de crédit de la Banque nationale suisse».

A ce sujet, cf. ég. PCCSPR 1990/1b p. 96 s. (Rapport du Surveillant des prix pour 1989).

⁷²⁰ Cf. LUSSER, in *Wirtschaftsfreiheit und Konsumentenschutz*, p. 80. Eg. PCCSPR 1989/3 p. 111.

⁷²¹ TERCIER, in *Kartellrecht auf neuer Grundlage*, p. 325.

⁷²² *Idem*, in SAS 58/1986 p. 117.

- 970 **3. La Banque nationale suisse** agit sur les taux d'intérêts en se servant des procédés prévus par la loi sur la Banque nationale, du 23 décembre 1953 (= **LBN**; RS 951.11), et, dans une moindre mesure, la loi sur les banques (sp. art. 8 **LB**; n° 41)⁷²³. Une seule disposition, de peu d'importance pratique, traite *directement* des intérêts appliqués par les banques lorsqu'elles reçoivent certains types de dépôts (n° 180): Il s'agit de l'art. 10 **LB** qui autorise le Banque nationale à intervenir auprès des banques qui désirent augmenter le taux d'intérêt de leurs obligations de caisse (ég. art. 29 **OB**); la Banque nationale n'a cependant aucun pouvoir coercitif qui lui permettrait d'empêcher une telle augmentation⁷²⁴. Avec l'entrée en vigueur de l'Arrêté sur la surveillance des intérêts – et probablement l'adoption d'un nouvel art. 5 al. 1 phr. 2 **LSPr** – la Banque nationale va en outre jouer un rôle actif dans la *surveillance* de la rémunération des crédits, puisqu'elle devra être consultée «de façon approfondie» – avec la Commission fédérale des banques – lorsque la validité d'une augmentation de taux d'intérêts est examinée conformément à la loi sur la surveillance des prix (n° 966)⁷²⁵.

3. La loi contre la concurrence déloyale et la législation apparentée

- 971 La loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 19 décembre 1986 (= **LCD**; RS 241)⁷²⁶, vise à garantir une concurrence loyale et non faussée (art. 1 **LCD**), en protégeant les parties concernées contre «tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux

⁷²³ A ce sujet, cf. les auteurs cités *infra* n. 997.

⁷²⁴ **BODMER/KLEINER/LUTZ**, art. 10 **LB** n° 1 ss (sp. n° 12 ss). Voir ég. **LUSSER**, in *Festschrift für Kurt Furgler*.

⁷²⁵ La consultation de la Banque nationale en tant que «milieu intéressé» est d'ores et déjà prévue par l'art. 5 al. 1 **LSPr**. Voir le Message relatif à la révision de la **LSPr**, cité *supra* n. 719, p. 98: «Il importe donc qu'il y ait en temps utile un échange d'informations ainsi qu'une bonne collaboration entre la Banque nationale et le Surveillant des prix». Eg. Message **LSPr**, p. 28; **PCCSPR** 1990/Ia p. 77 (prise de position de la Commission sur la révision de la **LSPr**). L'amendement proposé par le Conseil des Etats (n° 966) ne concerne donc que l'intensité de cette consultation.

Relevons en outre que, dans d'autres domaines, c'est le Surveillant des prix qui est consulté par les autorités fédérales, cantonales ou communales qui peuvent «décider ou approuver une augmentation de prix proposée par un cartel ou une organisation analogue» (art. 14 al. 1 **LSPr**). L'insertion d'une disposition similaire est proposée par le Conseil fédéral en relation avec les prix *surveillés* par une autorité fédérale (art. 15 al. 2bis du projet de révision de la **LSPr**, cité *supra* n. 719). Pour une liste des domaines soumis à la surveillance d'une autorité au sens de l'art. 15 **LSPr**, cf. **SCHUERMANN/SCHLUEP**, p. 885. Sur la situation des banques cantonales, cf. *idem*, p. 875.

⁷²⁶ Sur cette loi en général, cf. **DAVID**; **MARTIN-ACHARD**, **LCD**; **BAUDENBACHER**, *Das UWG auf neuer Grundlage*; **CARRUZZO/OBERSON**; **BAUDENBACHER** in *recht* 6/1988, p. 73; **CONSEIL FÉDÉRAL**, Message à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale (**LCD**), du 18 mai 1983 (= Message **LCD**), in *FF* 1983 II 1037; **ROMY/WOLLMANN GAUTHIER/WERNLI**.

règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients» (art. 2 LCD)⁷²⁷. La loi prévoit deux types de sanctions:

- d'une part, des *sanctions de droit privé* qui sont en grande partie calquées 972 sur celles introduites par le nouveau droit de la personnalité (actions défensives et en réparation du préjudice; art. 9 ss LCD)⁷²⁸ et,
- d'autre part, des *sanctions de droit pénal* qui ont été renforcées par rapport 973 à celles que prévoyait la loi de 1943 (cf. art. 23 ss LCD)⁷²⁹.

Dans le domaine bancaire, l'art. 4^{quater} LB complète la protection offerte 974 par la loi contre la concurrence déloyale⁷³⁰. En effet, selon cette disposition, les banques suisses doivent s'abstenir de toute publicité trompeuse et ne pas se prévaloir «de leur siège en Suisse ou d'institutions suisses pour faire une publicité intempestive»⁷³¹. Cette règle a un double objectif:

- Parce qu'elle appartient avant tout à la législation bancaire, son but *prin-* 975 *cipal* est de protéger la réputation des banques suisses et du système bancaire suisse dans son ensemble⁷³²;
- Parce qu'elle régit aussi l'exercice de la concurrence en Suisse, son but 976 *accessoire* est d'assurer, aux côtés de la législation générale en la matière, une concurrence loyale entre les banques en Suisse⁷³³.

En plus, l'Association suisse des banquiers a adopté une *Convention III* 977 *concernant la recherche de la clientèle et la publicité des banques*⁷³⁴. Dans son

⁷²⁷ A ce sujet, cf. DAVID, p. 35 ss n° 51 ss; MARTIN-ACHARD, LCD, p. 33 ss; BAUDENBACHER, in *Das UWG auf neuer Grundlage*, p. 15 ss; MARTIN-ACHARD, in *La nouvelle LCD*, p. 9 ss; ROMY/WOLLMANN GAUTHIER/WERNLI, p. 119 ss.

⁷²⁸ GUYET, p. 91 ss; MARTIN-ACHARD, LCD, p. 90 ss; DAVID, p. 165 ss n° 621 ss.

⁷²⁹ GUYET, p. 104 ss; MARTIN-ACHARD, LCD, p. 113 ss; DAVID, p. 190 ss n° 681 ss.

⁷³⁰ Sur cette disposition, cf. BODMER/KLEINER/LUTZ, art. 4^{quater} LB n° 1 ss. Voir ég. art. 49 ch. 1 phr. 3 LFP.

⁷³¹ Soit en allemand: «Die Banken haben im In- und Ausland jede irreführende sowie jede aufdringliche Werbung mit ihrem schweizerischen Sitz oder mit schweizerischen Einrichtungen zu unterlassen». On donne généralement comme exemples une publicité fondée sur la protection accordée par le secret bancaire ou l'existence de comptes numérotés.

⁷³² Cf. CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la révision de la loi sur les banques, du 13 mai 1970 (FF 1970 I 1157, 1186).

⁷³³ P.ex. SCHLUEP, in *Das UWG auf neuer Grundlage*, p. 75.

⁷³⁴ Soit en allemand: «Konvention III betreffend Kundenakquisition und Werbung der Banken». On trouve le texte de cette Convention (en français et en allemand), ainsi que des circulaires de l'Association suisse des banquiers s'y rapportant, in PCCSPR 1989/3 p. 249 ss.

En relation avec notre étude, on relèvera que la Commission a notamment recommandé de biffer l'art. 4 al. 2 de la Convention III, dont la première phrase prévoit que «*les établissements d'autres places, et les succursales de ces établissements*, qui exercent une activité bancaire sur une place extérieure à leur rayon d'action habituel, doivent tenir particulièrement compte des taux fixés par des conventions ou accords locaux ou régionaux». PCCSPR 1989/3 p. 182. L'Association suisse des banquiers a accepté cette recommandation avec effet à fin 1990. ASB, Les banques et la concurrence, p. 138 s.

récent rapport sur la concurrence dans le secteur bancaire (cf. n° 993), la Commission des cartels a comparé l'art. 1 de cette Convention à une ordonnance d'exécution de l'art. 4quater LB⁷³⁵.

4. *Le droit international de la concurrence*

- 978 Le droit international suisse de la concurrence est régi par deux groupes de dispositions introduites par les récentes lois sur les cartels (A) et le droit international privé (B)⁷³⁶.

A. *Selon la loi sur les cartels*

- 979 Le quatrième chapitre de la loi sur les cartels règle spécialement l'entraide administrative en matière d'exécution d'accords internationaux (art. 42 s. LCart)⁷³⁷: L'art. 42 LCart régit la procédure à suivre pour l'établissement des faits, «lorsqu'une partie à un accord international prétend que des ententes ou des pratiques visant à restreindre la concurrence sont incompatibles avec l'accord». Quant à l'art. 43 LCart, il prévoit que si l'on constate une incompatibilité avec un accord international, la Commission des cartels peut, sur invitation du Département fédéral de l'économie publique, recommander la cessation ou la modification des pratiques jugées incompatibles avec

Les effets anti-concurrentiels de cette disposition avaient déjà été soulignés par la Commission dans son premier rapport sur le secteur bancaire (cf. n° 987). PCC 3/1968 p. 345 s. Eg. SCHLUEP W./CORAZZA R, in HGBB p. 406 ss, 408 («Kartelle im Bankensektor»). L'Association suisse des banquiers avait alors précisé que cette disposition ne s'appliquait que «lorsqu'une banque, systématiquement et de sa propre initiative, se fait connaître sur une place qui n'est pas de son ressort en faisant paraître des annonces dans la presse locale». PCC 3/1968 p. 345. L'art. 4 al. 2 phr. 2 à 4 de la Convention III reprend cette idée.

⁷³⁵ PCCSPR 1989/3 p. 129. Notons cependant que, outre l'art. 4, la Commission des cartels avait recommandé de biffer les art. 6 (bonifications spéciales) et 7 à 9 (publicité) de la Convention III. PCCSPR 1989/3 p. 184 s. L'Association suisse des banquiers a accepté la recommandation relative à l'art. 6 avec effet à fin 1991. ASB, Les banques et la concurrence, p. 180 s. Sa contre-proposition quant aux art. 7 à 9 a été considérée comme suffisante par la Commission pour atteindre l'objectif poursuivi par sa recommandation. *Idem*, p. 139 ss.

⁷³⁶ D'autres questions de droit international peuvent se poser en relation avec le droit de la concurrence. Voir p.ex. NOTE, Sovereign compulsion and international antitrust: Conflicting laws and separating powers, in *Columbia Journal of Transnational Law* 25/1987 p. 403; qui traite du cas où une personne étrangère aux Etats-Unis est poursuivie dans ce pays conformément au droit antitrust américain et invoque pour sa défense le fait que le gouvernement de son pays l'oblige à transgresser les obligations imposées par ce droit. Tel était par exemple la situation des fournisseurs d'une compagnie pétrolière, dont le gouvernement vénézuélien avait ordonné le boycottage; Interamerican Ref. Corp. c/ Texaco Maracaibo, Inc., 307 F. Supp. 1291 (D. Del. 1970) (circonstance considérée comme une défense valable par la Cour). Pour une bibliographie sur les questions de droit international, cf. HOMBURGER/DROLSHAMMER, p. 100 ss («Internationale Beziehungen») et 106 ss («Rechtsvergleichung»).

⁷³⁷ A ce sujet, cf. Message LCart, p. 75 s.; BALDI; SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 748 ss. Sur l'entraide administrative, cf. p.ex. MANFRINI; SCHNYDER (sp. p. 6 s.).

l'accord. Notons au passage que ces règles sont fondées sur l'art. 8 Cst (compétence du Conseil fédéral de conclure des traités avec l'étranger)⁷³⁸ et non sur l'art. 31bis al. 3 litt. d Cst (compétence de la Confédération dans le domaine des cartels)⁷³⁹.

Il convient en outre de faire deux remarques à propos de ces dispositions:

- a) A l'heure actuelle, les art. 42 s. LCart visent à assurer l'exécution des clauses relatives à la concurrence qui figurent à l'art. 15 de la Convention instituant l'Association européenne de libre échange, du 4 janvier 1960 (= AELE; RS 0.632.31)⁷⁴⁰, à l'art. 23 de l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne, du 22 juillet 1972 (= CEE; RS 0.632.401)⁷⁴¹ et à l'art. 18 de l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne du charbon et de l'acier, du 22 juillet 1972 (= CECA; RS 0.632. 402)⁷⁴². Mais la loi ne limite pas son application à ces seuls accords: La procédure décrite au quatrième chapitre de la loi sur les cartels régira aussi l'exécution d'accords internationaux que la Suisse pourrait conclure à l'avenir⁷⁴³ (cf. p.ex. le préambule de la loi: «[E]n exécution des dispositions relatives au droit de la concurrence contenues dans des accords internationaux»)⁷⁴⁴.
- b) La Commission des cartels observe une procédure différente lorsqu'elle mène une enquête qui implique la collecte d'informations à l'étranger.

⁷³⁸ Message LCart, p. 76. Sur l'art. 8 Cst, cf. AUBERT, p. 256 ss n° 673 ss (suppl. 1967–1982, p. 72); SCHINDLER, in *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Bâle/Zürich/Berne 1987; HANGARTNER, p. 186 ss. Voir ég., en relation avec le référendum conventionnel (art. 89 al. 3 Cst), AUBERT, p. 426 ss n° 1143 ss (suppl. 1967–1982, p. 126 s.); en relation avec l'approbation des traités internationaux par l'Assemblée fédérale (art. 85 ch. 5 Cst *in initio*), *idem*, p. 480 ss n° 1317 ss (suppl. 1967–1982, p. 145 ss).

⁷³⁹ Soit en allemand: «[Der Bund ist befugt Vorschriften] gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen [zu erlassen]». Sur cette disposition, cf. ég. AUBERT, p. 687 s. n° 1928 s. (suppl. 1967–1982 p. 247) (avec de nombreuses références).

⁷⁴⁰ Cette disposition déclare incompatibles avec cette convention: «(a) tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées entre entreprises qui ont pour objet ou résultat d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence dans la Zone; (b) toute action entreprise par une ou plusieurs entreprises pour tirer un avantage indu d'une position dominante dans la Zone ou dans une grande partie de celle-ci» (art. 15 al. 1 AELE). S'agissant en outre d'un traité régissant des échanges commerciaux, les pratiques susmentionnées doivent aussi compromettre «les bénéfices attendus de l'élimination ou de l'absence des droits de douane et des restrictions quantitatives dans les échanges entre Etats membres».

⁷⁴¹ Si l'on fait abstraction de la disposition excluant toute aide publique pouvant fausser la concurrence (art. 23 al. 1 ch. iii CEE), l'art. 23 al. 1 CEE a, à quelques différences rédactionnelles près, la même teneur que l'art. 15 al. 1 AELE. Voir aussi PCCSPR 1990/1a p. 71 s. (relations AELE/CEE); art. 85 et 86 Traité de Rome (cf. n° 1034 ss).

⁷⁴² Même remarque que pour l'art. 23 al. 1 CEE; voir note précédente.

⁷⁴³ Message LCart, p. 76.

⁷⁴⁴ Soit en allemand: «[I]n Ausführung der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen internationaler Abkommen».

Ainsi, selon une communication publiée en 1986, cette recherche doit «se faire en premier lieu par l'intermédiaire des filiales ou des représentants suisses d'entreprises étrangères. [...] Un contact direct avec les entreprises étrangères ou des autorités cartellaires étrangères ne devrait être pris que si les informations nécessaires ne peuvent pas être obtenues autrement»⁷⁴⁵.

B. Selon la loi sur le droit international privé

- 983 L'art. 137 al. 1 de la loi fédérale sur le droit international privé⁷⁴⁶, du 18 décembre 1987 (= LDIP; RS 291), pose de la manière suivante les principes régissant la loi applicable aux actions civiles intentées à la suite d'une entrave à la concurrence au sens des art. 6 ss LCart⁷⁴⁷:

«Les prétentions fondées sur une entrave à la concurrence sont régies par le droit de l'Etat sur le marché duquel l'entrave produit directement ses effets sur le lésé»⁷⁴⁸.

- 984 Le choix du *locus delicti*, avec pour critère le lieu de l'effet, tient compte des particularités du droit des cartels qui «réprouve certains états de fait ou comportements, non pas tellement parce qu'ils sont illicites en soi, mais bien davantage en raison de leur influence sur un certain marché»⁷⁴⁹. C'est pourquoi les entraves illicites à la concurrence font l'objet d'un rattachement qui prend en compte l'élément de **marché** (cf. n° 1050 ss), au détriment du critère des personnes impliquées (art. 129 LDIP)⁷⁵⁰.

⁷⁴⁵ PCC 21/1986 p. 51.

⁷⁴⁶ Le texte de cette disposition a peu varié depuis la proposition de la Commission d'experts jusqu'à son adoption par l'Assemblée fédérale: cf. VISCHER/VOLKEN, p. 336 s. (art. 135); SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG FUER INTERNATIONALES RECHT, p. 246 s. (art. 135); CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé (LDIP), du 10 novembre 1982 (= Message LDIP), p. 162 s. (art. 133). Voir ég. SCHWANDER, in *Kartellrecht auf neuer Grundlage*; BAER, in *Beiträge zum neuen IPR*, p. 143 et 160 ss; SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 183 ss; SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 82 n. 310; IMHOFF-SCHIEER A.-C./PATOCCHI P., *L'acte illicite et l'enrichissement illégitime dans le nouveau droit international privé suisse*, Zurich 1990, p. 69 ss. Sur la situation *avant* la loi de droit international privé, cf. BAER, *Kartellrecht*.

⁷⁴⁷ L'art. 137 LDIP n'est pas la seule disposition régissant la loi applicable à la violation des règles du droit de la concurrence; l'art. 136 LDIP pose, pour les prétentions fondées sur un acte de concurrence déloyale, des principes similaires à ceux énoncés par l'art. 137 LDIP: Ces prétentions sont également régies par le droit de l'Etat sur le marché duquel le résultat s'est produit. A ce sujet, cf. SCHWANDER, in *Das UWG auf neuer Grundlage*; BAER, in *Beiträge zum neuen IPR*, p. 143 ss; IMHOFF-SCHIEER/PATOCCHI, cité *supra* n. 746, p. 64 ss; Message LDIP, p. 161 s. (art. 132); VISCHER/VOLKEN, p. 336 (art. 134). Eg. les observations de BEITZKE. Sur les règles de conflit applicables en matière de droit économique, cf. SCHNYDER A., *Wirtschaftskollisionsrecht*, Zurich 1990.

⁷⁴⁸ Soit en allemand: «Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung unterstehen dem Recht des Staates, auf dessen Markt der Geschädigte von der Behinderung unmittelbar betroffen ist».

⁷⁴⁹ Message LDIP, p. 162. Voir ég. BAER, in *Beiträge zum neuen IPR*, p. 143 ss; *idem*, *Kartellrecht*, p. 359 ss; VISCHER/VOLKEN, p. 336.

⁷⁵⁰ Message LDIP, p. 161 s.

II. Les rapports de la Commission des cartels en matière bancaire

A ce jour, la Commission des cartels a conduit **trois enquêtes sur la concurrence** dans le secteur bancaire. Les deux premières ont été menées sous l'empire de l'ancienne loi sur les cartels du 20 décembre 1962 (1), alors que la troisième l'a été conformément au nouveau droit (2). 985

1. Les Rapports de 1968 et 1979

A la fin des années 60 et 70, la Commission des cartels a publié deux rapports sur le secteur bancaire suisse⁷⁵¹: 986

- Le premier concernait l'état de la concurrence entre les banques (**Rapport de 1968**)⁷⁵². La Commission s'intéressa alors aux structures bancaires nationales, régionales et locales. Elle dressa ainsi des listes, d'une part, des associations de banques formées à ces différents niveaux⁷⁵³ et, d'autre part, des conventions passées entre les membres de ces groupements⁷⁵⁴. La Commission s'attacha notamment à décrire les effets des conventions cartellaires sur la liberté et l'ampleur de la concurrence, les frais, les prix et la structure de l'économie⁷⁵⁵. 987
- Le deuxième rapport avait pour objet la concentration dans cette branche (**Rapport de 1979**)⁷⁵⁶. La Commission y traita de la concentration *horizontale* (concentration des banques entre elles)⁷⁵⁷, *verticale* (participations des banques dans les secteurs de l'économie proches de la banque)⁷⁵⁸ et 988

⁷⁵¹ Relevons au passage que dans son Rapport annuel 1985 (en français, PCC 21/1986 p. 27; en allemand, PCC 21/1986 p. 1), la Commission a indiqué qu'elle allait «accorder une attention accrue à la suite donnée à ses suggestions et recommandations» faites à l'occasion de ses deux premières enquêtes (*infra* n. 752 et 756) sur le secteur bancaire (voir PCC 21/1986 p. 28 et 36). Cette vérification a été en grande partie opérée lors de l'enquête sur les effets de portée nationale d'accords entre banques (cf. n° 992).

⁷⁵² Die Wettbewerbsverhältnisse im schweizerischen Bankgewerbe, in PCC 3/1968 p. 235; avec une traduction française de la deuxième partie du rapport («appréciation des conventions de cartel»), in PCC 3/1968, p. 328 («L'état de la concurrence dans le secteur bancaire suisse»). Sauf indication contraire, nous citerons d'abord le texte allemand avec, entre parenthèses, la référence à la traduction française. A noter que l'on trouve une brève présentation des points forts de ce rapport in HOMBURGER/DROLHAMMER, p. 235.

⁷⁵³ PCC 3/1968 p. 245 ss.

⁷⁵⁴ *Idem*, p. 266 ss.

⁷⁵⁵ *Ibidem*.

⁷⁵⁶ Die Konzentration im schweizerischen Bankgewerbe, in PCC 14/1979 p. 1; avec un résumé en français in PCC 14/1979 p. 174 («La concentration dans le secteur bancaire suisse»). Sauf indication contraire, nous citerons d'abord le texte allemand avec, entre parenthèses, la référence au résumé en français.

⁷⁵⁷ PCC 14/1979 p. 25 ss, 119 ss et 140 ss.

⁷⁵⁸ *Idem*, p. 61 ss, 129 ss et 154 ss.

conglomérale (intérêts dans des secteurs économiques étrangers à la banque)⁷⁵⁹.

989 Le contenu de ces rapports appelle deux remarques:

- 990 a) Les enquêtes de 1968 et 1979 étaient des **enquêtes générales** au sens de l'art. 18 al. 1 aLCart. Théoriquement, la Commission devait donc exclusivement examiner «la situation, l'évolution et les effets des cartels et des organisations analogues» dans le secteur bancaire, et non établir si les pratiques de ces groupements avaient «des effets nuisibles d'ordre économique ou social» (art. 20 al. 1 aLCart; «**enquêtes spéciales**»). En fait, cette distinction s'était sensiblement estompée au moment de l'enquête de 1979: La Commission avait en effet pris l'habitude d'adresser aux parties à des enquêtes générales des «*suggestions*» qui, quant au fond, ressemblaient fort aux recommandations qu'elle n'était autorisée à faire que lors d'enquêtes spéciales⁷⁶⁰.
- 991 b) Dans le Rapport de 1979, la Commission a souligné que l'**octroi de crédits à long terme** (n° 309 s.) ne constitue généralement pas un moyen de concentration⁷⁶¹. Si l'on se fondait uniquement sur cette affirmation, l'on pourrait exclure le rapport sur la concentration de notre exposé. Cependant, le Rapport de 1979 contient également, malgré sa dénomination⁷⁶², plusieurs indications sur l'état de la concurrence entre les banques (cf. p.ex. n° 1155); c'est pourquoi nous prendrons aussi en compte les constatations que la Commission a faites à cette occasion.

⁷⁵⁹ *Idem*, p. 68 ss, 131 ss et 157 ss.

⁷⁶⁰ Sur cette pratique, cf. Message LCart, p. 63. En outre, comme le relevait la Commission dans son Rapport de 1968 (PCC 3/1968 p. 328): «Une enquête générale peut cependant constituer une base et poser les premiers jalons. Elle permet de décider s'il faut proposer au Département fédéral de l'économie publique de charger la Commission d'une enquête spéciale».

⁷⁶¹ PCC 14/1979 p. 86 ss (en français, PCC 14/1979 p. 179 s.).

⁷⁶² Et malgré cette affirmation de la Commission des cartels: «Die vorliegende Erhebung [= l'enquête de 1979] knüpft nicht an diejenige aus dem Jahre 1968 an, sondern betrachtet ausschliesslich die verschiedenen Erscheinungsformen der Bankenkonzentration». PCC 14/1979 p. 15 (en français, PCC 14/1979 p. 177). Prudemment, la Commission avait toutefois fait la réserve suivante: «Immerhin ist hier an die Schlussfolgerung im erwähnten Bericht zu erinnern, dass die kartellistischen Vereinbarungen eine gewisse strukturerhaltende Wirkung zeitigten». PCC 14/1979 p. 15.

2. Le Rapport de 1989

En juin 1985, la Commission a ouvert une enquête⁷⁶³ sur «les conditions de la concurrence dans le secteur bancaire suisse»⁷⁶⁴. La sous-commission chargée de mener cette enquête a prévu deux phases⁷⁶⁵:

- La première, consacrée aux *conventions de portée nationale* (n° 174), est aujourd'hui terminée: En 1989, la Commission a publié un rapport sur «les effets de portée nationale d'accords entre banques» (**Rapport de 1989**)⁷⁶⁶. Plusieurs recommandations de la Commission ont d'abord été rejetées par les parties concernées⁷⁶⁷. Pour sa part, la Commission a ou bien accepté certaines contre-propositions faites par l'Association suisse des banquiers ou bien tenu compte de changements intervenus entre-temps; dans d'autres cas, elle a maintenu ses recommandations et a fait des propositions au Département fédéral de l'économie publique conformément à l'art. 37 al. 1 LCart⁷⁶⁸. Une seule décision du Département,

⁷⁶³ A son ouverture, l'enquête fut considérée comme une enquête générale au sens de l'art. 18 aLCart (p.ex. PCC 21/1986 p. 32). Conformément à une décision prise par la Commission sur les questions de droit transitoire, cette enquête générale a été transformée en une enquête au sens de l'art. 29 LCart (PCCSPR 1987/1 p. 36). Cette solution a eu une influence limitée sur la procédure puisqu'au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, soit le 1^{er} juillet 1989, l'enquête n'était qu'à un stade préparatoire (PCCSPR 1987/1 p. 37 s.).

⁷⁶⁴ PCC 21/1986 p. 32. Déjà dans sa publication sur la concentration dans le secteur bancaire (*supra* n. 756), la Commission indiquait que son enquête de 1968 (*supra* n. 752) était dépassée sous plusieurs aspects (cf. PCC 14/1979 p. 15). Au départ, l'enquête de 1989 était restreinte au marché hypothécaire; ce sujet a par la suite été élargi et les accents déplacés. Et l'enquête fut essentiellement consacrée aux banques (PCC 21/1986 p. 28).

⁷⁶⁵ PCC 21/1986 p. 32.

⁷⁶⁶ PCCSPR 1989/3 p. 101 (traduction intégrale de la version allemande publiée, *in* PCCSPR 1989/3 p. 1).

⁷⁶⁷ On se référera avant tout à la prise de position de l'ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS (= ASB, Les banques et la concurrence). Il existe toutefois plusieurs autres prises de position: en particulier, celles de l'Association des bourses suisses du 5 juillet 1989 sur la Convention de courtage et du 15 juin 1989 sur l'Instance suisse d'admission, celle de l'Union de Banques Suisses du 26 juin 1989 relative à la Convention sur le commerce de devises, celle du Crédit Suisse du 30 juin 1989 sur l'Accord concernant les dépôts à terme en francs suisses, celle du «grand syndicat» du 6 juin 1989 sur les contrats de syndicat et celle de la Société de Banque Suisse du 22 juin 1989 sur le contrat du «syndicat des grandes banques». Notons encore que le Tribunal fédéral n'est pas entré en matière sur un recours de l'ASB dans la procédure par-devant le Département fédéral de l'économie publique; la Haute Cour a invoqué pour motif le fait «que la question du droit de consulter le dossier peut être présentée dans le cadre d'un recours sur une décision du DFEP relative à l'application de recommandations» (PCCSPR 1991/Ia p. 30; ATF du 15.2.1990 reproduit *in* PCCSPR 1991/Ia p. 85). Sur ce problème, cf. ATF 113/1987 Ib 90; avec note de jurisprudence de HOMBURGER, *in* SAS 60/1988 p. 31. Eg. STOFFEL, *in* BR/DC 1988 p. 56; WIDMER, *in* SAS 59/1987 p. 80.

⁷⁶⁸ Sur cette disposition, cf. SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 728 ss. D'une manière générale, on se reportera aussi aux avis de droit donnés par RICHLI et GRISEL, publiés *in* PCCSPR 1987/1 p. 65 ss.

La Commission a ainsi accepté les contre-propositions concernant les art. 7 à 9 de la Convention III (n° 977), la Convention IX relative au paiement et à la rétrocession de commissions sur les revenus et les placements remboursables en francs suisses et la Convention XIX (cf. n° 1175 ss, sp. n° 1181). Elle a par ailleurs tenu compte de changements de situations en rapport avec la Convention V (n° 174) et l'Instance suisse d'admission («Schweizerische Zulassungsstelle»).

celle relative à la Convention IV établissant un tarif uniforme pour les droits de garde, a fait l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral (art. 38 LCart)⁷⁶⁹. Ce recours est actuellement pendant.

- 994 – La seconde phase devrait porter sur les *conventions locales* (n° 180 s.), «dans la mesure où cela [apparaîtrait] souhaitable à la lumière des résultats de la première phase»⁷⁷⁰. A ce jour, aucune décision n'a été prise quant à l'opportunité d'une telle enquête. La Commission attend probablement la fin de la procédure relative aux conventions nationales avant de s'intéresser aux niveaux local et régional.
- 995 Le Rapport de 1989 revêt une importance particulière parce que, d'une part, il présente les résultats de la plus récente enquête sur la concurrence dans le secteur bancaire suisse et, d'autre part, il concerne l'une des premières enquêtes menées par la Commission depuis l'adoption de la nouvelle loi sur les cartels.

III. Quelques règles de droit étranger

- 996 A l'exception de l'art. 1 phr. 2 LSPR (n° 966 ss) et, dans une moindre mesure, de l'art. 4quater LB (n° 974 ss), il n'existe pas de dispositions du droit suisse de la concurrence applicables spécialement au secteur bancaire. On trouve en revanche des dispositions particulières dans plusieurs droits étrangers, notamment les droits allemand, anglais et américain (1). En outre, le droit communautaire prévoit une réglementation favorable aux accords de coopération (2). En guise de conclusion, nous essayerons de tirer un certain nombre de règles communes fondées sur une comparaison de ces régimes avec le droit suisse (3).

Les recommandations suivantes ont été maintenues: la Convention IV établissant un tarif uniforme pour les droits uniformes, la Convention XI relative aux conditions minima en matière d'accréditifs documentaires, la Convention de courtage et le «syndicat des grandes banques» (cf. n° 1158 ss).

⁷⁶⁹ Sur cette disposition, cf. SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 736 ss (avec les références citées). Cf. ég. les avis de droit cités à la note précédente.

Pour le surplus, les décisions du Département concernaient les trois autres recommandations maintenues par la Commission (*supra* n. 768) et allaient dans le sens des propositions faites par celle-ci. Relevons qu'alors que le Département avait décidé que la Convention de courtage devait être abrogée d'ici la fin 1992, l'Association des bourses suisses y a mis un terme au 1^{er} janvier 1991.

⁷⁷⁰ PCC 21/1986 p. 32.

1. Les droits nationaux

A. Le droit allemand

Le § 102 al. 2 de la loi allemande contre les entraves à la concurrence («Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen» [=GWB]) prévoit que les parties ne sont pas tenues d'annoncer à l'autorité compétente la conclusion de contrats portant sur des crédits consortiaux, lorsque ceux-ci sont destinés à prendre en charge les risques d'une opération bien déterminée: 997

«§ 15 findet auf Verträge, die einen Einzelfall betreffen, keine Anwendung; die §§ 1 und 15 finden auf die für den Einzelfall vereinbarte gemeinsame Übernahme von Einzelrisiken im Mit- und Rückversicherungsgeschäft sowie im Konsortialgeschäft der Kreditinstitute keine Anwendung».

Cette disposition appelle deux remarques: 998

1. La règle. Le § 102 al. 2 GWB doit être interprété comme une exception limitée au principe général exprimé par le § 1 al. 1 GWB. On peut développer cette formule de la manière suivante: 999

a. Un consortium ne peut bénéficier de l'exemption prévue au § 102 al. 2 GWB que dans la mesure où le contrat que passent ses membres tombe sous le coup du **§ 1 al. 1 GWB**⁷⁷¹. Or, cette disposition ne frappe de nullité que les accords et décisions suivants⁷⁷²: 1000

«Verträge, die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schliessen, und Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen (...), soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. Dies gilt nicht, soweit in diesem Gesetz etwas anderes bestimmt ist».

Selon la doctrine allemande, les contrats de syndicat de prêt échappent à cette définition dans au moins trois situations⁷⁷³: 1001

a) Il est *indispensable* de former un syndicat afin de répartir entre ses membres les risques découlant d'une opération (cpr n° 1009). 1002

⁷⁷¹ MOESCHEL, in ZHR 136/1972 p. 306. Nous faisons ici abstraction du § 15 GWB («Nichtigkeit von Verträgen über Preisgestaltung oder Geschäftsbedingungen») qui a une importance pratique très limitée dans notre domaine. *Idem*, in GWB Kommentar, p. 2032 n° 33 et 2026 s. n° 20 (= IMMENGA/MESTMAECKER, édit.). Cette disposition vise en effet les contrats bilatéraux où une partie limite sa liberté de fixer les prix de vente de marchandises livrées par l'autre partie ou de déterminer les conditions de vente de ces marchandises («cartels verticaux»). EMMERICH, p. 452 n° 49. Notons au passage que la situation visée rappelle celle définie par l'art. 3 LCart. (cf. n° 1077 ss).

⁷⁷² Sur cette disposition, cf. p.ex. IMMENGA, in GWB Kommentar, p. 57 ss (= IMMENGA/MESTMAECKER, édit.).

⁷⁷³ Cf. sp. MOESCHEL, in ZHR 136/1972 p. 282. Eg. *idem*, in GWB Kommentar, p. 2032 n° 34 (= IMMENGA/MESTMAECKER, édit.).

- 1003 b) Il est *indispensable* de former un syndicat afin d'utiliser les capacités financières et de placement de plusieurs banques.
- 1004 c) Un *client demande* à ce que plusieurs banques locales («Hausbanken») participent au prêt qu'il a sollicité.
- 1005 Dans ces trois cas, la concurrence est rendue impossible par des circonstances extérieures à la volonté des banques (nécessité de constituer un syndicat ou volonté du client). On n'est donc pas en présence de contrats ou recommandations du type de ceux décrits au § 1 al. 1 GWB, parce que la constitution d'un syndicat ne saurait influencer une concurrence qui n'existe pas⁷⁷⁴.
- 1006 Il faut rappeler ici que les syndicats de crédit sont le plus souvent formés dans des circonstances semblables ou analogues à celles qui viennent d'être décrites. De ce point de vue déjà, l'exception prévue par le § 102 al. 2 GWB ne concerne qu'un nombre limité de cas⁷⁷⁵.
- 1007 b. Ce nombre est encore réduit par les conditions posées par le § 102 al. 2 GWB, puisque les personnes qui concluent un contrat de syndicat tombant sous le coup du § 1 al. 1 GWB ne sont dispensées du devoir d'annonce que si **deux conditions cumulatives** sont remplies⁷⁷⁶:
- 1008 a) La formation du syndicat doit intervenir en relation avec une opération déterminée («*Einzelfall*»)⁷⁷⁷. En d'autres termes, l'exemption prévue par le § 102 al. 2 GWB ne vaut que pour les syndicats occasionnels et ne vaut pas pour les syndicats permanents (n° 1146 ss).

⁷⁷⁴ Cf. les références citées *supra* n. 771.

⁷⁷⁵ Cf. les références citées *supra* n. 771.

⁷⁷⁶ Surtout LANGEN/NIEDERLEITHINGER/RITTER/SCHMIDT, § 102 n° 19. Dans le GWB Kommentar édité par IMMENGA/MESTMAECKER (p. 2032 n° 34), MOESCHEL donne l'impression que seul compte le fait que l'on soit en présence d'un cas déterminé («Sind diese Grenzen überschritten, greift gleichwohl die Bereichsausnahme des § 102, und zwar ohne Meldepflicht ein, falls die Vereinbarung nur eine Einzelaktion zum Gegenstand hat»). Il n'en est rien puisque comme MOESCHEL le relève lui-même dans son article paru sur le sujet: «Die Gesellschaftsverträge, welche der Gesetzgeber in § 102 Abs. 1 S. 4 GWB im Auge hatte, sind vielmehr diejenigen, bei denen sachverhaltstypisch eine Risikoteilung gegeben ist. Der Gesetzgeber dachte hier gegenstandsbezogen. Gemeint ist damit der Umkreis der Kredit-, Anleihe- und Aktienemissionskonsortien. Diese, aber auch nur diese sind generell von einer Meldepflicht befreit». MOESCHEL, in ZHR 136/1972 p. 285. A noter qu'au temps où MOESCHEL a publié son article (1972), l'équivalent de l'actuel § 102 al. 2 GWB était le § 102 al. 1 phr. 4 GWB, sous deux réserves toutefois: D'une part, aucune mention n'était faite du § 15 GWB (voir *supra* n. 771) et, d'autre part, aucune distinction n'était opérée entre syndicats permanents et occasionnels (voir la note suivante). Sous réserve de modification d'ordre purement rédactionnel, le § 102 al. 2 GWB, adopté à l'occasion de la révision législative du 22 décembre 1989 («Fünftes Gesetz zur Aenderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen»), a repris les règles exprimées par le § 102 al. 1 phr. 3 GWB, dans sa version du 26 avril 1980. Sur la révision de 1989, cf. MONOPOLKOMMISSION, Siebentes Hauptgutachten (1986/1987): Die Wettbewerbsordnung erweitern, n° 38 s.

⁷⁷⁷ Cette exigence a été introduite par la novelle du 26 avril 1980. A ce sujet, cf. MOESCHEL, in GWB Kommentar, p. 2032 n° 34 (= IMMENGA/MESTMAECKER, édit).

b) Le syndicat doit être formé pour répartir entre ses membres les risques de cette opération («*Einzelrisiken*»). Cette condition se distingue du cas décrit précédemment dans la mesure où, bien que les banques ne soient *pas contraintes* de former un syndicat (cpr n° 1002), elles décident néanmoins de le faire pour un but analogue. 1009

Seuls les syndicats correspondant à ces conditions sont exemptés de l'obligation d'annonce. Dans tous les autres cas, les banques doivent informer les autorités compétentes de la constitution du consortium; faute de quoi, l'accord passé est sans effet («*unwirksam*») et les participants risquent d'être condamnés au paiement d'une amende. 1010

2. La comparaison avec le droit suisse. Pour le juriste suisse, le régime des exceptions prévues par la loi allemande contre les restrictions à la concurrence est intéressant à un double titre: 1011

a. *En Suisse*, les Chambres fédérales ont récemment accepté le principe d'une intégration de la rémunération des crédits dans le champ d'application de la loi sur la **surveillance des prix** (n° 966 ss). *En Allemagne*, par contre, la loi prévoit plusieurs exceptions **en faveur des banques** lorsque celles-ci forment des groupes *ad hoc* (n° 1007 ss). Les divergences entre ces deux systèmes sont toutefois moins prononcées qu'il n'y paraît: 1012

- d'une part, parce que le projet du Conseil fédéral, repris pour l'essentiel par le Parlement suisse, prend en compte les particularités du secteur bancaire (n° 966 et 970) et, 1013

- d'autre part, parce que le droit communautaire tend à limiter les effets des exceptions prévues par les lois nationales des Etats membres de la Communauté (cf. n° 1033 ss). 1014

b. Par ailleurs, lors de l'établissement des **diagnostics** prévus en droit suisse par l'art. 29 LCart (cf. n° 1089 ss), on pourra s'inspirer des motifs avancés en droit allemand pour justifier les privilèges accordés aux syndicats de banques. Certains de ces motifs pourront ainsi être pris en compte lorsqu'il s'agira de mettre en balance les effets positifs et négatifs des restrictions de la concurrence qui interviennent dans notre domaine (cf. p.ex. n° 1094 ss). 1015

B. Le droit anglais

Selon la loi anglaise de 1977 sur les pratiques commerciales restrictives de la concurrence («**Restrictive Trade Practices Act of 1977**»)⁷⁷⁸, les banques 1016

⁷⁷⁸ Cf. la première partie de l'annexe («Schedule») de cet Acte qui ajoute un nouvel art. 4 à l'Ordonnance de 1976 sur les pratiques commerciales restrictives de la concurrence («Restrictive Trade Practices Order of 1976»).

anglaises sont dispensées d'annoncer aux autorités compétentes leurs accords cartellaires relatifs à des prêts⁷⁷⁹, lorsque ces accords concernent ou sont appliqués à des emprunteurs domiciliés à l'étranger:

«(4) If the *financing terms* relate to the doing of anything outside the United Kingdom by a person who neither resides nor carries on a business within the United Kingdom, no account shall be taken of any restriction which is accepted only-

(a) by him; or

(b) by one or more such persons; or

(c) by him and one or more other such persons»⁷⁸⁰.

- 1017 Alors qu'en droit allemand l'accomplissement de deux conditions cumulatives est nécessaire pour obtenir l'exemption prévue par le § 102 al. 2 GWB (n° 1007 ss), en droit anglais il suffit qu'une seule condition soit remplie: le domicile à l'étranger de l'emprunteur⁷⁸¹.
- 1018 Cette condition pourrait être prise en compte par la Commission suisse des cartels lors de l'établissement d'un bilan conformément à l'art. 29 al. 2 LCart (cf. n° 1092 ss). En effet, selon cette disposition, la Commission intègre dans son analyse les effets d'une mesure cartellaire «sur la capacité de concurrence des entreprises suisses dans le pays et à l'étranger» (cf. n° 1250 ss)⁷⁸². Cet élément n'a toutefois pas un caractère absolu: La Commission le mettra en balance avec de nombreuses autres composantes avant de poser son diagnostic (cf. n° 1096).

C. Le droit américain

- 1019 Il n'existe pas aux Etats-Unis de réglementations antitrust applicables spécialement aux prêts consortiaux (cpr n° 997 ss). Il y a par contre, sur le plan fédéral, des dispositions d'une part condamnant certaines pratiques anti-concurrentielles auxquelles les banques pourraient recourir à l'occasion d'une opération de *crédit* et d'autre part prévoyant une exception au régime général lors de la *fusion ou l'acquisition* de banques:

⁷⁷⁹ L'obligation d'annoncer est prévue par la Section 1 de la loi anglaise de 1976 sur les pratiques commerciales restrictives de la concurrence («Restrictive Trade Practices Act of 1976»).

⁷⁸⁰ Le passage cité est l'art. 4 al. 4 de l'Ordonnance mentionnée *supra* n. 778. L'art. 4 al. 1 litt. a et b de ladite Ordonnance déclare que sont notamment des «financing terms»: l'octroi ou le maintien d'un prêt («the making or continuation of a loan») et toute autre forme de crédit («the granting or continuation of any form of credit or of facilities for credit»).

⁷⁸¹ BLAISE/FOUCHARD, p. 224 n° 119.

⁷⁸² Soit en allemand: «die Konkurrenzfähigkeit schweizerischer Unternehmen im In- und Ausland». Sur cette disposition, cf. SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 674.

1. Les «Tie-in Amendments»⁷⁸³. Le premier groupe de règles interdit aux banques d'abuser de leur fonction de dispensatrices de crédit pour imposer à un client qui sollicite un prêt:

- a) qu'il s'engage à accepter de la banque des *services* qui ne sont pas directement liés à l'octroi du crédit (12 U.S.C. § 1972(1)(A))⁷⁸⁴, ou
- b) que toute demande de *crédit supplémentaire* soit faite uniquement à la banque qui a accordé le premier prêt (12 U.S.C. § 1972(1)(B) et (E))⁷⁸⁵.

La loi réprime par un système spécial ce type de comportement:

- a) Parce que les «Tie-in Amendments» décrivent spécifiquement les actes qu'ils déclarent illégaux, il n'est pas nécessaire pour les demandeurs de prouver qu'il y a eu une diminution sensible de la concurrence («*substantial foreclosure*»)⁷⁸⁶; il leur suffit de démontrer la commission d'un acte prohibé par la loi.
- b) Les sanctions que le législateur a prévues sont particulièrement drastiques (12 U.S.C. § 1975); il est notamment possible aux personnes lésées d'obtenir trois fois le montant du dommage («*treble damages*») qu'elles ont subi⁷⁸⁷.

Le législateur américain a ainsi voulu empêcher et sanctionner sévèrement toute action de banques visant à utiliser, contrairement aux règles de la concurrence, le pouvoir que leur donne leur position dans le marché des crédits. *En droit suisse*, un tel comportement est expressément mentionné à

⁷⁸³ La dénomination complète est «Tie-in Amendments to the Bank Holding Company Act»; ces amendements ont été adoptés en 1970 et sont codifiés au 12 U.S.C. § 1971-1978.

⁷⁸⁴ A teneur de cette règle:

«A bank shall not in any manner extend credit, lease or sell property of any kind, or furnish any service, or fix or vary the consideration for any of the foregoing, on the condition or requirement that the customer shall obtain some additional credit, property, or service from such bank other than a loan, discount, deposit, or trust service».

⁷⁸⁵ A teneur de ces dispositions:

«A bank shall not in any manner extend credit, lease or sell property of any kind, or furnish any service, or fix or vary the consideration for any of the foregoing, on the condition or requirement- [...]

(B) that the customer shall obtain some additional credit, property, or service from a bank holding company of such bank, or from any other subsidiary of such bank holding company; [...]

(E) that the customer shall not obtain some other credit, property, or service from a competitor of such bank, a bank holding company of such bank, or any subsidiary of such bank holding company, other than a condition or requirement that such bank shall reasonably impose in a credit transaction to assure the soundness of the credit».

⁷⁸⁶ SYMONS/WHITE, p. 549. Exception à Fortner Enterprises c/ U.S. Steel (Fortner I), 394 U.S. 495, 89 S.Ct. 1252, 22 L.Ed. 2d 495 (1969); sur Fortner I, cf. NOTE, The logic of foreclosure, in Yale Law Journal 79/1969 p. 86. Voir ég. U.S. Steel c/ Fortner Enterprises, Inc. (Fortner II), 429 U.S. 610, 97 S.Ct. 861, 51 L.Ed. 2d 80 (1977). A ce propos, cf. p.ex. JONES, in Columbia Law Review 78/1978 p. 39.

⁷⁸⁷ SYMONS/WHITE, p. 549.

l'art. 6 al. 3 LCart («affaires liées»; cf. n° 1130 s.). Dans certaines circonstances, ces pratiques pourraient également tomber sous le coup de la loi contre la concurrence déloyale (n° 971 ss).

- 1027 **2. La concentration horizontale.** Dans le domaine des fusions et acquisitions de banques, trois actes législatifs – le Change in Bank Control Act (12 U.S.C. § 1817(j))⁷⁸⁸, le Bank Merger Act (12 U.S.C. § 1828(c))⁷⁸⁹ et le Bank Holding Company Act (12 U.S.C. § 1842(c)) – prévoient un assouplissement de la réglementation générale en faveur des banques.
- 1028 Le système présente deux particularités:
- 1029 a) La transaction doit être *approuvée* par l'une des trois institutions gouvernementales qui exercent une surveillance sur le secteur bancaire américain, c'est-à-dire le Comptroller of the Currency, le Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) et le Federal Reserve Board⁷⁹⁰. Le choix de l'autorité repose essentiellement sur trois critères⁷⁹¹: la forme de l'opération (fusion ou acquisition?), la nature de l'acquéreur (personne physique ou morale?), le type de banques impliquées (autorisation reçue de l'un des Etats membres de l'Union ou du gouvernement fédéral?).
- 1030 b) Les conditions matérielles posées à l'octroi de l'autorisation d'acquérir ou de fusionner dérogent aussi au régime ordinaire: Après avoir réaffirmé le principe selon lequel une fusion ne peut pas être admise si elle diminue de manière sensible la concurrence dans une partie du pays, la loi réserve expressément le cas où cet effet négatif est compensé par les avantages («*convenience and needs*») que l'opération apporte à la collectivité⁷⁹².
- 1031 Le législateur américain a ainsi voulu prendre en compte la place spéciale qu'occupent les banques dans l'économie. De plus, en prescrivant expressément à l'administration de mettre en balance les éléments positifs et négatifs d'une fusion – *et non de s'arrêter à la réduction de la concurrence* – le Congrès a voulu relever les aspects bénéfiques de la formation d'un groupe ou d'une communauté de banques (diversification, répartition des risques, économies d'échelle).
- 1032 *Dans leur esprit*, ces principes pourraient aussi être appliqués dans le domaine des prêts syndiqués. On rappellera en outre que la loi allemande prévoit également un régime préférentiel lorsque des banques ou des assurances se regroupent en vue d'une opération particulière (n° 997 ss).

⁷⁸⁸ Cf. sp. 12 U.S.C. § 1817(j)(1) et (7).

⁷⁸⁹ Cf. sp. 12 U.S.C. § 1828(c)(4) et (5).

⁷⁹⁰ Pour une présentation générale du système bancaire américain, cf. POLLARD/PASSAIC/ELIS/DALY.

⁷⁹¹ SYMONS/WHITE, p. 509.

⁷⁹² *Ibidem*.

2. Le droit communautaire

Le secteur bancaire a aussi reçu une attention particulière en droit communautaire. En effet, la Commission des CE s'est à plusieurs reprises prononcée sur l'admissibilité de certaines pratiques bancaires au regard des dispositions régissant la concurrence dans la Communauté. Nous commencerons donc par rappeler les règles générales (A), pour présenter ensuite les développements qui concernent plus spécialement notre étude (B).

A. Les art. 85 et 86 du Traité CEE

Deux dispositions du Traité instituant la Communauté économique européenne, du 25 mars 1957 (le «**Traité CEE**»), tendent à l'instauration d'un régime qui assure une concurrence non-faussée au sein du Marché Commun:

1. L'art. 85 al. 1 du Traité CEE interdit les accords et pratiques concertées qui empêchent, restreignent ou faussent la concurrence⁷⁹³. L'art. 85 al. 3 prévoit toutefois plusieurs exceptions, lorsque les accords et pratiques en question profitent aux clients – consommateurs, distributeurs ou fournisseurs – des entités qui les ont adoptés⁷⁹⁴. Tel est le cas lorsque ces accords ou pratiques «contribuent à améliorer la production ou la distribution de produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte»⁷⁹⁵.

⁷⁹³ «Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun». Sur cette disposition en général, cf. HERTIG, *Consommateur*, p. 44 ss (avec les nombreuses références citées); CHILD, p. 487 s.; PEETERS; SCHLUEP W., *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, in MEYER-MARSILIUS H.-J./SCHLUEP W./STAUFFACHER W. (édit.), *Beziehungen Schweiz-EG*, Zurich 1989, n° 10.1/VIII; CASPARI M., *EWG-Wettbewerbsrecht – Praxis der Kommission*, in WuR 41/1989 p. 14; EVERLING U., *EG-Wettbewerbsrecht – Praxis des Gerichtshofs*, in WuR 41/1989 p. 34. Eg. les auteurs cités par HOMBURGER/DROLSHAMMER, p. 102 ss (suppl., p. 34 s.).

Pour une présentation de droit comparé, cf. HOMBURGER E., *Wettbewerbsrecht*, in SCHINDLER D./HERTIG G./KELLENBERGER J./THUERER D./ZAECH R. (édit.), *Le droit suisse et le droit communautaire: convergences et divergences*, Zurich 1990, p. 357; HOMBURGER, art. 29 LCart n° 71 ss.

⁷⁹⁴ PEETERS, p. 521; CHILD, p. 487.

⁷⁹⁵ A ce sujet, cf. HERTIG, *Consommateur*, p. 44. Relevons en outre que ces mesures doivent respecter le principe de la proportionnalité et ne pas donner aux entreprises intéressées «la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence» (art. 85 al. 3 litt. a et b du Traité CEE).

- 1036 **2. L'art. 86 du Traité CEE** interdit toute exploitation d'une position dominante⁷⁹⁶. Cette interdiction ne s'applique pas aux positions dominantes *per se*, mais seulement aux cas où l'entreprise qui détient une telle position en abuse pour réduire ou éliminer la concurrence⁷⁹⁷. L'art. 86 ne contient pas de disposition comparable au troisième alinéa de l'art. 85, «ce qui peut laisser entendre que la restriction de la concurrence par une entreprise en position dominante est toujours contraire aux objectifs du Traité»⁷⁹⁸. On peut néanmoins se demander si une restriction de la concurrence *manifestement* favorable auxdits objectifs peut être constitutive d'un abus⁷⁹⁹.

B. La concurrence dans le secteur bancaire

- 1037 **Seules les applications faites de l'art. 85 du Traité CEE au secteur bancaire nous intéressent**, dès lors que cette disposition pose clairement (cpr n° 1036) des principes proches de ceux développés, en droit suisse, par l'art. 29 al. 2 LCart (cf. n° 1092 ss). On peut le vérifier en traitant successivement d'une communication *générale* sur les accords de coopération et de décisions prises par la Commission des CE à propos d'accords *entre banques*.

- 1038 **1. La Communication sur les accords de coopération.** La Commission des CE a publié le 29 juillet 1968 une Communication relative aux accords, décisions et pratiques concertées concernant la coopération entre entreprises⁸⁰⁰. Dans son texte, la Commission a indiqué qu'elle ne considère pas comme restrictifs de concurrence:

«[L]es accords qui ont uniquement pour objet la constitution d'une association temporaire de travail en vue de l'exécution en commun des commandes, **lorsque les entreprises participantes ne sont pas en concurrence pour les prestations à fournir ou ne sont pas individuellement en mesure d'exécuter la commande**»⁸⁰¹.

- 1039 Ces principes sont certainement applicables aux prêts consortiaux: La Commission fait expressément référence dans sa Communication aux cas où les

⁷⁹⁶ «Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci». Sur cette disposition en général, cf. HERTIG, *Consommateur*, p. 46 ss (avec les nombreuses références citées); BURKI. Eg. les auteurs cités par HOMBURGER/DROLHAMMER, p. 102 ss (suppl., p. 34 s.) et les autres références *supra* n. 793.

⁷⁹⁷ Arrêt de la Cour de Justice des CE (= CJCE) *Continental Can Co. c/ Commission*, Recueil de la jurisprudence de la CJCE 1973 p. 215; HERTIG, *Consommateur*, p. 46 (avec d'autres références à la n. 141).

⁷⁹⁸ HERTIG, *Consommateur*, p. 47 n. 146.

⁷⁹⁹ *Idem*, p. 47.

⁸⁰⁰ JOCE C 75/3, du 29.7.68, p. 1.

⁸⁰¹ *Idem*, p. 5. A ce sujet, cf. BLAISE/FOUCHARD, p. 224.

entreprises ne sont pas en mesure de supporter individuellement les risques financiers d'une opération⁸⁰². En d'autres termes, les membres d'un syndicat ne concluent pas un accord restrictif de la concurrence au sens de l'art. 85 du Traité CEE lorsqu'il ne leur est pas possible, au regard des règles habituelles de gestion bancaire, de supporter seules le risque intégral; le fait que les banques auraient individuellement les liquidités nécessaires à l'octroi du prêt ne joue aucun rôle dans cette analyse⁸⁰³.

2. Les décisions de la Commission dans le domaine bancaire. Il existe en 1040
 outre une série de décisions prises par la Commission des CE à propos
 d'accords de coopération interbancaires. Bien qu'aucune de ces décisions ne
 concerne directement les prêts consortiaux, on peut néanmoins s'inspirer de
 leur esprit afin de poser un certain nombre de principes applicables à notre
 domaine:

a. Il faut toujours déterminer si l'accord ou la pratique incriminé a une 1041
 «**portée communautaire**» («*Community dimension*»), c'est-à-dire s'il touche
 plus d'un Etat membre. Tel est notamment le cas d'un accord passé entre
 deux banques exerçant leurs activités dans deux ou plusieurs Etats mem-
 bres⁸⁰⁴.

b. Lorsqu'un accord ou une pratique tombe sous le coup de l'art. 85 du 1042
 Traité CEE, il convient de **mettre en balance** la restriction de la concurrence
 avec les avantages qui en résultent pour le public. L'on a ainsi admis la
 légalité d'accords anti-concurrentiels qui, d'une manière générale, amélio-
 raient le service aux clients ou favoriseraient la fluidité des opérations dans le
 secteur bancaire⁸⁰⁵. Tel fut notamment le cas du système «Eurochèque»,
 pour lequel la Commission prononça une exemption (art. 85 al. 3 du Traité
 CEE), principalement en raison de la rationalisation qui résulte des méca-
 nismes adoptés⁸⁰⁶.

c. L'élément «**prix**» est un élément important de l'analyse faite par la 1043
 Commission⁸⁰⁷. Il n'a pourtant pas un caractère absolu: Un accord fixant les

⁸⁰² JOCE C 75/3, du 29.7.68, p. 6.

⁸⁰³ BLAISE/FOUCHARD, p. 224.

⁸⁰⁴ Décision de la Commission des CE du 19 juillet 1989 relative aux banques hollandaises («Dutch Banks»), in JOCE L 253, du 30.8.89, p. 1, 10. Eg. CHILD, p. 487 et 490 (citant la décision de la Commission des CE du 12 décembre 1986 relative à l'Italian Bank Association (ABI), in JOCE L 43, du 13.2.87, p. 51).

⁸⁰⁵ CHILD, p. 489 (citant la décision de la Commission des CE du 11 décembre 1986 relative à l'Association des banques belges, in JOCE L 7, du 9.1.87, p. 27).

⁸⁰⁶ *Idem*, p. 488 s. (citant la décision de la Commission des CE du 19 décembre 1988 relative au système «Eurochèque», in JOCE L 36, du 8.2.89, p. 16).

⁸⁰⁷ *Idem*, p. 490.

commissions dues par les clients pour certains services n'est pas automatiquement nul; la Commission prend également en compte les avantages apportés par les mesures à l'origine de la restriction de concurrence⁸⁰⁸.

1044 **d.** En principe, la Commission fait preuve d'une plus grande souplesse lorsque les accords ou pratiques ne portent que sur les relations **entre banques** et ne touchent qu'indirectement leurs clients⁸⁰⁹. Certes, ces accords peuvent avoir une influence sur les coûts des opérations bancaires. Toutefois, il arrive souvent que seul un élément du coût final soit affecté et que, par conséquent, l'accord en question n'ait qu'un effet minime sur les relations banques/clients.

1045 **e.** Enfin, la Commission a défini un certain nombre de règles en relation avec l'admission de nouveaux membres par des **associations professionnelles**. Ainsi, lorsque la qualité de membre de l'une de ces associations est indispensable pour avoir accès à un marché, les statuts de cette association doivent prévoir, d'une part, des critères d'admission objectifs et, d'autre part, une possibilité de recours à une instance supérieure en cas de refus d'admission⁸¹⁰.

3. Conclusion comparative

1046 On peut déduire des exposés qui précèdent que les législations étrangères régissant la concurrence prennent généralement en considération les particularités du secteur bancaire et prévoient une certaine souplesse en faveur de la constitution de groupements bancaires (n° 997 ss).

⁸⁰⁸ *Idem*, p. 489 (citant la décision de la Commission des CE relative au système «Eurochèque», *supra* n. 806). A ce propos, on tiendra compte du commentaire suivant fait par la Commission des CE en relation avec sa décision «Dutch banks» (*supra* n. 804): «As regards agreements on commissions for services to clients, the Decision confirms the Commission's position in earlier Decisions, namely that agreements on commissions for services between banks may be exempted only in exceptional cases where they are really necessary for the successful implementation of certain forms of cooperation between several banks». Nineteenth report on competition policy, Bruxelles/Luxembourg 1990, p. 69.

⁸⁰⁹ CHILD, p. 490 (citant la décision de la Commission des CE relative à l'Italian Bank Association (ABI), *supra* n. 804).

⁸¹⁰ Plusieurs décisions ont été prises à ce propos: *Cas Sarabex* (8th Report on competition policy (1979), n° 35 à 37); *London Sugar Futures Market* (in JOCE L 369, du 13.12.85, p. 25), *London Cocoa Terminal Market* (in JOCE L 369, du 13.12.85, p. 28), *Coffee Terminal Market* (in JOCE L 369, du 13.12.85, p. 31), *London Rubber Terminal Market* (in JOCE L 369, du 13.12.85, p. 35); *The London Grain Futures Market* (in JOCE L 19, du 10.12.86, p. 22), *The London Potato Futures Association Ltd* (in JOCE L 19, du 10.12.86, p. 26), *The London Meat Futures Exchange Ltd* (in JOCE L 19, du 10.12.86, p. 30), *The GAFTA Soya Bean Meal Futures Association* (in JOCE L 19, du 21.1.87, p. 18), *The Petroleum Exchange of London* (in JOCE L 3, du 4.12.86, p. 27). Tous cités et résumés par CHILD, p. 488.

Cette situation privilégiée n'est toutefois pas sans limites. Les entraves à la concurrence doivent ainsi respecter le but de la loi et le principe de la proportionnalité. Par exemple, en droit allemand et en droit communautaire, la formation de consortiums doit permettre aux banques de répartir entre elles les risques d'une transaction (n° 1009) ou de réaliser une opération qu'elles ne sont pas en mesure d'effectuer individuellement (n° 1038 s.). De même, on peut s'inspirer des dispositions de droit américain régissant le contrôle des fusions bancaires (n° 1027 ss). Le caractère absolu de la disposition de droit anglais doit être considéré comme exceptionnel (n° 1016 ss). 1047

Bien que le droit suisse de la concurrence ne contienne aucune règle comparable à celles qui viennent d'être évoquées (cep. n° 966 ss), on peut néanmoins prendre en compte ces principes de droit étranger lorsqu'il s'agit d'apprécier les effets de mesures cartellaires prises par des banques (cf. n° 1094 ss). 1048

§ 14 La méthode d'analyse

En nous inspirant des constatations faites lors de l'analyse de l'état de fait (n° 136 ss), nous commencerons par définir le marché des prêts syndiqués (I). Puis, nous traiterons des notions de cartel et d'organisation analogue (II), pour présenter enfin la disposition centrale du nouveau droit public des cartels: l'art. 29 LCart (III). Nous concluons par un résumé (IV). 1049

I. La définition du marché

Il faut d'abord définir le concept de marché retenu en droit des cartels (1), pour pouvoir l'appliquer ensuite aux prêts syndiqués (2). 1050

1. La notion de marché selon la loi sur les cartels

On retrouve le terme «marché» dans plusieurs dispositions de la loi sur les cartels (art. 4, 5 et 29: «marché de certains biens et services»; art. 5 et 30: 1051

«marché»⁸¹¹. La loi ne définit toutefois pas ce concept, et il faut donc se reporter aux critères proposés par la jurisprudence, la pratique de la Commission des cartels et la doctrine. On en retient généralement trois: le produit (A), le lieu (B) et le moment (C).

A. Le critère du produit

- 1052 Il faut d'abord déterminer le cercle des biens et services à considérer («*sachlich*»). Pour cela, on tient compte des biens et services sur lesquels les consommateurs peuvent se reporter, par exemple en cas d'augmentation de prix ou de réduction de l'offre⁸¹². Il s'agit dès lors d'examiner dans quelle mesure d'autres produits peuvent remplacer le bien ou le service dont le marché fait l'objet d'une entrave à la concurrence.
- 1053 On se sert en principe de critères tels que les aspects techniques et fonctionnels, les prix ou la qualité du produit en question et de produits qui lui sont proches⁸¹³. Parfois, on tient également compte de la politique commerciale des entreprises: On intègre alors dans le marché les produits que les entreprises considèrent dans leurs planifications⁸¹⁴.
- 1054 En *résumé*, pour reprendre la formule du Tribunal fédéral à propos du marché de l'offre:

«[On prend en considération toutes] autres marchandises identiques ou analogues, soit entre des biens ou services qui, selon l'appréciation raisonnable de l'acheteur, sont interchangeables parce qu'ils ont la même destination et les mêmes propriétés»⁸¹⁵.

B. Le critère du lieu

- 1055 Le marché doit aussi être délimité géographiquement («*räumlich*»). Autrement dit, il s'agit de définir le **cercle géographique de ceux qui sont en concurrence dans l'achat ou la vente d'un produit**. Il convient donc de déterminer quelle est la distance qu'un consommateur ou un vendeur est prêt à parcourir pour acheter ou vendre un produit⁸¹⁶. En fait, il ne s'agit pas tant

⁸¹¹ ZAECH, *in* Kartellrecht auf neuer Grundlage, p. 7.

⁸¹² SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 208 ss; ZAECH, *in* Kartellrecht auf neuer Grundlage, p. 21 s.; HOMBURGER, art. 4 LCart n° 3 ss.

⁸¹³ SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 255 ss.

⁸¹⁴ *Idem*, p. 260.

⁸¹⁵ ATF 91/1965 II 489, 491 (= PCC 1/1966 p. 219).

⁸¹⁶ SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 214 s. et 261 s.; ZAECH, *in* Kartellrecht auf neuer Grundlage, p. 19 s. Eg. HOMBURGER, art. 4 LCart n° 14 s.

d'un nombre de kilomètres que les parties devraient matériellement parcourir, que de l'éloignement des participants au marché défini au moyen de facteurs économiques comme le coût de l'opération⁸¹⁷.

Le marché géographique ne coïncide pas toujours avec le champ d'application de la loi à raison du lieu : Même si les marchés choisis par le juge civil et la Commission des cartels sont le plus souvent des marchés nationaux, régionaux ou locaux, il peut aussi arriver que ces autorités décident d'ajouter à leur appréciation des éléments à caractère international⁸¹⁸. Tel est en particulier le cas lorsque la Commission mène une enquête au sujet d'une fusion d'entreprises (art. 30 LCart)⁸¹⁹. 1056

C. Le critère du moment

Il faut enfin délimiter le marché dans le temps («*zeitlich*»). Le moment déterminant change selon que l'on se trouve dans une procédure civile (art. 6 à 19 LCart) ou administrative (art. 29 à 41 LCart)⁸²⁰: 1057

- Dans la première hypothèse, on retient généralement le moment auquel survient la limitation de la concurrence, et au plus tard le moment du prononcé du jugement. 1058
- Dans la seconde, on retient en principe le moment de l'ouverture de l'enquête, et au plus tard le moment où la Commission communique ses recommandations aux intéressés (art. 32 LCart). 1059

2. L'application aux prêts syndiqués

L'application de ces critères aux prêts syndiqués appelle quatre remarques: 1060

1. Accent sur l'offre. A titre liminaire, il convient de relever que des cartels et organisations analogues peuvent se former tant du côté de l'offre (= les banques) que de la demande (= les emprunteurs). Toutefois, nous ne traiterons ici que des groupements cartellaires constitués par des banques: D'une part, parce que notre étude est centrée sur le rôle des banques dirigeantes et gérantes (n° 21 ss) et, d'autre part, parce que nous n'avons pas connaissance de cartels ou d'organisations analogues formés par des emprunteurs. 1061

⁸¹⁷ Pour une liste exemplative de ces critères économiques, cf. ZAECH, *in* Kartellrecht auf neuer Grundlage, p. 20.

⁸¹⁸ A ce sujet, cf. surtout SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 215 et 261 s.

⁸¹⁹ Sur cette disposition, cf. *idem*, p. 692 ss. Eg. HOMBURGER, *ad* art. 30 LCart.

⁸²⁰ ZAECH, p. 20 s.; SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 214 et 261.

- 1062 **2. Plusieurs marchés.** Il n'existe *pas* un marché des prêts syndiqués *mais* plusieurs marchés dont l'étendue et les participants varient suivant que l'on se trouve en présence d'un euro-crédit syndiqué (n° 139), d'un «club deal» (n° 140) ou d'un syndicat de place (n° 141). Du point de vue géographique, la définition du marché concerné comportera souvent un élément d'extranéité, dont il faudra également tenir compte lors de l'examen des effets d'une entrave à la concurrence (cf. p.ex. n° 1250 ss).
- 1063 **3. Par rapport au marché des émissions.** Il peut arriver qu'un crédit porte sur un montant tel qu'il peut justifier l'émission de papiers-valeurs. Le prêt syndiqué entre alors en concurrence avec d'autres moyens de financement, comme l'émission d'obligations ou de «notes». Cette concurrence est toutefois relative pour deux raisons:
- 1064 **a.** La négociation d'obligations et de «notes» est soumise à un **droit de timbre** (art. 13 al. 2 litt. a LT)⁸²¹. Or, cet impôt «a des effets particulièrement néfastes pour le commerce professionnel des titres et il empêche pratiquement l'institution d'un véritable système de 'Market Making'. D'une manière générale, la taxation des transactions affaiblit la liquidité du marché»⁸²². C'est pourquoi la «securitisation» du marché suisse n'a pas suivi l'évolution que l'on a pu observer sur la plupart des marchés étrangers. L'interpénétration des marchés des prêts syndiqués et des émissions est donc limitée.
- 1065 **b.** La structure d'un financement par l'émission de papiers-valeurs peut ne pas convenir à l'emprunteur, par exemple:
- 1066 – parce qu'il préfère traiter avec des banques plutôt qu'avec des investisseurs (institutionnels ou autres),
- 1067 – parce qu'il veut pouvoir contrôler l'identité de ses créanciers, ou
- 1068 – parce qu'il veut éviter une souscription publique et tient à garder secret son besoin de liquidités.
- 1069 **4. Par rapport à de nouveaux instruments financiers.** Les prêts syndiqués pourraient aussi entrer en concurrence avec de nouveaux instruments financiers dont les deux caractéristiques principales sont:
- 1070 – d'une part, que l'emprunteur n'a pas besoin d'émettre des papiers-valeurs et évite ainsi les inconvénients liés au droit de timbre de négociation (n° 43 et 1064) et,

⁸²¹ On rappellera par ailleurs que les «sous-participations à des créances provenant de prêts» sont également sujettes à un droit de timbre de négociation (art. 13 al. 2 litt. c LT; n° 43). A ce sujet, cf. *supra* n. 21. Les présentes considérations concernent toutefois uniquement les relations entre l'émission de papiers-valeurs et les prêts syndiqués *directs*.

⁸²² Rapport du groupe d'étude sur les bourses, Berne 1989, p. 29.

- d'autre part, que les banques ne participent pas à l'octroi du crédit et ne jouent qu'un rôle d'intermédiaires entre l'emprunteur et les investisseurs (en principe, «institutionnels»). 1071

On pense avant tout aux «*money market claims*» organisés par certaines grandes banques, où celles-ci s'engagent seulement à entreprendre les démarches nécessaires («best efforts») afin de placer auprès de leurs clients des quote-parts d'un crédit à court ou moyen terme, généralement renouvelable. 1072

Il est cependant trop tôt pour estimer si ces instruments sont totalement «interchangeables» avec les prêts syndiqués (n° 1052 ss). A notre avis, il est possible que ceux-là remplacent ceux-ci lors de certaines opérations de financement. On rappellera toutefois que les prêts syndiqués sont avant tout des crédits à moyen, voire long terme (cpr n° 309 s. et 1072). En outre, jusqu'à maintenant, les programmes de «*money market claims*» n'ont été offerts qu'à des débiteurs de premier ordre. L'instrument présente néanmoins une souplesse suffisante pour pouvoir s'adapter à d'autres situations. 1073

II. Les notions de cartel et d'organisation analogue

La deuxième phase de l'analyse consiste à déterminer s'il existe dans le marché des prêts syndiqués des cartels (1) ou des organisations analogues (2). 1074

A ce stade, nous nous bornerons à définir ces deux notions: Nous les reprendrons lorsque nous traiterons des circonstances dans lesquelles les banques participant à l'octroi d'un crédit forment un groupe à caractère cartellaire (cf. n° 1143 ss). 1075

1. La notion de cartel

L'art. 2 al. 1 LCart définit les cartels de la manière suivante: 1076

«les conventions et décisions, ainsi que les accords sans force obligatoire, qui influencent ou sont propres à influencer le marché de certains biens ou services par une limitation collective de la concurrence, en réglant notamment la production, la vente ou l'acquisition de marchandises, ainsi que les prix et autres conditions»⁸²³.

⁸²³ Soit en allemand: «Als Kartelle gelten Verträge, Beschlüsse oder rechtlich nicht erzwingbare Abreden, die mittels gemeinsamer Beschränkung des Wettbewerbes den Markt für bestimmte

- 1077 En outre, la loi assimile aux cartels:
- 1078 – Les *recommandations*, «lorsqu’elles entraînent à l’évidence une limitation collective de la concurrence» (art. 2 al. 2 LCart; recommandations horizontales)⁸²⁴ ou «lorsqu’elles établissent à l’évidence des prix imposés» (art. 3 al. 2 LCart; recommandations verticales)⁸²⁵;
- 1079 – Les prix et conditions *imposés*, c’est-à-dire «les accords par lesquels des acheteurs s’engagent envers leurs fournisseurs à respecter, en revendant des marchandises, des prix ou des conditions déterminés»; cela, pour autant qu’«un cartel ou une organisation analogue [cf. n° 1082 ss] impose ces engagements ou en assure l’exécution» (art. 3 al. 1 LCart)⁸²⁶.
- 1080 Il résulte des éléments qui précèdent que:

les cartels sont des ententes collectives qui tendent à limiter la concurrence.

- 1081 Le législateur n’a pas attaché l’intention de restreindre la concurrence à la notion de cartel: Une limitation effective ou potentielle de la concurrence suffit⁸²⁷.

2. La notion d’organisation analogue

- 1082 A teneur de l’art. 4 al. 1 LCart, on entend par organisation analogue:

- «a. Une entreprise unique;
- b. Les entreprises qui accordent tacitement leur comportement;

Waren oder Leistungen beeinflussen oder zu beeinflussen geeignet sind, namentlich durch die Regelung der Erzeugung, des Absatzes oder des Bezuges von Waren sowie der Preise und Geschäftsbedingungen».

A ce sujet, cf. surtout HOMBURGER, *ad* art. 2 LCart; SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 190 ss; STOFFEL, *in* Innominatverträge. En outre, dans la mesure où la nouvelle loi sur les cartels n’a pas apporté de changement marquant à cette notion, on peut encore se référer aux ouvrages publiés en relation avec la loi du 20 décembre 1962. Cf. p.ex. KUMMER, *Der Begriff*; SÄTTLER.

⁸²⁴ Soit en allemand: «Empfehlungen sind dem Absatz 1 gleichgestellt, wenn sie offenkundig eine gemeinsame Wettbewerbsbeschränkung bewirken». A ce sujet, cf. SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 226 ss; Message LCart, p. 37 ss. Pour un cas d’application dans le domaine bancaire, cf. PCCSPR 1989/3 p. 200 (conditions générales des banques).

⁸²⁵ Soit en allemand: «Empfehlungen, bestimmte Preise oder Geschäftsbedingungen einzuhalten, sind dem Absatz 1 gleichgestellt, wenn sie offenkundig eine Preisbindung der zweiten Hand bewirken». A ce propos, cf. SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 244 s.; Message LCart, p. 37 ss. Eg. HOMBURGER, art. 3 LCart n° 5 ss.

⁸²⁶ Soit en allemand: «Den Kartellen sind zwischen Lieferanten und ihren Abnehmern getroffene Abreden gleichgestellt, die bei der Weiterveräußerung von Waren die Einhaltung bestimmter Preise oder Geschäftsbedingungen vorschreiben. Dies gilt nur, wenn ein Kartell oder eine kartellähnliche Organisation eine solche Bindung auferlegt oder durchsetzt». Sur cette disposition, cf. SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 235 ss; Message LCart, p. 37. Eg. HOMBURGER, art. 3 LCart n° 1 ss.

⁸²⁷ Message LCart, p. 37.

- c. Les entreprises liées entre elles par des participations financières ou d'une autre manière, en tant qu'elles dominent le marché de certains biens ou services, ou l'influencent d'une manière déterminante»⁸²⁸.

En plus, la nouvelle loi sur les cartels assimile désormais aux organisations analogues 1083

«les accords entre fournisseurs et acheteurs sur l'exclusivité de l'acquisition ou de la vente de certaines marchandises ou de certains services, ou sur les restrictions apportées à leur distribution, en tant que ces accords influencent le marché de manière déterminante» (art. 5 LCart)⁸²⁹.

Les organisations analogues se distinguent des cartels par deux aspects⁸³⁰: 1084

- d'une part, il y a toujours un accord à l'origine d'un cartel, alors que, sous 1085 réserve des accords mentionnés à l'art. 5 LCart (n° 1083), il n'y en a pas pour les organisations analogues;
- d'autre part, il suffit que les cartels soient propres à influencer un marché, 1086 alors que les organisations analogues doivent effectivement exercer une influence déterminante sur un marché.

Dans les développements qui suivent, nous retiendrons avant tout la 1087 deuxième hypothèse de l'art. 4 LCart: celle où une majorité d'entreprises juridiquement indépendantes accordent tacitement leur comportement (art. 4 al. 1 litt. b LCart). Le législateur vise dans ce cas l'«*action concertée*», c'est-à-dire:

⁸²⁸ Soit en allemand:

«Als kartellähnliche Organisationen gelten:

a. einzelne Unternehmen;

b. Unternehmen, die stillschweigend ihr Verhalten aufeinander abstimmen;

c. die Zusammenfassung von Unternehmen durch Kapitalbeteiligung oder andere Mittel, soweit sie den Markt für bestimmte Waren oder Leistungen beherrschen oder massgeblich beeinflussen».

A ce sujet, cf. surtout SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 246 ss; HOMBURGER, *ad* art. 4 LCart; Message LCart, p. 39 s.; les décisions citées par HOMBURGER/DROLSHAMMER, p. 215 ss (suppl., p. 76). Comme la nouvelle loi sur les cartels a repris – à «quelques minimes modifications rédactionnelles» près (Message LCart, p. 39) – la définition des organisations analogues que l'on trouvait à l'art. 3 a LCart, on peut se référer à la doctrine développée sous l'ancien droit. Ainsi: sur la notion d'organisation analogue en général, cf. SATTLER; MERZ, Kartellgesetz, p. 28 ss; DREYER, p. 86 ss.

Sur les éléments caractéristiques des organisations analogues (marché déterminant et puissance sur le marché), cf. DREYER, p. 87 ss (avec d'autres références). Eg. NIEDERHAUSER; RICHLI, *in* WuR 29/1977 p. 111; *idem*, *in* WuR 30/1978 p. 1; SCHLUEP, *in* Mélanges Deschenaux; *idem*, *in* Recht und Wirtschaft heute.

⁸²⁹ Soit en allemand: «Den kartellähnlichen Organisationen sind gleichgestellt Abreden zwischen Lieferanten und Abnehmern über den ausschliesslichen Bezug oder Absatz bestimmter Waren oder Leistungen oder über die Beschränkung ihres Weitervertriebes, soweit solche Abreden den Markt massgeblich beeinflussen». A ce sujet, cf. HERTIG, *in* Kartellrecht auf neuer Grundlage; SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 278 ss; HOMBURGER, *ad* art. 5 LCart; Message LCart, p. 40 s.

⁸³⁰ Sur la distinction entre cartels et organisations analogues, cf. Message LCart, p. 39.

une harmonisation délibérée des comportements ne reposant ni sur une convention orale, ni sur une convention écrite (cpr n° 1076 ss)⁸³¹.

- 1088 Hormis de minimes différences rédactionnelles, la nouvelle loi a repris le texte de l'ancienne⁸³²: Comme auparavant, *le comportement uniforme adopté par les entreprises doit reposer sur un accord tacite et non sur la libre concurrence*; pour reprendre l'expression du Conseil fédéral, on ne doit pas simplement être en présence d'un «comportement parallèle naturel»⁸³³. Il faut donc toujours procéder à une étude approfondie des faits pour pouvoir qualifier exactement le phénomène⁸³⁴.

III. L'art. 29 LCart

- 1089 La nouvelle loi sur les cartels a introduit une disposition de droit administratif qui, d'une part, confirme une pratique adoptée par la Commission sous l'ancienne loi et, d'autre part, innove en donnant à cette autorité un instrument de contrôle qu'elle n'avait pas auparavant. Cette règle, l'art. 29 LCart, joue un rôle central dans les enquêtes menées par la Commission. Il se justifie donc de lui accorder une place spéciale dans notre étude.
- 1090 Nous commencerons par rappeler le texte de l'art. 29 LCart (1), pour présenter ensuite la méthode du bilan décrite au deuxième alinéa de cette disposition (2). Puis, nous aborderons le cas particulier prévu par l'art. 29 al. 3 phr. 2 LCart: celui où une «concurrence efficace sur le marché de

⁸³¹ Cf. *ibidem*; HOMBURGER, art. 4 LCart n° 42 ss; SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 273 ss; MERZ, Kartellgesetz, p. 33 s. On peut se demander, avec STOFFEL (*in* Innominatverträge, p. 487 s.), si une telle action concertée ne devrait pas être assimilée à un cartel plutôt qu'à une organisation analogue. A titre d'illustration, voici l'opinion de TURNER D. (The definition of agreement under the Sherman Act: Conscious parallelism and refusals to deal, *in* Harvard Law Review 75/1962 p. 655, 660): «[T]he individual producer must have some grounds for knowing that his competitors will not cut price[s] in order for him safely to refrain from cutting his own price. In this situation with such a large number of producers, it is virtually inconceivable that the necessary assurance could be obtained without a prior actual agreement. With or without agreement, each producer is under great pressure to shade the price slightly, because even a large increase in his sales, if more or less evenly spread over his competitors, would reduce their sales so negligibly that they would not react. Without agreement, this pressure to cut is irresistible. Thus here, in the light of the additional facts, *conscious parallelism would be virtually conclusive evidence of agreement*».

⁸³² Message LCart, p. 39. Eg. SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 274 s. (avec d'autres références).

⁸³³ Message LCart, p. 40. Cf. ég. les auteurs cités *supra* n. 831. En droit français, BLAISE/FOUCHARD, p. 228 n° 129.

⁸³⁴ Cf. p.ex. DREYER (p. 93): «Cette puissance sur le marché ne peut être appréciée *in abstracto*; elle doit toujours l'être concrètement, compte tenu de toutes les circonstances». Eg. les auteurs cités par DREYER, p. 93 n. 200.

certaines biens ou services est empêchée» (3). Nous terminerons par une comparaison entre le système prévu par les règles dites de «droit administratif» et celui prévu par les règles dites de «droit privé» (4).

1. Le texte

L'art. 29 LCart a la teneur suivante:

1091

«1 La Commission examine, à la demande du Département fédéral de l'économie publique ou de sa propre initiative, si un cartel ou une organisation analogue a des conséquences nuisibles d'ordre économique ou social.

2 Lors de l'examen des conséquences nuisibles d'ordre économique et social, la Commission met en balance [«würdigt»; «valuta»] les effets utiles et les effets nuisibles. Si elle constate des restrictions ou des distorsions notables de la concurrence, elle met en balance les effets utiles et les effets nuisibles [«wägt sie die nützlichen und schädlichen Auswirkungen gegeneinander ab»; «pondera le ripercussioni utili e quelle nocive»]. Pour ce faire, elle tient compte des effets sur la liberté de la concurrence et sur l'ampleur de la concurrence. Elle tient compte en outre de tous les autres effets importants comme ceux sur la qualité, sur l'approvisionnement, sur la structure de la branche économique, sur l'économie régionale, sur la capacité de concurrence des entreprises suisses dans le pays et à l'étranger, ainsi que sur les intérêts des travailleurs et des consommateurs concernés.

3 Les conséquences d'ordre économique et social sont nuisibles lorsqu'il résulte de cet examen que les effets nuisibles l'emportent. La nocivité est toutefois établie dans tous les cas où une concurrence efficace sur le marché de certains biens ou services est empêchée, à moins qu'il résulte de cet examen que des motifs prépondérants d'intérêt général rendent cet empêchement indispensable».

2. La méthode du bilan selon l'art. 29 al. 2 LCart

Dans l'hypothèse ordinaire de l'art. 29 al. 2 LCart, la Commission procède en deux temps⁸³⁵: 1092

1. Le caractère notable de la restriction. La Commission commence par déterminer si les restrictions ou les distorsions de la concurrence sont notables⁸³⁶. Par cette exigence, le législateur a voulu exclure les enquêtes portant 1093

⁸³⁵ Cf. ég. le schéma d'analyse établi par la Commission des cartels et décrit in PCCSPR 1989/3 p. 177 ss.

⁸³⁶ Sur les sens différents du terme «notable» dans les parties de droit civil (art. 6 ss LCart) et de droit administratif (art. 20 ss LCart), cf. SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 66 n° 158; SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 669 s.; HOMBURGER, art. 29 LCart n° 28. *Contra*: SCHMIDHAUSER, in *Staat und Gesellschaft*, p. 387. Sur le sens de ce terme en droit civil, cf. KUMMER, in *Mélanges Deschenaux*, p. 543. Eg. Message LCart, p. 48 ss; HERTIG, *Consommateur*, p. 55 s.

sur des restrictions de peu d'importance qui n'ont qu'une influence minime sur les mécanismes de la concurrence⁸³⁷. On pourrait à ce propos s'inspirer des principes développés par la Cour de Justice européenne en relation avec l'art. 85 al. 1 du Traité CEE (n° 1035)⁸³⁸.

- 1094 **2. La méthode du bilan.** Si la restriction revêt un caractère notable (n° 1093), la Commission doit comparer les effets utiles et les effets nuisibles de cette pratique. Elle applique alors la méthode dite du bilan (*«die Saldomethode»*)⁸³⁹. Il faut faire à ce sujet trois remarques:
- 1095 **a.** La méthode du bilan était déjà appliquée par la Commission **avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi** (n° 961)⁸⁴⁰. La Commission mettait alors en balance les effets positifs (dans la nouvelle loi: «les effets utiles») et les effets négatifs (dans la nouvelle loi: «les effets nuisibles») pour parvenir à un «bilan économique et social», mais sans appliquer une véritable échelle de valeurs permettant d'apprécier les effets utiles et nuisibles⁸⁴¹. On pouvait par exemple considérer comme justifiées des restrictions de la concurrence, seulement parce qu'elles avaient des conséquences positives sur le niveau des prix⁸⁴².
- 1096 **b.** Il résulte du **nouveau système légal** que la Commission doit désormais procéder à une meilleure pondération⁸⁴³: Celle-ci s'opère par la prise en considération des composantes de l'intérêt général (*«das Gesamtinteresse»*) mentionnées à l'art. 29 al. 2 phr. 3 et 4 LCart (n° 1091)⁸⁴⁴. *En priorité*, il faut tenir compte des effets sur la liberté et l'ampleur de la concurrence⁸⁴⁵, puis,

⁸³⁷ PCCSPR 1989/3 p. 178 («si cette entrave n'est pas notable, il y a lieu de classer le dossier»); TERCIER, in *Hommage Deschenaux*, p. 30.

⁸³⁸ SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 66 n° 158.

⁸³⁹ SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 662 ss; SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 66 n° 159; SCHMIDHAUSER, in *Staat und Gesellschaft*, p. 386 ss.

⁸⁴⁰ A ce propos, cf. p.ex. SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 662; DREYER, p. 172 ss; HERTIG, *Consommateur*, p. 60 s. Depuis 1967, selon SCHUERMANN/SCHLUEP; depuis 1970, selon HERTIG (p. 60 n. 256). Quoi qu'il en soit, chacun reconnaît que cette méthode a déjà été appliquée lors de la première enquête de la Commission sur la concurrence dans le secteur bancaire (Rapport de 1968; n° 987). PCC 3/1968 p. 235, 308 ss.

⁸⁴¹ A ce sujet, cf. surtout SIEBER, in *WuR* 25/1973 p. 48; *idem*, in *Recht und Wirtschaft heute*. Sur la terminologie employée (c'est-à-dire «positif/négatif» et «utile/nuisible»), cf. SCHMIDHAUSER, in *Staat und Gesellschaft*, p. 391.

⁸⁴² SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 46 n° 95 (avec d'autres références à la note 216). Pour une présentation des autres critiques faites à la méthode du bilan, cf. HERTIG, *Consommateur*, p. 60 s. Sur les limites de cette méthode, cf. DREYER, p. 174 ss.

⁸⁴³ SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 53 n° 117 et p. 64 n° 155; SCHMIDHAUSER, in *Staat und Gesellschaft*, p. 383 s. et 388.

⁸⁴⁴ SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 68 n° 161; SCHMIDHAUSER, in *Staat und Gesellschaft*, p. 388 s.

⁸⁴⁵ TERCIER, in *Hommage Deschenaux*, p. 33. *Idem* (p. 30 s.): «Lorsqu'il est constant qu'il y a des effets graves sur la concurrence, il y a *présomption* que les mesures ont des conséquences nuisibles. [...] En d'autres termes, dans le litige qui oppose la liberté de conclure des uns à la liberté contractuelle des autres, le législateur accorde dans ce cas la préférence aux seconds. Il faut par

en second lieu, de l'influence sur la qualité, l'approvisionnement, la structure de la branche économique, l'économie régionale, la capacité de concurrence, les intérêts des travailleurs et des consommateurs⁸⁴⁶. C'est en se fondant sur une analyse de ces éléments et de «tous les autres effets importants» que la Commission doit décider de l'admissibilité des mesures prises par le cartel ou l'organisation analogue⁸⁴⁷.

c. L'art. 29 al. 3 phr. 1 LCart définit ainsi la sanction du bilan de l'art. 29 al. 2 LCart: **«Les conséquences d'ordre économique et social sont nuisibles lorsqu'il résulte de cet examen que les effets nuisibles l'emportent»**. Il découle de cette règle:

- Que la Commission ne peut pas recommander la suppression ou la modification des comportements cartellaires dont les *effets utiles sont au moins égaux* aux effets nuisibles (art. 29 al. 3 phr. 1 LCart *a contrario*)⁸⁴⁸; 1097
- Que la Commission doit par contre recommander la suppression ou la modification des comportements cartellaires dont les *effets nuisibles sont prépondérants* et, par là, lèsent l'intérêt public. 1098 1099

Il faut cependant réserver le cas où «une concurrence efficace sur le marché de certains biens ou services est empêchée» (art. 29 al. 3 phr. 2 LCart; cf. n° 1101 ss). 1100

3. *L'empêchement d'une «concurrence efficace» selon l'art. 29 al. 3 phr. 2 LCart*

Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi (n° 961), plusieurs publications ont paru sur l'art. 29 al. 3 phr. 2 LCart. Les opinions exprimées y sont en partie divergentes. C'est pourquoi nous commencerons par quelques généralités (A), pour ensuite présenter brièvement la controverse (B) et décrire le système que nous retiendrons dans notre analyse (C). 1101

conséquent, pour justifier des mesures cartellaires de la catégorie visée, un surcroît d'effets positifs, non seulement par le nombre, mais aussi et surtout par l'importance des facteurs invoqués». Eg. SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 671 s.; SCHMIDHAUSER, *in* Staat und Gesellschaft, p. 388; HOMBURGER, art. 29 LCart n° 18 ss.

⁸⁴⁶ Sur le caractère non-exhaustif de cette liste, cf. SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 68 n° 161. Voir ég. SCHMIDHAUSER (*in* Staat und Gesellschaft, p. 390), qui donne d'autres exemples comme la santé publique ou la sécurité militaire.

⁸⁴⁷ A ce sujet, cf. p.ex. STOFFEL, *in* BR/DC 1988 p. 56 ss.

⁸⁴⁸ SCHMIDHAUSER, *in* Staat und Gesellschaft, p. 397: «Schädlichkeit ist demnach bei Absatz 2 nicht gegeben, wenn die nützlichen Auswirkungen überwiegen oder sich nützliche und schädliche Auswirkungen die Waage halten». Eg. HOMBURGER, p. 336 n. 83 (*ad* art. 29 LCart).

A. Généralités

- 1102 D'abord, nous exposerons brièvement le problème (a); puis, nous poserons les principes permettant de définir la notion de «concurrence efficace» (b).

a. Le problème

- 1103 L'art. 29 al. 3 phr. 2 LCart prévoit qu'une mesure cartellaire est réputée avoir des effets nuisibles lorsqu'elle élimine une concurrence efficace sur un certain marché. Une telle mesure est néanmoins admissible si «des motifs prépondérants d'intérêt général rendent cet empêchement indispensable»⁸⁴⁹.
- 1104 La question est dès lors de savoir, d'une part, ce qu'est une «concurrence efficace» et, d'autre part, dans quelles circonstances un empêchement à une telle concurrence peut être considéré comme justifié. Les auteurs s'accordent en général sur le premier point; ils s'opposent en revanche sur le second, avant tout pour des raisons d'ordre dogmatique (cf. n° 1124 ss).

b. La notion de concurrence efficace

- 1105 Le concept de «concurrence efficace» a été introduit dans la nouvelle loi afin de donner un plus grand poids à l'état de la concurrence⁸⁵⁰. Il vient compléter l'exigence de pondération prévu par l'art. 29 al. 2 phr. 3 LCart qui instruit la Commission d'examiner en priorité «les effets sur la liberté de la concurrence et sur l'ampleur de la concurrence» (n° 1096)⁸⁵¹.
- 1106 La loi sur les cartels ne définit pas les termes «concurrence efficace». Par contre, la **loi sur la surveillance des prix** (n° 962 ss) – qui prévoit qu'il «n'y a abus de prix [...] que si, sur le marché en question, le niveau des prix n'est pas la conséquence d'une *concurrence efficace*» (art. 12 al. 1 LSpr)⁸⁵² – précise cette notion de la manière suivante:

⁸⁴⁹ Soit en allemand: «[E]s sei denn, die Prüfung ergebe, dass die Verhinderung des Wettbewerbs aus überwiegenden Gründen des Gesamtinteresses unerlässlich ist».

⁸⁵⁰ SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 44 s. n° 90. Eg. SCHMIDHAUSER, *in* Staat und Gesellschaft, p. 392 ss; TERCIER, *in* Hommage Deschenaux, p. 29 ss. Sur les autres dispositions de la nouvelle loi venant renforcer la position de la Commission, cf. STOFFEL, *in* BR/DC 1988 p. 55 s.

⁸⁵¹ TERCIER, *in* Hommage Deschenaux, p. 32 s.

⁸⁵² Dans sa version allemande, cette disposition a la teneur suivante: «Preissmissbrauch im Sinne dieses Gesetzes kann nur vorliegen, wenn die Preise auf dem betreffenden Markt nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind». Sur l'historique de l'art. 12 LSPr et son interprétation, cf. SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 836 ss; SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 55 ss n° 122 s. Eg. SCHMIDHAUSER, *in* Staat und Gesellschaft, p. 393 s.

«Il y a concurrence efficace, en particulier, lorsque d'autres sources d'approvisionnement s'offrent aux acheteurs, cela à des prix comparables et sans qu'il en résulte pour eux des efforts considérables» (art. 12 al. 2 LSPR)⁸⁵³.

On ne saurait simplement reprendre cette définition et l'appliquer comme telle en droit des cartels⁸⁵⁴: L'art. 29 al. 3 LCart vise une concurrence à caractère général, alors que l'art. 12 LSPR concerne exclusivement une concurrence au niveau des prix⁸⁵⁵. Dans notre domaine, on doit en outre faire preuve d'une prudence toute spéciale puisqu'à l'heure actuelle, «la rémunération du crédit» est expressément exclue du champ d'application de la loi sur la surveillance des prix (cep. n° 966). Il n'en demeure pas moins que, sous ces réserves, on pourra parfois appliquer à une situation régie par l'une des lois des critères développés en relation avec l'autre⁸⁵⁶. 1107

En résumé, le concept de «concurrence efficace» est une **notion indéterminée qui doit être interprétée de cas en cas, conformément aux objectifs de la loi qui est appliquée**⁸⁵⁷. Ses contours seront définis concrètement, au fur et à mesure des enquêtes de la Commission et des interventions du Surveillant des prix⁸⁵⁸. En relation avec notre étude, on pourra notamment s'inspirer des constatations faites par la Commission à propos du «grand syndicat», sur lesquelles nous reviendrons (cf. n° 1154 ss). 1108

B. La controverse

On peut séparer en deux groupes les auteurs qui se sont prononcés sur l'interprétation de l'art. 29 al. 3 phr. 2 LCart: Un premier groupe soutient l'application d'une méthode du bilan «qualifié» (a); un deuxième propose de procéder à un «diagnostic accéléré» en cas d'empêchement d'une concurrence efficace (b). 1109

⁸⁵³ Soit en allemand: «Wirksamer Wettbewerb besteht insbesondere, wenn die Abnehmer die Möglichkeit haben, ohne erheblichen Aufwand auf vergleichbare Angebote auszuweichen».

⁸⁵⁴ SCHMIDHAUSER, in *Staat und Gesellschaft*, p. 393 s.; *idem*, in *Schweizer Monatshefte*, septembre 1986, p. 734; SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 54 n° 120 et p. 72 s. n° 172 s.

⁸⁵⁵ TERCIER, in *Kartellrecht auf neuer Grundlage*, p. 335 s.; *idem*, in *SAS 58/1986* p. 120.

⁸⁵⁶ En particulier, on tiendra compte du fait que la LSPR constitue un complément de la LCart. STOFFEL, in *BR/DC 1988* p. 55. Voir cep. art. 14 LSPR; à ce sujet, cf. TERCIER, in *SAS 58/1986* p. 117 s.; *idem*, in *Kartellrecht auf neuer Grundlage*, p. 326 ss.

⁸⁵⁷ SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 72 s. n° 172 s. et p. 74 n° 175 s. Pour la loi sur les cartels, voir les critères proposés par SCHLUEP (*Wirksamer Wettbewerb*, p. 84 s. n° 200 ss) dans les trois «tests» qu'il a mis au point: (a) examen du comportement des concurrents («*Verhaltenstest*»), (b) examen de la structure du marché («*Strukturtest*») et (c) examen des résultats produits par l'ordre du marché en question («*Ergebnistest*»). Eg. PCCSPR 1989/3 p. 178 ss; PCCSPR 1988/3 p. 108 ss; STOFFEL, in *BR/DC 1988* p. 58. Sur les objectifs des deux lois et la répartition des compétences entre la Commission des cartels et le Surveillant des prix, cf. TERCIER, in *SAS 58/1986* p. 112 ss; *idem*, in *Kartellrecht auf neuer Grundlage*, p. 318 ss.

⁸⁵⁸ SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 72 n° 172.

a. La thèse de la méthode du bilan qualifié

- 1110 Selon MM. SCHMIDHAUSER et SCHUERMANN, il faut également opérer un bilan des effets nuisibles et utiles lorsqu'une concurrence efficace est éliminée sur un marché (n° 1050 ss). Ce bilan est toutefois «qualifié» («*verlängerte und qualifizierte Saldotheorie*») afin de prendre en compte l'atteinte grave portée à la concurrence. Le raisonnement est en deux temps⁸⁵⁹:
- 1111 1. Comme l'art. 29 al. 3 phr. 2 LCart prévoit qu'exceptionnellement un empêchement de la concurrence est justifié lorsqu'il est rendu indispensable par des motifs prépondérants d'intérêt général, il faut reprendre dans ce contexte les principes énoncés en relation avec l'art. 29 al. 2 LCart (n° 1094 ss): La méthode du bilan décrite dans cette disposition n'est rien d'autre qu'un moyen de définir l'intérêt général dans le domaine de la concurrence⁸⁶⁰.
- 1112 2. Il faut cependant faire **deux réserves**:
- 1113 a) Les effets utiles doivent l'emporter sur les effets nuisibles («*motifs prépondérants d'intérêt général*») ⁸⁶¹. Il ne suffit donc plus que les effets utiles compensent les effets nuisibles (cpr n° 1097 ss).
- 1114 b) Il faut en plus que l'empêchement de la concurrence ait un caractère *indispensable*. Cette condition exprime les principes de proportionnalité et de subsidiarité⁸⁶²: Un empêchement n'est pas admissible lorsque l'on peut atteindre le même but d'intérêt général par des moyens qui ne lèsent pas ou peu la concurrence⁸⁶³.
- 1115 Ces deux conditions sont **cumulatives**: «Des motifs prépondérants d'intérêt général [doivent rendre] l'empêchement indispensable».

b. La thèse du diagnostic accéléré

- 1116 Une autre thèse est soutenue par M. SCHLUEP, qui propose de procéder à un diagnostic accéléré («*abgekürztes Diagnoseverfahren*») lorsqu'une concu-

⁸⁵⁹ SCHMIDHAUSER, in *Staat und Gesellschaft*, p. 367, 395 ss; SCHUERMANN, in *SCHUERMANN/SCHLUEP*, p. 676 ss.

⁸⁶⁰ SCHMIDHAUSER, in *Staat und Gesellschaft*, p. 394 s. et 396 s.; SCHUERMANN, in *SCHUERMANN/SCHLUEP*, p. 682.

⁸⁶¹ SCHMIDHAUSER, in *Staat und Gesellschaft*, p. 398; SCHUERMANN, in *SCHUERMANN/SCHLUEP*, p. 683.

⁸⁶² SCHMIDHAUSER (in *Staat und Gesellschaft*, p. 399) semble opérer une distinction entre la proportionnalité («*Verhältnismässigkeit*») et la subsidiarité («*Subsidiarität*»). Toutefois, il ne s'agit que d'un seul et même concept, la subsidiarité n'étant qu'un sous-principe de la proportionnalité. A ce sujet, cf. KNAPP, p. 99 s. n° 535 ss.

⁸⁶³ SCHMIDHAUSER, in *Staat und Gesellschaft*, p. 399 s.; SCHUERMANN, in *SCHUERMANN/SCHLUEP*, p. 684 s.

rence efficace est empêchée sur le marché de certains biens ou services: La Commission peut alors immédiatement constater le caractère inadmissible des mesures prises par le cartel ou l'organisation analogue et en recommander ou la suppression ou la modification⁸⁶⁴.

Selon cet auteur, la notion d'«intérêt général» qui figure à l'art. 29 al. 3 LCart ne doit pas être confondue avec celle qui est concrétisée par les éléments énoncés à l'art. 29 al. 2 LCart (n° 1096)⁸⁶⁵. En effet:

«Ist nämlich die Verhinderung wirksamen Wettbewerbs in der Tat auf jeden Fall schädlich und daher als Verletzung des Gesamtinteresses im oben umschriebenen und im Sinn des Abs. 2 zu qualifizieren, so kann diese Verletzung nicht aus dem nämlichen (verletzten!) Gesamtinteresse unerlässlich sein»⁸⁶⁶.

Ce concept est en outre qualifié de telle façon («motifs prépondérants»⁸⁶⁷ et «indispensable»⁸⁶⁸) qu'il ne peut s'agir que de la réserve du cas exceptionnel imprévu et de l'état de nécessité («Vorbehalt des unvorhergesehenen Sonderfalles oder Notstandes»), sous-entendue pour toute action de l'Etat⁸⁶⁹.

C. Notre solution

Parce qu'elle nous paraît la plus conforme à l'esprit de la nouvelle loi, nous retiendrons ici essentiellement la solution de M. SCHLUEP (n° 1116 ss). Le système proposé par cet auteur donne en effet une **place privilégiée à la concurrence**: Personne ne nie que tel était l'un des principaux objectifs

⁸⁶⁴ SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 68 ss n° 162 ss (avec une critique de la thèse de SCHMID-HAUSER, p. 64 ss n° 155 ss et p. 69 n° 163); *idem*, in SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 685 ss; STOFFEL, in BR/DC 1988 p. 57 s.; DUTOIT, n° 101.

Le commentaire de HOMBURGER a été publié en automne 1990; c'est pourquoi nous n'en avons tenu compte que d'une manière limitée. A propos de l'art. 29 al. 3 phr. 2 LCart, HOMBURGER reconnaît que, tout en suivant un raisonnement différent de celui de SCHLUEP (n° 1116 ss), il parvient à un résultat semblable: le rejet de la thèse d'un «bilan qualifié» (n° 1110 ss). HOMBURGER, p. 342 n. 101 (citant à l'appui de son opinion, SCHLUEP W., *Ueber das innere System des neuen schweizerischen Wettbewerbsrechts*, in HABSCHIED W./HOFFMAN-NOWOTNY H.-J./LINDER W./MEIER-HAYOZ A. (édit.), *Freiheit und Zwang, Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger*, Berne 1989, p. 561, 589 s.). Relevons en outre que l'interprétation donnée par HOMBURGER de l'expression «concurrence efficace empêchée» diverge également de celle donnée par SCHLUEP. HOMBURGER, art. 29 LCart n° 67 s.

⁸⁶⁵ SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 68 ss n° 162 ss; *idem*, in SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 687 ss.

⁸⁶⁶ SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 69 n° 163. Eg. *idem*, in SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 688.

⁸⁶⁷ Dans la version allemande: «aus überwiegenden Gründen». Sur les différents termes employés dans les travaux préparatoires, cf. SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 69 s. n° 164.

⁸⁶⁸ Dans la version allemande: «[...] die Verhinderung [...] unerlässlich ist».

⁸⁶⁹ SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 69 s. n° 164; *idem*, in SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 689 s. Pour une intéressante comparaison entre le mécanisme prévu par la partie de droit civil (art. 6 s. LCart) et celui de l'art. 29 al. 3 phr. 2 LCart, cf. STOFFEL, in BR/DC 1988 p. 58. Voir ég. le passage de GYGI (*Verwaltungsrecht*, p. 82) cité par SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 70 n. 279. Plus nuancé: HOMBURGER, p. 342 n. 100 (*ad* art. 29 LCart).

poursuivis par le législateur lors de la révision de l'ancienne loi sur les cartels⁸⁷⁰. En outre, cette solution va dans le sens du programme législatif en matière de concurrence, notamment dans le domaine de la surveillance des «intérêts des crédits» où la tendance est de limiter autant que possible les exceptions au régime général (n° 966).

- 1120 Pour le surplus, on peut reprendre les arguments de M. SCHLUEP; à savoir, d'une manière très résumée, que:
- 1121 a) La thèse de MM. SCHMIDHAUSER et SCHUERMANN doit d'abord être rejetée parce qu'elle heurte la **logique** et pose de sérieux problèmes quant à la **méthode** à appliquer. En effet, si l'on adopte cette théorie, on parvient au résultat suivant: L'élimination d'une concurrence efficace est contraire à l'intérêt général – comme défini par l'art. 29 al. 2 LCart – et a dès lors des effets nuisibles... à moins que, conformément aux critères énoncés dans cette même disposition, ces effets non seulement ne soient pas nuisibles mais encore soient utiles⁸⁷¹. Le concept d'«intérêt général» figurant à l'art. 29 al. 3 LCart ne peut par conséquent être semblable à celui défini par la méthode du bilan (cpr n° 1110 ss)⁸⁷².
- 1122 b) Le **texte** de l'art. 29 al. 3 LCart ne saurait suffire pour choisir l'une plutôt que l'autre de ces deux thèses. Le terme «examen» («Prüfung») qui apparaît tant au deuxième qu'au troisième alinéas ne renvoie pas chaque fois à la méthode du bilan⁸⁷³: Il doit également être mis en relation avec la faculté générale de la Commission d'examiner «si un cartel ou une organisation analogue a des conséquences nuisibles d'ordre économique ou social» (art. 29 al. 1 LCart). L'examen de la Commission porte aussi sur la question de savoir si «une concurrence efficace sur le marché de certains biens ou services est empêchée».
- 1123 c) L'**historique** de la disposition donne des arguments tant aux partisans de la solution de M. SCHLUEP qu'à ceux soutenant la thèse de MM. SCHMIDHAUSER et SCHUERMANN. En fait, une grande partie de la controverse a pour origine les nombreuses modifications et consultations qui ont précédé l'adoption d'un texte définitif par les Chambres fédérales⁸⁷⁴.

⁸⁷⁰ A ce sujet, cf. surtout TERCIER, *in* *Hommage Deschenaux*, p. 29 ss.

⁸⁷¹ SCHLUEP, *in* SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 688; *idem*, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 69 n° 163 (cité au n° 1117).

⁸⁷² A ce sujet, cf. SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 66 ss n° 158 ss.

⁸⁷³ *Idem*, *in* SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 691.

⁸⁷⁴ A ce sujet, cf. SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 45 ss n° 91 ss; SCHMIDHAUSER, *in* *Staat und Gesellschaft*, p. 367 ss; SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 659 ss. Sur les travaux préparatoires de la nouvelle loi sur les cartels en général, voir *supra* n. 709.

Les auteurs s'accordent cependant à relever que **la controverse a un caractère relatif**⁸⁷⁵; 1124

- D'une part, parce qu'elle ne porte que sur l'interprétation de l'une des deux conditions prévues par l'art. 29 al. 3 phr. 2 LCart, celle de l'absence d'exception justificative (n° 1104); 1125
- D'autre part, parce que, même en relation avec cette dernière condition, la controverse concerne avant tout l'intensité donnée à la concurrence dans l'appréciation «des motifs prépondérants d'intérêt général». 1126

Chacun admet en outre que la prise en considération de ce motif justificatif revêt un caractère exceptionnel: La loi l'exprime par les termes «motifs *prépondérants*» et surtout «*empêchement indispensable*». Cette conception est reconnue tant par M. SCHLUEP⁸⁷⁶ que par M. SCHMIDHAUSER⁸⁷⁷: L'un et l'autre appliquent dans ce contexte le principe de la proportionnalité («die Verhältnismässigkeit»)⁸⁷⁸. 1127

4. La comparaison avec les règles de droit civil

Dans le chapitre consacré aux «dispositions de droit civil et de procédure civile» (art. 6 à 19 LCart), la loi présume que les entraves graves de la concurrence sont illicites (A), sauf si elles sont justifiées par des «intérêts légitimes prépondérants» (B). 1128

A. L'illicéité de principe

A teneur de l'art. 6 al. 1 LCart, «*les mesures prises par un cartel ou une organisation analogue sont illicites, lorsqu'elles écartent des tiers de la concurrence, ou leur en rendent l'accès ou l'exercice notablement plus difficile*»⁸⁷⁹. 1129
Le deuxième alinéa de cette disposition donne une liste exemplative de

⁸⁷⁵ P.ex. SCHLUEP (in SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 687): «Die Gegenmeinung Schluep wird nicht aus praktischen, sondern ausschliesslich aus *dogmatischen Gründen* vorgetragen». SCHMIDHAUSER (in Kartellrecht auf neuer Grundlage, p. 175): «So besteht zwar methodisch ein Unterschied zur Auffassung von *Walter Schluep*, nicht aber im Ergebnis». Eg. STOFFEL, in BR/DC 1988 p. 57.

⁸⁷⁶ Wirksamer Wettbewerb, p. 70 n° 164; in SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 690. Eg. STOFFEL, in BR/DC 1988 p. 58 s.

⁸⁷⁷ In Staat und Gesellschaft, p. 399 s.

⁸⁷⁸ Cf. les références citées *supra* n. 862 s. et 868. Sur la subsidiarité en tant que sous-principe de la proportionnalité, cf. *supra* n. 862.

⁸⁷⁹ Soit en allemand: «Vorgehen eines Kartells oder einer ähnlichen Organisation sind unzulässig, wenn sie Dritte vom Wettbewerb ausschliessen oder in dessen Aufnahme oder Ausübung in erheblicher Weise behindern». HOMBURGER, in Kartellrecht auf neuer Grundlage, p. 107.

mesures qui peuvent constituer une entrave notable à la concurrence⁸⁸⁰. Ces dispositions **reprennent**, moyennant quelques améliorations rédactionnelles, le texte de l'art. 4 al. 1 aLCart⁸⁸¹.

- 1130 En revanche, l'art. 6 al. 3 LCart est entièrement **nouveau** puisqu'il présume également l'illicéité des mesures discriminatoires au sens large⁸⁸²: Sont désormais illicites non seulement les mesures cartellaires ayant pour effet que, malgré des conditions semblables, des tiers (parfois des «outsiders») sont traités différemment par un cartel ou une organisation analogue⁸⁸³, mais aussi les abus de la puissance sur le marché dirigés globalement contre les tiers⁸⁸⁴.
- 1131 Tant le premier que le troisième alinéa de l'art. 6 LCart condamnent une **entrave notable** à la concurrence⁸⁸⁵. Pour qu'une entrave soit «notable» au sens de la loi, il n'est pas nécessaire que celle-là revête un degré élevé; il suffit qu'elle soit sensible⁸⁸⁶. En d'autres termes, «le concurrent ne doit pas nécessairement être entravé de façon considérable»⁸⁸⁷; il s'agit avant tout d'apprécier la réalité de l'entrave et non pas de rechercher si elle est importante⁸⁸⁸.
- 1132 Le traitement de ces entraves en droit privé et en droit public présentent plusieurs **analogies**: La principale réside certainement dans la priorité que le système légal donne au régime de la concurrence, en droit privé comme en droit public (n° 1096)⁸⁸⁹.

⁸⁸⁰ Sont ainsi illicites:

«a) Le refus de livrer des marchandises et les discriminations à l'égard d'acheteurs en matière de prix ou de conditions; b) le refus d'acheter des marchandises, les discriminations à l'égard de fournisseurs en matière de prix ou de conditions, ainsi que l'exigence excessive en matière de prix ou de conditions de faveur; c) la sous-enchère en matière de prix dirigée contre un concurrent déterminé; d) la mise à l'index d'employeurs».

Cette disposition reprend en les groupant les exemples qui étaient donnés à l'art. 4 al. 1 aLCart. Cette règle n'introduit donc rien de nouveau, si ce n'est une plus grande clarté. A ce sujet, cf. Message LCart, p. 49. Eg. HOMBURGER, *in* Kartellrecht auf neuer Grundlage, p. 108.

⁸⁸¹ Message LCart, p. 48 s.; SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 320; HOMBURGER, art. 6 LCart n° 1 ss; *idem*, *in* Kartellrecht auf neuer Grundlage, p. 107 s.; HOMBURGER/DROLSHAMMER: bibliographie, p. 116 ss; jurisprudence, p. 165 ss (suppl., p. 46 ss).

⁸⁸² Message LCart, p. 49; SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 324 s.; HOMBURGER, *in* Kartellrecht auf neuer Grundlage, p. 108 ss; STOFFEL, *in* BR/DC 1988 p. 56.

⁸⁸³ Voir les références citées à la note précédente.

⁸⁸⁴ Message LCart, p. 49 s.; SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 324 ss; HOMBURGER, art. 6 LCart n° 74 ss; *idem*, *in* Kartellrecht auf neuer Grundlage, p. 110 s.; STOFFEL, *in* BR/DC 1988 p. 56.

⁸⁸⁵ Sur cette notion, cf. VUARIDEL, p. 221; Avis de droit Amidro, *in* PCC 11/1987 p. 168 ss; HOMBURGER, art. 6 LCart n° 13 ss (avec un exposé complet sur la controverse liée à cette notion et une présentation de la jurisprudence et de la pratique de la Commission en la matière. Voir ég. la jurisprudence citée par HOMBURGER/DROLSHAMMER, p. 166 ss (suppl., p. 46 ss). Sur le caractère notable d'une entrave en droits privé et administratif, cf. *supra* n. 836.

⁸⁸⁶ HERTIG, Consommateur, p. 55; HOMBURGER, *in* Kartellrecht auf neuer Grundlage, p. 107.

⁸⁸⁷ HERTIG, Consommateur, p. 55. Eg. STOFFEL, *in* BR/DC 1988 p. 56 s. (avec d'autres références).

⁸⁸⁸ HERTIG, Consommateur, p. 55.

⁸⁸⁹ TERCIER, *in* Hommage Deschenaux, p. 32. Eg. STOFFEL, *in* BR/DC 1988 p. 57.

Il existe cependant une **différence** entre les deux systèmes: La Commission met en principe en balance les effets positifs et négatifs de la mesure cartellaire avant de décider si une mesure cartellaire est ou non admissible, alors que le juge civil commence par présumer que les entraves à la concurrence sont illicites. Il faut toutefois faire deux **réserves** à ce propos:

- a) Dans les dispositions de droit administratif, l'art. 29 al. 3 phr. 2 LCart prévoit un mécanisme similaire à celui que l'on rencontre en droit privé, lorsqu'une mesure élimine une concurrence efficace dans un certain marché («*diagnostic accéléré*»; n° 1116 ss)⁸⁹⁰.
- b) A supposer que les conditions de l'art. 6 LCart soient remplies, le défendeur peut toujours essayer d'établir que l'entrave en question est justifiée par des intérêts légitimes prépondérants (art. 7 LCart; cf. n° 1134 ss). Dans cette mesure, le juge civil doit, comme la Commission, *mettre en balance* les effets positifs et négatifs d'une mesure cartellaire (cep. n° 1116 ss)⁸⁹¹.

B. Les intérêts légitimes prépondérants

Selon l'art. 7 al. 1 LCart («Justification des entraves à la concurrence»), on peut renverser la présomption posée par l'art. 6 LCart si l'on démontre que les mesures «*sont justifiées par des intérêts légitimes prépondérants d'ordre privé et que leurs effets ne portent pas atteinte à l'intérêt général*»⁸⁹². L'art. 7 al. 2 LCart illustre par plusieurs exemples la notion juridique indéterminée d'«*intérêts légitimes prépondérants*»⁸⁹³. Quant au troisième alinéa, il précise que les mesures qui visent uniquement à écarter de nouveaux concurrents ne peuvent pas être considérées comme «*justifiées par des intérêts légitimes*»⁸⁹⁴.

⁸⁹⁰ STOFFEL, in BR/DC 1988 p. 58.

⁸⁹¹ *Idem*, p. 57.

⁸⁹² Soit en allemand: «Die Wettbewerbsbehinderung ist zulässig, wenn sie durch überwiegende schutzwürdige private Interessen gerechtfertigt ist und ihre Auswirkungen das Gesamtinteresse nicht verletzen». Sur cette disposition, cf. SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 386 ss (en particulier, la casuistique sur les art. 6 et 7 LCart, p. 429 ss); HOMBURGER, ad art. 7 LCart; STOFFEL, in BR/DC 1988 p. 57; HOMBURGER, in Kartellrecht auf neuer Grundlage, p. 113 s. Sur la situation sous l'empire de l'aLCart, cf. DREYER, p. 129 ss; Message LCart, p. 50 ss.

⁸⁹³ Cette disposition prévoit que «constituent notamment des intérêts légitimes prépondérants:

- a. La sauvegarde d'une concurrence loyale et non faussée;
- b. L'établissement d'exigences professionnelles et techniques raisonnables;
- c. La promotion d'une structure souhaitable dans une branche ou une profession;
- d. L'application de prix imposés lorsqu'ils sont nécessaires pour garantir la qualité de la marchandise ou le service de la clientèle.

A ce propos, cf. HOMBURGER, art. 7 LCart n° 46 ss; ainsi que les auteurs cités à la note précédente.

⁸⁹⁴ Dans sa version allemande, cette disposition a la teneur suivante: «Nicht als schutzwürdig gilt das Interesse, das ausschliesslich darauf gerichtet ist, neue Wettbewerber fernzuhalten». A ce

- 1135 L'art. 7 LCart **reprend** pour l'essentiel les règles énoncées par l'art. 5 aLCart⁸⁹⁵; on peut donc renvoyer, dans une large mesure, aux études parues sous l'empire de l'ancienne loi⁸⁹⁶. Rappelons en outre que les intérêts du cartel ou de l'organisation analogue ne doivent pas être contraires à l'intérêt général⁸⁹⁷: Il n'est pas nécessaire que les entraves soient dans l'intérêt général, comme cela a parfois été soutenu pour l'art. 5 aLCart⁸⁹⁸.
- 1136 La prise en compte de l'**intérêt général** (n° 1096) constitue un premier *point commun* entre les dispositions de droit public et de droit privé dans cette seconde phase du processus⁸⁹⁹. A ce propos, on relèvera que le législateur a, à chaque fois, voulu limiter en faveur des cartels la pondération prévue par les art. 7 et 29 LCart: Dans le premier cas, il suffit que l'entrave ne lèse pas l'intérêt général (n° 1134) et, dans le deuxième, que les effets utiles compensent les effets nuisibles (n° 1098).
- 1137 Une autre similarité mérite d'être relevée: A teneur de l'art. 7 al. 1 phr. 2 LCart, le juge ne peut jamais déclarer licite une mesure qui a pour effet de restreindre la concurrence «de manière excessive par rapport au but visé ou compte tenu de la nature des entraves et de la façon dont elles sont appliquées»⁹⁰⁰. Cette règle énonce simplement les principes de **proportionnalité** et de **subsidiarité**⁹⁰¹, également appliqués dans le cadre des diagnostics de l'art. 29 LCart (n° 1127).

IV. Résumé

- 1138 Les cartels (n° 1076 ss) et les organisations analogues (n° 1082 ss) ne sont pas, en tant que tels, interdits par le droit suisse. Ainsi, les accords exprès ou tacites passés entre les membres de groupes bancaires ne sont illicites:
- 1139 – sous l'angle du *droit civil*, que si les mesures prises par le cartel ou l'organisation analogue constituent des entraves à la concurrence de tiers (n° 1128 ss);

sujet, cf. SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 400 et 415 s.; HOMBURGER, art. 7 LCart n° 71. Comme cette règle reprend pour l'essentiel les principes exprimés à l'art. 5 al. 3 aLCart (Message LCart, p. 53), on peut se référer à la doctrine publiée sous l'ancien droit: voir les auteurs cités par HOMBURGER/DROLSHAMMER, p. 118 s.

⁸⁹⁵ Message LCart, p. 50.

⁸⁹⁶ Cf. les auteurs cités *supra* n. 894.

⁸⁹⁷ Message LCart, p. 50 s.; SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 407 ss; HOMBURGER, art. 7 LCart n° 19 ss; *idem*, in Kartellrecht auf neuer Grundlage, p. 113 s.

⁸⁹⁸ Pour une présentation de la controverse et de ses conséquences, cf. HERTIG, Consommateur, p. 56 s.; DREYER, p. 129 s.

⁸⁹⁹ A ce sujet, cf. STOFFEL, in BR/DC 1988 p. 57.

⁹⁰⁰ Cf. TERCIER, in Hommage Deschenaux, p. 32; SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 398 ss.

⁹⁰¹ A ce propos, voir la remarque *supra* n. 862.

– sous l’angle du *droit administratif*, que si ces mesures ont des conséquences nuisibles d’ordre économique ou social (n° 1097 ss et 1101 ss). 1140

Il existe de nombreux points communs entre le système défini par les dispositions de droit civil et celui prévu par les règles de droit administratif (n° 1132 ss). La plupart des critères proposés par l’une des parties de la loi sur les cartels peuvent être également appliqués dans l’autre (n° 1136). Ainsi, le résultat d’un examen mené conformément aux règles de droit administratif vaut généralement aussi en droit civil. 1141

En raison de l’importance pratique des enquêtes de la Commission des cartels dans le domaine bancaire (n° 985 ss), il convient de mettre l’accent sur les diagnostics accéléré et ordinaire décrits à l’art. 29 LCart. 1142

§ 15 Les aspects cartellaires des émissions d’obligations et de notes

Dans ses trois rapports sur la concurrence dans le secteur bancaire (n° 985 ss), la Commission a traité des cartels existant en matière d’emprunts par obligations. Dans son Rapport de 1989 (n° 992 ss), elle a par ailleurs abordé pour la première fois les mesures prévues par la Convention XIX relative aux Notes de débiteurs étrangers. Ainsi, la Commission a déjà fait des recommandations pour deux types d’opérations consortiales. 1143

Parce que ces instruments présentent plusieurs analogies avec les prêts syndiqués (n° 299 ss et 329 ss), on pourra s’inspirer des observations faites à ce propos afin de poser les bases de notre analyse des aspects cartellaires des prêts consortiaux (cf. n° 1182 ss). Nous commencerons donc par exposer les recommandations concernant les syndicats d’émission (I), pour présenter ensuite les recommandations relatives à la Convention XIX (II). 1144

I. Les aspects cartellaires des syndicats d’émission

Les recommandations faites par la Commission en matière d’emprunts par obligations touchent la formation et la composition des syndicats (1) et, accessoirement, certaines Conventions adoptées par l’Association suisse des banquiers (2). 1145

1. La formation et la composition des syndicats

- 1146 Après avoir démontré d'une manière générale que les syndicats d'émission permanents sont des cartels (A), nous traiterons en particulier de deux d'entre eux: le «grand syndicat» (B) et le «syndicat des grandes banques» (C).

A. Les syndicats permanents en tant que cartels

- 1147 Les syndicats permanents sont:

des groupes de banques, organisés généralement sous la forme d'associations, qui prennent ferme, émettent et placent les emprunts par obligations des collectivités et entreprises publiques, ainsi que de certaines industries⁹⁰².

- 1148 Personne ne conteste le fait que les syndicats d'émission permanents sont des cartels, c'est-à-dire des ententes collectives qui tendent à limiter la concurrence (n° 1076 ss). Selon les syndicats, cela résulte:

- 1149 a) du *devoir de fidélité* imposé aux membres du syndicat: ceux-ci s'engagent à ne participer qu'aux emprunts menés par le syndicat⁹⁰³;
- 1150 b) de l'*absence de procédure d'adhésion*: ce sont les membres eux-mêmes qui décident de l'admission d'un nouveau membre, le contrat de syndicat ne contenant aucune disposition expresse à ce propos⁹⁰⁴;
- 1151 c) de l'*absence de motifs d'exclusion*: il est cependant clair pour les parties que la violation de la convention de syndicat est une cause suffisante d'exclusion⁹⁰⁵.

- 1152 Ces éléments sont souvent complétés par l'obligation faite aux membres de placer et, dans la plupart des cas, de prendre ferme une quote-part de l'emprunt⁹⁰⁶.

- 1153 Comme ces syndicats sont généralement composés de banques ayant une forte capacité de placement, ils occupent en principe une position dominante sur le marché des émissions.

⁹⁰² Sur cette notion, cf. STAUBLI K., in HGBB p. 252, 253 («Emissionsgeschäft», «III.1 Permanente Syndikate»); EMCH/RENZ, p. 394; ALBISETTI/GSELL, p. 169; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, p. 283 s. n° 79.

⁹⁰³ PCCSPR 1989/3 p. 166.

⁹⁰⁴ *Idem*, p. 161.

⁹⁰⁵ *Ibidem*.

⁹⁰⁶ PCCSPR 1989/3 p. 162.

B. Le «grand syndicat»

Jusqu'au 31 décembre 1989, date de sa dissolution, le «grand syndicat» 1154 regroupait quatre associations de banques suisses – le Consortium d'émission de banques suisses, les Banques cantonales suisses, l'Union des banques régionales suisses et le Groupement des banquiers privés de Suisse alémanique⁹⁰⁷ – qui, dans cette formation, prenaient ferme, avec l'accord des emprunteurs, toutes les émissions de débiteurs publics supérieures à vingt millions de francs⁹⁰⁸.

La Commission s'était déjà exprimée dans son **Rapport de 1979** sur le 1155 comportement que devrait adopter le «grand syndicat» et les autres syndicats d'émissions publiques à l'égard des banques non-membres du groupe (die Aussenseiter)⁹⁰⁹. Elle avait alors déclaré qu'il était important que chaque établissement bancaire participât *directement* aux grands syndicats d'émissions publiques et que, malgré les complications pratiques sur le plan de l'organisation, ces syndicats devaient «*tout entreprendre en vue d'arriver à une solution optimum pour toutes les banques ou tous les groupes de banques*»⁹¹⁰.

La Commission parvint à une solution plus drastique dans son **Rapport de 1989**. Se fondant sur les moyens que lui donne désormais l'art. 29 al. 3 phr. 2 1156 LCart (n° 1101 ss), elle recommanda la dissolution du «grand syndicat»⁹¹¹. Elle constata ainsi que:

«L'appréciation générale [...] confirme que le 'Grand Syndicat' empêche, sur le marché des emprunts des pouvoirs publics portant sur plus de vingt millions de francs, la concurrence substitutive et la concurrence parallèle (test de comportement), ainsi que les variantes supplémentaires d'offre et le libre accès au

⁹⁰⁷ Pour une liste des contrats qui liaient ces associations bancaires, cf. ASB, Les banques et la concurrence, p. 164 s.

⁹⁰⁸ PCCSPR 1989/3 p. 162 s. et 207; ASB, Les banques et la concurrence, p. 164.

⁹⁰⁹ Cf. é.g. le Rapport de 1968: PCC 3/1968 p. 308 ss (en français, p. 329 ss).

⁹¹⁰ PCC 14/1979 p. 193 (PCC 14/1979 p. 151). A noter que la sous-participation a parfois été qualifiée de «meilleure forme de participation à des émissions, pour les banques dont le pouvoir d'émission n'est pas suffisant pour justifier leur adhésion à un syndicat» (ALBISETTI/GSELL, p. 170). Cette affirmation n'est pas sans objections et la Commission tend plutôt à encourager des participations directes (cf. à ce sujet, PCC 14/1979 p. 125 s.).

⁹¹¹ PCCSPR 1989/3 p. 209. Cette recommandation a été acceptée par les membres du «grand syndicat». ASB, Les banques et la concurrence, p. 164. Eg. PCCSPR 1990/1a p. 44 s. (Rapport annuel 1989). Relevons au passage qu'il s'agit du seul cas où, dans son enquête sur le secteur bancaire, la Commission a constaté qu'une concurrence efficace était empêchée. Pour tous les autres accords, «il y a lieu de donner une réponse affirmative à la question portant sur le maintien d'une concurrence». *Idem*, p. 180. Cette singularité est renforcée par le fait que la Commission a en outre formulé à propos du «grand syndicat» sa seule recommandation fondée sur l'art. 25 LCart (recommandations au Conseil fédéral). *Idem*, p. 209. A ce sujet, cf. é.g. les commentaires de l'ASB, Les banques et la concurrence, p. 166 s. Sur l'art. 25 LCart en général, cf. SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 631 ss.

marché (test de structure); quant à la clientèle, il ne lui laisse aucune possibilité de recourir à d'autres offres et n'est soumis à aucune pression extérieure propre à assurer une amélioration constante de la qualité (test de résultat)»⁹¹².

- 1157 La Commission posa donc un **diagnostic accéléré**, estimant, d'une part, que les accords passés entre les membres du «grand syndicat» élimine une concurrence efficace pour l'émission d'emprunts publics de plus de vingt millions de francs et, d'autre part, que cet empêchement n'était pas «indispensable» au sens de l'art. 29 al. 3 phr. 2 LCart (n° 1127). La Commission n'a par conséquent pas eu à se prononcer sur l'existence d'éventuels «motifs prépondérants d'intérêt général»⁹¹³.

C. Le «syndicat des grandes banques»

- 1158 Le «syndicat des grandes banques» est un syndicat **composé** des cinq grandes banques suisses, des membres des Banques cantonales suisses, des membres de l'Association des banquiers genevois, et d'autres établissements bancaires suisses (y compris les filiales suisses des trois plus grandes banques allemandes)⁹¹⁴. Avec l'accord des emprunteurs, ce syndicat permanent place les obligations en francs suisses émises par des emprunteurs étrangers. Ainsi, la part de marché de ce syndicat était de plus de 70%, en 1987⁹¹⁵.
- 1159 Un nouveau **contrat de syndicat permanent** a été récemment conclu par les membres du «syndicat des grandes banques»⁹¹⁶. Ce contrat, avec effet au 1^{er} janvier 1988, prévoit plusieurs mesures d'assouplissement et d'ouverture⁹¹⁷.

⁹¹² PCCSPR 1989/3 p. 208 (plus clair dans la version allemande, p. 90 s.). Cf. ég. les observations faites par Morgan Stanley dans le cadre d'une enquête menée par la «Federal Reserve» américaine en relation avec le «Primary Dealers Act» de 1988 (= 22 U.S.C. § 5341 s.): «[Morgan Stanley] does not compete in the Swiss government securities market given the relatively small size of that market, the infrequency of new issues, and the perception that secondary market liquidity is controlled by the major Swiss banks». Rapport du «Board of Governors of the Federal Reserve System», du 16 août 1989, annexe 3, p. 10.

⁹¹³ PCCSPR 1989/3 p. 208 s. (dans la version allemande, p. 91 s.).

⁹¹⁴ Pour une liste des banques-membres, cf. PCCSPR 1989/3 p. 164.

⁹¹⁵ *Idem*, p. 165 et 227 (Tableau 15 présentant une statistique des emprunts publics en francs suisses des émetteurs étrangers, classés selon les chefs de file). Soulignons cependant que ces statistiques ne coïncident pas avec celles proposées par l'ASB (Les banques et la concurrence, p. 174). Selon cette source, «la part des emprunts publics lancés par le syndicat des grandes banques s'est élevée en 1987 à quelque 40%, en 1988 à quelque 33% et, pour les cinq premiers mois de [1989], à env. 28% du volume total des émissions étrangères en francs suisses».

⁹¹⁶ La bonne compréhension des accords passés est parfois rendue difficile par le fait que certains intéressés ont considéré que le texte du contrat constituait un secret d'affaires au sens de l'art. 23 al. 2 LCart et se sont par conséquent opposés à sa publication. PCCSPR 1989/3 p. 336.

⁹¹⁷ Pour une liste de ces mesures, cf. *idem*, p. 166. Ces mesures ont été rendues nécessaires par la concurrence de plus en plus forte qui existe entre le «syndicat des grandes banques» et les «outsiders». La part de ceux-ci dans les exportations de capitaux n'a en effet cessé de grandir. Il est généralement soutenu que le développement de ce marché est surtout dû aux conditions plus souples que la Banque nationale suisse a récemment adoptées dans ce domaine (n° 41). Sur l'ensemble de la question, cf. surtout l'article publié par la NEUE ZUERCHER ZEITUNG (NZZ), le 21/22 juin

Néanmoins, «la position dominante des grandes banques reste intacte et permet à celles-ci de contrôler largement le marché des emprunts étrangers en francs suisses»⁹¹⁸.

Dans son Rapport de 1989, la Commission a *mis en balance* les effets positifs et négatifs de ce syndicat sur le marché des emprunts obligataires émis par des débiteurs étrangers. Elle a ainsi relevé que le syndicat avait des **effets positifs** sur les coûts, ainsi que sur l'approvisionnement des emprunteurs (en crédits) et des investisseurs (en papiers-valeurs). Elle a en outre constaté qu'il existait une vive concurrence dans le domaine des commissions perçues par les banques participant à des émissions étrangères⁹¹⁹. 1160

Les **effets négatifs** touchent avant tout la concurrence entre les membres du syndicat et les autres banques et l'accès de certains débiteurs au marché obligataire suisse. Ainsi⁹²⁰: 1161

- a) La *liberté de la concurrence* est diminuée par trois procédés: une politique d'admission exagérément sélective⁹²¹, le devoir de fidélité des membres du syndicat (n° 1149)⁹²² et le mécanisme des quotas, lequel renforce la position dominante des grandes banques au sein du syndicat⁹²³. 1162
- b) Les mesures d'assouplissement introduites par le nouveau contrat ont réduit l'*ampleur de la concurrence*, en attirant dans le syndicat des banques à forte capacité de placement qui, auparavant, participaient à de petits syndicats. 1163
- c) La politique de sélection appliquée par le syndicat empêche certains débiteurs d'avoir *accès au marché* suisse des émissions. Il en résulte 1164

1986 (n° 141), p. 17 s. de la section «Wirtschaft», *Umkämpftes Emissionsgeschäft am schweizerischen Kapitalmarkt, Die Zulassungsstelle als Machtmittel der Grossbanken?* Eg. SOCIÉTÉ DE BANQUE SUISSE (SBS), *Marché des obligations en francs suisses, Activité d'émission en 1987 (Obligations; Etude de marché)*, janvier 1988, p. 4.

⁹¹⁸ PCCSPR 1989/3 p. 167.

⁹¹⁹ *Idem*, p. 210. Relevons en outre que, selon le «syndicat des grandes banques», sa politique a aussi pour effet d'«assurer à long terme et de manière durable la sécurité du fonctionnement et la renommée de notre place financière, en veillant à la qualité des débiteurs». ASB, *Les banques et la concurrence*, p. 174.

⁹²⁰ PCCSPR 1989/3 p. 209 s.

⁹²¹ Cf. cep. les objections du «syndicat des grandes banques», in ASB, *Les banques et la concurrence*, p. 174 s.: «Toute banque domiciliée en Suisse peut en principe obtenir des mandats d'émission et constituer un syndicat. L'appartenance à un syndicat et les obligations qui en découlent sont librement négociées». Eg. *supra* n. 919.

⁹²² ASB, *Les banques et la concurrence*, p. 175 s., où il est affirmé que ce devoir est simplement l'expression de la clause de prohibition de concurrence figurant à l'art. 536 CO (droit de la société simple). Il conviendrait toutefois de déterminer de cas en cas dans quelle mesure la participation à un syndicat mené par un «outsider» est contraire ou préjudiciable au but de la société. A ce sujet, cf. p.ex. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, p. 192 n° 50; SIEGWART, art. 536 CO n° 1 ss; TERCIER, *Partie spéciale*, p. 544 n° 4224; VON STEIGER, in SPR VIII/1 p. 504 s.

⁹²³ PCCSPR 1989/3 p. 166 s.

d'abord un affaiblissement de la compétitivité internationale des banques suisses, en raison d'une réduction de la capacité d'innovation et du cercle des spécialistes⁹²⁴.

1165 d) Il y a en plus une limitation sensible de l'offre des titres à risques élevés: Cette politique porte donc également atteinte à la liberté de choix de l'investisseur, qui «ne dispose que d'une palette restreinte de placements»⁹²⁵.

1166 Ces effets sont renforcés par la position dominante que les membres du syndicat occupent au sein de l'instance d'admission à la cotation en bourse⁹²⁶.

1167 En se fondant sur ce bilan, la Commission a **recommandé**:

1168 a) aux membres du «syndicat des grandes banques», de biffer les art. 4 (devoir de fidélité) et 6 al. 2 (conditions posées au droit des membres autres que l'UBS, la SBS et le CS d'assumer la charge de chef de file) du contrat de syndicat permanent (n° 1159);

1169 b) à l'Association des bourses suisses, de renoncer à maintenir l'instance d'admission dans ses fonctions actuelles et d'accroître les exigences qualitatives posées aux informations contenues dans les prospectus d'émission.

1170 Les parties ont rejeté ces recommandations, estimant qu'elles reposaient sur une mauvaise perception de la «réalité du marché». Elles ont toutefois proposé d'amender l'art. 6 al. 2 du contrat (n° 1167), mais seulement pour en préciser le sens⁹²⁷. La Commission a renoncé à sa recommandation relative à l'instance d'admission (n° 1169), tenant compte de changements intervenus dans l'état de fait. Elle a en revanche maintenu ses recommandations à propos du «syndicat des grandes banques» (art. 37 al. 1 LCart)⁹²⁸; et le **Département fédéral de l'économie publique** a ordonné aux membres du syndicat de supprimer la clause traitant du devoir de fidélité (n° 1168).

⁹²⁴ Cf. cep. les remarques du «syndicat des grandes banques», in ASB, Les banques et la concurrence, p. 174 («2. Politique commerciale des grandes banques») et 176 («7. Le critère de qualité pour les émissions»).

⁹²⁵ PCCSPR 1989/3 p. 210.

⁹²⁶ *Idem*, p. 210 s. Cet aspect avait déjà été relevé par certains «outsiders», avant l'ouverture de la dernière enquête sur la concurrence dans le secteur bancaire. Selon eux, les grandes banques se serviraient de leur position dans l'organe d'admission pour obtenir le mandat de chef de file dans les émissions d'une certaine importance. Article de la NZZ, cité n. 917, p. 18. Quoi qu'il en soit, on pouvait aisément constater en 1986 que tous les emprunts par obligations qui se sont vus refuser la cotation étaient présentés par des «outsiders» et non par une grande banque suisse. *Ibidem*.

⁹²⁷ Dans sa nouvelle teneur, cette disposition aurait la teneur suivante: «Si l'un des autres membres du syndicat veut assumer la fonction de chef de file, il est tenu de s'assurer de l'appui technique de l'une des trois grandes banques pour mener à bien l'émission de l'emprunt».

⁹²⁸ A ce sujet, cf. PCCSPR 1990/Ia p. 44 s. (Rapport annuel 1989). Sur cette disposition, cf. p.ex. SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 728 ss.

2. Les Conventions de l'Association suisse des banquiers

La Commission a également examiné deux Conventions de l'Association suisse des banquiers directement applicables à certains aspects des emprunts par obligations⁹²⁹. Il s'agit de: 1171

- a) la Convention VIII concernant la rétrocession de commissions pour les émissions faisant l'objet d'une souscription publique⁹³⁰, et de
- b) la Convention XVII relative aux émissions sur le marché suisse⁹³¹.

Nous nous bornerons à donner ici une brève description de ces deux accords. 1172
En effet, d'une part, la Commission a reconnu que la Convention XVII n'entraîne aucune limitation de la concurrence⁹³² et, d'autre part, l'*Association suisse des banquiers* a accepté d'abroger la *Convention VIII*, conformément à la recommandation de la Commission⁹³³.

Les banques signataires de la **Convention VIII** s'étaient engagées à ne pas 1173
rétrocéder à des tiers plus de la moitié de la commission de placement leur revenant lors d'émissions publiques d'obligations en francs suisses, d'actions et d'autres titres de participation suisses (art. 2). Le but principal de cette Convention était de «maintenir un marché primaire sain et [d']éviter un marché gris» des titres soumis à la Convention⁹³⁴. L'élimination d'un marché gris n'ayant cependant jamais pu être réalisée, l'abrogation de la Convention n'a fait que suivre l'évolution du marché (n° 1172)⁹³⁵.

La **Convention XVII** a une certaine importance pratique, puisqu'elle tend à 1174
coordonner les émissions d'emprunts publics de débiteurs suisses («emprunts intérieurs») d'un montant supérieur à vingt millions de francs suisses⁹³⁶. Les adhérents ont ainsi accepté la création d'un organe de coordina-

⁹²⁹ Pour mémoire, on mentionnera encore, d'une part, la Convention III concernant la recherche de la clientèle et la publicité des banques (n° 977) et, d'autre part, la Convention V concernant le transfert du droit de timbre de *négociation* (PCCSPR 1989/3 p. 134 et 187 s.; ASB, Les banques et la concurrence, p. 154 ss). Sur les conventions de l'ASB en général, cf. HIRSZOWICZ, p. 418 ss; SCHLUEP W./CORAZZA R., in HGBB p. 406 ss («Kartelle im Bankensektor»).

⁹³⁰ En allemand: «Konvention VIII betreffend Weitergabe von Kommissionen bei öffentlichen Emissionen». Le texte de cette Convention se trouve in PCCSPR 1989/3 p. 273 ss. Pour une brève présentation, cf. HIRSZOWICZ, p. 419.

⁹³¹ En allemand: «Konvention XVII betreffend das inländische Emissionsgeschäft». Le texte de cette Convention se trouve in PCCSPR 1989/3 p. 298 ss. Pour une brève présentation, cf. HIRSZOWICZ, p. 420.

⁹³² PCCSPR 1989/3 p. 197.

⁹³³ ASB, Les banques et la concurrence, p. 163 s. La date d'abrogation est le 31 août 1989. Cf. ég. PCCSPR 1989/3 p. 190 s.

⁹³⁴ PCCSPR 1989/3 p. 190.

⁹³⁵ ASB, Les banques et la concurrence, p. 164.

⁹³⁶ Cf. le préambule de la Convention XVII: «assurer le bon fonctionnement du marché suisse des émissions».

tion, auquel ils annoncent les emprunts intérieurs projetés⁹³⁷. L'organe de coordination établit un calendrier des émissions qui renseigne les banques et évite une accumulation d'émissions nouvelles à une même époque⁹³⁸. Aucune mesure coercitive n'est prévue pour assurer le respect de la Convention.

II. Les aspects cartellaires de la Convention XIX relative aux Notes de débiteurs étrangers

- 1175 La Convention XIX relative aux Notes de débiteurs étrangers⁹³⁹ a pour objectif une meilleure information des acheteurs de «Notes»⁹⁴⁰, c'est-à-dire de «*papiers-valeurs placés directement par les membres du syndicat auprès de leur clientèle, émis sous forme de titres de fr. 50 000.- nominal ou plus et dont la cotation n'est pas prévue*» (art. 1 al. 1)⁹⁴¹. Dans ce but, la Convention prévoit l'obligation pour l'emprunteur de préparer un prospectus contenant des informations qui viennent s'ajouter à celles requises par l'art. 1156 CO lors de l'émission (publique) d'obligations (art. 3)⁹⁴².
- 1176 Selon la Commission, le caractère cartellaire de cette Convention résulte de trois dispositions:
- 1177 a) A teneur de l'art. 2 al. 1 de la Convention, les banques signataires ne peuvent prendre part qu'aux émissions de Notes menées par un chef de file ayant lui-même adhéré à la Convention⁹⁴³. Pratiquement, il en découle une obligation d'adhérer pour tout établissement désireux de

⁹³⁷ L'organe de coordination désigné par la Convention est la Banque cantonale de Berne (art. 1).

⁹³⁸ PCCSPR 1989/3 p. 146.

⁹³⁹ En allemand: «Konvention XIX über Notes ausländischer Schuldner». On trouve ce texte ainsi que celui de la circulaire de l'ASB, du 12 juillet 1988, s'y rapportant, in PCCSPR 1989/3 p. 301 ss. Sur cette convention en général, cf. DE BEER/MERZ.

⁹⁴⁰ ASB, Les banques et la concurrence, p. 168; PCCSPR 1989/3 p. 146 ss; DE BEER/MERZ, p. 143 ss.

⁹⁴¹ Soit en allemand: «Emissionen, welche durch die Syndikatsbanken bei ihrer Anlagekundschaft direkt plziert werden, nicht zur Kotierung vorgesehen sind und in Stückelungen von Fr. 50 000.- und mehr aus gegeben werden». Sur le sens de «dont la cotation n'est pas prévue», cf. la circulaire de l'ASB, in PCCSPR 1989/3 p. 303. Cf. cep. n° 1181.

⁹⁴² Cf. surtout la liste donnée par l'art. 3 al. 2 de la Convention qui comprend notamment un résumé des conditions de l'emprunt, des renseignements sur la marche des affaires, le nom des cautions ou garants éventuels, les «ratings» et la liste des titres de participation cotés.

⁹⁴³ Soit en allemand: «Die unterzeichneten Institute verpflichten sich, bei Emissionen, die nach dieser Konvention prospektpflichtig sind, nur mitzuwirken, wenn das federführende Institut diese Konvention unterzeichnet hat».

participer à ce marché⁹⁴⁴. Cette obligation a un effet négatif sur la *liberté de la concurrence*⁹⁴⁵; elle exerce toutefois une influence positive sur la *qualité* des émissions de Notes⁹⁴⁶.

- b) L'interdiction de cotation imposée par l'art. 1 al. 1 *in fine* de la Convention cause une partition des marchés des émissions d'obligations et de Notes: Elle empêche une concurrence réciproque et réduit l'*ampleur de la concurrence* sur le marché des émissions au sens large⁹⁴⁷. Elle protège en outre la structure des commissions en matière d'emprunts publics et exerce par conséquent des effets négatifs sur les *prix*⁹⁴⁸. 1178
- c) La limitation des coupures minimales à 50 000 francs suisses (art. 1 al. 1) a les mêmes effets que l'interdiction de cotation et, dans ce sens, les renforce⁹⁴⁹. En outre, elle a pour conséquence que les Notes ne peuvent être acquises que par une petite catégorie de clients: les investisseurs institutionnels et les autres «gros investisseurs». Le reste de la *clientèle* est exclu de ce marché⁹⁵⁰. Or, selon l'art. 1 al. 2 de la Convention, «les émissions sous forme de titres d'un nominal inférieur à fr. 50 000.– doivent être traitées comme des emprunts obligataires»⁹⁵¹. L'on parvient ainsi à une situation paradoxale, où des «investisseurs professionnels d'une certaine surface»⁹⁵² sont mieux protégés que les petits investisseurs⁹⁵³. La fixation d'un montant minimal a cependant un effet positif sur les *coûts*, puisqu'elle permet de maintenir les frais dans des limites plus étroites⁹⁵⁴. 1179

En conséquence, la Commission a **recommandé** «de biffer les dispositions relatives aux coupures minima et de renoncer à l'interdiction de cotation»⁹⁵⁵. 1180

⁹⁴⁴ PCCSPR 1989/3 p. 197.

⁹⁴⁵ *Ibidem*. Toutefois, comme le relève l'ASB (Les banques et la concurrence, p. 168), «si l'on veut pouvoir assurer l'exécution dans le domaine du droit privé de cette obligation dont le contenu excède ce qui est prévu par le CO pour les emprunts de droit public, il importe que tous les participants à ce marché signent si possible la convention».

⁹⁴⁶ PCCSPR 1989/3 p. 198; ASB, Les banques et la concurrence, p. 168 s. Voir ég. les références citées *supra* n. 939.

⁹⁴⁷ PCCSPR 1989/3 p. 197. L'ASB (Les banques et la concurrence, p. 169 ss) reconnaît qu'il existe une telle partition. Elle soutient toutefois que, du point de vue des emprunteurs, la délimitation du marché repose sur une différenciation des produits et que, du point de vue des investisseurs, ces instruments financiers s'adressent à des publics différents.

⁹⁴⁸ PCCSPR 1989/3 p. 197. *Contra*: ASB, Les banques et la concurrence, p. 171.

⁹⁴⁹ PCCSPR 1989/3 p. 197 s.

⁹⁵⁰ *Idem*, p. 198. Pour une justification de cette «ségrégation», cf. ASB, Les banques et la concurrence, p. 168 ss.

⁹⁵¹ Soit en allemand: «Emissionen mit Stückelungen unter Fr. 50 000.– sind wie Obligationen annehmen zu behandeln».

⁹⁵² ASB, Les banques et la concurrence, p. 171.

⁹⁵³ PCCSPR 1989/3 p. 198.

⁹⁵⁴ *Ibidem*.

⁹⁵⁵ *Ibidem*.

- 1181 L'Association suisse des banquiers a rejeté la recommandation concernant les coupures minimales, mais a décidé d'abolir l'interdiction de cotation⁹⁵⁶. Elle a justifié son refus par des motifs tirés, d'une part, des conséquences pratiques qu'une telle mesure aurait sur les emprunts par Notes⁹⁵⁷ et, d'autre part, du maintien du caractère privé du placement de Notes⁹⁵⁸.

§ 16 Les aspects cartellaires des prêts syndiqués

- 1182 Nous commencerons par définir les cas où les syndicats de prêt sont soumis à la loi sur les cartels (I), pour déterminer ensuite si et à quelles conditions ces groupements peuvent être maintenus au regard de cette loi (II).

I. Les syndicats de prêt en tant qu'organisations analogues

- 1183 Les syndicats de prêt sont toujours des syndicats occasionnels ou *ad hoc*, qui se forment de cas en cas⁹⁵⁹. Il n'existe pas dans ce domaine de syndicats permanents, comparables à ceux qui prennent en charge le placement d'emprunts par obligations (cpr n° 1146 ss). De même, les banques n'ont passé aucun accord, et l'Association suisse des banquiers n'a fait aucune recommandation et n'a adopté aucune Convention sur le sujet (cpr n° 1175 ss). On peut donc d'emblée exclure l'hypothèse d'un **cartel** de banques (cpr n° 1148).

⁹⁵⁶ ASB, Les banques et la concurrence, p. 167 s. L'ASB propose ainsi d'adopter un nouvel art. 1 ayant la teneur suivante: «La présente Convention s'applique aux financements sous forme de Notes, soit aux émissions de papiers-valeurs placés directement par les membres du syndicat auprès de leur clientèle, émis sous forme de titres de fr. 50 000.- nominal et plus». Dans son rapport annuel 1989, la Commission a déclaré avoir accepté la contre-proposition de l'ASB, considérant que celle-là constituait «un moyen acceptable pour atteindre les buts visés par les recommandations». PCCSPr 1990/Ia p. 44.

⁹⁵⁷ *Idem*, p. 171 s. On rappellera toutefois que les inconvénients pratiques n'ont pas empêché la Commission de recommander en 1979 une participation directe du plus grand nombre de banques aux grands syndicats d'émissions publiques (n° 1155).

⁹⁵⁸ *Ibidem*. Notons cependant que la valeur nominale des titres émis n'est pas le seul élément entrant en considération lorsqu'il s'agit de déterminer si une offre est publique (n° 277).

⁹⁵⁹ Nous reprenons ici la définition généralement donnée dans le domaine des emprunts par obligations, cf. STAUBLI K., in HGBB, p. 252, 253 («Emissionsgeschäft», «III.2 Ad-hoc-Syndikate»); ALBISETTI/GSELL, p. 169; MEIER-HAYOZ/VON DER CRONE, p. 283 n° 79.

Les syndicats de prêt ne sont par conséquent soumis à la loi sur les cartels que lorsqu'ils peuvent être qualifiés d'**organisations analogues** (n° 1082 ss). Or, les banques forment de tels groupes: 1184

- d'une part, quand elles utilisent certains types de *fichiers* afin de déterminer les membres potentiels d'un futur syndicat (1) et, 1185
- d'autre part, quand elles intègrent certaines *dispositions standard* dans leurs contrats de prêt syndiqué (2). 1186

1. *Les fichiers du chef de file et de la banque primaire*

Les établissements qui participent régulièrement, comme banques dirigeantes, à des prêts syndiqués, tiennent généralement des fichiers, afin de pouvoir sélectionner rapidement les banques qui pourraient être intéressées par une telle opération. Les moyens informatiques permettent de nombreuses combinaisons entre les différents types de fichiers, ainsi que la création de sous-fichiers⁹⁶⁰. 1187

Il est par conséquent impossible de dresser une liste complète des fichiers que les banques tiennent pour ce genre d'opérations. On peut néanmoins identifier deux groupes de *fichiers de base*: les fichiers «profil» (A) et les fichiers «réciprocité» (B). En général, les autres fichiers n'en sont que des dérivés. 1188

A. *Les fichiers «profil»*

Les fichiers «profil» classent les banques selon le genre de prêts auxquels elles participent habituellement⁹⁶¹. 1189

Ces fichiers tiennent surtout compte de la capacité financière et du champ d'activité géographique des banques. Les banques dirigeantes feront ainsi appel à de grandes banques à caractère international pour des euro-crédits syndiqués (n° 139); en revanche, elles auront plutôt recours à des banques locales ou régionales, lorsqu'il s'agira d'accorder un crédit limité à une entreprise géographiquement proche des membres du syndicat (n° 141). 1190

Les chefs de file et les banques primaires acquièrent et maintiennent leur connaissance du marché: 1191

⁹⁶⁰ L'exposé qui suit est basé sur l'article publié par DUFLOUX/MARGULICI, in Banque 1981 p. 824 s. (= Les euro-crédits, p. 164 ss).

⁹⁶¹ DUFLOUX/MARGULICI, in Banque 1981 p. 824 (= Les euro-crédits, p. 164 s.).

- 1192 a) par la lecture régulière des listes de banques publiées par des organismes officiels ou privés;
- 1193 b) par l'analyse des rapports annuels de gestion et des bilans des banques;
- 1194 c) par l'examen des «tombstones» (n° 185) et, dans une certaine mesure, des prospectus d'émission d'emprunts par obligations⁹⁶²;
- 1195 d) par d'autres sources privées qui leur permettent de connaître les habitudes des banques dans ce domaine.
- 1196 **Ce premier type de fichier n'a aucune influence directe sur l'état de la concurrence.** Cependant, comme il prend en considération des informations liées à diverses opérations consortiales (prêts ou emprunts obligataires), les limitations de la concurrence résultant d'autres moyens peuvent affecter le contenu de ces fichiers. C'est dans cette mesure seulement que la tenue de fichiers «profil» a des répercussions sur la concurrence.

B. Les fichiers «réciprocité»

- 1197 Les fichiers «réciprocité» **indiquent «l'état des relations entre [la banque dirigeante] et les autres banques»**⁹⁶³.
- 1198 La tenue de ces fichiers est plus simple que celle des fichiers «profil» (n° 1189 ss). Il n'est en effet pas nécessaire pour les banques de procéder à des analyses régulières, puisque les fichiers «réciprocité» mentionnent simplement les banques qui – lorsqu'elles occupaient une fonction de chef de file ou de banque primaire – ont offert aux banques dirigeantes de prendre part à un prêt syndiqué. Après s'être assurées qu'elles correspondent au «profil» recherché (n° 1190), les banques dirigeantes offrent à ces banques de participer au prêt syndiqué qu'elles ont entrepris d'organiser.
- 1199 L'utilisation de fichiers «réciprocité» par les banques dirigeantes **peut** aboutir à une fixation du marché des prêts syndiqués et, par là, à une réduction de la concurrence dans ce secteur économique. C'est ainsi que des banques dont le profil correspondrait à celui requis pour une opération déterminée pourraient ne pas être contactées, parce qu'elles ne figureraient pas dans les fichiers «réciprocité» des banques dirigeantes.
- 1200 Si l'on arrive à **démontrer**, d'une part, que l'on se trouve en présence d'un comportement concerté (art. 4 al. 1 litt. b LCart) et, d'autre part, que les

⁹⁶² Il est en effet probable que les banques qui prennent ferme un emprunt d'une certaine catégorie soient également intéressées à participer à un prêt syndiqué du même genre.

⁹⁶³ DUFLOUX/MARGULICI, *in* Banque 1981 p. 824 (= Les euro-crédits, p. 165).

établissements qui ont adopté cette pratique «dominent le marché de certains biens ou services, ou l'influencent d'une manière déterminante» (art. 4 al. 1 LCart *in fine*), alors on est en présence d'une organisation analogue.

A ce propos, il faut faire deux observations:

- a) La banque qui tient des fichiers «réciprocité» pour ses opérations consorciales s'attend, par définition, à ce que les établissements figurant sur ses fichiers en fassent autant. Cela tient à la nature même de tels fichiers. 1201
- b) Comme l'a relevé l'actuel Président de la Commission: «Seule est déterminante 'l'influence' que ces entreprises ont effectivement sur le marché. Or rien ne s'oppose à ce que, en dépit de la concurrence qui peut exister, certaines entreprises exercent en fait sur les autres une influence déterminante. En effet, celle-ci ne dépend pas seulement des mesures que prennent ces entreprises, mais aussi du comportement qu'elles suscitent en fait parmi les autres. Ce sont elles (et non le marché) qui fixent la mesure pour les concurrents et les consommateurs. L'existence d'une concurrence efficace ne suffit donc pas à elle seule à exclure l'assujettissement à la LCart et la LSPr, ce que confirme l'art. 12 LSPr qui n'aurait sinon plus aucun sens pour les organisations analogues»⁹⁶⁴. Cette conception est conforme à la loi qui prévoit que, pour apprécier l'état de la concurrence, il faut notamment prendre en compte le «degré de dépendance des entreprises participant au marché» (art. 4 al. 2 LCart *in fine*)⁹⁶⁵. 1202 1203

L'examen de ces éléments est avant tout une question de fait dont le traitement sortirait du cadre limité de notre étude: Il suppose la mise en œuvre d'importants moyens d'investigation que nous n'avons bien entendu pas à notre disposition. Nous poserons toutefois comme *hypothèse* pour la suite de notre analyse que les conditions nécessaires à la formation d'une organisation analogue sont ici remplies (n° 1082 ss). 1204

2. La standardisation des contrats

Nous commencerons par définir la notion de «dispositions standard» (A), pour appliquer ensuite au domaine des cartels certains critères tirés de l'art. 8 LCD (B). 1205

⁹⁶⁴ TERCIER, *in* SAS 58/1986 p. 116 n. 38.

⁹⁶⁵ Cf. ég. PCC 20/1985 p. 232: «La réponse à la question de l'existence d'une organisation analogue à un cartel se base, outre la part du marché, sur d'autres éléments d'appréciation comme la structure de l'entreprise, la puissance financière, d'éventuels liens financiers et la dépendance de l'autre partie du marché» (cité par TERCIER, *in* SAS 58/1986 p. 116 n. 38).

A. La notion de «dispositions standard»

- 1206 Du point de vue du droit cartellaire, les dispositions standard sont
- des clauses qui présentent une grande similitude dans leur rédaction, bien que figurant dans des contrats conclus entre des parties différentes, à des moments différents.**
- 1207 On peut compléter cette définition en la **délimitant** par rapport à deux autres types de règles contractuelles:
- 1208 **1. Par rapport aux clauses fixant les points essentiels.** Pour que l'on soit en présence d'un contrat de prêt syndiqué, il faut que les conventions passées par l'emprunteur et les banques, d'une part, et par les banques entre elles, d'autre part, répondent à un certain nombre de caractéristiques (n° 30). Il est ainsi normal que l'on trouve, dans toutes les conventions de ce genre, des clauses qui définissent les éléments essentiels de la transaction (art. 2 al. 1 CO)⁹⁶⁶ et dont le contenu est très proche. *Positivement*, les dispositions standard sont donc des clauses qui sont régulièrement insérées dans les contrats de prêt syndiqué. *Négativement*, ce sont des clauses qui ne concernent pas les conditions de base du prêt et qui ne sont pas indispensables à l'organisation du syndicat.
- 1209 **2. Par rapport aux conditions générales.** La notion de dispositions standard est à la fois à rapprocher et à distinguer de celle de conditions générales⁹⁶⁷, c'est-à-dire de clauses contractuelles préformulées qui décrivent de manière générale tout ou partie du contenu d'éventuels contrats⁹⁶⁸.
- 1210 Les formes de conditions générales les plus *proches* des dispositions standard sont⁹⁶⁹:
- 1211 – les conditions générales préparées par une entreprise pour les contrats qu'elle passera avec ses clients;
 - 1212 – les contrats-types destinés à faciliter la conclusion de contrats dans un secteur déterminé (par exemple, les formules de baux à loyer);
 - 1213 – les contrats uniformes en vigueur dans certaines branches (par exemple, les Règles et usances uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux crédits documentaires).

⁹⁶⁶ Sur cette disposition, cf. p.ex. BUCHER, p. 117 ss; KRAMER/SCHMIDLIN, art. 2 CO n° 1 ss; SCHOENENBERGER/JAEGGI, art. 2 CO n° 1 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 176 s. n° 732; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 131 n° 695 ss.

⁹⁶⁷ Pour une bibliographie récente sur les conditions générales en droit suisse, cf. p.ex. GILLIERON, in SAS 59/1987 p. 96 ss; GAUCH/SCHLUEP, p. 196 n° 817.

⁹⁶⁸ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 148 n° 786; GAUCH/SCHLUEP, p. 197 n° 818.

⁹⁶⁹ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 148 n° 788. Eg. GAUCH/SCHLUEP, p. 198 n° 819 ss.

Comme le premier type de conditions générales, les dispositions standard servent d'abord à simplifier la gestion des contrats de prêt syndiqué qu'une banque passe avec ses clients; il en résulte une uniformité au sein de chaque banque, prise individuellement. Quant aux contrats-types et aux contrats uniformes, ils tendent à uniformiser les clauses régissant un type déterminé de transaction; ces contrats favorisent ainsi une certaine efficacité et rapidité, car chacun connaît la plupart des dispositions qui seront finalement intégrées dans le contrat. Les dispositions standard ont des effets similaires en matière de prêts syndiqués. 1214

Mais les conditions générales doivent aussi être *distinguées* des dispositions standard, parce que la définition de celles-là est liée au concept de **contrats d'adhésion**, par lesquels «une partie (au moins) accepte sans les négocier des conditions générales»⁹⁷⁰. 1215

En revanche, les contrats de prêt syndiqué sont des **contrats de négociation**, où tant les banques que l'emprunteur discutent les conditions du prêt et de la syndication (n° 191 ss). Cet élément de distinction doit cependant être *relativisé*: En particulier dans les euro-crédits syndiqués (n° 193), les banques cherchent habituellement – et la plupart du temps parviennent – à imposer aux emprunteurs des clauses standard qui font supporter à ceux-ci la quasi-totalité des risques financiers et juridiques de l'opération⁹⁷¹. 1216

B. Les critères de l'art. 8 LCD comme fondement d'une organisation analogue

Après une présentation générale de l'art. 8 LCD (a), nous définirons les circonstances dans lesquelles cette règle permet de déterminer si l'on est en présence d'une organisation analogue (b). 1217

a. En général

La récente loi contre la concurrence déloyale (n° 971 ss) a introduit une nouvelle disposition régissant spécialement les conditions générales: l'art. 8 LCD («*Utilisation de conditions commerciales abusives*»)⁹⁷², à teneur duquel 1218

⁹⁷⁰ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, p. 148 n° 786.

⁹⁷¹ BLAISE/FOUCHARD, p. 227 s. n° 129.

⁹⁷² Sur cette disposition, cf. GAUCH, *in* BR/DC 1987; GAUCH/SCHLUEP, p. 203 s. n° 839b-g; BAUDENBACHER, *in* recht 6/1988 p. 78 s.; DESSEMONTET, *in* La nouvelle LCD. Eg. MARTIN-ACHARD, LCD, p. 86 ss; DAVID, p. 88 ss n° 240 ss; BAUDENBACHER, *in* Das UWG auf neuer Grundlage, p. 28 ss. Pour une discussion critique, cf. DESSEMONTET/SPOENDLIN/GILLIERON/BAUDENBACHER/HERTIG/VISCHER.

«Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales préalablement formulées, qui sont de nature à provoquer une erreur au détriment d'une partie contractante et qui:

- a. Dérogent notablement au régime légal applicable directement ou par analogie, ou
- b. Prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat»⁹⁷³.

1219 Un exposé complet sur l'art. 8 LCD sortirait du cadre limité de notre étude. C'est pourquoi nous n'aborderons pas ici la controverse et les problèmes d'interprétation liés à l'exigence que, pour être «déloyales», les conditions générales doivent être de nature à induire en erreur l'une des parties au contrat⁹⁷⁴.

1220 Nous limiterons donc notre exposé aux deux hypothèses de l'art. 8 LCD, c'est-à-dire la dérogation notable au droit dispositif (litt. a) et l'altération notable de l'équilibre contractuel «normal» (litt. b)⁹⁷⁵:

1221 a) La première situation a un caractère **principal**⁹⁷⁶. Dans son Message, le Conseil fédéral a en effet posé comme principe que les normes juridiques figurant dans la loi ou établies par la jurisprudence ou la doctrine (art. 1 CC)⁹⁷⁷ possèdent «un certain contenu de justice et [...] procurent une répartition équilibrée des droits et des obligations»⁹⁷⁸. Les conditions générales qui dérogent notablement à la loi et créent par là un déséquilibre injuste doivent dès lors être considérées comme contraires à la concurrence loyale⁹⁷⁹.

⁹⁷³ Soit en allemand («Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen»):

«Unlauter handelt insbesondere, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise zum Nachteil einer Vertragspartei:

- a. von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder
- b. eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen».

⁹⁷⁴ A ce propos, cf. GAUCH, in BR/DC 1987 p. 55; GAUCH/SCHLUEP, p. 203 n° 839e; DESSEMONTET, in La nouvelle LCD, p. 69 ss. Cette exigence a été introduite par le Conseil des Etats (Bull. stén. CdE 1986 p. 423; ég. Bull. stén. CN 1986 p. 1252 ss) et a généralement suscité des réactions négatives portant ou bien sur la rédaction ambiguë de la disposition, voire de la loi, ou bien sur l'insertion même d'une telle condition. Voir p.ex. DESSEMONTET, in SAS 59/1987 p. 111: «[L]e langage particulièrement nébuleux qui caractérise la rédaction entière de la nouvelle LCD»; GILLIERON, in SAS 59/1987 p. 113: «La règle était simple dans le projet du Conseil fédéral; elle ne l'est plus avec l'exigence cumulative que les conditions générales soient de nature à provoquer une erreur préjudiciable»; *idem*, p. 114: «[U]n texte rendu à plaisir inintelligible». Eg. BAUDENBACHER, in SAS 59/1987 p. 114; HERTIG, in SAS 59/1987 p. 115 s.

⁹⁷⁵ HERTIG, in SAS 59/1987 p. 115. Sur les rapports entre ces deux hypothèses et l'utilisation de conditions générales «au détriment d'une partie contractante», cf. GAUCH, in BR/DC 1987 p. 52 ss.

⁹⁷⁶ Message LCD, p. 1108.

⁹⁷⁷ Sur la notion de «régime légal» (la version allemande est plus explicite: «gesetzliche Ordnung»), cf. GAUCH, in BR/DC 1987 p. 54; DESSEMONTET, in La nouvelle LCD, p. 72 ss.

⁹⁷⁸ Message LCD, p. 1108.

⁹⁷⁹ DESSEMONTET, in SAS 59/1987 p. 111.

- b) La deuxième hypothèse a souvent été qualifiée de «condition de rechange» ou de «**condition subsidiaire**»⁹⁸⁰. L'art. 8 litt. b LCD ne devrait donc être appliqué qu'en second lieu, lorsque l'examen des conditions générales sous l'angle de la dérogation au régime légal n'a donné aucun résultat – par exemple, lorsque l'application analogique de dispositions légales à un contrat innommé n'a pas été concluante⁹⁸¹. Le législateur a avant tout visé les clauses qui tombent sous le coup de la «*règle de l'insolite*»⁹⁸². Cette expression couvre en particulier les clauses exorbitantes à une convention du type de celle qui a été passée par les parties⁹⁸³, celles produisant un résultat contraire aux prévisions de parties «ordinaires» ou entraînant le bouleversement de l'équilibre du contrat⁹⁸⁴. 1222

b. L'application analogique de l'art. 8 LCD

Tant la loi contre la concurrence déloyale que la loi sur les cartels «concourent à la sauvegarde et au bon fonctionnement du substrat de l'ordre économique que constitue la concurrence»⁹⁸⁵. Il existe dès lors une complémentarité entre ces deux lois⁹⁸⁶. Et l'on devrait pouvoir appliquer à l'une des principes définis par l'autre. On gardera néanmoins à l'esprit les spécificités et les objectifs de chacune⁹⁸⁷. 1223

A notre avis, l'art. 8 litt. a et b LCD énonce des critères qui peuvent aussi être pris en considération dans le domaine des cartels⁹⁸⁸. Ainsi, il y a une forte **présomption de comportement concerté** entre entreprises participant à un même marché (art. 4 al. 1 litt. b LCart, n° 1087 s.), lorsque celles-ci insèrent 1224

⁹⁸⁰ P.ex. Message LCD, p. 1108; GAUCH/SCHLUEP, p. 203 n° 839d; DESSEMONTET, *in* La nouvelle LCD, p. 76 ss.

⁹⁸¹ GAUCH/SCHLUEP, p. 203 n° 839d. Eg. TERCIER P., Des législateurs innommés, *in* Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter Schluep, Zurich 1988, p. 45, 51.

⁹⁸² DESSEMONTET, *in* SAS 59/1987 p. 111. Pour une discussion de cette règle, cf. ZR 79/1980 p. 256. Relevons au passage un autre élément commun aux conditions générales et dispositions standard dans ce domaine: Les premières comme les deuxièmes dérogent au système légal – et, parfois, prennent l'autre partie par surprise – sur des points secondaires. NORDMANN, p. 28; WESSNER. Eg. DESSEMONTET, *in* SAS 59/1987 p. 112.

⁹⁸³ GAUCH, *in* BR/DC 1987 p. 54 (avec des exemples à la n. 48); GILLIERON, *in* SAS 59/1987 p. 113.

⁹⁸⁴ DESSEMONTET, *in* SAS 59/1987 p. 111.

⁹⁸⁵ Message LCD, p. 1070. Eg. ATF 103/1977 II 294, JdT 1979 I 214 (résumé par ROMY/WOLLMANN GAUTHIER/WERNLI, p. 110); ZSCHOKKE. Voir ég. art. 7 al. 2 litt. a LCart (SCHUERMANN/SCHLUEP, p. 419 ss) et art. 44 al. 2 litt. a LCart (*idem*, p. 764 ss).

⁹⁸⁶ Sur les rapports entre ces deux lois, cf. BAUDENBACHER, *in* Kartellrecht auf neuer Grundlage; HERTIG, *in* Das UWG auf neuer Grundlage, p. 37 ss (sp. p. 66).

⁹⁸⁷ A ce sujet, cf. ATF 107/1981 II 277, JdT 1982 I 523 (résumé par ROMY/WOLLMANN GAUTHIER/WERNLI, p. 110).

⁹⁸⁸ Pour une illustration du traitement des conditions générales en droit des cartels, cf. PCCSPR 1989/3 p. 199 ss (conditions générales des banques); PCCSPR 1988/3 p. 117 ss (conditions générales des assurances).

systématiquement dans leurs contrats des clauses qui «dérogent notablement au régime légal applicable» (art. 8 litt. a LCD; n° 1221) ou «prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat» (art. 8 litt. b LCD; n° 1222). A ce propos, il faut faire deux observations⁹⁸⁹:

- 1225 a) *Les entreprises qui agissent de la sorte ne peuvent le faire que si elles sont certaines que leurs concurrents procèdent de la même façon* (n° 1087 s.). On ne voit pas comment ces entreprises pourraient autrement imposer à leurs clients des clauses lésant un équilibre «naturel» entre les droits et obligations des parties à un contrat.
- 1226 b) *Le choix d'imposer de telles clauses suppose en principe une domination du marché ou une influence déterminante sur celui-ci*. On peut donc affirmer que, dans la plupart des cas, les entreprises qui imposent des dispositions standard, auxquelles on peut appliquer par analogie les critères de l'art. 8 litt. a et b LCD, ont une puissance de marché au sens de l'art. 4 LCart (n° 1086).
- 1227 Or, il faut rappeler que, surtout en matière d'euro-crédits, des dispositions standard tendent à mettre les risques financiers (autre que l'insolvabilité) et juridiques de l'opération exclusivement à la charge de l'emprunteur⁹⁹⁰. Il pourrait dès lors être soutenu que de telles dispositions standard portent atteinte à l'équilibre des droits et des obligations des banques et de l'emprunteur. Si l'on arrive à le prouver – et il y a de fortes chances que l'on y parvienne – alors on pourra probablement établir l'existence d'une organisation analogue en se fondant sur l'argumentation que nous venons de développer.
- 1228 Pour la suite de notre étude, nous poserons comme *hypothèse* que cette preuve a été apportée et qu'en conséquence les banques qui exigent régulièrement l'insertion dans leurs contrats de prêt syndiqué de clauses faisant supporter à l'emprunteur la plupart des risques liés à l'opération, forment une organisation analogue à un cartel.

II. L'admissibilité des entraves à la concurrence

- 1229 Après un bref exposé sur l'influence de prescriptions de droit public sur le niveau de la concurrence dans notre domaine (1), nous présenterons les bases

⁹⁸⁹ A ce propos, cf. la citation de TURNER, *supra* n. 831.

⁹⁹⁰ BLAISE/FOUCHARD, p. 227 s. n° 129.

d'un diagnostic accéléré (2), puis celles d'un diagnostic ordinaire que la Commission des cartels pourrait poser sur les marchés des prêts syndiqués (3).

1. L'influence de prescriptions de droit public sur le niveau de la concurrence dans le secteur des crédits

La législation bancaire impose un premier groupe de restrictions de la concurrence dans le domaine des crédits, en prévoyant un régime d'autorisation (A), en imposant certaines règles de gestion (B) et en permettant à la Banque nationale de prendre des mesures de politique monétaire et conjoncturelle (C). En outre, la législation en matière de droit de timbre réduit la compétitivité des banques suisses vis-à-vis de l'étranger (D).

A. Le régime de l'autorisation

Le chapitre II de la loi sur les banques (art. 3 à 3ter LB) soumet à autorisation l'activité bancaire et, par là, restreint le nombre d'institutions qui peuvent accepter des dépôts et accorder des crédits et des prêts à titre professionnel⁹⁹¹. L'emprunteur qui souhaite obtenir un crédit ou un prêt d'une telle entreprise ne peut donc s'adresser qu'à un nombre limité d'établissements. De même, lors de la constitution d'un consortium, le chef de file ne prend contact qu'avec des banques ou sociétés assimilées (art. 1 al. 2 LB; n° 153 ss).

Il faut faire à ce propos deux remarques:

a) Par une modification de l'ordonnance d'exécution de la loi sur les banques entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1990 (RO 1989 1772), le Conseil fédéral a élargi le champ d'application matériel de la loi sur les banques⁹⁹². Désormais, la loi s'applique également aux intermédiaires financiers particulièrement actifs dans le domaine interbancaire (art. 2a litt. b OB)⁹⁹³, ainsi qu'aux maisons d'émission (art. 2a litt. c OB)⁹⁹⁴.

⁹⁹¹ A ce sujet, cf. BODMER/KLEINER/LUTZ, *ad* art. 3–3ter LB; MUELLER, p. 22 ss; HIRSZOWICZ, p. 139 ss.

⁹⁹² Sur le champ d'application matériel de la loi sur les banques, cf. MUELLER, p. 14 ss; BODMER/KLEINER/LUTZ, art. 1 LB n° 7. Voir ég. la définition de la «banque», *supra* n. 1.

⁹⁹³ A teneur de cette disposition, sont considérées comme banques, au sens de l'art. 1 al. 1 LB, les entreprises qui «se refinancent dans une mesure importante auprès de plusieurs banques ne participant pas de manière notable à leur capital dans le but de financer pour leur propre compte, de quelque manière que ce soit, un nombre indéterminé de personnes ou d'entreprises avec lesquelles elles ne forment pas une entité économique». A ce sujet, cf. le Rapport de gestion 1989 de la CFB, p. 160.

⁹⁹⁴ Sont ainsi des maisons d'émission les entreprises qui «prennent ferme ou à la commission des papiers-valeurs ou des droits ayant une fonction identique (droits-valeurs) en les offrant publiquement sur le marché primaire». A ce sujet, cf. le Rapport de gestion 1989 de la CFB, p. 160.

- 1234 b) Les banques ne détiennent pas le monopole des marchés de l'argent et des capitaux. Elles doivent au contraire faire face à une concurrence de plus en plus forte d'entreprises non soumises à la loi sur les banques (cep. n° 1233). On pense en particulier aux investisseurs institutionnels qui cherchent à placer leurs liquidités, notamment en participant à des programmes de «note issuance facilities» (n° 311 ss) ou de «money market claims» (n° 1069 ss)⁹⁹⁵.

B. Les règles de gestion

- 1235 Les règles de gestion des banques sont organisées autour de trois principes⁹⁹⁶: l'exigence d'un capital propre minimum, l'exigence de liquidités minimums et la répartition des risques (n° 42). La capacité de concurrence des banques suisses vis-à-vis des banques étrangères varie suivant les ratios imposés par le Conseil fédéral dans ce domaine. Celui-là a ainsi récemment amendé l'ordonnance d'exécution de la loi sur les banques afin d'harmoniser les taux applicables aux fonds propres avec ceux prévus par les principales législations bancaires étrangères (RO 1989 2542).

C. Les mesures de politique monétaire et conjoncturelle

- 1236 Un troisième groupe de règles touche les mesures de politique monétaire et conjoncturelle⁹⁹⁷. La disposition qui a la plus grande importance dans notre domaine est l'art. 8 LB, qui soumet à l'autorisation de la Banque nationale les exportations de capitaux (n° 41). Un refus ou la fixation de conditions trop sévères (p.ex. la fixation d'un délai) amèneront sans doute l'emprunteur à chercher ailleurs le crédit qu'il n'aura pas trouvé en Suisse; il en résulte une réduction de la compétitivité des banques suisses sur le plan international.
- 1237 Inversement, un assouplissement de la politique de la Banque nationale favorise la position de nos établissements de crédit. A ce propos, il est intéressant de constater que cette politique peut aussi améliorer l'état de la

⁹⁹⁵ Sur l'assujettissement d'assurances à la loi sur les banques, cf. MUELLER, p. 15 s.; voir ég. les références citées par cet auteur, p. 16 n. 6 s. Sur l'intérêt des sociétés financières qui ne font pas appel au public pour obtenir des fonds en dépôt à être reconnues «à caractère bancaire», cf. *idem*, p. 18 s.

⁹⁹⁶ A ce propos, cf. p.ex. JUNOD, in L'avant-projet de loi fédérale sur les banques, p. 101, 107 ss.

⁹⁹⁷ Sur les «moyens d'action de l'institut d'émission», cf. HIRSZOWICZ, p. 256 ss (sp. p. 282 ss); KLAUSER, p. 145 ss; SCHUERMANN, art. 16 à 16k LBN; EHRSAM, p. 91 ss. Eg. NOBEL, in Staat und Gesellschaft, p. 291 ss; BELLANGER F., Le régime juridique de la Banque nationale suisse, th. Genève/Zurich 1990.

concurrence intérieure. Il faut en effet rappeler que l'on attribue généralement à l'allègement de la réglementation sur les exportations de capitaux une plus grande concurrence dans le secteur des placements d'emprunts de débiteurs étrangers (n° 1158 ss).

D. La législation sur le droit de timbre

La loi sur le droit de timbre prévoit la perception d'un impôt lors de la négociation d'obligations (art. 13 al. 2 litt. a LT) et de «sous-participations à des créances provenant de prêts» (art. 13 al. 2 litt. c LT). Or, il est généralement admis qu'un tel impôt porte préjudice à la compétitivité de la place financière suisse (ég. n° 1064)⁹⁹⁸. Il freine notamment le développement d'un véritable marché suisse des «note issuance facilities» (n° 311):

«Da der eidgenössische Umsatzstempel nicht pro rata temporis erhoben wird, erweist sich die Belastung umso grösser, je kürzer die Restlaufzeit ist. Das ist einer der wichtigsten Gründe für den sehr geringen Handel mit Geldmarktpapieren in der Schweiz. Die Schweizer Banken wickeln die Geldmarktgeschäfte für ihre Kunden über ihre Filialen und Korrespondenten im Ausland ab»⁹⁹⁹.

Une réforme fiscale est actuellement en cours en Suisse et l'on devrait assister, dans un avenir relativement proche, ou bien à l'abolition pure et simple du droit de timbre ou bien à un allègement qui devrait rendre notre marché des émissions plus attractif.

2. Le diagnostic accéléré

D'importants moyens d'enquête doivent être mis en œuvre pour déterminer l'existence ou l'absence d'une concurrence efficace sur un certain marché. De tels moyens sont avant tout à la disposition de la Commission des cartels: Ils sont hors de notre portée; par ailleurs, une analyse approfondie de cette question sortirait du cadre limité de notre présentation. Nous nous bornons donc à poser, sous forme de questions, les bases d'une étude complète de ce problème.

Les trois tests élaborés par M. SCHLUEP et les critères qu'il suggère (n° 1108) définissent pour l'essentiel l'ordre des questions auxquelles il faut répondre pour déterminer s'il existe une concurrence efficace dans le secteur des prêts syndiqués.

⁹⁹⁸ Sur le problème en général, cf. CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport concernant certains aspects fiscaux de la place financière suisse, du 7 mars 1986, in FF 1986 I 828, 835 ss.

⁹⁹⁹ HIRSZOWICZ, p. 230. Eg. VOEGELI, p. 130 (sp. p. 133 ss et 141 ss).

- 1242 Nous ferons ici abstraction de l'ultime question que l'on devrait poser dans l'hypothèse où l'on aboutirait à la conclusion qu'une concurrence efficace est empêchée: Cet empêchement est-il justifié par des motifs liés à l'état de nécessité ou à la réserve du cas exceptionnel imprévu (n° 1118)? Il y a de fortes présomptions que la réponse soit négative.

A. *L'examen du comportement*

- 1243 • *Question principale:*
Les outsiders sont-ils à même, actuellement ou potentiellement, de se comporter d'une façon qui permette aux emprunteurs de choisir leurs offres plutôt que celles des membres de l'organisation analogue?
- 1244 • *Questions secondaires* (permettant de répondre à la question principale):
- Existe-t-il pour le même service, c'est-à-dire la mise au point d'un syndicat de prêt et la fourniture d'un crédit d'un certain montant, une parfaite interchangeabilité entre les pollicitants?
 - En particulier, existe-t-il une égalité quant au coût (taux d'intérêt, commissions, etc.), à la qualité, aux conditions de l'offre, aux prestations accessoires (conseils juridiques et financiers), à la capacité de combler des besoins supplémentaires?
 - Est-il possible aux emprunteurs d'opter pour d'autres moyens de financement (émissions d'obligations, d'actions, de bons de participation, de «note issuance facilities»)? Aux mêmes conditions, pour un coût semblable?

B. *L'examen de la structure*

- Dans quelle mesure les prêts syndiqués sont-ils un produit homogène?
- Quel est le degré de transparence du marché?
- Quel est le nombre de pollicitants potentiels et quelle est la part de marché effective de chacun?
- Quel est le type de banques qui participent à des prêts syndiqués? leur taille? leurs capacité et puissance financières? leur degré de diversification? leur «mentalité» (conservatrice, innovatrice)?
- Quels sont les liens – personnels, juridiques ou économiques (art. 4 al. 2 LCart) – entre les membres de l'organisation analogue ainsi formée?

- Quel est le degré de dépendance des outsiders vis-à-vis de l'organisation analogue (art. 4 al. 2 LCart *in fine*)? Les membres de l'organisation analogue préfèrent-ils certains outsiders à d'autres?
- Quel est le degré de dépendance des membres de l'organisation analogue vis-à-vis des outsiders?
- Quel est le degré de dépendance des participants au marché entre eux, sans égard à leur appartenance ou non à l'organisation analogue?
- Est-il aisé d'entrer dans le marché des prêts syndiqués? Quel est le degré d'expertise nécessaire? Y a-t-il des barrières de droit public?
- Quelle est la structure de la concurrence internationale? Quelle est l'importance des banques étrangères dans le marché national des prêts syndiqués? Quel est le degré de dépendance vis-à-vis de l'étranger?

C. L'examen du résultat

- Quelles sont – ou seraient – les conséquences d'une concurrence efficace sur:
 - les parts de marché des différents participants?
 - le niveau des coûts pour l'emprunteur et celui des profits pour les banques consortiales (répartition des profits, formation de réserves)?
 - la capacité d'innovation (nouveaux instruments financiers, nouvelles méthodes de gestion)?
- Pourrait-on en outre assister à:
 - une augmentation des libertés par un relâchement des liens cartellaires, voire à des sorties de l'organisation analogue?
 - une réduction de la puissance de marché de l'organisation analogue?
 - la liquidation de blocages ou de déséquilibres du marché?
 - une augmentation des capacités financières des «outsiders»?
 - la création de nouveaux débouchés?

3. Le diagnostic ordinaire

L'art. 7 al. 2 LCart, pour les dispositions de droit civil, et l'art. 29 al. 2 LCart phr. 3 et 4, pour les dispositions de droit administratif, énumèrent certaines composantes de l'intérêt général. Cette énumération a toutefois un caractère exemplatif (n° 1096): Le juge civil et la Commission des cartels peuvent suivant les circonstances retenir d'autres éléments¹⁰⁰⁰.

¹⁰⁰⁰ SCHLUEP, *Wirksamer Wettbewerb*, p. 68 n° 161; SCHMIDHAUSER, *in Innominatverträge*, p. 390; Message LCart, p. 51 ss.

- 1246 Dans cette section, nous nous intéresserons à six éléments principaux: la concurrence (A), la qualité (B), l'efficacité (C), la répartition des risques (D), la structure de la branche économique (E) et l'approvisionnement du pays en crédit (F).

A. La concurrence

- 1247 Les autorités chargées d'appliquer la loi sur les cartels peuvent prendre en compte la concurrence sous au moins trois de ses aspects:
- 1248 1. Le plus important est sans doute celui des effets de la mesure cartellaire sur **la liberté et l'ampleur de la concurrence** (art. 29 al. 2 phr. 3 LCart; n° 1096). L'usage de fichiers «réciprocité» *réduit sensiblement* l'ampleur de la concurrence (n° 1197 ss): A terme, ce système empêche pratiquement toute nouvelle entrée dans certains segments du marché¹⁰⁰¹. Il en résulte une cristallisation partielle du marché en faveur des membres des organisations analogues formées par les banques qui donnent la priorité, voire l'exclusivité, aux établissements figurant dans leurs fichiers «réciprocité».
- 1249 Les dispositions standard ont des *effets négatifs* tant sur la liberté que sur l'ampleur de la concurrence (n° 1205 ss). Il est en effet difficile à l'emprunteur d'obtenir d'autres banques des conditions plus favorables, voire simplement différentes. Même si une ou plusieurs banques acceptent de procéder de la sorte, il n'est pas certain qu'elles puissent trouver un nombre suffisant d'établissements pour former un syndicat. L'emprunteur ne peut ainsi pas compter sur le jeu de la libre concurrence dans la négociation du contenu du contrat de prêt syndiqué¹⁰⁰². En plus, les «outsiders» risquent d'être mis à l'index par les autres banques.
- 1250 2. On peut envisager que les membres de l'organisation analogue tentent de justifier son existence par des motifs tirés du **maintien de la «capacité de concurrence des entreprises suisses»** (art. 29 al. 2 phr. 4 LCart). Il est par exemple possible d'utiliser les mécanismes des fichiers «réciprocité» afin de faire face à une concurrence étrangère dans le pays ou de maintenir la compétitivité des banques suisses sur le plan international. Ce motif pourrait être combiné avec la préservation de la capacité d'approvisionnement du pays en crédit (cf. n° 1267 ss) ou le maintien d'un certain niveau de qualité dans la fourniture de services (cf. n° 1256 ss).

¹⁰⁰¹ A ce sujet, on peut s'inspirer des constatations faites par la Commission à propos du «syndicat des grandes banques»: PCCSPR 1989/3 p. 209 ss.

¹⁰⁰² Cf. ég. les observations de la Commission à propos des conditions générales des banques: PCCSPR 1989/3 p. 199 ss.

Il s'agit toutefois d'apporter trois précisions à ce sujet: 1251

- a) Même s'il est démontré que l'entrave a un effet positif sur la capacité de concurrence des banques suisses sur le plan national ou international, cela ne signifie pas que la mesure cartellaire soit automatiquement admise: Cet élément n'a pas un caractère absolu et doit être *mis en balance* avec les autres effets de la mesure (n° 1018). 1252
- b) Le caractère relatif de cet élément est accentué par l'introduction dans la nouvelle loi de dispositions visant à faciliter l'exécution d'*accords internationaux* (n° 979 ss). Il convient donc de tenir également compte de ce fait dans l'établissement du bilan socio-économique de l'art. 29 al. 2 LCart et d'éviter des conflits avec des règles figurant dans des traités. 1253
- c) Le législateur n'a pas repris dans les normes de *droit civil* le principe énoncé par l'art. 5 al. 2 litt. d aLCart, selon lequel les mesures ayant pour but d'«assurer l'application d'un cartel sur les marchés étrangers» étaient expressément réputées justifiées par un intérêt légitime prépondérant (n° 1134 ss)¹⁰⁰³. Des entraves visant un tel objectif peuvent encore être considérées comme justifiées, mais seulement au regard des règles générales¹⁰⁰⁴. 1254

3. A notre avis, le motif tiré de la «sauvegarde d'une concurrence loyale et non faussée» (art. 7 al. 2 litt. a LCart)¹⁰⁰⁵ ne peut pas être invoqué pour justifier les mesures prises par les organisations analogues formées dans le domaine des prêts syndiqués. En effet, on ne voit pas en pratique quels liens pourraient exister entre l'exclusion de banques ne figurant pas dans des fichiers «réciprocité» et l'imposition de dispositions standard, d'une part, et la volonté de maintenir un tel état de concurrence, d'autre part. 1255

B. La qualité

La loi sur les cartels encourage les mesures qui peuvent assurer le maintien ou améliorer la qualité de biens et de services. Cela est reconnu: 1256

- par l'art. 7 al. 2 litt. b LCart, qui se réfère à l'«établissement d'exigences professionnelles ou techniques raisonnables» (voir ég. art. 7 al. 2 litt. d LCart)¹⁰⁰⁶, et

¹⁰⁰³ Message LCart, p. 52.

¹⁰⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁰⁵ Soit en allemand: «Die Gewährleistung des lauterer und unverfälschten Wettbewerbes». Hormis une modification d'ordre rédactionnel, l'art. 7 al. 2 litt. a LCart reprend le texte de l'art. 5 al. 2 litt. a aLCart; on peut donc se reporter à la doctrine et à la jurisprudence publiées sous l'ancien droit. A titre d'illustration, cf. p.ex. PCC 5/1970 p. 225 s. et 247 s. (revente en-dessous du prix de revient); PCC 12/1977 p. 245 s. (politique déloyale de prix bas). Eg. les autres décisions citées par HOMBURGER/DROLSHAMMER, p. 169 s.

¹⁰⁰⁶ Soit en allemand: «Die Verwicklung angemessener beruflicher und betrieblicher Voraussetzungen». Hormis une modification d'ordre rédactionnel, l'art. 7 al. 2 litt. b LCart reprend le texte

– par l'art. 29 al. 2 LCart, qui instruit la Commission des cartels de tenir compte des effets des mesures cartellaires sur la qualité.

- 1257 Les membres d'un «club» fondé sur le principe de la réciprocité pourraient ainsi soutenir que les mesures qu'ils prennent et qui limitent l'accès régulier des «outsiders» aux syndicats qu'ils forment, leur permettent d'assurer un certain niveau de qualité sur le marché des prêts syndiqués.
- 1258 On rappellera cependant les observations faites par la Commission en liaison avec le «syndicat des grandes banques» et l'instance d'admission (n° 1158 ss). Il en résulte clairement que la promotion de certains standards de qualité doit se faire par des moyens léssant le moins possible la concurrence: On ne peut pas laisser à des institutions privées le droit absolu de décider qui est apte à participer à un marché. Cette affirmation est spécialement pertinente dans notre domaine. En effet, les participants au marché présentent généralement toutes les garanties de qualité, puisqu'ils sont tous soumis au contrôle d'une autorité de surveillance bancaire (n° 1231 ss).

C. L'efficacité

- 1259 L'internationalisation des relations bancaires et la rapidité avec laquelle les banques doivent répondre aux offres de participation nécessitent une certaine **rationalisation**¹⁰⁰⁷. Cet objectif ne peut être atteint sans un accord, exprès ou tacite, sur un certain nombre de questions techniques, d'où l'utilité de dispositions standard. La tenue de fichiers «réciprocité» pourrait également contribuer à un traitement efficace de ces transactions.
- 1260 Ces affirmations appellent deux remarques:
- 1261 a) Ce qu'il faut d'abord déterminer, du point de vue du droit cartellaire, c'est à quel moment une réglementation uniforme – conventions de l'Association suisse des banquiers ou dispositions standard – cesse d'être techniquement nécessaire pour devenir une entrave à la concurrence¹⁰⁰⁸. Quoi qu'il en soit, comme le relèvent MM. SCHLUEP et CORAZZA: «*Mindestens ist die Wahrscheinlichkeit gross, dass die Konditionen für den Kunden bei einheitlicher Regelung ungünstiger ausfallen, als wenn sie Gegenstand des Wettbewerbs zwischen den Banken wären*»¹⁰⁰⁹.

de l'art. 5 al. 2 litt. b LCart; on peut donc se reporter à la doctrine et à la jurisprudence publiées sous l'ancienne loi. Voir p.ex. PCC 4/1969 p. 321 s. et 354 ss (branche cosmétique), PCC 5/1970 p. 248 s. (marché de la bière), PCC 12/1977 p. 250 (distribution de périodiques).

¹⁰⁰⁷ Cf. MUNDHEIM, p. 1: «Nowhere is it clearer that we live in an international context than in the world of finance, money and capital markets». Eg. SCHILTKNECHT, p. 95 ss. Sur les problèmes contractuels liés à la participation de banques appartenant à des Etats différents (= «risque juridique»), cf. BLAISE/FOUCHARD, p. 175 ss.

¹⁰⁰⁸ SCHLUEP W./CORAZZA R., in HGBB, p. 407 («Kartelle im Bankensektor»).

¹⁰⁰⁹ *Ibidem*.

- b) Il faut ensuite rappeler que, déjà dans son rapport sur la concentration dans le secteur bancaire, la Commission des cartels a invité les syndicats permanents à ouvrir les emprunts publics au plus grand nombre de banques, cela *malgré les «complications sur le plan de l'organisation»*¹⁰¹⁰ que cette manière de faire pouvait entraîner (n° 1155). Cette recommandation devrait aussi trouver application dans notre domaine. 1262

D. La répartition des risques

La loi sur les banques (art. 4 et 4bis LB) et son ordonnance d'exécution (art. 21 OB) encouragent, parfois même imposent la création de syndicats de crédit, afin de répartir les risques que présentent certaines opérations (n° 42). C'est également le but que vise la législation allemande qui, par des dispositions de droit cartellaire, facilite la formation de consortiums bancaires (§ 102 al. 2 GWB; n° 997 ss). 1263

Un bilan socio-économique doit tenir compte des *effets positifs* de la constitution de syndicats sur le plan de la gestion bancaire (ég. n° 1259 ss). Cependant, la répartition des risques ne justifie pas à elle seule les entraves qui peuvent intervenir lors de la formation de consortiums: Les banques doivent alors respecter les principes posés par la loi sur les cartels; en particulier, elles doivent opter pour les mesures qui lèsent le moins la concurrence. On rappellera par ailleurs que l'exemption § 102 al. 2 GWB ne vaut que pour les syndicats *ad hoc* et que dans les buts définis par la loi, avant tout en vue d'une répartition des risques (n° 1009)¹⁰¹¹. 1264

E. La structure d'une branche économique

L'art. 7 al. 2 litt. c LCart qualifie de «légitime» une entrave qui aurait pour but «la promotion d'une structure souhaitable dans une branche ou une profession»¹⁰¹². Quant à l'art. 29 al. 2 LCart, il invite la Commission à tenir 1265

¹⁰¹⁰ PCC 14/1979 p. 193.

¹⁰¹¹ MOESCHEL, in *GWB Kommentar*, p. 2035 n. 43 (avec d'autres références): «Soweit deren nicht nach Wirtschaftssektoren, sondern nach bestimmten Zwecken differenzierende materielle Kriterien erfüllt sind, ist ein Missbrauch s.S. von § 102 Abs. 4 ausgeschlossen». *Idem*, in *ZHR* 136/1972 p. 276 ss.

¹⁰¹² Soit en allemand: «die Förderung der erwünschten Struktur eines Wirtschaftszweiges oder Berufes». A noter que cette disposition reprend l'idée de l'art. 5 al. 2 litt. c aLCart, sans la référence expresse à l'«intérêt général»; cela ne change rien quant au fond, puisque l'intérêt général est désormais mentionné au premier alinéa de l'art. 7 LCart (voir n° 1136). A titre d'illustration, voir p.ex. PCC 4/1969 p. 321 ss et 340 ss (branche cosmétique).

compte, lors de l'établissement de son bilan, des effets d'une mesure cartellaire sur «la structure de la branche économique» qui fait l'objet de l'enquête.

- 1266 Ce motif pourrait intervenir pour justifier l'utilisation de fichiers «réciprocité». Tel serait en particulier le cas si des fichiers de ce type étaient tenus par un groupe formé d'un type bien déterminé de banques, par exemple de banques régionales. Celles-ci pourraient ainsi s'unir régulièrement pour maintenir leur présence et leur compétitivité dans la formation de syndicats de place (n° 141). On parviendrait dès lors à préserver des instituts de crédit capables de mieux comprendre les besoins d'une économie régionale. Notons à ce propos que la Commission des cartels a régulièrement encouragé la collaboration entre les banques cantonales, banques régionales et les caisses d'épargne pour «compenser [...] les avantages institutionnels dont bénéficient les grandes banques en matière de concurrence»¹⁰¹³.

F. L'approvisionnement du pays en crédit

- 1267 Après une présentation générale (a), nous traiterons de deux aspects particuliers du maintien de la capacité de crédit des banques suisses: la diversification des services (b) et la place spéciale que les banques occupent dans l'économie suisse (c).

a. En général

- 1268 Dans son appréciation (n° 1092 ss), la Commission doit prendre en compte les effets des mesures prises par des cartels ou organisations analogues «sur l'approvisionnement» (art. 29 al. 2 LCart). En matière de crédits, cet élément s'identifie avec l'un des objectifs poursuivis par la **législation bancaire**: «l'approvisionnement de notre pays en crédits avantageux»¹⁰¹⁴. Cet objectif peut être réalisé par l'application d'un certain nombre de principes, dont plusieurs ont déjà été abordés dans cette étude, à savoir:
- le maintien d'un certain niveau de qualité (n° 1256 ss);
 - le maintien d'un système bancaire efficace (n° 1259 ss);
 - la répartition des risques entre plusieurs banques (n° 1263 s.);
 - la répartition des risques au sein de chaque banque par une diversification de la clientèle (n° 42);
 - la préservation de la structure du secteur bancaire suisse (n° 1265 s.).

¹⁰¹³ PCC 14/1979 p. 195 (= dans la version allemande, PCC 14/1979 p. 153).

¹⁰¹⁴ Cf. GROUPE D'ÉTUDE CHARGÉ DE RÉVISER LA LOI SUR LES BANQUES, Commentaire de l'avant-projet de loi sur les banques, Berne 1982, p. 7. Le pendant de cet objectif, du côté passif, est la sauvegarde des dépôts des épargnants.

Il convient de compléter cette présentation en traitant de la répartition des risques au sein des banques par une diversification des services (cf. n° 1270 s.) et de la préservation de la place des banques dans la structure économique en général (cf. n° 1272 ss). 1269

b. La diversification des services

Sur le plan de la **politique bancaire**, la diversification des activités a un caractère plutôt interne: Il s'agit de préserver le plus large éventail d'activités de manière à ce que les banques puissent supporter, voire compenser une réduction du rendement d'un secteur. Ce premier aspect peut être mis directement en relation avec l'approvisionnement du pays en crédit. 1270

En revanche, sur le plan de la **politique de la concurrence**, la diversification a un caractère plutôt externe: Il s'agit de démontrer aux clients, actuels ou potentiels, que la banque concernée est capable de participer à une grande variété d'opérations. Cette idée ressort clairement de l'une des recommandations que la Commission a faites en relation avec les emprunts publics: Une simple sous-participation ne suffit pas; une participation directe aux emprunts devrait être offerte chaque fois que cela est possible, afin de permettre aux banques de faire figurer leur nom dans le prospectus d'émission et d'informer ainsi le public de leur présence sur ce marché (n° 1155). 1271

c. La place des banques dans l'économie

La fonction privilégiée qu'occupent les banques dans l'économie en général et dans l'octroi de crédits en particulier doit être prise en compte dans le bilan qu'établit la Commission (ég. n° 1092 ss): Les banques sont des **intermédiaires** naturels entre les épargnants, qui déposent des fonds chez elles, et les emprunteurs, à qui elles prêtent ces fonds¹⁰¹⁵. La préservation des entreprises qui remplissent cette fonction va de pair avec l'approvisionnement du pays en crédit. 1272

A notre avis, cet aspect justifie que lorsque la Commission des cartels mène une enquête sur le secteur bancaire, elle essaye, dans la mesure du possible, de **coordonner** ses recommandations avec les actions de la Commission des banques (ég. n° 970)¹⁰¹⁶. Cette concertation ne devrait toutefois porter que 1273

¹⁰¹⁵ A ce sujet, cf. p.ex. les références *supra* n. 1.

¹⁰¹⁶ A ce propos, cf. p.ex. la prise de position de la Commission fédérale des banques dans son Rapport de gestion 1989, p. 198.

sur les sujets qui sont de la compétence de la Commission des banques. Il s'agira en plus de tenir compte des particularités des mandats donnés par la loi à chacune des Commissions.

- 1274 Il en résulte que la Commission des cartels devrait donner un **poids spécial** dans son bilan au maintien de la capacité de crédit des banques suisses. Elle devra toutefois tenir compte du fait qu'une surveillance est exercée – et une sélection opérée dès le début – par la Commission des banques (n° 1231 ss). A ce propos, on soulignera que des personnes privées ne peuvent, par le système des fichiers «réciprocité», se substituer unilatéralement à l'Etat, afin de remplir un rôle que la loi a attribué à chacune des Commissions (ég. n° 1258).

CONCLUSION

Au terme de cette étude, il convient d'énoncer sous forme de thèses les résultats de notre analyse: 1275

1. Le contrat de prêt syndiqué est une création de la pratique bancaire (n° 30) qui implique la **superposition de deux relations contractuelles**: la relation de crédit, régie par le contrat de prêt (n° 90 ss), et la relation de syndicat, régie par le contrat de consortium (n° 103 ss). 1276

Les banques peuvent ainsi former: 1277

a) des *syndicats directs*, où les banques consortiales accordent, ouvertement et sous la direction d'un chef de file (n° 68), un crédit à un emprunteur (n° 122 ss), et 1278

b) des *syndicats indirects*, où une banque appelée «primaire» (n° 73) octroie un prêt à un emprunteur, puis se refinance immédiatement (= syndication préformée) ou après une certaine période (= syndication postformée) en cédant à d'autres banques tout ou partie de sa créance contre l'emprunteur (n° 129 ss). 1279

Dans les deux cas, la **coordination de la gestion** du prêt est confiée à une banque: l'agent, dans les syndicats directs (n° 71), et la banque primaire, dans les syndicats indirects (n° 73). 1280

Suivant le montant du crédit et les participants à la syndication, il convient de *distinguer* entre les euro-crédits syndiqués (n° 139), les «club deals» (n° 140) et les syndicats de place (n° 141). Cette distinction se retrouve dans l'étude, d'une part, des structures économique, juridique et conventionnelle du secteur bancaire suisse (n° 143 ss) et, d'autre part, du marché international des prêts syndiqués (n° 182 ss). 1281

Bien qu'il suive en principe la même ligne, le **processus** de la syndication (n° 191 ss) varie selon le type de syndication et, parfois, de syndicat: 1282

- 1283 a) La constitution d'un syndicat lors de l'octroi d'un euro-crédit est un phénomène particulièrement complexe puisqu'elle nécessite la formation successive de deux syndicats, à savoir un syndicat de direction (n° 209 ss) et un syndicat de prêt (n° 212 ss).
- 1284 b) Le processus est simplifié en cas de «club deals» et syndicats de place, pour lesquels seul un syndicat de prêt est en principe constitué (n° 193).
- 1285 c) Le déroulement d'une syndication indirecte, pré- ou postformée, est encore plus simple dès lors que la syndication n'est pas intégrée à l'octroi du prêt à l'emprunteur (n° 245 ss). Cependant, l'intervention d'un grand nombre de banques peut parfois compliquer le processus et requérir une adaptation de la structure du syndicat (n° 256).
- 1286 Le contrat de prêt syndiqué direct doit être distingué de deux autres instruments financiers: les emprunts par obligations (n° 275 ss) et les «note issuance facilities» (n° 311 ss); quant au contrat de prêt syndiqué indirect, il doit être distingué de la sous-participation *stricto sensu* (n° 355 ss). Néanmoins, en raison des **structures proches** employées par les participants à ces opérations, il existe un certain nombre de règles communes applicables aux prêts syndiqués, directement ou par analogie (p.ex. n° 299 ss). La réciproque est également vraie (p.ex. n° 362 ss). Dans tous les cas, il s'agit toutefois de tenir compte des spécificités de ces instruments.
- 1287 2. Les syndicats de prêt peuvent revêtir les formes les plus diverses (n° 394). Il convient donc de rechercher la structure juridique idéale que les banques devraient retenir lorsqu'elles décident de se lier contractuellement à l'occasion de l'octroi d'un prêt ou de la répartition entre elles de la créance résultant d'un prêt (n° 395).
- 1288 Les syndicats directs et indirects sont toujours des **sociétés simples**. D'une part, les banques poursuivent un but commun: la gestion du crédit syndiqué et/ou l'octroi d'un tel crédit à l'emprunteur (n° 528). D'autre part, elles font des apports au syndicat: d'abord en argent, puis sous la forme d'actions et d'abstentions dans la gestion du prêt (n° 529).
- 1289 La structure des **créanciers par quote-parts** est celle qui, en principe, correspond le mieux à la volonté des banques consortiales (n° 532 ss). Eu égard au caractère éminemment contractuel de l'institution, il est en effet possible d'appliquer par analogie aux créances de la société simple des règles de la *copropriété* (n° 534). Pour des motifs tirés du texte, de l'histoire de la règle ainsi que du système de la loi, il faut admettre que le caractère dispositif de l'art. 544 al. 1 CO concerne également les créances (n° 443 ss), ce nonobstant l'opinion de la doctrine dominante qui condamne l'application d'une telle structure aux créances (n° 433 ss).

3. La qualification du rapport qui lie les banques dirigeantes à l'**emprunteur** 1290
 durant la formation des contrats de prêt syndiqué change selon que l'on se
 trouve dans une syndication directe ou indirecte: Dans le premier cas, le chef
 de file est lié à l'emprunteur par un contrat de *courtage* (n° 562 ss); dans le
 second, la banque primaire est dans une relation *précontractuelle* avec l'em-
 prunteur si la syndication est préformée (n° 634 ss), et dans la position d'un
prêteur si la syndication est postformée (n° 716 ss).

Dans chacune de ces situations la banque dirigeante a des obligations propres 1291
 au rapport qui la lie à l'emprunteur (n° 568 ss, 643 ss et 719 ss). Il existe
 cependant une obligation commune à ces trois qualifications: l'**obligation de**
discrétion (n° 596 ss, 670 ss et 719 ss). Ainsi, la banque primaire viole le
 secret bancaire lorsque, sans le consentement exprès de l'emprunteur
 (n° 673 ss), elle contacte d'autres banques en vue de la constitution d'un
 syndicat indirect *et* que la formation de ce syndicat n'est pas justifiée par les
 critères tirés de la loi sur les banques, de la pratique ou de la gestion bancaires
 (n° 670 ss).

4. Durant les pourparlers, les banques dirigeantes sont aussi dans une rela- 1292
 tion *précontractuelle* avec les autres **banques consortiales** (n° 729 ss). Elles
 sont donc débitrices envers les futurs membres du syndicat des obligations
 que les règles de la bonne foi imposent aux parties dans la phase de pour-
 parlers (n° 740 ss).

Le chef de file a ainsi un **devoir d'information** envers les autres banques 1293
 (n° 744 ss). Ce devoir est fondé, d'une part, sur la nature du contrat de
 syndicat et, d'autre part, sur le rôle du chef de file dans la formation de la
 communauté de prêt (n° 751 ss). Nous avons cependant posé trois *limites* à
 ce devoir d'informer:

- a) Les contrats contiennent généralement une *clause d'exculpation*, aux ter- 1294
 mes de laquelle la banque dirigeante ne peut en aucun cas être rendue
 responsable d'une description inexacte des faits contenus dans les diffé-
 rents documents informatifs remis aux banques à l'occasion des pourpar-
 lers (n° 755 ss). La portée de cette clause est toutefois réduite par les
 principes généraux applicables aux conventions par lesquelles l'une des
 parties renonce à invoquer les règles de la bonne foi (n° 757 ss).
- b) En vertu de la législation bancaire (art. 3 al. 2 litt. c LB), les banques 1295
 doivent faire preuve d'une *diligence accrue* lorsque l'affaire est compli-
 quée, inusuelle ou importante (n° 765 ss). Il en résulte un devoir de pré-
 paration spécial des banques lorsque la syndication correspond à l'un ou
 l'autre de ces critères (n° 767 ss).
- c) Le chef de file est en outre tenu d'observer son *obligation de discrétion* 1296
 envers l'emprunteur (n° 811 ss). Cependant, celui-ci consent tacitement à
 une levée partielle du secret bancaire; ce consentement est cependant

limité par son but: permettre au chef de file de respecter son obligation précontractuelle d'informer (n° 815 ss).

- 1297 Des règles similaires s'appliquent à la formation de syndicats *indirects* (n° 823 ss). Eu égard à la structure retenue, il s'agit en plus de prendre en compte les dispositions légales régissant la **cession de créance** effectuée au moment de la conclusion du contrat de syndicat (n° 828 ss). Il faut ainsi opérer une distinction entre les faits liés à la solvabilité de l'emprunteur et les autres faits (n° 834 ss):
- 1298 – dans le premier cas, on exclut un concours entre les règles régissant la responsabilité précontractuelle et celles applicables à la garantie pour les défauts dans la vente (n° 837 ss);
- 1299 – dans le second, un tel concours doit être admis (n° 847 ss).
- 1300 **5.** Le rôle de l'agent et la qualification du rapport qui le lie à l'emprunteur et aux autres banques dans la **gestion** du prêt syndiqué dépendent largement du contrat. En principe, l'agent est le *mandataire des banques*; cela ressort généralement du contrat de prêt syndiqué (n° 872 s.). Dans cette mesure, l'agent est un associé gérant au sens de l'art. 538 al. 3 CO (n° 904 ss).
- 1301 Il existe toutefois une **solution alternative**, applicable avant tout aux *euro-crédits syndiqués*: Il convient de distinguer entre la gestion en temps ordinaire et la gestion en temps de crise. Dans la première hypothèse, l'agent est le mandataire de l'emprunteur (n° 874 ss); dans la seconde, il est le mandataire des banques (n° 888 ss).
- 1302 Cette solution permet en effet, d'une part, de limiter les pouvoirs et la responsabilité contractuelle de l'agent et, d'autre part, d'éviter un certain nombre de conflits d'intérêts qui surviennent lorsque la banque gérante a un devoir de diligence spécial envers les membres du syndicat (n° 887).
- 1303 Dans la **syndication indirecte**, la banque primaire administre le prêt pour le compte des banques participantes en temps ordinaire comme en temps de crise. Elle a ainsi, dès la formation du syndicat, les droits et obligations d'un associé gérant (n° 949 ss).
- 1304 **6.** Sur le plan du **droit cartellaire** (n° 956 ss), nous sommes parvenu aux conclusions suivantes:
- 1305 **a.** Il n'existe pas un marché unique des prêts syndiqués mais **plusieurs marchés** dont l'étendue et les participants varient suivant que l'on se trouve en présence d'un euro-crédit syndiqué, d'un «club deal» ou d'un syndicat de place (n° 1062). La *perméabilité* entre ces marchés et ceux d'autres instruments financiers est relative (n° 1063 ss).

b. Les banques qui participent à des prêts syndiqués forment des **organisations analogues** (n° 1082 ss): 1306

- lorsqu'elles se servent régulièrement de *fichiers «réciprocité»* afin de déterminer les membres d'un futur syndicat de prêt (n° 1197 ss); ou 1307
- lorsqu'elles insèrent systématiquement dans leurs contrats de prêt syndiqué des *dispositions standard* qui correspondent aux deux hypothèses énoncées par l'art. 8 litt. a et b LCD (n° 1205 ss). 1308

c. Lors de l'appréciation de mesures cartellaires (n° 1089 ss), il y a lieu de distinguer entre le **diagnostic accéléré**, qui permet de déterminer s'il existe une concurrence efficace sur un marché donné (art. 29 al. 3 phr. 2 LCart; n° 1101 ss), et le **diagnostic ordinaire**, qui permet de déterminer si une mesure cartellaire a des effets nuisibles d'ordre économique et social (art. 29 al. 2 LCart; n° 1092 ss): 1309

- Il est peu probable qu'une enquête de la Commission des cartels parvienne à la conclusion qu'une concurrence efficace a été éliminée sur les marchés de prêts syndiqués, que ce soit par l'utilisation de fichiers «réciprocité» ou de dispositions standard (n° 1240 ss). 1310
- Il s'agit donc d'apprécier les effets de ces mesures en se servant d'abord des éléments de l'intérêt général mentionnés à l'art. 29 al. 2 LCart (n° 1094 ss); il s'agit en outre de prendre en compte des éléments de politique bancaire, tels que l'efficacité du système bancaire suisse, la répartition des risques et l'approvisionnement du pays en crédit. Dans ce bilan, on accordera une attention particulière à la liberté et à l'ampleur de la concurrence (n° 1245 ss). 1311

Ces éléments peuvent aussi être pris en considération en relation avec les dispositions de **droit civil** de la loi sur les cartels (n° 1128 ss): Ils permettent de déterminer si les entraves à la concurrence résultant de l'utilisation de fichiers «réciprocité» ou de dispositions standard sont justifiées par des intérêts légitimes prépondérants (art. 7 LCart; n° 1134 ss). 1312

SUMMARY

1. Syndicated loans are a creation of banking practice (n° 30) and entail the **superimposition of two contractual relationships**: a loan agreement governing the relations between the borrower and the lending banks (n° 90 ff) and a syndicate agreement governing the relations among the lending banks (n° 103 ff).

Hence, the lending banks can enter into:

- a) a *direct syndication*, where they grant, openly and under the guidance of a lead manager (n° 68), a loan to a borrower (n° 122 ff); or
- b) an *indirect syndication**, where a bank called the «primary bank» (n° 73) grants a loan to a borrower and, while still continuing to appear for the latter as its sole creditor, assigns all or part of its claim against the borrower to other banks (n° 129 ff), either at the same time as the granting of the loan (= pre-formed syndication) or after a certain period of time (= post-formed syndication).

In both cases, the managing of the loan is entrusted to a bank called either «agent», in the case of a direct syndication (n° 71), or «primary bank», in the case of an indirect syndication (n° 73).

Depending on the amount of the loan and the number of syndicate members, one may *distinguish* between syndicated Eurocurrency loans (n° 139), club deals (n° 140) and local syndicates (n° 141). This distinction recurs in the study of the economic, legal and conventional structure of the Swiss banking sector (n° 143 ff) and the syndicated loans' international market (n° 182 ff).

* In Anglo-Saxon terminology, the form of syndication we refer to as «indirect syndication» is usually called «sub-participation». However, we have opted for the former term since in Swiss corporate law «sub-participation» has a different application and refers to situations where a member of a joint venture («*société simple*») allows third persons to participate in his share (Art. 542(2) of the Swiss Code of Obligations (= CO)).

Although it usually follows the same pattern, the **syndication process** (n° 191 ff) varies according to the type of syndication involved and, at times, the syndicate itself:

- a) The setting-up of a syndicate for the granting of Eurocurrency loans is especially complex, since it necessitates the successive formation of two syndicates, namely, a managing syndicate (n° 209 ff) and a loan syndicate (n° 212 ff).
- b) The process is simplified in the case of club deals and local syndicates, for which normally only one syndicate – a loan syndicate – is set up (n° 193).
- c) In the case of indirect syndicates, whether pre- or post-formed, the procedure is even simpler, since the syndication is formally separated from the granting of the loan (n° 245 ff). However, if a great number of banks is involved, this can sometimes complicate matters and necessitate a corresponding adjustment in the syndicate structure (n° 256).

Direct syndicated loans should be distinguished from two other financial instruments, namely, bond issues (n° 275 ff) and note issuance facilities (n° 311 ff), while indirect syndicated loans should be distinguished from sub-participations (n° 355 ff). Nevertheless, on account of the **similar structures** adopted by the parties to these transactions, there are a number of common rules which apply to syndicated loans, either directly or by analogy (e.g., n° 299 ff), and the opposite also holds true (e.g. n° 362 ff). In any case, the characteristics of these instruments should always be taken into account.

2. Loan syndicates can take highly diverse forms (n° 394). One should therefore try to find the ideal legal structure that banks should adopt when entering into a contractual relationship, either to grant a loan or to share among themselves interest in a loan (n° 395).

In the case of both direct and indirect syndication, one is in the presence of a **joint venture**. First, the banks have a common purpose: managing a syndicated loan and/or granting such a loan to a borrower (n° 528). Second, they make contributions to the syndicate, initially in the form of financial contributions, then by performing or refraining from performing acts in managing the loan (n° 529).

The structure which, as a rule, best suits the syndicate banks' purpose is that of **creditors for portions** (n° 532 ff). In view of the predominantly contractual nature of syndication, rules of *co-ownership* («*copropriété*», «*Miteigentum*») may be applied by analogy to claims of a joint venture (n° 534). For reasons derived from the text of the relevant rules, their history and the system of the

law, it should be acknowledged that the optional character of Art. 544(1) CO relates also to claims (n° 443 ff), despite the fact that most legal authors are against applying such a structure to claims (n° 433 ff).

3. The qualification of the relationship between the lead bank and the **borrower** during the drawing-up of syndicated loan agreements depends on whether we are in the presence of a direct or an indirect syndication: in the former, the lead manager is linked to the borrower by a *brokerage agreement* (n° 562 ff); in the latter, the primary bank is in a *pre-contractual relationship* with the borrower in the case of a pre-formed syndicate (n° 634 ff), and acts simply as a *lender* in the case of a post-formed syndicate (n° 716 ff).

In each of the above situations the lead bank has a number of obligations peculiar to its relationship with the borrower (n° 568 ff, 643 ff and 719 ff). There is one obligation common to all three: the **obligation of confidentiality** (n° 596 ff, 670 ff and 719 ff). Therefore, the lead banking violates bank secrecy if, without the borrower's express consent (n° 673 ff), it contacts other banks with a view to assigning all or part of its claim, unless such assignment is justified by criteria found in banking law, banking practice or management principles (n° 670 ff).

4. During negotiations, the lead bank is also in a *pre-contractual relationship* with the **banks** participating in the syndicate (n° 729 ff). With respect to the syndicate's future members, it is therefore bound by obligations that the rules of good faith impose on the parties during the phase of negotiations (n° 740 ff).

The lead manager has for instance a **duty to inform** the other banks (n° 744 ff). This duty is based on the nature of the syndication agreement as well as on the lead manager's role in the setting-up of the community resulting from the granting of the loan (n° 751 ff). In our view, however, this duty has three limits:

- a) Agreements usually contain a *hold-harmless clause* which provides that the lead bank cannot under any circumstances be held liable for an inexact description of information set out in the various documents handed over to the banks during negotiations (n° 755 ff). The scope of this clause is restricted by the general principles applicable to agreements under which one of the parties forgoes its right to invoke the rules of good faith (n° 757 ff).
- b) By virtue of banking legislation (*Art. 3(2)(c) of the Swiss Banking Act*), the banks must show greater care when a transaction is complicated, unusual or financially significant (n° 765 ff). This means that when participation in a syndicate corresponds to one of these criteria, banks are bound by a special duty to analyse the transaction (n° 767 ff).

- c) The lead manager is also bound to comply with his *obligation of confidentiality* towards the borrower (n° 811 ff). However, the latter tacitly waives his right to banking secrecy, but only to the extent necessary to enable the lead manager to respect his pre-contractual obligation to inform the other syndicate banks (n° 815 ff).

Similar rules apply in the case of **indirect** syndication (n° 823 ff). Because of the structure used in this type of transaction, one should in addition consider the legal provisions governing *assignment of claims* (n° 828 ff). A distinction should also be made between facts concerning the borrower's creditworthiness and other facts (n° 834 ff).

- in the former, the concurrence of rules governing pre-contractual liability and those applicable to the warranty for goods sold (n° 837 ff) is excluded;
- in the latter, such concurrence must be admitted (n° 847 ff).

5. The role of the **agent** and the definition of his relationship with the borrower and with the other banks in managing the syndicated loan depend largely on the agreement. As a rule, the agent is the banks' *mandatary*; this is usually evident from the syndicated loan agreement (n° 872 f.). In this sense, the agent is a managing partner within the meaning of Art. 538(3) CO (n° 904 ff).

There is however an **alternative solution**, applicable above all to *Eurocurrency loans*: here one should distinguish between ordinary and crisis management. In the first, the agent is the borrower's mandatary (n° 874 ff), and in the second, he is the banks' mandatary (n° 888 ff).

This solution makes it possible to limit the powers and the contractual liability of the agent and, on the other hand, to prevent a number of conflicts of interest which arise when the managing bank has a duty of special care towards the members of the syndicate (n° 887).

In **indirect syndications**, the primary bank manages the loan on behalf of the participating banks in the normal course of events as in the time of crisis. It thus has, from the time the syndicate is set up, the rights and obligations of a managing partner (n° 949 ff).

6. In the area of **antitrust law** (n° 956 ff), we have reached the following conclusions:

- a. There is not just one market for syndicated loans, but rather **several markets** whose size and participants vary, depending on whether we are in the presence of a Eurocurrency loan, a club deal or a local syndicate (n° 1062). The *permeability* of these markets and those for other financial instruments is relative (n° 1063 ff).

b. The banks which take part in syndicated loans form organizations similar to cartels (n° 1082):

- when they regularly use «*reciprocity files*» to choose the members of a future syndicate (n° 1197 ff); or
- when they systematically insert into their syndicated loan agreements *standard clauses* which correspond to the two hypotheses set out in Art. 8(a) and (b) of the Swiss Law on Unfair Competition (n° 1205 ff).

c. When assessing cartel measures (n° 1089 ff), one should distinguish between the **accelerated diagnosis, used to determine whether there is effective competition in a given market (Art. 29(3) second sentence of the Swiss Cartel Law (= LCart); n° 1101 ff), and the **ordinary diagnosis**, whereby one determines whether a cartel measure has socially or economically harmful effects (Art. 29(2) LCart; n° 1092 ff):**

- It is unlikely that an enquiry by the Cartel Commission will conclude that the use of reciprocity files or standard clauses has resulted in the elimination of effective competition in syndicated loan markets (n° 1240 ff).
- The effects of these measures should therefore be assessed, first of all on the basis of elements of general interest set out in Art. 29(2) LCart (n° 1094 ff); in addition, elements of banking policy, such as the efficacy of the Swiss banking system, risk distribution and credit availability should be considered. In such an assessment, special attention should be given to the freedom and extent of competition (n° 1245 ff).

The above elements can also be taken into account with regard to the **private law provisions** of the Cartel Law (n° 1128 ff), since they can show whether restraints on competition resulting from the use of reciprocity files or standard clauses are justified by a predominant legitimate interest (Art. 7 LCart; n° 1134 ff).

ANNEXES*

* GOOCH A. et KLEIN L. ont publié une version annotée et commentée d'un contrat-type de prêt syndiqué *direct*: Loan agreement documentation, Londres 1986. En matière de syndicats *directs*, on se référera en outre aux exemples de contrats figurant à la fin des ouvrages de HINSCH/HORN (p. 271 ss); FRANCONI (p. 170 ss); BLAISE J.-B./FOUCHARD P./KAHN P. (édit.), Les euro-crédits, un instrument du système bancaire pour le financement international (Colloque du Dijon), Paris 1981, p. 681 ss. Dans le domaine de syndicats *indirects*, cf. DOHM, in SAS 58/1986 p. 14 ss.

ANNEXE 1

[voir n° 516]

The bankruptcy of one of the Banks (the «Bankrupt Bank») shall not cause termination of this Syndicate Agreement, and the purchaser of the portion of the claim against the Borrower previously owned by the Bankrupt Bank shall take the place of the Bankrupt Bank in the Syndicate, with all the rights and obligations pertaining thereto. If no third party purchases the portion of the claim against the Borrower owned by the Bankrupt Bank, then the other Banks shall purchase such portion in the bankruptcy procedure proportionately to their own portions in the Syndicate and distribute the rights and obligations pertaining to the purchased portion proportionately to their own portions in the Syndicate.

ANNEXE 2

[voir n° 516]

If the Bankrupt Bank is the Primary Bank, then the Banks shall proceed as described in the present Clause. The Primary Bank shall immediately resign from the Syndicate and shall be replaced in accordance with the procedure described in the present Clause. Upon any such resignation, the Requisite Banks shall appoint a successor Primary Bank who shall be an incorporated bank or trust company. If no successor Primary Bank has been appointed pursuant to the present Clause, then the Requisite Banks shall perform all the duties of the Primary Bank hereunder until such time, if any, as Requisite Banks appoint a successor Primary Bank.

ANNEXE 3

[voir n° 666]

The Borrower hereby acknowledges and accepts that the Bank's claim in connection with the present Loan Agreement may be syndicated by the Bank at its own discretion and, to the extent necessary to accomplish its obligations in connection with such syndication, hereby releases the Bank from its obligations under banking secrecy laws. This release is expressly limited to the purposes of syndication and shall in no event be used for any other purpose.

ANNEXE 4

[voir n° 863 et 889]

The Agents.

1. *Appointment.* Bank A is hereby appointed the Agent hereunder and Banks B, C and D each is hereby appointed Co-Agent hereunder by each Bank, and each Bank hereby authorizes each Co-Agent and the Agent, as the case may be, to act hereunder and under the other instruments and agreements referred to herein (including, without limitation, each of the Credit Documents) as its agent hereunder and thereunder. Each of Banks A, B, C and D agrees to act as such upon the express conditions contained in this Section and in the Credit Documents. The provisions of this Section are solely for the benefit of the Agents, and no Credit Party shall have any rights as a third party beneficiary of any of the provisions hereof.

2. *Delegation of Duties.* Each Agent may execute any of its duties under this Agreement or any other Credit Document by or through agents or attorneys-in-fact and shall be entitled to advice of counsel or advisors concerning all matters pertaining to its duties and rights hereunder. No Agent shall be responsible for the negligence or misconduct of any agents or attorneys-in-fact selected by it with reasonable care except to the extent otherwise expressly required by the following Section.

3. *Powers; General Immunity.* (a) Each Bank irrevocably authorizes the Agents to take such action on such Bank's behalf and to exercise such powers hereunder and under the Credit Documents and under the other instruments and agreements referred to herein and therein (including, without limitation, the Collateral Documents) as are specifically delegated to them by the terms hereof and thereof, together with such powers as are reasonably incidental thereto. Each of the Agents shall have only those duties and responsibilities which are expressly specified in this Agreement and the Credit Documents and it may perform such duties by or through its agents or employees. The duties of each of the Agents shall be mechanical and administrative in nature; and each Agent shall not have by reason of this Agreement a fiduciary relationship in respect of any Bank; and nothing in this Agreement or in any of the Credit Documents, expressed or implied, is intended to or shall be so construed as to impose upon any of the Agents any obligations in respect of this Agreement or in respect of any of the Credit Documents or the other instruments and agreements referred to herein or therein except as expressly set forth herein or therein.

(b) Each of the Agents shall not be responsible to any Bank for the execution, effectiveness, genuineness, validity, enforceability, collectibility or sufficiency of this Agreement, any of the Credit Documents, or any of the

Notes issued hereunder, or for the issuance of any of the Letters of Credit and such Bank's purchase of participations therein, or for any Liens or Guarantees granted by, or purported to be granted by, any of the Credit Documents, or for any representations, warranties, recitals or statements made herein or therein or made in any written or oral statement or in any financial or other statements, instruments, reports, certificates or any other documents in connection herewith or therewith furnished or made by any of the Agents to any Bank or by or on behalf of any Credit Party to any of the Agents or any Bank, or be required to ascertain or inquire as to the performance or observance of any of the terms, conditions, provisions, covenants or agreements contained herein or therein or as to the use of the proceeds of the Loans or the Letters of Credit or of the existence or possible existence of any Default or Event of Default or Event of Transfer.

(c) None of the Agents or any of its respective officers, directors, employees, agents, investigators, consultants, attorneys-in-fact or affiliates shall be liable to any Bank for any action taken or omitted hereunder or under any of the Credit Documents or in connection herewith or therewith unless, but only to the extent, caused by its or their gross negligence or willful misconduct. If any of the Agents shall request instructions from Banks with respect to any act or action (including the failure to take an action) in connection with this Agreement or any of the Credit Documents, such Agent shall be entitled to refrain from such act or taking such action unless and until such Agent shall have received instructions from the Requisite Banks. Without prejudice to the generality of the foregoing, (i) each of the Agents shall be entitled to rely, and shall be fully protected in relying on opinions and judgments of attorneys (who may be attorneys for any of the Credit Parties or their Affiliates), accountants, experts and other professional advisors selected by it; and (ii) no Bank shall have any right of action whatsoever against any of the Agents as a result of such Agent acting or (where so instructed) refraining from acting under this Agreement or the other instruments and agreements referred to herein in accordance with the instructions of the Requisite Banks. Each of the Agents shall be entitled to refrain from exercising any power, discretion or authority vested in it under this Agreement or the other Credit Documents or the other instruments and agreements referred to herein or therein unless and until it has obtained the instructions of Requisite Banks.

(d) The agency hereby created shall in no way impair or affect any of the rights and powers of, or impose any duties or obligations upon, any of the Agents, in its individual capacity as a Bank hereunder. With respect to its participation in the Loans or any Letter of Credit, each of the Agents shall have the same rights and powers hereunder as any other Bank and may exercise the same as though it were not performing the duties and functions delegated to it hereunder, and the term «Bank» or «Banks» or any similar term shall, unless the context clearly otherwise indicates, include each of the Agents in its individual capacity. Each of the Agents and their respective

Affiliates may accept deposits from, lend money to and generally engage in any kind of banking, trust, financial advisory or other business with any Credit Party or any Affiliate of any Credit Party as if it were not performing the duties specified herein, and may accept fees and other consideration from any Credit Party or any Affiliate of any Credit Party for services in connection with this Agreement and the other Credit Documents, including transactions contemplated hereby or thereby, and otherwise without having to account for the same to Banks.

(e) Without limiting the foregoing, none of the Agents shall be under any obligation to any Bank to ascertain or to inquire as to the observance of any of the agreements contained in, or conditions of, this Agreement or any of the Credit Documents, or to inspect the properties, books or records of any Credit Party or any of its Subsidiaries or Affiliates. None of the Agents shall be responsible to any Bank for the effectiveness, genuineness, validity, enforceability, collectibility or sufficiency of this Agreement or any Credit Document or of any Lien or Guarantee granted or purported to be granted hereby or thereby or for any representations, warranties, recitals or statements made herein or therein or made in any written or oral statements or in any financial or other statements, instruments, reports, certificates or any other documents in connection herewith or therewith furnished or made by any or the Agents to any Bank or by or on behalf of any Credit Party to any Agent or Bank or be required to ascertain or inquire as to the performance or observance of any of the terms, conditions, provisions, covenants or agreements contained herein or therein or as to the use of the proceeds of the Loans or of the existence or possible existence of any Default or Event of Default or Event of Transfer.

(f) Without limiting the foregoing, the Agents may deem and treat the payee of any Note as the owner thereof for all purposes unless a written notice of assignment, negotiation or transfer thereof shall have been filed with the Agent. Any request, authority or consent of any person or entity who, at the time of making such request or giving such authority of consent, is the holder of any Note shall be conclusive and binding on any subsequent holder, transferee or assignee of that Note or of any Note or Notes issued in exchange therefor. Each Agent shall be fully justified in failing or refusing to take any action under this Agreement or any other Credit Document unless it shall first receive such advice or concurrence of the Requisite Banks as it deems appropriate or it shall first be indemnified to its satisfaction by the Banks against any and all liability and expense which may be incurred by it by reason of taking or continuing to take any such action. Each of the Agents shall in all cases be fully protected in acting, or in refraining from acting, under this Agreement and the other Credit Documents in accordance with a request of the Requisite Banks, and such request and any action taken or failure to act pursuant thereto shall be binding upon all the Banks and all future holders of the Notes.

4. *Non-Reliance on Agents and Other Banks.* Each Bank expressly acknowledges that none of the Agents, nor any of its officers, directors, employees, agents, attorneys-in-fact or affiliates have made any representations or warranties to it and that no act by any of the Agents hereinafter taken, including any review of the affairs of any Credit Party (including the Borrower and its Subsidiaries), shall be deemed to constitute any representation or warranty by any such Person to any Bank. Each Bank represents to each of the Agents that it has, independently and without reliance upon any of the Agents or any other Bank, made its own appraisal of and investigation into the business, assets, liabilities, operations, property, financial and other conditions, prospects, solvency and creditworthiness of each Credit Party (including the Borrower and its Subsidiaries) and made its own decision to make its Loans hereunder and to issue or participate in Letters of Credit hereunder and enter into this Agreement and the other agreements contemplated hereby, including the Swap Agreement. None of the Agents shall have any duty or responsibility either initially or on a continuing basis to make any such investigation or any such appraisal on behalf of Banks or to provide any Bank with any credit or other information with respect thereto whether coming into its possession before the making of the Loans or the issuance of any Letter of Credit or any time or times thereafter, and none of the Agents shall further have any responsibility with respect to the accuracy or the completeness of any information provided to Banks.

5. *Indemnification.* The Banks agree to indemnify each of the Agents (including the Agent in its capacity as Collateral Agent, Collateral Trustee, Mortgagee and Trustee under the applicable Credit Documents) ratably according to their initial aggregate Commitments, from and against any and all liabilities, obligations, losses, damages, penalties, actions, judgments, suits, costs, expenses or disbursements of any kind or nature whatsoever which may at any time, including counsel fees and disbursements, be imposed on, incurred by, charged by or asserted against such Agent in its capacity as such in any way relating to or arising out of this Agreement or any other Credit Document, or any documents contemplated by or referred to herein or therein or the transactions contemplated hereby or thereby or any action taken or omitted to be taken by any Agent under or in connection with any of the foregoing, but only to the extent that any of the foregoing is not paid by the Credit Parties; provided that no Bank shall be liable to any Agent for the payment of any portion of such liabilities, obligations, losses, damages, penalties, actions, judgments, suits, costs, expenses or disbursements resulting solely from such Agent's gross negligence or willful misconduct. If any indemnity furnished to any of the Agents for any purpose shall, in the opinion of such Agent, be insufficient or become impaired, such Agent may call for additional indemnity and cease, or not commence, to do the acts indemnified against until such additional indemnity is furnished. The agreements in this subsection shall survive the payment of the Notes and all other amounts payable hereunder and under the Credit Documents and the cancellation or expiration of the Letters of Credit.

6. *Resignation by the Agents.* (a) Each of the Co-Agents and the Agent may resign from the performance of all its functions and duties hereunder at any time by giving 15 Business Days' prior written notice to the Credit Parties and the Banks. The resignation of the Agent shall also be a resignation from its functions and duties as Collateral Agent. Such resignation shall take effect upon the acceptance by a successor Agent or Co-Agent, as the case may be, of appointment pursuant to clauses (b) and (c) below or as otherwise provided below and upon satisfaction of any additional requirements under any of the Security Documents. The appointment of a successor to the Agent shall be deemed also the appointment of a successor Collateral Agent, Collateral Trustee, Mortgagee and Trustee under the applicable Credit Documents.

(b) Upon any such notice of resignation, the Requisite Banks shall appoint a successor Agent or Co-Agent, as the case may be, who shall be satisfactory to the Borrower and shall be an incorporated bank or trust company.

(c) If a successor Agent or Co-Agent, as the case may be, shall not have been so appointed within said 15 Business Day period, the resigning Agent or Co-Agent, as the case may be, with the consent of the Borrower shall then appoint a successor Agent who shall serve as Agent or Co-Agent, as the case may be, until such time, if any, as Requisite Banks, with the consent of the Borrower, appoint a successor Agent or Co-Agent, as the case may be, as provided above.

(d) If no successor Agent or Co-Agent, as the case may be, has been appointed pursuant to clause (b) or (c) by the 20th Business Day after the date such notice of resignation was given by the resigning Agent, the Agent's resignation shall become effective and Requisite Banks shall thereafter perform all the duties of such Agent hereunder until such time, if any, as Requisite Banks, with the consent of the Borrower, appoint a successor Agent as provided above; *provided, however*, if agreed to by Requisite Banks, the remaining Agent or Agents may exercise all powers and perform all functions of the Agents hereunder without the necessity to appoint a successor Agent to the resigning Agent.

ANNEXE 5

[voir n° 678]

The Borrower hereby authorizes the Bank to inform other banks («Participating Banks») that he is currently negotiating the granting of a loan by the Bank to him and hereby releases the Bank from its obligations under banking secrecy laws. It is however expressly understood between the parties that the

present authorization and release are given only for the purposes of syndication of the Borrower's debt and that they shall in no event be interpreted as a general authorization or release. Further, the Borrower expressly renounces the possibility of requesting the Participating Banks' identity, it being provided, however, that he shall be entitled to request such information from the Primary Bank at any time if he has reasonable grounds to believe that his rights under the legal rules protecting individual rights have been infringed upon by the assignment of his debt to certain Participating Banks.

ANNEXE 6

[voir n° 723]

The Borrower hereby authorizes the Bank to inform other banks («Participating Banks») that he has entered into a loan agreement with the Bank and hereby releases the said Bank from its obligations under banking secrecy laws. It is however expressly understood between the parties that the present authorization and release are given only for the purposes of syndication of the Borrower's debt and that they shall in no event be interpreted as a general authorization or release. Further, the Borrower expressly renounces the possibility of requesting to be told the Participating Banks' identity, it being provided, however, that he shall be entitled to request such information from the Primary Bank at any time if he has reasonable grounds to believe that his rights under the legal rules protecting individual rights have been infringed upon by the assignment of his debt to certain Participating Banks.

ANNEXE 7

[voir n° 724]

NOTICE OF SYNDICATION

Reference is made to Clause ... of the Loan Agreement entered into between you and us, on [date] . We hereby inform you that we intend to syndicate our claim against you under the Loan Agreement. Please confirm your agreement with such syndication by countersigning the present notice of syndication and returning it to us by [date].

ONT PARU DANS LA MÊME COLLECTION
IN DER GLEICHEN REIHE SIND ERSCHIENEN

1. *Ramon Sugranyes de Franch*: Etude sur le droit palestinien à l'époque évangélique. 144 pp. (1946) épuisé
2. *Paul Cron*: Die Geschäftsordnung der Schweiz. Bundesversammlung. Dogmengeschichtliche Darstellung des Geschäftsordnungsrechtes von der Glaubensspaltung bis zur Gegenwart. XXIV–241 S. (1946)
3. *Rose-Emilie Bösch*: Die Frau im schweizerischen Arbeitsrecht. XXII–98 S. (1947)
4. *Henri Deschenaux*: La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au Tribunal fédéral. Etude critique de la jurisprudence. 96 pp. (1948)
5. *Franz Bühler*: Verfassungsrevision und Generationenproblem. Studie zur Verfassungsrevisionstheorie Thomas Jeffersons. XXII–105 S. (1949)
6. *Hans Stadler*: Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus. Ein Beitrag zum schweizerischen Staatsrecht. XIX–171 S. (1951)
7. *Max Gutzwiller – Werner Niederer*: Beiträge zum Haager Internationalprivatrecht. XI–190 S. (1951) vergriffen
8. *Gerardo Broggin*: Le modalità d'esecuzione dei contratti in diritto internazionale privato. XVI–132 pp. (1951)
9. *Jean Castella*: L'organisation des pouvoirs politiques dans les Constitutions du canton de Fribourg. 353 pp. (1953)
10. *Lothar Kistler*: Die Betriebsgemeinschaft. XXVIII–172 S. (1953)
11. *Max Müller*: Die Berufung im thurgauischen Zivilprozess. XIV–114 S. (1954)
12. *Kurt Sovilla*: Eigentumsübergang an beweglichen körperlichen Gegenständen bei internationalen Käufen. XVI–95 S. (1954)
13. *Jean Darbellay*: Théorie générale de l'illicéité en droit civil et pénal. 190 pp. (1955) épuisé
14. *Louis Carlen*: Das Landrecht des Kardinals Schiner. XXII–158 S. (1955) vergriffen
15. *Wolfgang Luithlen*: Einheitliches Kaufrecht und autonomes Handelsrecht, 72 S. (1956)

16. *Raoul Oberson*: L'ordre public en matière monétaire. XVII–79 pp. (1956)
17. *Anton Heini*: Das Durchkonnossement (Through Bill of Lading). XVIII–177 S. (1957) vergriffen
18. *Bruno Geiser*: Das Internationalprivatrecht der Verrechnungsabkommen. XX–76 S. (1958)
19. *Othmar Heggelbacher*: Vom römischen zum christlichen Recht. Iuristische Elemente in den Schriften des sog. Ambrosiaster. XIV–146 S. (1959)
20. *Rainer Schumacher*: Die Presseäußerung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse, insbesondere ihre Widerrechtlichkeit. XXXI–268 S. (1960) vergriffen
21. *Alfred E. von Overbeck*: L'unification des règles de conflits de lois en matière de forme des testaments. XVIII–139 pp. (1961)
22. *Kamen Troller*: Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs. XXIV–147 S. (1962) vergriffen
23. *Hans Jenny*: Die Aussenseite der Warenkommission in der Rechtsvereinheitlichung. Unter Berücksichtigung des deutschen, schweizerischen, englischen und amerikanischen Rechts. VI–80 S. (1962)
24. *Hans-Jürgen Moecke*: Kausale Zession und gutgläubiger Forderungserwerb. Ein Beitrag zur Überwindung des Abstraktionsprinzips. XXII–108 S. (1962)
25. *Aloys Rutz*: Die Schuldwährung der Ansprüche aus Immaterialgüterrechtsverletzungen. Ein Beitrag zur Rechtsvereinheitlichung im Geldrecht. XII–74 S. (1962)
26. *Bruno Schmidlin*: Das Rekuperatorenverfahren. Eine Studie zum römischen Prozess. XV–155 S. (1963)
27. *Mario Wang*: Die europäische Aktiengesellschaft in der EWG. XVI–152 S. (1964) vergriffen
28. *Jörg Gentinetta*: Das schweizerische Bundesgericht und die Überprüfung der Anwendung ausländischen Rechts. Ein Beitrag zum schweizerischen Internationalprivatrecht. XI–65 S. (1964)
29. *Benoît Vouilloz*: Le rôle du juge civil à l'égard du droit étranger. XVII–133 pp. (1964) épuisé
30. *Josef Vonarburg*: Die Lehre von der patentbegründenden Wirkung des technischen Effekts und deren Anwendung auf das schweizerische Recht. XVI–77 S. (1965)

31. *Louis Carlen*: Gericht und Gemeinde im Goms. Vom Mittelalter bis zur französischen Revolution. Beitrag zur Verfassungsgeschichte.
XX-233 S. (1967) vergriffen
32. *Arnold Koller*: Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht.
XX-172 S. (1967) vergriffen
33. *Walter Seiler*: Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände. XX-260 S. (1967)
34. *Peter Gauch*: System der Beendigung von Dauerverträgen.
XXIV-243 S. (1968) vergriffen
35. *Franz Riklin*: Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach schweizerischem Privatrecht. XXVIII-144 S. (1968)
36. *Marco G. Marcoff*: Accession à l'indépendance et succession d'Etats aux traités internationaux. VIII-388 pp. (1969)
37. *Franz Birrer*: Das Verschulden im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht.
XXII-178 S. (1970)
38. *Joseph Küng*: Zahlung und Zahlungsort im internationalen Privatrecht. Ein Beitrag zur Vereinheitlichung des Geldrechts. XVI-130 S. (1970)
39. *Pierre Tercier*: Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse. X-302 pp. (1971) épuisé
40. *Thomas Fleiner*: Die Delegation als Problem des Verfassungs- und Verwaltungsrechts. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Rechtsprechung auf dem Gebiet der Gewaltentrennung. XXIV-136 S. (1972)
41. *Rudolf Schwager*: Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluss privatrechtlicher Verträge. XXVI-387 S. (1974)
42. *Martin Schön*: Die schweizerische internationale Zuständigkeit in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Rechtsvergleichend dargestellt anhand der Adoption und der Erberöffnung im Kollisionsrecht der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Nordamerika. XX-187 S. (1974)
43. *Paul-Henri Steinauer*: L'informatique et l'application du droit. Le rôle du juriste dans l'élaboration d'un programme d'application du droit par ordinateur.
X-262 pp. (1975)
44. *Georges Scyboz*: L'effet de la chose jugée au pénal sur le sort de l'action civile.
VIII-157 pp. (1976)
45. *Willy Bortler*: Demokratiegebot und interkantonaies Vertragsrecht. Konkordate – Verwaltungsabkommen – Absprachen. XVI-168 S. (1976)
46. *Marcus Desax*: Haftung für erlaubte Eingriffe. XXIV-192 S. (1977)

47. *Franz Riklin*: Das Urheberrecht als individuelles Herrschaftsrecht und seine Stellung im Rahmen der zentralen Wahrnehmung urheberrechtlicher Befugnisse sowie der Kunstförderung. XXIV-350 S. (1978)
48. *Paul-Henri Steinauer*: La logique au service du droit: Etude de logique contemporaine pour une meilleure communication de la pensée juridique. XII-198 pp. (1979)
49. L'homme dans son environnement / Mensch und Umwelt. VIII-425 pp. (1980)
50. *Stephan Ottrubay*: Die Eintragung des Eigentumsvorbehalts. Unter Berücksichtigung des internationalen Rechts und der internationalen Harmonisierungsbestrebungen. XX-106 S. (1980)
51. *Peter Hänni*: Die Treuepflicht im öffentlichen Dienstrecht. XII-172 S. (1980) vergriffen
52. *Kurt Stampfli*: Rechtliche Probleme allgemeiner Dienstanweisungen. XXVI-316 S. (1982)
53. *Michel Perrin*: Délivrance et retrait du permis de conduire. XX-240 pp. (1982)
54. *Hubert Bugnon*: L'action récursoire en matière de concours de responsabilités civiles. IX-162 pp. (1982)
55. *Reinold Raemy*: Das Pflichtteilsrecht und die Erbenqualität. XX-146 S. (1982)
56. *Romualdo Bermejo*: Vers un nouvel ordre économique international. Etude centrée sur les aspects juridiques. VIII-527 pp. (1982)
57. *Hugo Casanova*: Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten, insbesondere nach Art. 41 ff. OR. XXXV-178 S. (1982)
58. *Alois Näf*: Die Sicherung von Gläubigerrechten im Hinblick auf den Konkurs des Schuldners. XXIII-149 S. (1983, 2., unveränderte Auflage 1984)
59. *Niti Klaus Meyer*: Legal Aspects of Eurocurrency Credits and Foreign Lending in Thailand. XI-173 S. (1983)
60. *Walter Keller*: Die ausserordentliche Auflösung des Versicherungsvertrages: Gesetz und Allgemeine Versicherungsbedingungen. XXI-141 S. (1983)
61. *Meinrad Huser*: Die Gleichbehandlung der Landwirte durch die Sonderberücksichtigung der erschwerten Produktions- und Lebensbedingungen (Art. 2 des Landwirtschaftsgesetzes im Lichte von Art. 4 der Schweizerischen Bundesverfassung). XXXVI-199 S. (1983)
62. *Vinzens Augustin*: Das Ende der Wasserrechtskonzessionen. XXV-192 S. (1983)

63. *Paul Tschümperlin*: Grenze und Grenzstreitigkeiten im Sachenrecht.
XXX–194 S. (1984)
64. *Ralph Dischler*: Die Wahl des geeigneten Vormunds. XXII–178 S. (1984)
65. *Roland Hürlimann*: Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2
OR. XXII–112 S. (1984) vergriffen
66. *Markus L. Schmid*: Überschuldung und Sanierung. Konkursaufschub und Nach-
lassvertrag rechtlicher Sanierungshilfen in der Schweiz und der Bundesrepublik
Deutschland. XXXVI–149 S. (1984)
67. *Eduard Brogli*: Das intertemporale Stockwerkseigentumsrecht der Schweiz am
Beispiel des Kantons Wallis. XXII–161 S. (1985)
68. *Ridha Fraoua*: Le trafic illicite des biens culturels et leur restitution. Analyse des
réglementations nationales et internationales. Critiques et propositions.
VII–279 pp. (1985) épuisé
69. *Gabi Hauser*: Die Verknüpfungsproblematik in der Strafzumessung.
192 S. (1985)
70. *Alfred Koller*: Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht.
XXV–260 S. (1985) vergriffen
71. *Franz Werro*: La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la
responsabilité. Etude critique et comparative. XXIV–194 pp. (1986)
72. *Fabienne Hohl*: Les accessoires et les droits de gage immobiliers.
XXII–224 pp. (1986) épuisé
73. *Martin Arnold*: Die privatrechtlichen Allmendgenossenschaften und ähnlichen
Körperschaften. Art. 59, Abs. 3 ZGB. Nach dem Recht des Bundes und des
Kantons Wallis. 252 S. (1987)
74. *Markus Lustenberger*: Die fürsorgerische Freiheitsentziehung bei Unmündigen
unter elterlicher Gewalt. (Art. 310/314a ZGB) 206 S. (1987)
75. *Pierre-André Jungo*: Die Umweltverträglichkeitsprüfung als neues Institut des
Verwaltungsrechts. 320 S. (1987)
76. *Beat Vonlanthen*: Das Kommunikationsgrundrecht «Radio- und Fernsehfrei-
heit». 612 S. (1987)
77. *Andres Baumgartner*: Fortführung eines Unternehmens nach Konkurseröffnung.
In Hinblick auf den Widerruf des Konkurses zu Veräusserungszwecken. – De lege
ferenda. XXXVIII–214 S. (1987)
78. *Markus Berger*: Die Stellung Verheirateter im rechtsgeschäftlichen Verkehr
XXIV–240 S. (1987)

79. *Gieri Caviezel*: Das Finanzreferendum im allgemeinen und unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Graubünden. XXXII–304 S. (1987)
80. *Franz Schenker*: Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht. XXXVIII–364 S. (1988) vergriffen
81. *Jean-Philippe Walter*: La protection de la personnalité lors du traitement de données à des fins statistiques. En particulier, la statistique officielle fédérale et la protection des données personnelles. XLIX–480 pp. (1988)
82. *Stefan Mattmann*: Verantwortlichkeit bei der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Art. 429a ZGB). XL–254 S. (1988)
83. *Jörg Schmid*: Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen. Ausgewählte bundesrechtliche Probleme. XLIII–306 S. (1988)
84. *Peter Hänni*: Die Klage auf Vornahme einer Verwaltungshandlung. Rechtsvergleichende Untersuchung zur Stellung der Judikative und zu ihren Einwirkungsmöglichkeiten auf das Verwaltungshandeln. Dargestellt am Beispiel Frankreichs, Grossbritanniens, der Vereinigten Staaten von Amerika, der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz. XXX–287 S. (1988)
85. *Henri Torrione*: L'influence des conventions de codification sur la coutume en droit international public. XXIV–404 pp. (1989)
86. *Markus Lötscher*: Das Grundstück als Gegenstand von Grundpfandrechten. XXII–194 S. (1988)
87. *Peter Derendinger*: Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages. XLIV–228 S. (1988)
88. *Bruno Stierli*: Die Architektenvollmacht. XXXII–280 S. (1988)
89. *Jean-Baptiste Zufferey-Werro*: Le contrat contraire aux bonnes mœurs. Etude systématique de la jurisprudence et de la doctrine relatives aux bonnes mœurs en droit suisse des contrats. XXXVI–416 pp. (1988)
90. *Anton Henninger*: Der ausserordentliche Güterstand im neuen Eherecht. LII–384 S. (1989)
91. *Silvan Hutter*: Die Gesetzeslücke im Verwaltungsrecht. XLVIII–364 S. (1989)
92. *Urs Tschümperlin*: Die elterliche Gewalt in bezug auf die Person des Kindes (Art. 301 bis 303 ZGB). L–374 S. (1989)
93. *Nikolaus B. Senn*: Das Gegenrecht in der schweizerischen Bankengesetzgebung. XXVI–142 S. (1989)

94. *Gabi Huber*: Ausserordentliche Beiträge eines Ehegatten (Art. 165 ZGB). Innerhalb der unterhaltsrechtlichen Bestimmungen. XXX-358 S. (1990)
95. L'image de l'homme en droit. Das Menschenbild im Recht. Mélanges publiés par la Faculté de droit à l'occasion du centenaire de l'Université de Fribourg. Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur Hundertjahrfeier der Universität Fribourg. XVIII-561 S. (1990)
96. *Thomas Schmuckli*: Art. 6 Ziff. 1 EMRK und die Anwendung auf die Verwaltungsrechtspflege des Bundes. VIII-172 S. (1990)
97. *Erwin Dahinden*: Die rechtlichen Aspekte des Satellitenrundfunks. LII-358 S. (1990)
98. *Erich Rüegg*: Leistung des Schuldners an einen Nicht-Gläubiger. XXVII-156. S. (1990)
99. *Romeo Cerutti*: Der Untervertrag. 180 S. (1990)
100. *Nicolas Michel*: La prolifération nucléaire. Le régime international de non-prolifération des armes nucléaires et la Suisse. 320 pp. (1990)
101. *H. Ercüment Erdem*: La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne. Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avril 1980. XXX-294 pp. (1990)
102. *Heidi Pfister-Ineichen*: Das Vorrecht nach Art. 841 ZGB und die Haftung der Bank als Vorgangsgläubigerin. XXIV-220 S. (1991)
103. *Christian Bovet*: La nature juridique des syndicats de prêt et les obligations des banques dirigeantes et gérantes. Aspects de droit des obligations, de droit bancaire et de droit cartellaire. L-294 pp. (1991)

La constitution de syndicats est fréquente dans la pratique bancaire suisse et internationale, parce qu'elle permet en particulier de répartir entre plusieurs banques les risques d'une opération. La présente étude traite des *syndicats de prêt* directs et indirects, en mettant l'accent sur les obligations des banques qui exercent des fonctions de direction ou de gestion dans le syndicat.

L'auteur commence par une analyse détaillée des données de fait. Ce qui lui permet de qualifier juridiquement les contrats de syndicat passés entre les banques, pour définir ensuite les obligations des banques dirigeantes et gérantes envers l'emprunteur et, surtout, envers les autres banques consortiales. Enfin, et à la lumière des récents développements dans ce domaine, il traite de manière approfondie des aspects cartellaires de certains procédés utilisés par les banques lors de la constitution de syndicats de prêt.

L'auteur présente un certain nombre de solutions aux problèmes juridiques soulevés par ce type d'opération, tout en insistant sur l'importance de la documentation contractuelle. C'est à cette fin qu'il propose en appendice plusieurs clauses types se rapportant à la constitution et à la gestion des syndicats de prêt.

With a summary in English.