Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 55 (1936)

Artikel: Les accords de clearing et les obligations contractuelles

Autor: Rosset, Paul-René

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895717

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 13.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Les accords de clearing et les obligations contractuelles.

Rapport présenté à l'Assemblée générale
de la Société suisse des juristes
à Soleure en 1936

par

Paul-René Rosset
Docteur en droit
Docteur en sciences commerciales et économiques
Avocat

TABLE DES MATIÈRES:

Observations générales 203a
Chapitre I Les accords de clearing en droit constitutionnel 206a
Chapitre II Nature juridique de la „compensation" des accords de clearing 215a
Chapitre III Champ d'application des accords de clearing 218a
§ 1. Quant aux opérations visées 218a
§ 2. Quant aux personnes 223a
Chapitre IV Les accords de clearing et la formation des obligations contractuelles 230a
Chapitre V Les accords de clearing et l'exécution des obligations contractuelles 232a
§ 1. En général 232a
§ 2. Le paiement du prix 232a
1. La monnaie 232a
2. La libération du débiteur 241a
3. Effet d'un paiement en dehors du clearing 253a
Chapitre VI Les accords de clearing et l'extinction des obligations contractuelles 258a
1. La remise de dette 258a
2. La novation 258a
3. La confusion 259a
4. L'impossibilité de l'exécution 259a
5. La compensation 259a
6. La prescription 263a

Chapitre VII Les accords de clearing, la cession de créance et la reprise de dette 263a
1. La cession de créance 263a
2. La reprise de dette 269a

Chapitre VIII Les accords de clearing et les obligations à l'égard des tiers 270a
1. La subrogation 270a
2. La stipulation pour autrui 270a

Chapitre IX Les accords de clearing et les obligations solidaires 272a
1. La solidarité passive 272a
2. La solidarité active 273a
3. Le cautionnement 274a

Chapitre X Les accords de clearing et le contrat d'assignation 274a

Chapitre XI L'influence des accords de clearing sur la validité du contrat 276a
1. Généralités 276a
2. Les contrats conclus après l'entrée en vigueur du régime de clearing 277a
3. Les contrats conclus avant l'entrée en vigueur du régime de clearing 279a

Chapitre XII Les accords de clearing et la poursuite pour dettes 282a
1. La poursuite du débiteur ayant versé à la Banque nationale le montant de sa dette 282a
2. La saisie ou le séquestre en main de la Banque nationale d'une créance d'un créancier domicilié en Suisse 283a
3. La saisie ou le séquestre d'une créance contre un débiteur qui doit verser le montant de sa dette à la Banque nationale 284a

Chapitre XIII Les accords de clearing et la procédure civile 287a

Considérations finales 288a

Bibliographie 288a

Observations générales.[1])

L'origine des accords de clearing conclus par la Suisse avec de nombreux pays[2]) réside dans les mesures prises par ceux-ci pour protéger leur monnaie nationale contre les menaces de dévalorisation résultant de la situation économique difficile à laquelle ils ont à faire face. Les modalités de ces mesures sont extrêmement variées. Toutefois elles poursuivent toutes le même but de s'opposer au transfert des capitaux à l'étranger ou de le limiter. Leur préoccupation commune est donc de conserver au pays l'or et les devises qu'il possède.

La question se pose de savoir si ces mesures sont licites en droit international. Nous ne pouvons évidemment pas aborder ici ce problème qui sort du cadre de notre travail. Nous nous contenterons donc d'indiquer que la légitimité de la plupart d'entre elles a été contestée par de bons arguments[3]). Même la conclusion d'un accord

---

[1]) On trouvera à la fin de ce travail quelques indications bibliographiques concernant la question des accords de clearing et du transfert des devises.

[2]) Au 15 juillet 1936, la Suisse possédait des accords de clearing en vigueur avec les pays suivants, la date de leur conclusion étant indiquée entre parenthèse: Yougoslavie (accord du 27 avril 1932 et accords additionnels du 2 novembre 1932 et du 29 août 1933); Bulgarie (11 juillet 1936); Grèce (13 mars 1933); Chili (29 mai 1934); Turquie (3 janvier 1935); Hongrie (9 mars 1935); Roumanie (accord du 4 septembre 1935 et accord additionnel du 23 mars 1936); Italie (3 décembre 1935 et 3 avril 1936); Allemagne (17 avril 1935 et 6 juillet 1936). La Suisse avait conclu un accord de clearing avec l'Autriche le 11 novembre 1931; il a cessé d'être en force le 10 avril 1932, date de l'entrée en vigueur de l'accord de liquidation du 8 avril 1932. Elle possède en outre un „accord de devises" avec l'Argentine (18 mai 1934); il ne s'agit pas à proprement parler d'une convention de clearing. Un accord d'une nature analogue a été conclu avec le Brésil le 31 juillet 1936. L'accord avec la Hongrie du 9 mars 1935 a été modifié par un accord additionnel du 23 juillet 1936.

[3]) Cf. Archambault, p. 22 sq. et la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale, les auteurs et les consul-

de clearing n'emporte pas reconnaissance, croyons-nous, de leur caractère licite au point de vue du droit international[4]).

Quoi qu'il en soit, la Suisse, plutôt que de poursuivre devant les instances internationales, dans le but d'assurer le respect des droits de ses ressortissants, une procédure sans doute longue et difficile et dont le résultat — quand bien même il paraissait ne pouvoir être que favorable — n'aurait guère été susceptible de modifier la situation de fait, a préféré conclure avec la plupart des pays ayant promulgué des dispositions restrictives du transfert des moyens de paiements, des traités auxquels on a donné le nom d'accords de clearing.

Le but des accords de clearing est d'assurer le paiement des créanciers en évitant tout transfert de devises. Au point de vue économique, ils reposent sur le principe

---

tations qu'il mentionne. Comparer le § 38 de la loi allemande sur les devises du 4 février 1935.

[4]) Voir à ce sujet les arrêts du Tribunal fédéral du 18 septembre 1934 (R. O. 60 II p. 294 sq. et Die Praxis des Bundesgerichts XXIII 1934 p. 397 No. 147) et du 8 octobre 1935 (R. O. 61 II p. 243 et Die Praxis des Bundesgerichts XXIV 1935 p. 453 No. 175). Nous relevons en particulier dans ce dernier arrêt, sous considérant 3: „Die deutschen devisenrechtlichen Zahlungsverbote und sonstigen Forderungsbeschränkungen stellen einen spoliativen Eingriff in die Gläubigerrechte dar, der mit den der schweizerischen Rechtsordnung zugrunde liegenden Anschauungen im Widerspruch steht. Daraus folgt, dass sie vom schweizerischen Richter weder unmittelbar, insoweit sie die Forderungsrechte inhaltlich abändern, noch mittelbar, insoweit sie angeblich Unmöglichkeit der Leistung begründen, beachtet werden können", et sous considérant 4 lettre c: „Durch das Verrechnungsabkommen und die Aufstellung eigener Devisenvorschriften, die übrigens nur die Ausführung des Abkommens bilden, hat sie (die Schweiz) daher keineswegs die deutsche Devisengesetzgebung als mit den schweizerischen Rechtsanschauungen übereinstimmend anerkannt; vielmehr ist damit lediglich, so gut es möglich war, der schweizerische Standpunkt gegenüber diesen Eingriffen zu wahren gesucht worden." En ce qui nous concerne, nous nous rallions pleinement à cette manière de voir.

de la solidarité des créanciers et des débiteurs d'un même pays. Ils établissent donc deux cycles fermés dans chacun desquels ce sont les débiteurs nationaux, dans la mesure des versements qu'ils effectuent en exécution de leurs obligations à l'égard des créanciers étrangers, qui fournissent les disponibilités permettant de payer les créanciers nationaux. Les créances et les dettes nationales n'étant souvent pas symétriques, les créanciers nationaux ne sont payés fréquemment qu'au fur et à mesure des versements des débiteurs nationaux, dans l'ordre chronologique des versements des débiteurs étrangers.

Les divers accords de clearing conclus par la Suisse contiennent naturellement des dispositions extrêmement différentes, adaptées qu'elles sont aux conditions de nos relations économiques avec les pays auxquels nous lient ces conventions. Notre sujet étant nettement circonscrit et la place dont nous disposons très limitée, nous nous abstiendrons d'exposer le contenu de ces accords et d'examiner ce que l'on pourrait appeler leur application technique. Nous considérons que l'un et l'autre sont connus. Au surplus, ces accords reposant tous, en dernière analyse, sur le même principe, celui de la „compensation", ce sont les effets de la „compensation" elle-même sur les obligations contractuelles que nous examinerons principalement. Il va cependant bien sans dire que nous nous arrêterons à certaines dispositions particulières de l'un ou de l'autre de ces traités lorsqu'elles présenteront un intérêt spécial pour notre étude.

Nous croyons utile de préciser dès maintenant que nous considérerons toujours, par hypothèse, que c'est le droit suisse qui est applicable aux obligations contractuelles sur la formation, l'exécution et l'extinction desquelles les accords de clearing ont les effets qui feront l'objet de nos développements.

Etant donné l'évolution continuelle de la question — la législation concernant les clearings est essentiellement dynamique en raison même de la matière à laquelle elle

s'applique — cette étude, sauf mention spéciale, a été arrêtée à la date du 15 juillet 1936.

Chapitre I.

Les accords de clearing en droit constitutionnel.

1. Les accords de clearing, comme tous les autres traités avec l'étranger, sont conclus par le Conseil fédéral qui tient ses pouvoirs à cet effet de l'article 102, chiffre 8 de la constitution fédérale. Il résulte de l'article 85, chiffre 5, de la constitution que les traités internationaux ne doivent être ratifiés par le Conseil fédéral qu'avec l'assentiment de l'Assemblée fédérale. Toutefois celle-ci a autorisé le Conseil fédéral à conclure des accords de clearing, sous réserve qu'il lui en soit donné connaissance lors de sa prochaine cession, par arrêté du 23 décembre 1931 (article 4). Cet arrêté a été remplacé par l'arrêté fédéral concernant les mesures de défense économique contre l'étranger du 14 octobre 1933 — prorogé par l'arrêté fédéral du 11 décembre 1935 — dont l'article 3 dispose: „Afin de sauvegarder les intérêts suisses à l'égard des Etats qui entravent le transfert des paiements, le Conseil fédéral peut conclure des accords à court terme. Lorsqu'il n'y parvient pas, il est autorisé à défendre les intérêts suisses en prenant toutes les mesures unilatérales de nature économique et financière qui lui paraîtront indiquées, particulièrement en réglementant les paiements.“ C'est cette disposition qui est à la base, en droit constitutionnel, de toute la législation suisse en matière de clearing.

L'accord avec l'Autriche du 12 novembre 1931 et celui avec la Hongrie du 14 novembre 1931 étaient antérieurs au premier arrêté par lequel l'Assemblée fédérale a conféré au Conseil fédéral les pouvoirs nécessaires pour conclure et ratifier des accords de clearing, sans en référer à elle au préalable. M. Vieli, dans sa précieuse étude sur

„Le système juridique des accords de clearing"[5]), estime que l'Assemblée fédérale a approuvé la ratification des conventions signées avec l'Autriche et la Hongrie, par l'acte même accordant ces pouvoirs au Conseil fédéral. Il relève, quant au reste, que le défaut d'assentiment de l'Assemblée fédérale ne modifiait en rien les obligations de droit international assumées par la Suisse. Il en résultait uniquement, selon cet auteur, que le Conseil fédéral aurait dû rendre compte à l'Assemblée fédérale, le cas échéant, de la non-observation de ses obligations constitutionnelles[6]).

En ce qui nous concerne, nous pouvons nous rallier au point de vue de M. Vieli. La question se pose néanmoins, nous semble-t-il, de savoir si ces deux accords étaient susceptibles de déployer des effets en droit interne et plus particulièrement, éventuellement, d'avoir des répercussions de droit civil. Ne faut-il pas les assimiler à des conventions purement administratives? Même si l'on considère que l'arrêté fédéral du 23 décembre 1931 comporte une approbation postérieure de leur ratification, ne doit-on pas admettre qu'ils n'ont acquis „force de loi"[7]), en droit interne, qu'à partir de cette date et sans rétroactivité? Nous croyons utile de rappeler ici qu'en doctrine l'opinion a été émise que le Conseil fédéral, dans certains cas urgents, peut conclure et ratifier des traités dont l'effet ne doit être que passager, sans y être autorisé par l'Assemblée fédérale[8]). Par ailleurs nous constatons que le problème qui nous occupe se ramène essentiellement à la question plus générale du caractère

---

[5]) Vieli, p. 12.

[6]) Ce point de vue est conforme à l'opinion adoptée par M. Burckhardt dans la question de principe dont les accords de clearing ne constituent qu'un cas spécial (Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, p. 673).

[7]) Cette expression ne doit pas faire supposer que nous assimilons, au point de vue du droit interne, un traité à une loi. Nous réservons notre opinion au sujet de cette question si délicate.

[8]) Burckhardt, p. 677.

obligatoire, en droit interne, des traités internationaux. Nous ne pouvons évidemment pas l'étudier à cette place et nous nous retrancherons derrière la haute autorité de M. Burckhardt qui déclare: „Man betrachtet stets den völkerrechtlich verbindlichen Vertrag mit seiner Publikation als landesrechtlich verbindlich. Deshalb ist m. E. auch der vom Bundesrat unbefugtermassen ohne Genehmigung der Bundesversammlung abgeschlossene Vertrag mit seiner Veröffentlichung landesrechtlich verbindlich"[9]).

Nous croyons intéressant de relever que la question paraît se poser, en droit constitutionnel français, sous un aspect différent. L'opinion a été émise en France que „sauf les accords approuvés par le parlement avant leur mise en vigueur, les autres n'ont pas la moindre force légale et ne pourront donc réfléchir en quoi que ce soit sur les règles qui supposent une intervention législative"[10]). Il va sans dire que les conséquences pratiques d'une conception semblable, si elle était admise par les tribunaux, seraient considérables.

Le texte de l'accord que la Suisse avait signé avec la Hongrie le 14 novembre 1931 semblerait indiquer que l'on ait tenu à prendre certaines précautions en ce qui concerne les effets de droit civil du traité. L'article 3 prévoyait que „les acheteurs suisses de marchandises hongroises sont tenus par leurs fournisseurs hongrois d'effectuer à la Banque nationale suisse les paiements arrivés à échéance" et que „les acheteurs hongrois de marchandises suisses sont tenus par leurs fournisseurs suisses d'effectuer à la Banque nationale hongroise les paiements arrivés à échéance". On pourrait être tenté de considérer que cette disposition avait pour but de donner une base contractuelle de droit privé au clearing. L'acheteur aurait été tenu de verser le montant de sa dette en main de la Banque nationale en vertu d'une obligation assumée

[9]) Burckhardt, p. 674.
[10]) Niboyet, p. 83.

dans le contrat le liant à son vendeur. La portée juridique exacte de cette disposition est toutefois difficile à préciser. Ainsi quelle eut été la sanction de son inobservation, en particulier celle de la transgression de l'obligation imposée à l'acheteur? Il ne semble pas qu'il y avait clause de porte-fort et qu'en ce qui concerne la Suisse l'article 111 CO eut été applicable; en effet, le vendeur ne promettait pas que son acheteur s'acquitterait par l'intermédiaire de la Banque nationale. Peut-on admettre que celle-ci se trouvait au bénéfice d'une stipulation pour autrui contenue en sa faveur dans le contrat intervenu entre les parties et qu'en Suisse elle eut été en droit d'en réclamer elle-même l'exécution en invoquant l'article 112, alinéa 2 CO, le créancier ne pouvant plus libérer le débiteur, le texte même de l'accord de clearing devant être assimilé à la déclaration du tiers bénéficiaire qu'il entend user de son droit? La stipulation pour autrui eut été en quelque sorte irrévocable. A vrai dire cette construction juridique de l'obligation faite au débiteur de se libérer par l'intermédiaire de sa Banque nationale ne paraît guère satisfaisante, entre autres pour la raison que celle-ci n'était pas le bénéficiaire du versement opéré. Il faut renoncer, croyons-nous, à y voir l'effet d'une stipulation pour autrui. D'ailleurs la question n'a plus guère aujourd'hui qu'un intérêt académique puisque l'accord avec la Hongrie du 14 novembre 1931 n'est plus en vigueur et qu'aucune des autres conventions de clearing conclues par la Suisse ne contient de disposition semblable.

L'accord avec la Bulgarie du 1er mars 1933[11]) posait à peu près le même problème que les conventions de novembre 1931 avec l'Autriche et la Hongrie, non pas parce qu'il était, comme elles, antérieur à l'arrêté fédéral du 23 décembre 1931, mais bien parce qu'il a été conclu par les banques d'émission des deux pays, et non pas par les

[11]) L'accord du 11 juillet 1936 a été conclu par les deux Gouvernements.

gouvernements, pour des raisons que l'on trouvera indiquées dans l'étude de M. Vieli[12]). Celui-ci relève que cet accord ne constitue pas un traité, mais un simple arrangement de nature administrative. Il observe qu'il a toutefois pour base un échange de notes entre la Légation de Bulgarie à Berne et le Département fédéral de l'économie publique. Cette circonstance avait sans doute pour effet de le rendre obligatoire, pour les deux pays, au point de vue du droit international. Mais est-elle suffisante pour que l'on puisse admettre qu'il était susceptible d'avoir une action sur les règles du droit civil dont la modification exige l'intervention du législateur ou la conclusion d'un traité régulier, un accord administratif ne liant que les administrations qui l'ont conclu et n'obligeant qu'elles seules? Dès l'instant où l'on considère qu'il n'est pas possible de dissocier, quant à leur validité, les effets de droit international et les effets de droit interne d'un traité, cette question ne se pose plus. D'ailleurs, si l'on avait encore des doutes à ce sujet, on pourrait observer que l'arrêté du Conseil fédéral du 20 mars 1933 a étendu l'application de l'„arrêté du Conseil fédéral du 14 janvier 1932 relatif à l'exécution des accords conclus avec différents pays pour régler les paiements résultant du commerce de marchandises" entre autres à la convention signée avec la Bulgarie, avec effet au jour de son entrée en vigueur. Or l'arrêté du Conseil fédéral du 14 janvier 1932 est basé sur l'arrêté fédéral du 23 décembre 1931. On pourrait donc admettre que l'arrêté du Conseil fédéral du 20 mars 1933 confère „force de loi"[13]), au point de vue du droit interne suisse, à l'accord conclu avec la Bulgarie le 1er mars 1933. Si l'on ne veut pas aller jusqu'à considérer que le caractère de l'accord en est modifié, on ne semble guère pouvoir contester qu'il était dès lors susceptible d'avoir également des effets sur le terrain du droit civil, dans la mesure où

[12]) Vieli, p. 12 et 13.

[13]) Cf. note n° 7, p. 207a.

il résulte de l'arrêté du Conseil fédéral du 14 janvier 1932 que les accords de clearing ont de tels effets.

On se rend compte de l'importance des points de droit international et de droit constitutionnel suisse que nous venons d'aborder très brièvement. En effet, le problème qui nous est proposé comporte tout d'abord l'étude de la question de la valeur juridique des conventions internationales tant au point de vue du droit des gens que du droit interne. Nous serions donc portés à élever le débat et à considérer de plus près la réception du droit international par le droit suisse, pour autant qu'il s'agisse des accords de clearing. Mais il va sans dire que ceux-ci ne constituent qu'un cas spécial d'un problème général que nous ne pourrions examiner qu'en dépassant considérablement les limites que nous sommes obligés de fixer à notre étude.

2. Les accords de clearing posent une autre question de droit constitutionnel qui ne semble guère avoir retenu l'attention jusqu'à maintenant, celle de savoir jusqu'à quel point certaines de leurs dispositions ne seraient pas contraires à l'article 4 de la constitution fédérale. On sait, en effet, que ces accords prévoient des régimes différents pour les diverses créances selon la nature du contrat qui est à leur origine ou l'époque de leur formation[14]). Les dispositions applicables à une créance née d'un contrat de prêt, par exemple, ne sont pas identiques, à certains égards, à celles qui sont valables pour une créance qui doit son existence à un contrat de vente. Par ailleurs les créances qui se sont formées avant l'entrée en vigueur d'un accord ne sont pas assimilées, en général, aux créances qui lui sont postérieures. Il en résulte que la ra-

[14]) En fait le critère adopté est d'ailleurs plus économique que juridique. Nous dirons même qu'il est spécifique aux accords de clearing. C'est ainsi que le seul facteur „temps" peut avoir pour effet de modifier, au point de vue du clearing, le caractère de la créance.

pidité avec laquelle le bénéficiaire de telle ou telle créance sera désintéressé peut être extrêmement variable, les dispositions auxquelles nous faisons allusion concernant avant tout la fixation des montants à disposition pour le règlement des diverses catégories de créances, montants qui diffèrent pour chacune de ces catégories[15]). Dès lors le bénéficiaire d'une créance soumise à un régime moins favorable n'est-il pas légitimé à invoquer l'article 4 de la constitution fédérale pour attaquer la distinction faite par les accords entre les diverses catégories de créances?

Sans doute faut-il se demander tout d'abord, pour pouvoir répondre à cette question, si l'article 4 de la constitution fédérale est applicable lorsqu'il s'agit de traités internationaux. Cela ne semble guère contestable. En effet, cette disposition vaut non seulement pour l'application de la loi, mais aussi pour la législation elle-même. Or nous croyons que les traités doivent être assimilés à cet égard, quant à leurs effets en droit interne tout au moins, à une loi. „Der Ausdruck ‚Gesetz' bedeutet hier Rechtssatz überhaupt"[16]).

Si nous considérons maintenant le fond de la question, nous constatons que les accords de clearing n'établissent pas de distinction, sur le point qui nous occupe, entre les personnes mais entre les créances. Par ailleurs, cette distinction n'a rien d'arbitraire. Elle repose sur une différence dans la nature économique des créances. On peut diverger d'opinion sur l'opportunité qu'il y avait à adopter le critère retenu — c'est là une question d'appréciation — mais il n'en demeure pas moins que ce critère a une valeur générale et que par conséquent on ne saurait le critiquer, nous semble-t-il, sur la base de l'article 4 de la constitution fédérale. Les créances auxquelles s'appliquent les accords de clearing n'étant pas identiques, on ne saurait donc reprocher à ces accords de les sou-

---

[15]) Ces montants sont généralement fixés sous forme de pourcentages des versements effectués.

[16]) Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, p. 282.

mettre à un régime également différent. On peut même estimer que cette distinction non seulement n'est pas contraire à l'article 4 de la constitution fédérale, mais même qu'il était nécessaire de la faire pour respecter cette disposition. Il est admis, en effet, que le principe de l'égalité devant la loi exige non seulement que les mêmes normes soient applicables aux mêmes cas, mais aussi que des cas différents soient régis par des règles non identiques[17]).

Cette distinction paraît d'autant plus justifiée si l'on considère que les clearings sont alimentés presque exclusivement par les versements opérés par les importateurs de marchandises étrangères. Dès lors les bénéficiaires de créances dites „financières" sauraient d'autant moins prétendre, croyons-nous, que le régime auquel sont soumises les créances dites „commerciales" constitue un privilège incompatible avec l'article 4 de la constitution fédérale. Par ailleurs ce sont les dettes ayant leur origine dans les contrats à la base de nos importations actuelles qui font l'objet de la „compensation" instituée par les accords de clearing. Aussi est-il compréhensible que les versements effectués à ce titre servent à régler avant tout les créances dites „nouvelles", c'est-à-dire celles qui résultent de contrats d'où découlent nos exportations également actuelles[18]).

Sans doute eut-il été possible de conclure — à l'instar de certains pays étrangers — des accords de clearing portant uniquement sur les créances résultant de contrats comportant l'exécution d'opérations commerciales actuelles. La tâche de nos négociateurs en eut même été singulièrement simplifiée. Si donc les propriétaires de créances dites „financières" et de créances dites „arriérées" ont été également mis au bénéfice de ces accords,

---

[17]) Burckhardt, p. 29. Fleiner, p. 282.

[18]) Nous employons ici la terminologie des accords de clearing. Elle est de nature essentiellement économique. Nous aurons l'occasion de reprendre la question par la suite (cf. p. 219a).

ils ne sauraient faire valoir, croyons-nous, que le fait de ne pas y avoir été admis sur le même pied que les bénéficiaires de créances ayant leur origine dans la vente de marchandises opérée postérieurement à la mise en vigueur des accords serait contraire au principe de l'égalité des citoyens devant la loi.

Pour ces diverses raisons nous concluons que la distinction opérée ne saurait être attaquée, selon nous, parce que non conforme à l'article 4 de la constitution fédérale. D'ailleurs, dans l'état actuel de notre législation, le problème n'a guère qu'un intérêt théorique eu égard aux dispositions de l'article 113, dernier alinéa, de la constitution fédérale. „Da rechtsgültig zustande gekommene Staatsverträge den Rang von Bundesgesetzen geniessen und die Vorschriften des Staatsvertrages als Bundesrecht behandelt werden, so darf der Richter auch sie nicht auf ihre Übereinstimmung mit dem Inhalt der Bundesverfassung prüfen"[19]).

3. Nous terminerons cette brève étude des accords de clearing au point de vue du droit constitutionnel — nous n'avons fait qu'effleurer quelques points qui mériteraient assurément un examen plus approfondi — en rappelant que seule la Confédération a signé de tels accords avec l'étranger. D'ailleurs un canton aurait-il pu se prévaloir de l'article 9 de la constitution fédérale pour conclure une convention de compensation avec tel ou tel Etat? Cela paraît douteux, entre autres parce que la législation dans le domaine de la monnaie est réservée à la Confédération par l'article 39 de la constitution fédérale et que les accords de clearing en ressortissent essentiellement. Par ailleurs de semblables accords n'auraient sans doute pas pu déployer des effets de droit civil puisqu'aux termes de l'article 64 de la constitution fédérale la législation en la matière est du ressort de la Confédération.

---

[19]) Fleiner, p. 758.

Au point de vue économique, cependant, la question présente un intérêt moins théorique qu'il ne paraît au premier abord. Pour s'en convaincre il suffit de se rappeler l'„accord spécial sur le règlement des paiements dans le commerce de la broderie entre la Suisse et l'Autriche" conclu par échange de notes le 4 février 1932 et entré en vigueur le 10 février 1932. Or cet accord intéresse avant tout certains cantons et si l'on se place sur le terrain économique on pourrait éventuellement estimer que ce sont ces cantons qui, du côté suisse, auraient pu être appelés à le signer. Cette solution eut été toutefois fort peu satisfaisante, entre autres en raison de la nécessité de mettre la convention en harmonie avec le traité général de clearing entre les deux pays. Nous avons vu que nous serions portés à la considérer comme inadmissible en droit constitutionnel.

Chapitre II.

Nature juridique de la „compensation" des accords de clearing.

Il importe de préciser la nature juridique de la „compensation" instituée par les accords de clearing avant tout parce que les effets de celle-ci sur les obligations contractuelles en dépendent dans une large mesure. Par ailleurs le terme même de „compensation" peut prêter à confusion et nous croyons nécessaire d'éviter tout malentendu à ce sujet.

Dans sa remarquable étude sur „L'incidence juridique du clearing sur les rapports entre acheteurs et vendeurs"[20]), M. Jaccard expose les raisons pour lesquelles la „compensation" des accords de clearing n'est pas celle des articles 120 sq. du Code des obligations. Il relève, par ailleurs, qu'elle ne saurait être considérée comme une variété du contrat d'assignation ni être assimilée à une consignation légale et qu'elle ne comporte pas de

[20]) Jaccard, p. 39 sq.

novation. Nous nous rallions pleinement à cette opinion. En effet non seulement il n'y a aucune relation contractuelle entre les parties au contrat et les offices de compensation, mais toute l'institution de la „compensation", telle qu'elle est créée par les accords de clearing et en Suisse par les arrêtés du Conseil fédéral, ne ressortit pas au droit civil. L'Office suisse de compensation[21]) n'intervient pas comme mandataire, gérant d'affaires ou par délégation des débiteurs ou des créanciers, mais uniquement en vertu de la loi, ce mot étant pris dans son acception la plus large, et nous préciserons en vertu de dispositions de droit public.

La „compensation" des accords de clearing est une compensation collective. „Il ne s'agit plus de la compensation de la créance de Dupont sur Martin avec celle de Martin sur le même Dupont, mais d'une compensation entre de nombreuses et anonymes créances avec des dettes non moins anonymes[22]). Elle a pour effet de généraliser les créances et les dettes du pays, dont elle fait une seule masse, pour les „compenser" avec la masse des créances et des dettes du pays qui est partie à l'accord. Ce n'est que lors du versement à l'Institut d'émission ou du règlement au créancier qu'il y a individualisation. Nous aurons l'occasion de voir que ce fait est important en particulier lorsqu'il s'agit du recouvrement de créances par voie d'exécution forcée[23]).

On constate ainsi que la „compensation" des accords de clearing n'est pas en elle-même un mode d'extinction des obligations. C'est bien plutôt une procédure sui-

---

[21]) Nous rappelons que l'Office suisse de compensation est une corporation de droit public créée par arrêté du Conseil fédéral du 2 octobre 1934. Selon l'article 2 de ses statuts „l'Office de compensation a pour but d'assurer le règlement des paiements par voie de „clearing" dans l'intérêt de l'économie suisse, conformément aux accords de „clearing" et de compensation conclus avec l'étranger et aux prescriptions édictées par le Conseil Fédéral".

[22]) Niboyet, p. 75.

[23]) Cf. infra p. 283a.

vant laquelle s'opère le paiement. Cette procédure est obligatoire dans la mesure où le prévoient les accords et les arrêtés du Conseil fédéral.

Nous croyons intéressant de relever qu'en France la „compensation" des accords de clearing repose sur une base très différente en ce qui concerne l'obligation du débiteur de passer par l'intermédiaire de l'Office français de compensation[24]) pour payer son créancier. L'arrêté interministériel du 15 février 1932, qui constitue la pierre angulaire sur laquelle s'appuie tout le système français de la „compensation", procède en quelque sorte par voie détournée. En effet il n'interdit pas les paiements directs opérés en dehors du clearing. Il se borne à soumettre toute autorisation d'importation à la condition que l'acheteur prenne l'engagement de s'acquitter de sa dette par l'intermédiaire de l'Office. L'acheteur doit en outre certifier l'acquiescement du vendeur étranger à ce mode de paiement. En d'autres termes les parties doivent convenir de certaines modalités de paiement, faute de quoi l'autorisation d'importation n'est pas accordée. Le 10% du prix d'achat doit être versé à l'Office avant l'introduction de la marchandise en garantie de l'exécution de l'obligation assumée par l'acheteur.

Ce système paraît inspiré d'un respect certainement très louable des obligations internationales, puisqu'il ne s'oppose pas, en principe, à ce qu'un débiteur paie directement son créancier. Il semble toutefois porter fortement la trace de la procédure unilatérale prévue pour le cas où le Gouvernement français se croirait obligé de prendre des mesures de rétorsion à l'égard d'un Etat étranger et d'instituer un système de „compensation" des créances et des dettes des ressortissants français en dehors de tout

---

[24]) L'Office français de compensation est un service de la Chambre de commerce de Paris.

accord de clearing.[25]). Mais dès l'instant où la „compensation" est basée sur un traité, il ne semble plus nécessaire d'avoir recours à un système qui ne peut s'appliquer qu'à des actes juridiques se concrétisant sous la forme d'importations de marchandises et dont les lacunes ne sont que trop évidentes, la moindre n'étant pas l'absence de toute sanction véritable et d'injonction de droit public.

Chapitre III.

Champ d'application des accords de clearing.

§ 1. Quant aux opérations visées.

La question de savoir quelles sont les opérations visées par les accords de clearing ne peut naturellement être résolue que sur la base du texte même des divers traités. Les clauses que ceux-ci contiennent à ce sujet sont très différentes et il ne nous est pas possible de les examiner toutes ici. On peut constater à cet égard une certaine évolution dans les accords successivement signés par la Suisse, en ce sens que, d'une manière générale, ils tendent de plus en plus à englober tous les paiements opérés d'un pays à l'autre[26]). Remarquons, par ailleurs, qu'aux termes de certains accords, tel paiement sera

[25]) Nous rappelons qu'en Suisse l'„Arrêté du Conseil Fédéral concernant le règlement des paiements entre la Suisse et l'Italie" du 18 novembre 1935 instituait en quelque sorte un clearing unilatéral. Les articles 1er, 3, 4 et 5 de cet arrêté ont été abrogés par l'„Arrêté du Conseil Fédéral relatif à l'exécution de l'accord conclu le 3 décembre 1935 entre la Confédération suisse et le Royaume d'Italie concernant le règlement des paiements réciproques" du 9 décembre 1935.

Par ailleurs l'„Arrêté du Conseil fédéral concernant le règlement des paiements entre la Suisse et l'Espagne" du 14 juillet 1936 comporte également la création d'une manière de clearing unilatéral. Il en est de même de l'„Arrêté du Conseil fédéral concernant le règlement des paiements entre la Suisse et la Pologne" du 31 juillet 1936.

[26]) Il va sans dire que les conditions des relations économiques entre les deux pays sont avant tout déterminantes à ce sujet.

soumis au clearing s'il est effectué d'un pays déterminé à destination de l'autre pays, mais que par contre il lui échappe s'il est opéré en sens inverse[27]).

Quand bien même les accords de „compensation" présentent de sensibles divergences en ce qui concerne les diverses opérations auxquelles ils s'appliquent, il n'en demeure pas moins qu'ils sont tous plus ou moins coulés dans le même moule. C'est en partant de cette constatation que nous nous efforcerons de préciser les contrats qu'ils visent.

Nous nous heurtons à une première difficulté qui résulte de la terminologie essentiellement économique des accords de clearing[28]). Ceux-ci parlent par exemple de „créance commerciale", „créance en marchandises", „créance financière", „contrat de livraison", autant d'expressions dont il serait nécessaire, pour notre étude, de connaître le sens juridique. Or les accords ne le donnent pas. Cependant seuls ceux-ci pourraient trancher, croyons-nous, cette délicate question de qualification[29]). Il paraît difficile d'admettre, en effet, que chacun des Etats contractants la résolve unilatéralement, puisqu'il est indispensable que la même opération soit considérée de la même façon dans les deux pays, eu égard à la symétrie que suppose le clearing par définition. Cette question a une importance pratique considérable, une créance, selon que l'on estimera qu'elle est une „créance commerciale" ou une „créance financière", par exemple, étant soumise, en général, à un régime très différent, ainsi que nous l'avons vu. Sans doute peut-on répondre à cette observation que la plupart des accords sont interprétés par des

---

[27]) Comparer, par exemple, l'article III, chiffre 5, et l'article IV, chiffre 1, litt. a—h de l'accord concernant le trafic de compensation germano-suisse du 27 avril 1935.

[28]) Cf. Mettler, p. 132.

[29]) Quelques accords le font d'ailleurs dans une certaine mesure, par exemple l'accord avec l'Italie du 3 décembre 1935 (article 9).

protocoles finaux ou additionnels ou des lettres annexes échangées entre les gouvernements des pays contractants et que ceux-ci peuvent toujours, au surplus, se mettre d'accord sur les difficultés qui surgiraient. Ces dispositions interprétatives sont certainement très utiles et souvent même indispensables, plusieurs traités ayant le caractère d'„accords de cadre". Cependant elles aussi reposent sur une terminologie économique.

On ne saurait d'ailleurs s'étonner de la terminologie des accords de clearing, ni la critiquer, si l'on considère le but qu'ils poursuivent — qui est de remédier à des difficultés économiques — et les circonstances dans lesquelles ils ont été conclus.

Les accords de „compensation" ne prennent pas le mot créance lui-même dans son sens juridique de droit d'un des contractants à l'égard de l'autre. Il signifie toujours, selon la terminologie de ces accords, une créance de somme d'argent, en général du vendeur vis-à-vis de l'acheteur. Par contre il ne se réfère jamais, par exemple, à la créance de l'acheteur qui correspond à l'obligation du vendeur de livrer la chose[30]).

Quant aux termes de „créance commerciale" et de „créance financière", il faut se référer, pour en préciser le sens, au caractère économique du contrat que l'on trouve à l'origine de ces créances. Plus précisément ce n'est même pas le contrat lui-même qui leur a donné naissance qui est déterminant à cet égard, mais bien l'opération économique que représente son exécution. Il va sans dire que très souvent une „créance commerciale" correspondra en fait à un contrat de vente et une „créance

[30]) Parfois le mot „créance" pourrait être remplacé par le terme de dette. Les mêmes remarques pourraient être faites au sujet de l'expression „obligation" telle qu'elle est employée par les accords de clearing. D'ailleurs il nous semble préférable de parler tout simplement, autant que possible, de paiements, terme qui a l'avantage d'avoir un sens juridique précis et de correspondre, par ailleurs, à l'opération économique visée. On le retrouve d'ailleurs dans de nombreux accords.

financière" à un contrat de prêt par exemple. Cette constatation, toutefois, n'a pas de valeur générale et la nature juridique du contrat ne constitue pas le critère permettant de distinguer la „créance commerciale" de la „créance financière".

Pour déterminer si une créance doit ou peut être réglée par voie de „compensation" et pour établir, dans l'affirmative, à quel régime elle sera soumise, il y a donc lieu de rechercher la nature économique de l'opération que constitue l'exécution du contrat d'où elle découle, sans s'arrêter au caractère juridique de celui-ci. Le critère juridique de la loi applicable au contrat n'est également pas déterminant de l'application de l'accord.

Après avoir classé la créance en se plaçant à ce point de vue, il convient de déterminer, en quelque sorte, sa nationalité, si l'on nous permet cette expression sans doute un peu osée en parlant d'une créance. Cet élément joue en effet un rôle important pour l'application ou plus exactement l'applicabilité des accords de clearing. Lorsqu'il s'agit de „créances commerciales", la nationalité de la marchandise est essentielle. Les accords parlent de „marchandises suisses", „marchandises turques", „marchandises yougoslaves", etc., sans toutefois donner de précision au sujet du critère devant permettre d'établir la nationalité de telle ou telle marchandise. La question est pourtant importante, non seulement en droit pour établir si tel accord de clearing réfléchira sur l'exécution de tel ou tel contrat, mais aussi au point de vue économique, puisque l'état des diverses caisses de „compensation" dépend du nombre et du montant des créances qui sont admises à être réglées par voie de „compensation" et du nombre et du montant des dettes qui doivent être payées par la même voie. Or dans l'un et l'autre cas ce nombre dépend, en particulier, du critère appliqué pour déterminer les conditions de cette admission ou de cette obligation de versement. On se rend compte immédiatement qu'il pourrait y avoir de nombreux abus à cet égard.

A défaut d'une surveillance assez serrée tant en ce qui concerne les créances que les dettes, on risquerait fort que des personnes n'y ayant aucun droit ne bénéficient de nos accords de compensation, c'est-à-dire en fait de nos importations qui permettent de payer nos exportateurs, et que ceux-ci ne puissent pas être payés faute de versements de la part des débiteurs suisses de créanciers étrangers. Aussi comprend-on que le Conseil fédéral ait été amené à prendre des mesures dans ce domaine. Il a promulgé, le 28 juin 1935, un „arrêté concernant l'admission de créances en marchandises à la compensation des paiements avec l'étranger". C'est sur cet arrêté que se base l'„Ordonnance de la Division du commerce du Département fédéral de l'économie publique concernant les certificats de clearing dans le règlement des paiements avec l'étranger" du 28 juin 1935.

La question de la nationalité des créances dites „financières" est peut-être encore plus délicate. En effet, la plupart des accords ne contiennent aucune précision à ce sujet et par ailleurs aucune disposition légale autonome de la Suisse n'indique quelles sont les conditions de nationalité que doivent remplir les „créances financières" pour être admises à bénéficier des clearings. L'„accord entre la Confédération Suisse et le Royaume d'Italie concernant l'application de l'accord du 3 décembre 1935 aux paiements afférents aux créances financières" signé à Rome le 3 avril 1936 et entré en vigueur avec effet rétroactif au 10 décembre 1935 constitue une importante exception[31]). L'article 2 de cet accord donne une manière de définition des „créances financières suisses", selon les termes mêmes de la note capitale. „Sont considérés comme créanciers financiers suisses dans le sens du présent accord les personnes physiques et morales, ainsi que les sociétés commerciales, ayant leur domicile ou siège en Suisse et qui, avant le 10 décembre 1935, étaient soit propriétaires

[31]) L'article 9, 1er alinéa de l'accord du 3 décembre 1935 contient déjà une référence au domicile du créancier.

ou usufruitières de titres italiens, soit titulaires ou usufruitières de créances financières envers les débiteurs italiens désignés à l'article 3 de l'Accord du 3 décembre 1935. Il en est de même en ce qui concerne les personnes physiques et morales, ainsi que les sociétés commerciales, domiciliées en Suisse, qui ont acquis dès le 10 décembre 1935 des titres ou créances financières en propriété ou en usufruit, remplissant à cette date les conditions ci-dessus". On constate que cette disposition, pour déterminer, au point de vue de la nationalité, les „créances financières" „compensables", se base sur deux éléments: d'une part le domicile du propriétaire ou de l'usufruitier de la créance — nous touchons ainsi la question de l'application de l'accord quant aux personnes — et d'autre part la date à laquelle le droit de propriété ou d'usufruit a été acquis.

§ 2. Quant aux personnes.

Certains accords de clearing conclus par la Suisse parlent uniquement du „commerce réciproque des marchandises" (par exemple l'accord avec la Roumanie du 4 septembre 1935, article 1) sans faire allusion aux personnes parties aux contrats à la base des opérations visées. D'autres conventions — celles qui ont une portée plus générale et englobent la presque totalité des paiements effectués entre les deux pays — contiennent des expressions telles que „créanciers suisses", „débiteurs allemands" (accord concernant le trafic de compensation germano-suisse du 17 avril 1935, article III). Il conviendrait de préciser ce que l'on entend par ces termes. On trouve à l'article premier de l'arrêté du Conseil fédéral du 27 juillet 1934 relatif à l'exécution de l'accord pour la compensation des paiements germano-suisses du 26 juillet 1934[32]) la précision suivante: „. . . les débiteurs suisses,

[32]) L'arrêté du Conseil fédéral du 28 juin 1935 déclare cet arrêté applicable à l'accord germano-suisse du 17 avril 1935. L'Arrêté du 27 juillet 1934 a été modifié par l'„Arrêté du Conseil

c'est-à-dire les débiteurs domiciliés en Suisse . . ." et „. . . les créanciers allemands, c'est-à-dire les créanciers domiciliés en Allemagne . . .". Il va sans dire que ces expressions doivent être interprétées et que l'on ne peut pas admettre sans autre à cet effet les notions du droit civil; il semble clair qu'elles n'entendent pas se référer simplement au critère juridique du domicile en droit civil. Pour établir le champ d'application des accords de „compensation" quant aux personnes, il faut examiner, croyons-nous, l'économie du système du clearing et des accords eux-mêmes. Par ailleurs nous disposons d'une jurisprudence qui, pour être encore forcément peu abondante, n'en est pas moins précieuse.

Il paraît bien, en premier lieu, qu'il n'y a pas à prendre en considération la nationalité des parties qui est sans doute indifférente. Ces accords étant conclus non eu égard aux personnes mais en vue des opérations commerciales effectuées, les étrangers domiciliés dans le pays ne sauraient prétendre échapper à un régime applicable aux nationaux. L'opinion contraire a été exprimée en ce qui concerne la France[33]) par M. Archambault[34]), qui estime que la procédure de „compensation" ne doit pas être appliquée obligatoirement à des opérations conclues par des étrangers. „Cette interprétation restrictive trouve une justification dans le caractère exorbitant du droit commun et profondément dérogatoire au principe de la liberté des conventions qui résulte du système de paie-

---

fédéral relatif à l'exécution de l'additif du 6 juillet 1936 à l'accord concernant le trafic de compensation germano-suisse du 17 avril 1935" du 22 juillet 1936.

[33]) Remarquons qu'à cet égard la question se pose de la même façon en France et en Suisse. Par exemple la convention franco-esthonienne du 26 mars 1932 parle d'acheteurs français et de vendeurs esthoniens.

[34]) Archambault, p. 38—39. Archambault, toutefois, ne semble pas faire de distinction très nette entre le cas de l'étranger domicilié en France et celui de l'étranger domicilé à l'étranger. Elle est pourtant essentielle.

ment institué par l'accord de compensation, lequel ne saurait être imposé aux ressortissants des Etats non signataires de la convention sans porter atteinte aux garanties reconnues à ceux-ci par le droit international." Cette opinion nous paraît ne pas consacrer suffisamment d'importance à la portée „réelle" des dispositions des accords de clearing et au caractère en quelque sorte territorial, si l'on peut dire, de leurs effets.

Est-ce à dire qu'il n'y a pas à tenir compte du domicile des parties! M. Vieli[35]) exprime à ce sujet l'opinion suivante: „Massgebend ist also einzig und allein die Ware und nur diese für die Frage, ob der Clearingvertrag zur Anwendung kommen muss. Die Person des Lieferanten, sein effektives und rechtliches Domizil oder seine Nationalität sind völlig belanglos, wie auch die bezüglichen Eigenschaften des Importeurs." La Cour de cassation du Tribunal fédéral a également considéré que le domicile du vendeur est indifférent quant à l'obligation pour le débiteur de s'acquitter par l'intermédiaire de la Banque nationale[36]). Ce point de vue paraît répondre à une exacte conception du système du clearing et il semble que l'on peut s'y tenir en ce qui concerne les „créances commerciales" tout au moins[37]). En effet il serait par

[35]) Vieili, p. 20. — Niboyet (p. 98) partage le même point de vue en ce qui concerne la France.

[36]) R. O. 60 I p. 168.

[37]) La question se pose, toutefois, de savoir jusqu'à quel point il est valable pour le clearing germano-suisse eu égard aux termes de l'article premier de l'arrêté du Conseil fédéral du 27 juillet 1934 cités dans le texte, si on les interprète littéralement. Il semble, cependant, qu'ici aussi il faut se baser, dans une large mesure, sur le but et l'économie du clearing germano-suisse. Sic: un arrêt de la Cour de cassation du Tribunal fédéral du 10 juillet 1936 qui se base en particulier sur l'article 2 de l'Arrêté du Conseil fédéral du 27 juillet 1934, article soumettant à la procédure de clearing les paiements pour marchandises en transit. Contra: Un jugement du Président du Tribunal V du canton de Berne concernant un cas où le domicile de l'acheteur était en cause („Der Bund" n° 206 du 4 mai 1936).

trop facile d'éluder la procédure de „compensation" en faisant valoir que le créancier n'est pas domicilié dans le pays d'où provient la marchandise et auquel nous lie un accord de clearing. La possibilité de l'interposition d'hommes de paille laisserait la porte ouverte à tous les abus.

Cette solution, toutefois, ne manque pas de conduire à des résultats assez particuliers lorsqu'il n'y a aucun lien de droit entre l'exportateur étranger domicilié dans le pays avec lequel la Suisse a conclu un accord de clearing et le débiteur ayant son domicile en Suisse. La Cour de Cassation du Tribunal fédéral le relève dans le considérant 4 de l'arrêt cité: „Zuzugeben ist nur, dass die Durchführung des Clearings dann, wenn der Gegenkontrahent des schweizerischen Importeurs in einem Drittland wohnt, besondere Schwierigkeiten bieten kann mit Bezug auf die der Notenbank des andern Clearinglandes anzugebende Adresse, an die die Auszahlung des Kaufpreises erfolgen soll. Diese allfälligen Schwierigkeiten vermögen jedoch weder die Befreiung von der Clearingpflicht in den betreffenden Fällen, noch gar die allgemeine Anerkennung des vom Beschuldigten vertretenen Grundsatzes, dass der Wohnsitz des Verkäufers in einem Drittlande ohne weiteres die Anwendung der Clearingbestimmungen ausschliesse, zu rechtfertigen. Es ist Sache des schweizerischen Importeurs, beim Abschluss des Vertrages die Instruktionen des Verkäufers über diesen Punkt einzuholen. Bei Hindernissen der Überweisung von der Notenbank des Ausfuhrlandes an den im Drittland wohnenden Verkäufer selbst wird dieser gewöhnlich dazu kommen, die Adresse seines Auftraggebers (oder Lieferanten) im Ausfuhrlande als Zahlstelle zu bezeichnen oder auch eine Bank dieses Landes, die den Betrag für seine Rechnung einkassieren soll." La somme versée par le débiteur et transférée par voie de clearing à l'Institut d'émission du pays d'où provient la marchandise devra donc être tenue à la disposition du créancier domicilié dans un pays tiers selon les clauses du contrat intervenu entre parties. Sans doute

cette somme sera-t-elle payée au créancier dans la monnaie nationale du pays de l'Institut d'émission opérant le paiement, monnaie qui est prévue par les accords pour les règlements de cet Institut qui n'aura pas ainsi à la convertir dans la monnaie du pays du créancier. Il va sans dire que cette question de monnaie soulève des difficultés en droit civil, difficultés auxquelles nous reviendrons longuement[38]).

Si l'on fait abstraction du domicile du créancier lorsqu'il s'agit de marchandises importées, il semble, en bonne logique, qu'il faut en faire autant pour le paiement des marchandises suisses exportées. Supposons qu'un exportateur domicilié en France achète des montres suisses, qu'il paie immédiatement, et qu'il les livre à un acheteur ayant son domicile en Bulgarie[39]). Celui-ci devra donc s'acquitter de sa dette à l'égard de son créancier français par l'intermédiaire du clearing bulgaro-suisse et l'Office suisse de compensation aura à payer le créancier français en francs suisses. On remarque immédiatement que cette solution n'est pas dans l'intérêt de la Suisse qui aurait avantage à ce que ce paiement ne charge pas le clearing bulgaro-suisse. C'est cependant à elle que l'on aboutit si l'on ne prend absolument pas en considération le domicile du créancier. Si par contre on s'y arrête, le clearing bulgaro-suisse ne sera pas mis à contribution pour ce paiement qui en fait n'intéresse pas notre économie nationale. Il devra être opéré par le débiteur directement en main du créancier français, éventuellement en passant par le clearing franco-bulgare dans la catégorie des „créances pour livraison de marchandises en transit"[40]). Il semble donc qu'il serait indiqué, selon le

---

[38]) Cf. infra p. 232a.

[39]) Nous ne prenons pas en considération, dans notre hypothèse, la question des „certificats de contingentement pour le clearing".

[40]) On sait qu'en matière de clearing la notion de „marchandise en transit" ne correspond pas à celle en vigueur dans le do-

cas, de ne pas ignorer complètement le domicile du créancier. C'est en définitive le but économique des accords de clearing qui doit toujours être déterminant à cet égard.

En ce qui concerne les „créances financières", le domicile du créancier joue naturellement un rôle essentiel. C'est de cet élément — en liaison avec la date de l'acquisition du titre de propriété — que dépend la „nationalité" de la créance.

La question de l'application des accords de clearing intuitu personae est particulièrement délicate lorsqu'il s'agit des personnes juridiques. On sait en effet combien le problème de leur nationalité est controversé et les nombreuses théories auxquelles il a donné naissance[41]). Nous nous garderons bien de le reprendre ici, même seulement brièvement. Remarquons simplement que lorsqu'il s'agit de „créances commerciales", il sera toujours possible de se baser avant tout sur l'opération que constitue l'exécution du contrat pour fixer si le clearing leur est applicable, la compétence en raison de la matière étant alors déterminante en premier lieu, ainsi que nous l'avons vu. Mais que décider lorsqu'on est en présence de „créances financières"? La question se complique singulièrement si elles appartiennent à des sociétés financières ou à des holding companies. Il ne semble pas que l'on puisse se fonder uniquement, dans ce cas, sur le principe du domicile statutaire pour rechercher la nationalité de la société. C'est ainsi que l'on trouve à l'article 3 de

---

maine des douanes. Lorsqu'il s'agit de clearings il n'est pas nécessaire que la marchandise traverse effectivement le pays considéré comme pays de transit. De même les critères d'origine ne sont pas ceux applicables en matière de douanes (cf. l'Arrêté du Conseil fédéral du 28 juin 1935 et l'ordonnance de la Division du commerce du Département fédéral de l'Economie publique de la même date).

[41]) Voir à ce sujet en particulier: Martin-Achard, La nationalité des sociétés anonymes. Publication n° 11 de la Société suisse de droit international (Zurich 1918).

l'„Accord entre la Confédération suisse et le Royaume d'Italie concernant l'application de l'Accord du 3 décembre 1935 aux paiements afférents aux créances financières" du 3 avril 1936 la disposition suivante sous la note capitale „Sociétés financières et holdings": „Les sommes versées à la Banque Nationale Suisse en vertu de l'article 8 chiffre 1 de l'Accord du 3 décembre 1935 devant profiter à l'économie suisse, l'Office suisse de compensation aura la faculté d'examiner dans quelle mesure les sommes que des sociétés financières et sociétés holdings, domiciliées en Suisse, pourraient encaisser par la voie du clearing ne seraient pas destinées à être employées en faveur de l'économie suisse, et de repousser, d'entente avec l'Istituto Nazionale per i Cambi con l'Estero, totalement ou partiellement les prétentions de ces sociétés". Cette disposition n'a guère, évidemment, que la valeur d'un principe et c'est de son application par l'Office de compensation que dépendra la mesure dans laquelle les sociétés financières et holding companies domiciliées en Suisse pourront avoir recours au clearing italo-suisse pour le rapatriement de leurs créances.

Tout en admettant pleinement que l'on ne peut pas considérer sans autre comme „suisses", au point de vue du clearing, toutes les sociétés ayant leur domicile en Suisse — système qui pourrait donner naissance à des abus, en permettant, par exemple, à des créanciers étrangers de rapatrier leurs avoirs en se mettant au bénéfice de nos clearings — nous croyons qu'il y a lieu de ne pas perdre de vue, par ailleurs, le rôle considérable que jouent en particulier les sociétés financières, holding companies, investment trusts, etc. dans notre économie nationale dont ils constituent un élément important[42]). Ces sociétés, même si elles sont financées dans une mesure plus ou moins

---

[42]) Voir à ce sujet: Rosset, „Les holding companies et leur imposition en droit comparé" (Paris et Lausanne 1931) et „Traité théorique et pratique des sociétés financières, holding companies et investment trusts" (Paris et Lausanne 1933).

considérable par des capitaux étrangers, sont sans doute en droit de prétendre à la protection qu'assurent nos institutions aux autres nationaux. Par ailleurs nous pensons utile de rappeler sur quel terrain mouvant on s'aventure dès que l'on abandonne, pour fixer la nationalité d'une personne juridique, le critère du domicile statutaire. Aussi croyons-nous qu'il serait indiqué, autant que possible, de n'exclure du bénéfice des clearings les sociétés financières et autres semblables qu'en cas d'abus[43]).

Chapitre IV.

Les accords de clearing et la formation des obligations contractuelles.

En principe les accords de clearing n'ont pas d'effet direct sur la formation des contrats. Les parties demeurent donc libres d'en fixer les clauses à leur convenance. Cette observation est vraie, en particulier, en ce qui concerne la monnaie du contrat. Remarquons, toutefois, qu'en droit le prix ne doit pas nécessairement être stipulé en monnaie. Or les conventions de clearing paraissent l'exiger. Il va sans dire, par ailleurs, que les parties ne doivent pas convenir de dispositions dont le but serait d'éviter l'application de ces accords d'une façon illicite. Si l'objet lui-même du contrat est d'en éluder les dispositions, sans doute celui-ci serait-il nul en vertu de l'article 20 alinéa premier du code des obligations, pour autant, bien entendu, que la loi suisse lui soit applicable. Dans l'hypothèse où seules certaines clauses du contrat tendent à cet effet, ce sont ces clauses uniquement qui sont frappées de nullité, „à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles", conformément au second alinéa de cet article.[44]).

---

[43]) Cf. Wettstein, Die Nationalität der Aktiengesellschaft und das Clearing („Die Schweizerische Aktiengesellschaft", mars 1936, p. 117 sq.).

[44]) Cf. infra p. 279a.

Il va sans dire que l'application des accords de clearing suppose l'existence d'un contrat valable. Il n'appartient pas aux offices de compensation de trancher ni même de soulever la question de la validité des contrats. S'il y a contestation à ce sujet, seuls les contractants peuvent faire valoir les vices de la convention et demander qu'elle soit déclarée nulle ou annulée. Tout différend à ce propos relève de la compétence exclusive des tribunaux et c'est la loi qui régit le contrat qui sera applicable. Les offices de compensation ne sauraient intervenir dans les litiges entre parties ni en vertu de droits propres qu'ils ne possèdent pas, ni comme mandataire de l'une des parties. Ils demeurent étrangers, à cet égard, aux relations de droit civil entre contractants. Seul le créancier est légitimé à ouvrir action contre son débiteur. En particulier il dispose seul de l'action en résolution ou en nullité.

En raison de la situation précaire de plusieurs clearings, il a fallu souvent limiter les créances pouvant être réglées par voie de „compensation" à celles présentant certaines caractéristiques, plus particulièrement aux créances nées de contrats dont l'exécution porte sur des marchandises remplissant des conditions déterminées[45]). A cet effet on a introduit le système des „certificats de clearing" et des „certificats de contingentement pour le clearing", qui tend à limiter l'exportation de marchandises pouvant être payées par le clearing. Nous ne pensons pas que ces dispositions restrictives puissent avoir un effet quelconque sur la formation même du contrat. Elles concernent uniquement les conditions que doit remplir une créance pour pouvoir bénéficier de la procédure de „compensation". Si ces conditions ne sont pas réalisées, le créancier court

---

[45]) Cf. l'„Arrêté du Conseil fédéral concernant l'admission de créances en marchandises à la compensation des paiements avec l'étranger" du 28 juin 1935 et l'„Ordonnance de la Division du commerce du Département Fédéral de l'économie publique concernant les certificats de clearing dans le règlement des paiements avec l'étranger" du 28 juin 1935.

évidemment le risque de ne pas pouvoir entrer en possession de la somme que lui doit son débiteur étranger. A cet égard les accords de clearing n'ont pas d'effets de droit civil puisque leurs dispositions ne sont précisément pas applicables.

Chapitre V.

Les accords de clearing et l'exécution des obligations contractuelles.

§ 1. En général.

Dans l'intérêt de la clarté de notre exposé, nous considérerons avant tout les effets des accords de clearing sur l'exécution du contrat de vente — celui que visent principalement la majorité des accords de clearing —, nos observations pouvant s'appliquer, mutatis mutandis, à la plupart des autres conventions.

La procédure de „compensation" n'a pas d'effet direct sur l'obligation du vendeur de livrer la chose dans les conditions de conformité, de temps et d'expédition prévues par le contrat. L'acheteur doit accepter la chose vendue si elle lui est offerte dans les conditions stipulées. Lorsque l'une des parties est en demeure pour l'exécution de l'une ou de l'autre de ces obligations, le créancier a la possibilité de l'actionner en dommages-intérêts pour cause de retard ou pour cause d'inexécution, ou, le cas échéant, de se départir du contrat.

Les obligations et les droits des parties en ce qui concerne le paiement du prix sont par contre profondément modifiés par l'effet des accords de clearing. Comme il est naturel en raison du but qu'ils poursuivent, c'est avant tout sur le paiement du prix que ceux-ci ont des répercussions que nous nous efforcerons de préciser.

§ 2. Le paiement du prix.

1. Les modalités de paiement du prix sont modifiées, par les accords de clearing, sous le rapport de la monnaie, du temps et éventuellement du lieu.

Au point de vue monétaire, il faut faire une triple distinction essentielle parmi les accords conclus par la Suisse. Certains de ces accords prévoient que les comptes globaux auprès des deux Banques nationales seront tenus en une seule et même monnaie, le franc suisse[46]). D'autres accords basent ces comptes sur les monnaies nationales des deux pays, c'est-à-dire que le compte tenu par la Banque nationale suisse en faveur de l'Etat étranger l'est en francs suisses et le compte auprès de la Banque nationale étrangère en notre faveur dans la monnaie du dit Etat étranger[47]). Enfin le clearing germano-suisse comporte deux comptes, l'un en francs, l'autre en marcs, auprès de chacun des deux Instituts d'émission. Pour simplifier nous ne baserons pas nos développements sur ce dernier système qui présente des particularités techniques qui pourraient nuire à la clarté de notre exposé si nous les prenions en considération. Au point de vue juridique la situation qu'il comporte n'est que partiellement différente des conditions découlant des autres systèmes; le principe demeure le même.

Les parties, libres, nous l'avons vu, de fixer la monnaie du contrat, ne le sont plus lorsqu'il s'agit de la monnaie du paiement qui leur est imposée par les accords. L'acheteur devra verser le montant de sa dette au compte de clearing dans la monnaie du pays de l'Institut d'émission auprès duquel il opère ce versement et le vendeur sera réglé dans la monnaie du pays de l'Institut d'émission par lequel il est payé. C'est là une conséquence presque inévitable du principe à la base des clearings qui implique la constitution de deux circuits fermés, les exportateurs d'un pays étant payés au moyen des fonds provenant des versements effectués par les importateurs de ce pays.

---

[46]) Par exemple l'accord avec la Turquie du 3 janvier 1935 (article 9) et l'accord avec la Grèce du 13 mars 1933 (article III).

[47]) L'accord avec l'Italie du 3 décembre 1935.

On constate ainsi qu'il faudra procéder à une conversion de la monnaie du contrat dans la monnaie du versement au clearing, quelles que soient les dispositions applicables à la monnaie du paiement aux termes de la convention ou de la loi — nous faisons allusion à la loi normalement applicable au paiement qui peut ne pas être celle applicable au contrat ni même à la monnaie du contrat — toutes les fois que la monnaie du contrat ne sera pas celle prévue par l'accord de clearing pour le versement au compte de „compensation". La question se pose donc de savoir sur quelle base se fera cette conversion et qui du créancier ou du débiteur devra supporter l'agio. Enfin il va sans dire qu'il y a lieu d'examiner l'influence de cette situation sur la validité même des contrats, importante question à laquelle nous reviendrons.[48]).

La monnaie du contrat, nous l'avons vu, n'est pas touchée en principe par les accords de clearing. Les règles de l'autonomie de la volonté des parties continuent donc à lui être applicables. A défaut d'indication précise à ce sujet, il faudra rechercher leur volonté tacite[49]). Quant à la monnaie du paiement, elle relève de la lex loci executionis qui détermine si le paiement doit être fait dans la monnaie du contrat ou s'il peut ou même doit être fait dans une autre monnaie. On sait qu'en droit suisse (art. 84 CO) le débiteur peut s'acquitter en payant à son choix soit dans la monnaie du contrat, soit dans la monnaie du pays, à défaut de clause de „valeur effective". C'est le cours du jour de l'échéance qui est déterminant pour la conversion. Nous croyons utile de rappeler qu'en aucun cas le créancier n'a la faculté de choisir entre le paiement dans la monnaie du contrat ou dans la monnaie du lieu d'exécution (art. 84, al 2 CO)[50]).

Les accords de clearing ont pour effet de modifier la disposition de l'article 84, second alinéa, du code des

---

[48]) Cf. infra p. 276a.
[49]) T. F. 40 II p. 57.
[50]) T. F. 21 p. 446.

obligations en ce sens que pour les dettes qui sont soumises à la procédure de „compensation", le débiteur n'a plus la faculté de choisir, pour s'acquitter, entre la monnaie du contrat et la monnaie loci executionis, obligé qu'il est d'avoir recours à la monnaie du versement au clearing en vertu de dispositions de droit public (dans le cas de l'accord germano-suisse, nous avons vu que le débiteur a encore le choix entre le franc et le marc). Remarquons que cette dérogation au droit commun, déjà très importante pour la Suisse, l'est encore davantage pour certains pays tels que l'Italie dont le système légal normal veut que le débiteur s'exécute toujours dans la monnaie du contrat, qui détermine la monnaie du paiement, à moins que le créancier ne se déclare disposé d'accepter une autre monnaie.

Les accords de clearing déterminent la base sur laquelle doit se faire la conversion de la monnaie du contrat dans la monnaie du versement au clearing. C'est ainsi que nous trouvons à l'article 6 alinéa 2 de l'accord de clearing avec l'Italie du 3 décembre 1935 la disposition suivante: „Les créances et les dettes libellées en d'autres monnaies que le franc suisse et la lire italienne seront converties en francs ou en lires au cours du jour (chèque) à Rome ou à Zurich." Une disposition analogue figure à l'article 4 alinéa 3 de l'accord de clearing avec le Chili du 1er juin 1934 qui dispose: „Les créances libellées en d'autres monnaies que le peso chilien ou le franc suisse seront converties en monnaie nationale, c'est-à-dire en pesos (à 0,315 fr. s.) au Chili par l'intermédiaire de la ‚Banco Central de Chili' et en francs suisses en Suisse par l'intermédiaire de la ‚Banque nationale suisse' sur la base des cours cotés officiellement le jour du versement respectivement à Santiago et à Zürich." L'article 9 de l'accord avec la Turquie du 3 janvier 1935 prévoyant que „tous les versements et paiements au crédit ou par le débit des comptes globaux existant auprès de la Banque nationale suisse, ainsi

qu'auprès de la Banque centrale de la République de Turquie, se feront sur la base du franc suisse", l'article 10 de ce traité dispose uniquement que „les créances libellées en d'autres monnaies que les monnaies nationales des deux pays contractants seront converties en francs suisses, en Turquie et en Suisse, au cours du jour du versement". Signalons enfin l'article IV de l'accord avec la Roumanie du 4 septembre 1935 prescrivant que „les créances et les dettes libellées en d'autres monnaies que le leu ou le franc suisse, seront converties en lei ou en francs suisses, selon que le débiteur sera roumain ou suisse, sur la base du cours du jour, coté à Bucarest ou à Zurich. Les débiteurs ou les créanciers roumains paieront ou recevront en plus les primes conformément au régime mentionné au chiffre 1 ci-devant"[51]). Nous aurons l'occasion de reparler de ce régime des „primes" qui a été institué en Roumanie par le Journal du Conseil des Ministres du 10 juin 1935 (n° 969) et par la décision ministérielle n° 2532 de la même date et dont nous nous contenterons de dire pour le moment qu'il a pour but de parer à la situation résultant de la dévalorisation de fait du leu.

On constate ainsi que sous des formes quelque peu différentes ces divers accords — que nous n'avons d'ailleurs pris qu'à titre d'exemple — prévoient la conversion de la monnaie du contrat dans la monnaie du versement au clearing au cours du jour du versement. Faut-il considérer qu'une disposition semblable est en opposition avec l'article 84 alinéa 2 CO qui prévoit la conversion „au cours du jour de l'échéance" et s'y substitue en quelque sorte, lorsqu'il s'agit de créances soumises au clearing? Il ne le semble pas. En effet, la disposition des accords de compensation qui nous intéresse en ce moment concerne le versement au clearing, alors que l'article 84 alinéa 2 CO

[51]) Le chiffre 1 de l'article IV de l'accord roumano-suisse du 4 septembre 1935 a été modifié par l'accord additionnel du 23 mars 1936. Cf. infra p. 239a.

vise le paiement, c'est-à-dire la tradition au créancier de la somme qui lui est due. Un exemple illustrera la situation. Supposons que le créancier soit domicilié en Suisse, le débiteur en Roumanie et la monnaie du contrat le dollar, la loi applicable au contrat étant la loi suisse et la créance se trouvant soumise au clearing. Alors que la conversion de l'article 84 alinéa 2 CO eut été celle des dollars en francs suisses, la conversion de l'accord est celle des dollars en lei, lesquels à leur tour devront être convertis en francs suisses. Il s'agit donc de deux opérations différentes. Tout en le constatant, on peut se demander comme le fait M. Niboyet[52]) s'il ne serait pas plus conforme à l'équité de prendre en considération le moment où le paiement devait se faire, et non celui où il est fait. Nous croyons pouvoir répondre à cette observation en remarquant que les accords se bornent à prévoir que la conversion se fera au jour du versement, sans préciser quelles seront les conséquences de droit civil de cette opération effectuée à cette date-là. Sensément on ne peut pas leur demander plus. Les accords ne règlent à ce sujet qu'une question de pure technique monétaire ou si l'on préfère de procédure. Tout autre système eut conduit à une ingérence dans le droit civil, ce qu'évitent, à juste titre selon nous, les dispositions qui nous occupent ici.

Les conséquences de droit civil ne nous paraissent pouvoir être envisagées qu'à la fin de l'opération de „compensation". C'est alors qu'intervient ce que l'on pourrait appeler le règlement des comptes. Mais avant d'en arriver là, il faut passer par une seconde conversion, celle de la monnaie du versement au clearing — qui est toujours la monnaie du pays de la Banque d'émission auprès de laquelle le versement est opéré, ainsi que nous l'avons vu, sauf dans le clearing germano-suisse où ce peut être, de part et d'autre, le franc et le marc — dans la monnaie du paiement au créancier, qui est toujours la

---

[52]) Niboyet, p. 94.

monnaie du pays de la Banque d'émission effectuant le paiement. Par conséquent, après avoir examiné la conversion de la monnaie du contrat dans la monnaie du versement au clearing, il convient d'étudier la conversion de cette monnaie dans la monnaie du paiement par le clearing.

Nous touchons ici l'un des points les plus délicats des accords de clearing et sans doute n'est-il pas exagéré de dire que le succès de l'application de ces accords dépend pour une bonne part de la solution donnée à ce problème. A cet égard la Suisse a fait des expériences pleines d'enseignements; nous avons appris — ainsi que d'autres pays d'ailleurs — qu'un taux de change conventionnel éloigné de la réalité compromet sérieusement la bonne marche des clearings.

Nos premiers accords de clearing prévoyaient que la conversion se ferait sur la base de la parité monétaire légale. On trouvera dans l'étude de M. Jaccard[53]) une énumération des divers inconvénients de ce système dont le plus évident réside dans l'écart entre le taux conventionnel et le cours effectif de la monnaie dépréciée, écart qui a pour effet de favoriser les débiteurs du pays ayant cette monnaie au détriment des créanciers du pays dont la monnaie est saine, c'est-à-dire dont la valeur réelle correspond à la valeur nominale.

Aussi en est-on arrivé assez rapidement à prendre pour base de la conversion le cours effectif. C'est ainsi par exemple que l'article VIII alinéa 2 de l'accord avec la Turquie du 29 décembre 1933 prévoit que „la conversion des livres turques en francs suisses ou des francs suisses en livres turques, s'effectuera d'après la cote officielle de la Banque Centrale de la République de Turquie au jour du versement"[54]). L'article 6 alinéa 1 de l'accord avec l'Italie du 3 décembre 1935 dispose que „les versements

[53]) Jaccard, p. 53.

[54]) Cette disposition a été reprise à l'article 9 de l'accord du 3 janvier 1935.

et les paiements auront lieu sur la base des cours de change qui seront établis, d'un commun accord, entre la Banque Nationale Suisse et l'Istituto Nazionale per i Cambi con l'Estero". Sans vouloir entrer dans les détails de la fixation de ce cours nous observerons qu'il a pour base le cours réel. L'accord avec le Chili du 29 mai 1934 prévoit deux cours différents, d'une part un change fixe de 1 peso chilien = 0,315 franc suisse pour les „créances arriérées" et pour les créances des vendeurs de nitrate chilien et d'autre part le „cours du jour pour devises d'exportation" lorsqu'il s'agit du règlement de créanciers domiciliés en Suisse ayant livré des marchandises à des acheteurs dont le domicile est au Chili. Dans le clearing avec la Yougoslavie, aux termes de l'article IIa de l'accord additionnel du 2 novembre 1932, „le franc suisse est la monnaie qui fait règle pour tous versements effectués auprès de la Banque Nationale Suisse et de la Banque Nationale du Royaume de Yougoslavie, de même que pour tous paiements opérés par chacun de ces deux établissements". L'article IIa dispose également que „les versements à la Banque Nationale de Yougoslavie, de même que les paiements effectués par celle-ci, auront lieu en dinars selon le cours du franc suisse à la cote officielle de la Banque Nationale du Royaume de Yougoslavie au jour de l'opération". L'article III de l'accord avec la Grèce du 13 mars 1933 parle de „cours moyen du franc suisse à la cote officielle de la Banque de Grèce". Signalons enfin l'article I de l'accord additionnel avec la Roumanie du 23 mars 1936 modifiant comme suit l'alinéa 1 de l'article IV de l'accord du 4 septembre 1935: „Les paiements et les versements à la Banque Nationale de Roumanie de même que les paiements et les versements à la Banque Nationale Suisse auront lieu en lei, respectivement en francs suisses. La conversion se fera sur la base du cours officiel. Les débiteurs roumains devront payer, toutefois, en dehors de la contre-valeur de leurs dettes calculées au cours officiel, la prime fixée par le régime en vigueur

en Roumanie. De même l'exportateur roumain recevra, en plus de la contre-valeur au cours officiel de sa créance, la prime fixée par le régime en vigueur en Roumanie." Cette „prime" — dont le régime a d'ailleurs varié depuis son institution en juin 1935 — a pour but de compenser, aussi bien pour l'importateur que pour l'exportateur roumain, la différence entre la valeur nominale et la valeur réelle du leu. La question de son paiement a soulevé de sérieuses difficultés lors des négociations ayant conduit à la conclusion des accords de clearing avec la Roumanie. Il en fut ainsi, singulièrement, en ce qui concerne la prétention de ce pays d'appliquer le régime instituant cette prime avec effet rétroactif, c'est-à-dire d'y soumettre également les versements opérés avant le 10 juin 1935, date de son entrée en vigueur. On adopta finalement un modus vivendi qui à différents égards, en particulier au point de vue juridique, ne donne pas toute satisfaction, mais qui tient compte de la nécessité économique de maintenir les relations commerciales entre les deux pays.

Comme lorsqu'il s'agit de la conversion de la monnaie du contrat dans la monnaie du versement au clearing, la question de savoir quel est le moment déterminant pour la conversion de l'une des monnaies du clearing dans l'autre se pose également. Certains accords — celui avec la Turquie par exemple — le disent expressément: la conversion s'effectue au cours du jour du versement. Lorsque les comptes tenus par les deux Instituts d'émission le sont dans la monnaie nationale de chacun de ceux-ci, il faudra éventuellement deux conversions, une première conversion lors du versement et une seconde conversion lors du paiement dont la date peut en être très éloignée. Si par exemple un Italien doit des lires à un Suisse, il n'y aura qu'une conversion des lires en francs; si par contre il lui doit des francs suisses, il y aura une première conversion des francs suisses en lires lors du versement à la Banca d'Italia, en sa qualité de caissier de l'Isti-

tuto Nazionale per i Cambi con l'Estero, lequel en créditera le compte global, libellé en lires, de la Banque Nationale Suisse, et une seconde conversion des lires en francs suisses lors du paiement au créancier suisse opéré par la Banque nationale suisse. Le cours du change prévu par l'article 6 alinéa 1 de l'accord est valable pour chacune de ces opérations.

On constate ainsi que le moment déterminant pour la conversion de l'une des monnaies du clearing dans l'autre n'est pas celui de l'échéance de la dette. Ici encore il s'agit d'une opération monétaire qui n'a pas le caractère d'un acte de droit civil. Cette conversion et la date déterminante pour elle résultent de la structure même du système du clearing. Il ne s'agit pas d'une conversion analogue à celle de l'article 84 alinéa 2 CO, qui est de droit civil et dispositif. La conversion des accords de clearing est de droit public et impératif. Elle ne concerne d'ailleurs que les opérations de „compensation" et ne touche pas aux droits et obligations des parties. Il n'en demeure pas moins que la procédure de „compensation" a pour effet de priver le débiteur de l'option de paiement de l'article 84 alinéa 2 CO. Est-ce à dire que le quantum de son obligation en sera modifié? C'est la délicate question que nous allons examiner. Elle se ramène au problème de la libération du débiteur dans le système des accords de clearing.

2. Le versement opéré par le débiteur au clearing a-t-il pour effet de le libérer? En d'autres termes le débiteur qui a effectué ce versement doit-il être considéré comme ayant exécuté son obligation de paiement? Les premiers accords conclus par la Suisse étaient muets à cet égard et force était de rechercher une solution à cette question par voie d'interprétation de la volonté des parties et en appliquant à ce problème les principes généraux du droit.

Les auteurs français, en général, considèrent que le versement du débiteur — à défaut de disposition contraire de l'accord — a pour effet de le libérer.

Pour M. Niboyet[55]) „si le paiement est intervenu en conformité des dispositions du contrat de vente et que celles-ci, supposons-le, soient conformes à l'accord de compensation, ce paiement produira l'effet que la loi applicable au contrat lui attache. Le débiteur sera certainement libéré, au moins si le contrat est régi par la loi française". M. Archambault[56]) déclare que „l'acquéreur sera valablement libéré vis-à-vis de son vendeur par le versement à l'office de la contrepartie du prix convenu". M. Jolly[57]) considérant que „ce sont les Etats contractants qui, d'un commun accord, ont décidé que les paiements des importateurs s'effectueraient obligatoirement aux organismes centralisateurs désignés par les conventions" et se basant sur les conséquences que ne manquerait pas d'avoir selon lui la non-libération du débiteur, estime que „le versement de l'importateur à l'organisme de compensation est libératoire". Il est en outre renforcé dans cette opinion par un argument a contrario qui mérite d'être relevé. L'article 1er, alinéa 3 de l'accord franco-autrichien du 16 avril 1932 contenait la disposition suivante: „Ce versement n'aura un caractère libératoire qu'au moment où le créancier français aura reçu le montant en francs de sa créance." M. Jolly déduit de cette disposition qu'„en droit commun le versement est libératoire puisque l'on avait éprouvé le besoin de formuler ce qui paraissait bien être une exception". M. Lachaze[58]), qui parle de „l'extinction, sur la base des conventions internationales, de l'obligation de l'importateur français (et réciproquement) par le versement à un office de la contre-valeur du prix stipulé au contrat", paraît partager la même opinion,

---

[55]) Niboyet, p. 104.
[56]) Archambault, p. 66.
[57]) Jolly, p. 79.
[58]) Lachaze, p. 29 et 82.

tout en demandant que l'accord précise „le moment juridique de la libération du débiteur".

En Suisse MM. Vieli[59]) et Jaccard[60]) font valoir de bons arguments en faveur de l'opinion contraire. Nous considérons également, de notre côté, que le versement du débiteur au clearing ne produit pas d'effet libératoire en sa faveur. En effet ce versement n'est pas un paiement. En l'effectuant, le débiteur n'exécute pas l'obligation de droit civil que lui impose la convention des parties; il ne fait que se conformer à une obligation de droit public qui a son origine dans le texte même de la loi. Il semble que ce soit également là l'opinion de la Cour de cassation du Tribunal fédéral: „Und dass der Zahlung an die schweizerische Nationalbank befreiende Wirkung zukomme, d. h. dass sie als Tilgung zu gelten hätte, kommt gar nicht in Frage, selbst wenn der Verkäufer im andern Vertragslande wohnt; es kann somit auch nicht davon die Rede sein, dass irgendwer gezwungen werden sollte, die Einzahlung an die Clearingstelle bereits als Tilgung anzuerkennen. Vielmehr ist die Einzahlung an die Notenbank nur die Voraussetzung zu der von dieser an die Notenbank des andern Landes zu gebenden Zahlungsanweisung, deren Ausführung dann noch vom Bestande des dortigen Sammelkontos abhängt"[61]).

Quand bien même cette opinion paraît solidement fondée en droit, on a cru devoir prévoir expressément, dans les derniers accords signés par la Suisse, que l'obligation du débiteur ne s'éteint pas par le versement au clearing, eu égard aux expériences que l'on avait faites en particulier lors de l'application de l'accord austro-suisse du 12 novembre 1931; sous le régime de cet accord, on avait prétendu, du côté autrichien, que les versements effectués à la Banque Nationale d'Autriche avaient effet libératoire. C'est ainsi que l'on trouve, par exemple, à

[59]) Vieli, p. 27.
[60]) Jaccard, p. 49.
[61]) R. O. 60 I p. 173.

l'article 5 alinéa 2 de l'accord italo-suisse du 3 décembre 1935 la disposition suivante: „Le débiteur n'est libéré de sa dette par le versement du montant de celle-ci auprès de la Banque Nationale Suisse ou de l'Istituto Nazionale per i Cambi con l'Estero que lorsque le créancier a reçu effectivement le montant intégral de sa créance." Peut-on conclure a contrario de l'absence d'une disposition semblable dans un accord de clearing — l'accord de clearing entre la Suisse et la Turquie du 3 janvier 1935 ne contient aucune clause analogue — que le versement du débiteur a pour effet de le libérer? Il ne le semble pas. La nature juridique de l'opération, croyons-nous, s'y oppose. Le fait que certains accords précisent la portée de ce versement en droit civil ne veut pas dire que celle-ci soit différente en l'absence de cette précision. En ce qui concerne la Turquie, cependant, il est intéressant de constater que la Banque Centrale de ce pays considère que le débiteur turc a exécuté son obligation de paiement par le versement effectué en ses mains. La Banque centrale de Turquie prend donc la place du débiteur primitif. Il ne semble pas, toutefois, qu'il y ait novation par substitution de débiteur. Sans doute faut-il admettre, en effet, que l'identité de l'obligation n'est pas modifiée par cette substitution. Cette manière de faire simplifie peut-être certains des problèmes que posent les clearings; nous estimons, cependant, qu'elle n'est pas conforme aux principes à la base de la procédure de „compensation" qui se caractérise comme une institution de droit public dont les effets ne s'étendent qu'aux modalités du paiement. Elle rappelle, jusqu'à un certain point, la „compensation" instituée par les traités de paix[62]); les gouvernements s'étaient alors déclarés responsables des dettes de leurs ressortissants.

---

[62]) Voir en particulier l'article 296 du Traité de Versailles et la loi française du 10 mars 1920. On trouve l'exposé de l'organisation de la „compensation" instituée par les traités de paix dans le „Répertoire de droit international" par de Solère.

Les dispositions des accords précisant que le débiteur n'est libéré de sa dette qu'au moment où le créancier a reçu effectivement le montant total de sa créance sont-elles de droit impératif? En ce qui nous concerne, nous ne pensons pas qu'il faille leur attribuer un caractère d'ordre public. Leur but est de mettre les droits du créancier à l'abri de toute équivoque au sujet des effets de droit civil de la procédure de „compensation". Si donc le créancier, en faveur duquel ces dispositions ont été insérées dans les conventions, se déclare d'accord de considérer que le versement au clearing vaut paiement, il ne semble pas qu'il y ait lieu de s'y opposer. Sans doute faut-il appliquer à ce problème les règles de l'autonomie de la volonté des parties. Ainsi le créancier serait libre d'assumer le risque de change en déclarant accepter comme paiement le versement du débiteur au clearing. Cette assimilation, toutefois, ne se présumera pas; elle devra résulter d'une disposition expresse de l'accord des parties.

Le versement au clearing, à défaut de convention contraire, n'éteignant pas l'obligation du débiteur, il convient de se demander quel est son effet en droit civil. Le créancier pourra-t-il exiger de son débiteur l'exécution de son obligation — c'est-à-dire le paiement — par les voies de droit à sa disposition, nonobstant ce versement? Si l'on répondait affirmativement à cette question, il en résulterait de toute évidence une situation intenable. Nous croyons que le débiteur pourrait opposer ce versement au créancier qui l'actionnerait en paiement. Sans doute ne pourrait-il pas prétendre avoir exécuté son obligation de paiement, mais par contre il pourrait faire valoir victorieusement le moyen tiré des dispositions légales de droit public qui l'ont obligé à opérer ce versement dans les seules mains de l'Institut d'émission de son pays, pour paralyser l'action du créancier. Cette action ne serait donc pas éteinte par le versement du débiteur, mais simplement suspendue.

Il convient de préciser ce qu'il faut entendre par „libération du débiteur" au sens des dispositions des accords de „compensation" prévoyant que le versement au clearing n'a pas d'effet libératoire. Nous savons en effet qu'en droit suisse le débiteur en retard a le choix entre deux prestations de valeur différente, aux termes de l'article 84 alinéa 2 CO, en cas de variations de cours de la monnaie entre le moment de l'échéance et celui du paiement. Or nous avons vu que la procédure de „compensation" a pour conséquence de priver le débiteur de son droit d'option, en lui imposant la monnaie du versement au clearing. Le débiteur sera donc libéré, lorsque ayant opéré un versement dans cette monnaie, le créancier aura été payé, c'est-à-dire qu'il aura reçu la valeur fixée par les parties à la prestation du débiteur, valeur indiquée par la monnaie du contrat. Le clearing a toutefois presque toujours pour effet, ainsi que nous l'avons relevé, de retarder le paiement qui est souvent opéré plusieurs mois après le versement du débiteur. La question se pose donc de savoir si le créancier serait légitimé à demander au débiteur des dommages-intérêts en se basant sur l'article 106 CO. — qui constitue en quelque sorte le correctif du système de libération de l'article 84 alinéa 2 CO — au cas où il n'aurait pas reçu à l'échéance la valeur exprimée par la monnaie du contrat. Sans doute sera-t-il facile au débiteur de prouver „qu'aucune faute ne lui est imputable" pour être dispensé de réparer le dommage éventuellement éprouvé par le créancier.

Toutefois le fait que le débiteur n'est libéré de sa dette que „lorsque le créancier a reçu effectivement le montant intégral de sa créance" a pour conséquence que dans l'hypothèse d'une baisse du cours du change entre le moment du versement au clearing et celui du paiement au créancier il devra faire un nouveau versement, de manière à parfaire le premier. Il n'est même pas certain qu'il ne devra pas opérer à cet effet un deuxième et peut-être même un troisième versement complémentaire. On

constate que les risques de change sont donc toujours supportés par le débiteur. Ainsi en principe le créancier ne subira jamais de dommage à la suite d'une variation dans le cours du change entre le moment du versement au clearing et celui du paiement; il va sans dire qu'en fait il peut en être autrement si le débiteur se refuse à faire un versement complémentaire. Le cas le plus important dans lequel il aurait pu éventuellement demander des dommages-intérêts au débiteur sur la base de l'article 106 CO ne se réalisera donc pas.

On peut également se demander si le débiteur doit être considéré comme étant en demeure et s'il doit des intérêts moratoires au créancier qui n'est pas payé à l'échéance, alors même qu'il a versé au clearing le montant de sa dette à ce moment-là. Nous ne pensons pas, quant à nous, que la situation de ce débiteur puisse être assimilée à la demeure. En effet si le créancier n'est pas payé à l'échéance, le débiteur n'en est pas responsable. La cause de ce retard réside dans les dispositions légales de droit public régissant les transferts entre les deux pays, dispositions qui constituent à proprement parler le fait du prince. Le créancier qui ne sera pas payé à l'échéance subira donc un dommage dont il ne pourra pas demander la réparation au débiteur. Aura-t-il tout au moins la possibilité de se retourner contre l'Etat? En tous les cas il ne pourrait s'adresser qu'à l'Etat étranger dont les dispositions légales en matière de devises — qui sont à l'origine des accords de compensation — constituent la véritable cause de l'impossibilité où se trouve le débiteur de s'exécuter à l'échéance. Il n'y a cependant guère de doute que l'Etat étranger répondrait à cette demande en invoquant sa souveraineté nationale et le caractère d'ordre public des dispositions qu'il a promulgées[63]). Remarquons encore à propos de cette question — qu'il ne nous appar-

[63]) Nous rappelons que nous avons laissé entendre, dans nos „Observations générales", que la plupart de ces dispositions paraissent contraires au droit international.

tient d'ailleurs pas d'approfondir ici — que les accords conclus par la Suisse contiennent une clause aux termes de laquelle les comptes globaux ouverts auprès des deux Instituts d'émission ne sont pas productifs d'intérêts.

Pour nous résumer, nous constatons donc que sous le régime des accords de clearing le créancier non payé à l'échéance ne peut réclamer ni des intérêts moratoires, ni des dommages-intérêts lorsque le débiteur a versé à l'Institut d'émission le montant de sa dette au terme convenu, mais que par contre les risques de change sont à la charge exclusive du débiteur. On peut penser que l'un compense l'autre dans une certaine mesure.

Nous avons toujours supposé jusqu'ici que le débiteur versait au clearing le montant de sa dette à l'échéance. Il va sans dire que dans le cas contraire — dans l'hypothèse où le droit suisse est applicable au contrat — le créancier pourra réclamer au débiteur en demeure des intérêts moratoires et le cas échéant des dommages-intérêts s'il établit la réalité de la perte qu'il prétend avoir subie, par exemple si le cours du change a baissé entre le moment de l'échéance et le jour du versement au clearing. A cet égard les traités de compensation ne modifient pas les droits et obligations des parties.

Plusieurs accords signés par la Suisse contiennent la précision suivante: „La Banque Nationale Suisse et la Banque Centrale de la République de Turquie s'engagent à accepter tout paiement conforme aux clauses du présent accord; elles ne pourront en aucun cas subordonner leur acceptation à des conditions qui n'y sont pas expressément mentionnées"[64]). Il convient toutefois de relever une disposition particulière que l'on trouve à l'article III de l'accord additionnel avec la Roumanie du 23 mars 1936: „Les versements à effectuer à la Banque Nationale de Roumanie ne seront reçus en compte clearing, à partir de la mise en vigueur du présent accord additionnel, que

[64]) Article 4, al. 1 de l'accord avec la Turquie du 3 janvier 1935.

dans la limite des disponibilités au compte clearing ouvert à la Banque nationale suisse conformément à l'accord du 4 septembre 1935. Faute de disponibilités au compte clearing prévu ci-dessus, les versements en lei pourront être effectués à la Banque Nationale de Roumanie dans un compte dépôt en lei." Il résulte de cette disposition que le débiteur roumain ne peut pas opérer de versement au compte de clearing à l'échéance de sa dette, si l'état du compte ouvert à la Banque Nationale Suisse en faveur de la Banque Nationale de Roumanie ne permet pas de payer le créancier; il en est empêché par un fait indépendant de sa volonté et en application des dispositions de l'accord lui-même. Tout ce qu'il peut faire, dans ce cas, c'est de verser le montant de sa dette à la Banque Nationale de Roumanie dans un compte „dépôt" en lei. Quel sera l'effet de ce versement en droit civil? Quant à nous, nous serions portés à l'assimiler, à cet égard, au versement au compte du clearing. Nous considérons donc qu'il ne constitue pas un paiement mais qu'il a pour effet de paralyser l'action éventuelle du créancier. Ce versement s'oppose sans doute à ce que le débiteur qui l'a effectué à l'échéance puisse être mis en demeure. La question du risque de change, des intérêts moratoires et des dommages-intérêts nous paraît devoir également être tranchée dans le sens que nous avons indiqué lorsque nous avons considéré le versement du débiteur au compte du clearing.

Le débiteur peut-il opérer un versement au clearing avant que sa dette arrive à échéance? A défaut de clauses expresses des accords il semble que cette question doive être jugée uniquement en regard des dispositions de droit civil applicables au contrat (éventuellement art. 81 CO) et de la convention des parties. Il va sans dire que le bénéficiaire de ce versement occupera ainsi un meilleur rang dans l'ordre chronologique des paiements aux créanciers puisque celui-ci dépend de l'ordre des versements des débiteurs. Mais il n'en demeure pas moins que la question est essentiellement de droit civil. Il suffirait

d'ailleurs que les parties se mettent d'accord d'avancer l'échéance pour que l'on ne puisse plus parler de versement anticipé. De même que les parties peuvent s'entendre pour ne pas exécuter leurs obligations ou pour en reporter l'exécution à une date ultérieure indéterminée[65]) — à moins qu'elles n'agissent manifestement dans le but d'éviter la procédure de „compensation" — de même peuvent-elles sans doute avancer l'échéance.

Certains accords, cependant, laisseraient supposer que les versements opérés avant l'échéance ne sont en principe pas autorisés. Nous faisons allusion à l'article II, chiffre 4 de l'accord avec la Hongrie du 9 mars 1935 qui dispose que „les deux banques d'émission accepteront dans des cas exceptionnels des paiements anticipés . . .". Il semble qu'il faut entendre par „paiements anticipés" des paiements effectués avant la livraison de la marchandise, et non pas avant l'échéance[66]).

A propos de la date du versement, nous croyons intéressant de rappeler ici l'article V alinéa 1 de l'accord avec la Turquie du 29 décembre 1933 qui disposait: „Le paiement des articles de consommation devra s'effectuer auprès de la Banque Centrale de la République de Turquie dans un délai de trois mois au plus tard après le dédouanement de la marchandise." M. Vieli[67]) indique à ce sujet que lors des négociations avec la Turquie, les représentants de la Suisse se sont opposés à l'adoption de cette disposition parce qu'elle constitue une intervention dans les relations contractuelles entre créancier et débiteur. Les délégués turcs ont cependant déclaré que la Turquie pouvait la promulguer sur la base de sa législation interne. Pour M. Vieli elle n'est applicable qu'au débiteur turc, sa validité étant fondée, selon lui, non pas sur le traité de clearing, mais sur la législation turque interne.

---

[65]) Cf. T. F. 60 II p. 175.

[66]) Cf. article premier, chiffre 5 de l'accord avec la Bulgarie du 11 juillet 1936.

[67]) Vieli, p. 19.

Il en conclut qu'un exportateur suisse peut néanmoins convenir avec son débiteur turc de délais de paiement plus longs, sans se mettre en contradiction avec les dispositions de l'accord. Cette disposition constitue évidemment une intervention particulièrement profonde dans les relations contractuelles entre parties et à ce titre on ne peut que la déplorer. Elle se distingue à cet égard des autres effets des accords de clearing dans le domaine du droit civil. Ceux-ci concernent avant tout les modalités du paiement alors que l'article en question a trait à l'échéance elle-même. Si l'on adopte le point de vue de M. Vieli, le débiteur turc se trouvera, le cas échéant, dans la situation ou bien de ne pas se conformer à la convention des parties, ou bien d'enfreindre les dispositions de l'accord lui imposant l'obligation de verser au clearing le montant de sa dette dans un délai de trois mois[68]) à compter du dédouanement de la marchandise. Or cette disposition étant sans doute considérée par la Turquie comme d'ordre public, il est très probable qu'elle en exigera l'observation. Nous avons déjà relevé que selon nous il paraît difficile d'admettre que les mesures exceptionnelles ayant pour résultat de modifier légalement les conditions d'exécution des engagements privés contractés envers des étrangers sont opposables à ces derniers. Par conséquent la validité d'une telle disposition de la législation turque interne nous paraîtrait pour le moins contestable en droit international. Faut-il considérer que le fait de son insertion dans un traité a pour effet d'en modifier le caractère illicite? Si l'on considère la genèse de l'accord et les objections présentées par les négociateurs suisses, on ne semble pas pouvoir assimiler cette insertion à une reconnaissance de la légitimité de la disposition dont le caractère licite n'a pas cessé d'être contesté.

Cette disposition de l'accord avec la Turquie ne concerne sans doute que les débiteurs domiciliés dans ce pays.

[68]) Ce délai a été porté par la suite à six mois. C'est celui qui est prévu par l'article 5, alinéa 1 de l'accord du 3 janvier 1935.

Mais il est possible que la loi applicable au contrat soit néanmoins la loi suisse. Le débiteur pourra-t-il alors s'en prévaloir pour ne pas se conformer à cette clause du traité de compensation?

Autant de problèmes qui se posent et qui indiquent combien l'attitude de la délégation suisse était justifiée. D'ailleurs en fait l'application de l'article 5 de l'accord avec la Turquie du 29 décembre 1933 ne manqua pas de susciter des difficultés, d'autant plus que les accords germano-turc et franco-turc prévoyaient des délais de versement de six mois. Aussi à la suite des interventions du Département fédéral de l'économie publique et de la Légation suisse en Turquie, a-t-on obtenu que le même délai soit admis pour les débiteurs turcs de créanciers suisses. L'article 5 alinéa 1 de l'accord du 3 janvier 1935 prévoit expressément un délai de six mois.

Le versement du débiteur ne constituant pas un paiement, selon nous, il en résulte en particulier qu'il est révocable. Le débiteur pourra donc en réclamer la restitution à l'Institut d'émission en main duquel il l'a opéré. La question se pose de savoir jusqu'à quel moment il possède cette faculté. En bonne logique, il faudrait admettre, semble-t-il, qu'il en dispose tant et aussi longtemps que le créancier n'a pas été payé par l'Office de compensation de l'autre pays contractant. En effet c'est à ce moment là seulement que l'obligation du débiteur est éteinte. Il va sans dire que si le débiteur révoque son versement, ce sera sous toutes suites de droit à l'égard du créancier. Les offices ne peuvent pas intervenir dans cette question qui relève uniquement du droit civil.

L'opinion a été émise que le débiteur pourrait demander à l'Institut d'émission la restitution de son versement jusqu'au moment où le créancier en est „avisé"; dès lors le versement serait irrévocable. Cette conception paraît reposer sur une théorie du clearing qui tendrait à en faire une variété du contrat d'assignation dans lequel, comme on le sait, l'assignant peut révoquer l'assignation

à l'égard de l'assigné tant que celui-ci n'a pas notifié son acceptation à l'assignataire (art. 470 al. 2 CO). Avec M. Jaccard[69]) nous ne pouvons pas nous rallier à ce système pour la raison déjà relevée que les relations entre les parties à la convention et les Instituts d'émission, respectivement les offices de compensation ne sont pas de nature contractuelle. Au surplus nous ne sommes pas sur le terrain du droit civil, mais bien du droit public. Un rapprochement avec le contrat d'assignation ne semble donc guère résister à l'examen. Cela ne veut d'ailleurs pas dire que le critère de l'„avis" au créancier ne puisse pas se justifier au point de vue du clearing. Mais alors il faut en rechercher la base dans le texte et l'interprétation des accords de clearing eux-mêmes ou des arrêtés promulgués en relation avec eux, pour autant que l'on puisse l'y trouver, et non pas dans des dispositions légales de droit civil, ni même dans un rapprochement avec elles.

3. Quel sera l'effet d'un paiement opéré par le débiteur en dehors du clearing? Nous ne faisons pas allusion aux sanctions pénales de cette infraction aux dispositions en matière de „compensation", sanctions qui sont précisées entre autre dans les arrêtés du Conseil fédéral du 14 janvier 1932 et du 27 juillet 1934, complétés par l'arrêté du 11 septembre 1934. Nous voulons parler des conséquences de droit civil de cette infraction. M. Jaccard[70]) conclut „à la validité des paiements opérés en fraude des accords de compensation et à l'absence de toute sanction civile en cette matière".

L'arrêté du Conseil fédéral du 14 janvier 1932 ne contient aucune indication positive à ce sujet. Par contre l'arrêté du Conseil fédéral relatif à l'exécution de l'accord pour la compensation des paiements germano-suisses du 26 juillet 1934, avec annexes, du 27 juillet 1934, que l'arrêté du Conseil fédéral du 28 juin 1935 a déclaré appli-

[69]) Jaccard, p. 40.
[70]) Jaccard, p. 59.

cable à l'accord du 17 avril 1935, contient à son article 4 alinéa 1 la disposition suivante: „Les paiements qui, contrairement aux prescriptions du présent arrêté, sont effectués à des créanciers allemands, c'est-à-dire à des créanciers domiciliés en Allemagne, ne libèrent pas le débiteur de l'obligation d'opérer les paiements à la Banque nationale." Au point de vue de la loi du clearing, la portée de cette disposition ne paraît pas douteuse. Le débiteur domicilié en Suisse qui a exécuté son obligation de paiement en fraude de cette loi, demeure tenu d'effectuer en main de la Banque nationale les versements qu'il aurait dû y opérer conformément à l'accord et aux dispositions d'exécution[71]).

Peut-on admettre que la Banque nationale, respectivement l'Office suisse de compensation, possède la légitimation active lui permettant, en cas de paiement en dehors de la procédure de „compensation", d'actionner le débiteur en versement au clearing en tant que mandataire ou gérant d'affaires de la masse des créanciers qui attendent d'être payés sur les sommes versées par les importateurs suisses? L'Office suisse de compensation ne possède aucun droit propre contre le débiteur et par ailleurs il n'est ni le mandataire ni le gérant d'affaires de la masse des créanciers dans l'expectative d'un paiement; nous avons déjà vu qu'aucun lien contractuel n'unit l'Office aux créanciers[72]). L'Office de compensation ne pourra donc que déférer les infractions aux autorités cantonales qui sont chargées de les poursuivre et de les juger aux termes de l'article 12 de l'arrêté du Conseil fédéral du 27 juillet 1934. Est-ce à dire qu'il ne pourra

---

[71]) Sic: un arrêt de la Cour de cassation du Tribunal fédéral du 10 juillet 1936 („Der Bund" du 24 juillet 1936).

[72]) On pourrait être tenté de faire appel, dans ce cas, à la notion du „trustee" du droit anglo-saxon. L'Office de compensation pourrait être alors considéré comme le „trustee" de la masse des créanciers. Mais notre droit ne connaît pas l'institution du „trust".

pas intervenir aux procès qu'il a provoqués et y demander, en particulier, que le débiteur récalcitrant soit condamné à verser le montant de sa dette à la Banque nationale? Pour répondre à cette question, nous croyons qu'il convient d'envisager l'article 2 des statuts de l'Office; il dispose: „L'office de compensation a pour but d'assurer le règlement des paiements par voie de ‚clearing' dans l'intérêt de l'économie suisse, conformément aux accords de ‚clearing' et de compensation conclus avec l'étranger et aux prescriptions édictées par le Conseil fédéral." Ne peut-on pas admettre que cette disposition légitime l'Office de compensation à intervenir aux procès en matière d'infractions à la loi du clearing aux côtés du représentant du parquet cantonal, et même lui en fait une obligation qui lui est imposée par son objet social!

Quelle que soit la solution que l'on donne à cette question de légitimation active, assurément délicate, qui sort d'ailleurs quelque peu du cadre de notre travail — raison pour laquelle nous n'en pousserons pas plus loin l'examen — l'article 4 de l'Arrêté du Conseil fédéral du 27 juillet 1934 ne concerne que l'obligation de versement au clearing. Il n'a évidemment pas pour but de toucher en quoi que ce soit les relations de débiteur à créancier telles qu'elles résultent du contrat et de son exécution. Nous estimons donc que le débiteur qui a payé directement son créancier s'est valablement libéré. Il s'agit d'une question relevant exclusivement du droit civil sur laquelle l'article 4 de l'Arrêté du Conseil fédéral ne peut pas avoir d'influence, en raison même aussi bien de ses termes que de son but. Il ne prévoit pas la nullité du paiement direct. Sans doute est-il intéressant de le rapprocher du texte d'une note de la Banque Nationale suisse du 15 décembre 1931 relative au commerce des marchandises entre la Suisse et l'Autriche et mettant les intéressés en garde que „tout autre mode de paiement expose le débiteur suisse au risque d'avoir à payer deux fois son créancier

autrichien". La portée de cette note en droit civil[73]) n'était sans doute pas très différente de celle de l'article 4 de l'Arrêté du Conseil fédéral du 27 juillet 1934, quand bien même les termes employés en divergent considérablement.

Mais alors qu'adviendra-t-il de cette somme versée au clearing en faveur d'un créancier qui a déjà été désintéressé et qui ainsi n'est plus créancier lors du versement? Sans doute lui sera-t-elle néanmoins remise, alors même qu'il ne possède plus de créance.[74]) Si le débiteur n'obtient pas la restitution de cette somme par voie amiable, il devra l'actionner en se basant sur son enrichissement illégitime. Il est certain, en effet, qu'au point de vue du droit civil, il y a enrichissement illégitime. Pour autant que la loi suisse est applicable, nous ne pensons pas que la répétition soit exclue en vertu de l'article 66 CO. En effet, on ne peut pas considérer que le paiement ait été effectué dans un but illicite; c'est le moyen par lequel il a été opéré qui est illicite. D'ailleurs ce n'est pas la somme donnée en paiement qui fera l'objet de l'action en répétition, mais bien le montant transféré postérieurement par voie de „compensation", montant dont le versement n'a en tous cas rien d'illicite. Il est cependant douteux que le débiteur puisse rentrer en possession de la somme répétée en recourant au clearing. En effet si

[73]) Nous ne nous prononçons pas ici sur la question de savoir si une „note" de la Banque nationale peut avoir des effets de droit civil.

[74]) Il est naturellement possible que le créancier désinteressé refuse cette somme. Sans doute devra-t-elle être alors portée sur un compte ouvert à l'étranger en faveur du débiteur, puisque si elle lui était simplement retournée, l'effet du versement au clearing serait annulé.

En ce qui concerne les relations avec l'Allemagne, nous croyons savoir que ce pays s'est déclaré disposé, jusqu'à maintenant, de transférer au débiteur ayant réglé directement son créancier le montant de sa dette, sous la forme en laquelle il a été payé, en cas de versement subséquent au clearing. Ce fait ne modifie en rien la situation juridique telle que nous l'exposons.

l'on admettait qu'elle y soit versée, cette opération aurait pour effet d'annuler pour le clearing l'effet du versement effectué conformément à l'article 4 de l'Arrêté du Conseil fédéral du 27 juillet 1934, puisqu'elle serait réalisée en sens contraire. Par conséquent elle sera soumise aux dispositions en matière de devises de la législation interne du pays où le créancier est domicilié. C'est dire qu'au point de vue de notre économie nationale, l'obligation faite au débiteur d'opérer à nouveau, par voie de clearing, un paiement qu'il a déjà effectué directement, ne présente pas que des avantages.

Lorsque les accords ou leurs arrêtés d'exécution ne contiennent pas de disposition semblable expresse, faut-il néanmoins admettre que le paiement direct ne libère pas le débiteur — il serait plus exact de dire l'ancien débiteur — de son obligation de versement à la Banque nationale? Il ne le semble pas[75]). Le raisonnement par analogie est sans doute exclu. La disposition de l'article 4 de l'Arrêté du Conseil fédéral du 27 juillet 1934 ne manque pas d'un certain caractère pénal. C'est bien plutôt le raisonnement a contrario qui serait en place. Nous croyons donc qu'en l'absence de disposition expresse, le débiteur qui s'est acquitté directement de sa dette en main du créancier, ne pourra pas être tenu d'en opérer à nouveau le versement au clearing[76]). Il va par contre bien sans dire qu'il encourra les sanctions sévères prévues par l'article 8 de l'Arrêté du Conseil fédéral du 14 janvier 1932.

---

[75]) L'opinion contraire ne pourrait être basée que sur la considération que l'article 4 de l'arrêté du Conseil fédéral du 27 juillet 1934 ne fait que confirmer un principe général résultant implicitement du texte des accords et arrêtés d'exécution en matière de clearing. Cette interprétation semble toutefois difficile à admettre en raison du caractère pénal de cette disposition.

[76]) L'article 5 de l'„arrêté du Conseil fédéral relatif à l'exécution de l'accord conclu le 3 décembre 1935 entre la Confédération suisse et le Royaume d'Italie concernant le règlement des paiements réciproques" du 9 décembre 1935 et l'article 4 de

Chapitre VI.

Les accords de clearing et l'extinction des obligations contractuelles.

Après avoir examiné les effets de la procédure de „compensation" sur le paiement, il convient d'étudier rapidement ses répercussions sur les autres modes d'extinction des obligations.

1. La procédure de „compensation" ne paraît pas s'opposer à la remise de dette. En effet tous les accords parlent du „règlement des paiements . . ." qui s'opère par voie de clearing. Or là où il n'y a pas de paiement, il ne peut pas être question de règlement par le clearing, ni d'aucune sorte. Il va cependant bien sans dire que pour être licite la remise de dette ne doit pas avoir pour but d'éviter le paiement par le clearing. Il ne saurait s'agir, plus spécialement, de déguiser des actes onéreux sous la forme apparente d'une libéralité.

2. Le cas de la novation est particulièrement délicat et à lui seul il mériterait de faire l'objet d'une étude approfondie. Nous croyons pouvoir formuler le principe général que la novation n'est pas incompatible avec la loi du clearing toutes les fois que la nouvelle obligation présentera les mêmes caractéristiques, au point de vue de sa soumission à la procédure de „compensation", que l'obligation éteinte, tant en ce qui concerne l'objet que les personnes. En effet la nature juridique de l'obligation au point de vue du droit civil n'importe pas en elle-même en matière de clearing. Par ailleurs la personne du dé-

---

l'„arrêté du Conseil fédéral concernant le règlement des paiements entre la Suisse et l'Espagne" du 14 juillet 1936 contiennent une disposition analogue à celle de l'article 4 de l'arrêté du 27 juillet 1934. Il en est de même de l'„Arrêté du Conseil fédéral concernant le règlement des paiements entre la Suisse et la Pologne" du 31 juillet 1936.

biteur et du créancier est en soi indifférente pourvu que la situation de ceux-ci à l'égard du clearing ne soit pas modifiée.

3. En cas d'extinction de l'obligation par confusion lorsque les qualités de débiteur et de créancier se trouvent réunies dans la même personne, il n'y a sans doute pas lieu de faire intervenir la procédure de „compensation", puisqu'ici aussi il n'y a pas paiement.

4. On peut en dire autant lorsque l'obligation s'éteint pour raison d'impossibilité de l'exécution.

5. La question de savoir si les accords de clearing s'opposent à la compensation, lorsque les conditions de l'article 120 du Code des obligations sont remplies, est très importante. Sans doute peut-on admettre que la compensation ayant pour effet d'éteindre des dettes du même montant de part et d'autre, il n'y a pas de raison de considérer qu'elle est en contradiction avec les principes du clearing. Il n'en demeure pas moins que les personnes au profit desquelles elle est opérée sont mises au bénéfice d'un tour de faveur en ce sens qu'elles n'ont pas besoin d'attendre, pour être désintéressées, que l'état des comptes globaux du clearing permette de les payer; elles sont satisfaites en dehors de l'ordre chronologique des paiements qui correspond à celui des versements. Or ce tour de faveur est obtenu au détriment des autres créanciers qui devront attendre plus longtemps avant d'être payés. Par ailleurs, lorsque le clearing est basé sur un taux de change plus ou moins fictif, la compensation des créances, qui elle peut être opérée sur la base du cours réel, est susceptible de prendre un développement dont il souffrira inévitablement.

On conçoit donc que les accords n'aient pas laissé cette question en suspens. On constate toutefois une certaine évolution dans la façon dont ils la tranchent. L'accord avec la Hongrie du 14 novembre 1931 contenait

la disposition suivante: „La Banque Nationale hongroise se déclare prête à autoriser si possible les compensations privées dans chaque cas particulier.“ Une disposition à peu près semblable se retrouve dans le protocole final de l'accord avec la Hongrie du 28 juillet 1933: „En vue de stimuler l'importation hongroise vers la Suisse, la Banque Nationale de Hongrie pourra, lorsque les circonstances le justifieront, autoriser des compensations avec des importations suisses en Hongrie; la Banque Nationale de Hongrie avisera la Banque Nationale suisse de chacune de ces importations.“ Il ressort de ces dispositions qu'à cette époque on était porté à considérer que du côté suisse il n'y avait pas lieu de s'opposer aux opérations de compensation privée qui étaient possibles dès l'instant où la Banque nationale du pays ayant promulgué des mesures restrictives du commerce des devises les autorisait[77]). On constate par ailleurs que ce texte ne vise pas à proprement parler la compensation de créances, telle qu'elle est prévue à l'article 120 de notre code des obligations, mais bien plutôt l'échange de marchandises. Il s'agit donc d'un type spécial de contrat bien déterminé (art. 237 CO) et non pas d'un mode d'extinction des obligations. Les conditions qui doivent être remplies sont dès lors très différentes. Il n'est pas nécessaire, en particulier, pour qu'il y ait „compensation“ au sens de ces dispositions que les deux personnes entre lesquelles elle intervient soient débitrices de „prestations“ de même espèce. C'est ainsi qu'elles échangeront par exemple du blé contre des machines.

On retrouve la même notion d'échange à l'article 14 de l'accord avec le Chili du 29 mai 1934: „Les opérations de compensation privée de produits chiliens contre des produits suisses pourront être autorisées par les deux instituts qui seront appelés à veiller à leur exécution en

[77]) L'accord avec la Hongrie du 7 février 1934, article VIII, et celui du 9 mars 1935, article VIII, prévoient par contre que l'autorisation des deux banques d'émission est nécessaire.

chaque cas". On remarque, par contre, que la Banque nationale suisse doit également donner son autorisation à l'opération.

La plupart des accords contiennent la clause suivante que l'on peut presque considérer comme classique: „Si, dans les relations d'affaires entre deux parties contractantes, dont l'une établie en Suisse et l'autre établie en Bulgarie, la possibilité se présentait d'une compensation directe de créances résultant d'achats et de ventes réciproques, il sera loisible aux organes compétents des deux pays d'autoriser cette compensation[78]). Cette disposition, à la différence de celles que nous avons mentionnées plus haut, vise la compensation de créances et non pas l'échange de marchandises. Ces créances, toutefois, doivent résulter de contrats de vente conclus par les personnes prétendant invoquer la compensation. Par ailleurs l'autorisation des organes compétents des deux pays est nécessaire. A défaut de cette autorisation, les parties devront verser au clearing le montant de leurs dettes et elles seront payées dans l'ordre chronologique des règlements et dans les limites des disponibilités des comptes globaux, c'est-à-dire peut-être — pratiquement presque certainement — à des dates différentes, alors même qu'elles auraient opéré leurs versements le même jour, pour la raison que les disponibilités des deux comptes ne seront jamais en fait dans la même relation proportionnelle par rapport au montant des créances qu'elles doivent servir à éteindre. Si les parties compensent leurs créances sans y être autorisées, sans doute se mettent-elles dans la situation de débiteurs payant en dehors du clearing. La compensation n'en sera pas moins valable, croyons-nous, en droit civil.

La question de la compensation du droit civil se présente sous un aspect particulier lorsqu'il s'agit des relations avec l'Allemagne. L'accord germano-suisse du 17 avril 1935 prévoit à son article IV que „toutes les obli-

---

[78]) Accord avec la Bulgarie du 11 juillet 1936, article XII.

gations de débiteurs suisses envers des créanciers allemands résultant du commerce des marchandises, du tourisme et du trafic de capitaux, notamment tous les paiements pour les marchandises importées d'Allemagne, doivent être exécutés" par l'entremise de la Banque Nationale suisse, sous réserve d'un certain nombre d'exceptions parmi lesquelles nous trouvons sous lettre a: „paiements pour marchandises importées d'Allemagne ou paiements résultant d'autres engagements, en tant que le débiteur suisse prouve qu'il est libéré de ces engagements du fait des paiements effectués par des débiteurs allemands pour livraisons de marchandises suisses à un compte spécial pour „étranger" destiné aux paiements à l'intérieur de l'Allemagne (Ausländersonderkonto für Inlandszahlungen) ou par voie de compensation". Cette disposition figurait déjà dans l'accord germano-suisse du 26 juillet 1934, revisé le 8 décembre 1934, et on la retrouve dans l'arrêté du Conseil fédéral du 27 juillet 1934, article premier, litt. a. Elle paraît permettre, au point de vue du clearing, sous certaines conditions, l'extinction des obligations par voie de compensation civile et si on l'interprète littéralement il ne semble même pas qu'une autorisation spéciale de la Banque nationale ou de l'Office de compensation soit nécessaire à cet effet, quand bien même le débiteur doive prouver sa libération. Mais il y a lieu de considérer, croyon-nous, l'ensemble de l'accord et le but qu'il poursuit. Or il est évident que pour que ce but puisse être atteint, il est nécessaire que l'Office de compensation exerce un contrôle sur l'exécution de l'ensemble des obligations des personnes domiciliées en Suisse à l'égard de créanciers domiciliés en Allemagne, quel que soit le mode d'exécution. La règle générale étant le versement à la Banque nationale, il appartient sans doute à l'Office de dire si les conditions de l'exception prévue sont remplies dans les cas d'espèce. A défaut la porte serait ouverte à de nombreux abus, les parties pouvant prendre leurs dispositions pour être entre elles et réciproquement

dans un rapport de créancier à débiteur qui leur permettrait d'éviter la procédure de „compensation"[79]).

6. Le système du clearing n'a en lui-même aucun effet sur la prescription. Cependant il convient sans doute de relever que si c'est la loi suisse qui est applicable au contrat, un versement opéré par le débiteur au clearing aura pour effet d'interrompre la prescription (art. 135 CO), ce versement impliquant reconnaissance de la dette.

Chapitre VII.

Les accords de clearing, la cession de créance et la reprise de dette.

1. La cession d'une créance soumise à la procédure de „compensation" ne soulève sans doute pas de difficultés au point de vue du clearing lorsque le cessionnaire est domicilié dans le même pays que le cédant. Cette cession, en effet, n'entraîne aucune modification de l'obligation du débiteur de verser à la Banque nationale le montant de sa dette.

La question se pose différemment lorsque le cessionnaire n'est pas domicilié dans le même pays que le cédant. La cession pourrait alors avoir pour effet de permettre aux parties de se soustraire à la procédure de „compensation". Soit un débiteur domicilié en Suisse dont le créancier est domicilié en Allemagne. Celui-ci cède sa créance à une personne domiciliée dans un pays auquel ne nous lie aucun accord de clearing, ou même en Suisse. Le débiteur suisse pourra-t-il s'acquitter valablement, au point de vue du clearing, en main du cessionnaire, en évitant la procédure de „compensation"? Le texte même de l'accord germano-suisse du 17 avril 1935 ne paraît

[79]) Cf. un arrêt de la Cour de cassation du Tribunal fédéral du 30 mars 1936 („Der Bund" n° 158 du 8 avril 1936).

pas s'y opposer formellement. Son article IV parle en effet de „toutes les obligations de débiteurs suisses envers des créanciers allemands . . .", termes qui figuraient déjà à l'article IV de l'accord du 26 juillet 1934. La même constatation peut être faite en ce qui concerne l'arrêté du Conseil fédéral du 27 juillet 1934 dont l'article premier, alinéa 1, parle de „paiements de Suisse en Allemagne", et le deuxième alinéa du même article de montants dus . . . „par les débiteurs suisses, c'est-à-dire les débiteurs domiciliés en Suisse à des créanciers allemands, c'est-à-dire créanciers domiciliés en Allemagne . . ."[80]). Interprétées littéralement ces dispositions ne stipuleraient l'obligation de versement à la Banque nationale suisse que pour les paiements effectués par un débiteur domicilié en Suisse à un créancier domicilié en Allemagne, ce qui n'est pas le cas dans notre hypothèse, la cession de créance ayant eu pour effet de substituer au créancier domicilié en Allemagne, un créancier domicilié dans un autre pays. L'article 11 de cet arrêté, article qui a trait à la répression des infractions, ne permet pas d'arriver à une autre conclusion; en effet il se réfère à „un paiement visé par le présent arrêté" qui aurait été opéré autrement que par un versement à la Banque nationale suisse, c'est-à-dire à un paiement tel qu'il est défini à l'article premier. Il va sans dire que si l'on admettait que les parties, en recourant à la cession de créance, peuvent se soustraire à la procédure de „compensation", les conséquences qui en résulteraient seraient très graves pour les clearings. Aussi croyons-nous qu'il faut considérer non seulement le texte de la loi, mais aussi le but de l'institution et les conditions indispensables à la réalisation de ce but, pour trancher la question qui nous occupe. Or à cet égard le doute n'est pas possible. La cession de créance opérée dans les conditions que nous avons indiquées s'oppose à la réalisation de ce but, pour autant que le débiteur paie le cessionnaire sans passer par l'intermédiaire du clearing.

[80]) Cf. supra, p. 223a.

L'„arrêté du Conseil fédéral relatif à l'exécution des accords conclus avec différents pays pour régler les paiements résultant du commerce de marchandises" du 14 janvier 1932 contient à son article 2 une disposition d'une portée plus générale que l'alinéa deuxième de l'article premier de l'„arrêté du Conseil fédéral relatif à l'exécution de l'accord germano-suisse du 26 juillet 1934", du 27 juillet 1934. Elle a la teneur suivante: „Les personnes et maisons de commerce qui importent en Suisse des marchandises de pays visés à l'article premier sont tenues d'en effectuer le paiement à la Banque nationale suisse." On remarque immédiatement que cette disposition fait abstraction du domicile du créancier et du débiteur et se base uniquement sur le fait économique de l'importation en Suisse de marchandises des pays visés. On observe, toutefois, qu'elle ne concerne que le commerce des marchandises, c'est-à-dire avant tout l'exécution de contrats de vente (le second alinéa de cet article en étend la portée à la „mise en oeuvre et à la transformation de marchandises" par quoi il faut sans doute entendre principalement l'exécution de contrats d'entreprise). Par ailleurs il y a lieu de rechercher à quels accords de clearing elle est applicable. L'article premier parle des „pays avec lesquels le Conseil fédéral a conclu un accord au sens de l'article 4 de l'arrêté fédéral du 23 décembre 1931 concernant la limitation des importations[81]). L'article 10 alinéa 3 prévoit que l'application de cet arrêté „à d'autres accords que la Suisse conclura le cas échéant. . ." „demeure réservée". Le Conseil fédéral en a étendu l'application aux accords conclus avec la Yougoslavie, la Roumanie, la Grèce, la Bulgarie, le Chili et la Turquie. Dans les relations avec les pays auxquels nous lient des accords dont l'exécution est soumise à l'arrêté du 14 janvier 1932, le débiteur en vertu d'un contrat de vente ou d'entreprise devra toujours s'acquitter en main de la Banque nationale, aux termes du texte même de cet arrêté, et non seulement

[81]) Ces pays étaient l'Autriche et la Hongrie.

en raison de l'obligation de respecter le but du clearing, comme c'est sans doute le cas lorsqu'il s'agit d'autres pays avec lesquels la Suisse a conclu des traités de „compensation".

Est-ce à dire que la cession de créance sera nulle en droit civil? Nous serions portés à considérer qu'elle peut être néanmoins parfaitement valable. En effet la loi de clearing n'exige qu'une seule chose: le versement à la Banque nationale. Or la cession ne nous paraît pas nécessairement incompatible avec ce versement. Reprenons notre exemple d'un débiteur domicilié en Suisse dont le créancier, domicilié en Allemagne, cède sa créance — dans des conditions que nous n'avons pas à étudier, indifférentes qu'elles sont pour notre hypothèse — à une personne domiciliée en France. Sans doute, ainsi que nous l'avons relevé, le débiteur domicilié en Suisse ne pourra-t-il pas s'acquitter directement en main du cessionnaire domicilié en France. Il devra verser le montant de sa dette au clearing germano-suisse et le créancier français en sera crédité en Allemagne. Quant à savoir comment celui-ci entrera en possession de la somme ainsi versée en sa faveur, c'est là une question dont nous n'avons pas à nous occuper ici. Si nous supposons que le cessionnaire est domicilié en Suisse, il sera également crédité en Allemagne du versement opéré par le débiteur. Mais sans doute ne pourra-t-il pas avoir recours à la procédure de „compensation" pour entrer en possession du montant de la somme dont il a été crédité, puisqu'alors l'effet de ce versement serait annulé pour le clearing. Au point de vue de notre économie nationale cette solution n'est donc pas très satisfaisante. On peut la rapprocher de la situation que nous avons décrite à propos du versement à la Banque nationale auquel demeure tenu un débiteur ayant payé en dehors du clearing.

Si le débiteur s'acquitte directement en main du cessionnaire, sans doute sera-t-il libéré de son obligation de

paiement de droit civil, mais non pas de son obligation de droit public de versement à la Banque nationale.

Notre opinion au sujet des effets des accords de clearing sur la cession de créances correspond à peu près, quand au fond de la question, au point de vue adopté par le Tribunal cantonal du canton de Zurich[82]). Ce Tribunal paraît toutefois considérer que le débiteur cédé peut s'acquitter directement en main du cessionnaire sans enfreindre la loi du clearing. C'est le cessionnaire qui serait responsable d'une atteinte éventuelle aux dispositions de l'accord au cas, par exemple, où il transmettrait directement au cédant le montant de la créance. C'est faire intervenir dans la question, nous semble-t-il, un élément nouveau qui est étranger au problème soulevé par la cession elle-même de la créance, à savoir celui de l'obligation qu'aurait éventuellement assumée le cessionnaire à l'égard du cédant. Il n'est pas certain que cette obligation porte sur le paiement d'une somme d'argent, ni surtout d'une somme correspondant au montant de la créance cédée. Il faut distinguer l'obligation du débiteur cédé à l'égard du cessionnaire de l'obligation éventuelle de celui-ci à l'égard du cédant. Dans l'hypothèse où cette dernière obligation comporte le paiement d'une somme d'argent, celui-ci sera naturellement soumis à la procédure de „compensation" dans la mesure où l'accord l'exige. Mais alors c'est en tant que débiteur que le cessionnaire devra verser le montant de sa dette au clearing, et non pas en sa qualité de cessionnaire d'une créance soumise à cette procédure.

Il résulte de ces considérations que le débiteur ne pourra pas s'opposer à la cession en invoquant l'accord de clearing puisque sa situation juridique n'est pas aggravée par le fait du changement intervenu dans la personne du créancier. L'arrêt du Tribunal cantonal du

---

[82]) Blätter für zürcherische Rechtsprechung, 1936, n° 3/4, p. 64.

canton de Zurich que nous avons mentionné décide dans le même sens.

Qu'en est-il d'une créance cédée avant l'entrée en vigueur d'un accord de clearing? Peut-on opposer à cette cession, qui a pour effet de transformer une créance internationale en une créance en quelque sorte nationale, un accord de clearing dont la conclusion lui est postérieure, pour ne l'admettre, au point de vue du clearing, que dans la mesure et sous les conditions indiquées plus haut pour les créances cédées alors que l'accord est en force! N'est-on pas en présence d'un droit personnel d'un créancier domicilié en Suisse contre un débiteur qui y a également son domicile et dès lors la procédure de „compensation" n'est-elle pas hors de cause! Cette solution semble pouvoir être admise lorsque la créance est née d'un contrat unilatéral. Il en est sans doute de même si elle a son origine dans un contrat synallagmatique lorsque le cédant a exécuté ses obligations à l'égard du débiteur cédé. Dans le cas contraire, par contre, la cession ne semble pas pouvoir libérer le débiteur de son obligation de versement à la Banque nationale. En effet c'est sur le fait économique de l'importation qu'est fondée cette obligation selon les termes de l'article 2 de l'arrêté du Conseil fédéral du 14 janvier 1932 et ainsi que l'entendent également sans doute l'accord germano-suisse et ses dispositions d'exécution eu égard au but même du clearing. Par conséquent si le cédant ne livre la chose qu'après l'entrée en vigueur de l'accord, la créance qu'il possède contre le débiteur et qu'il a cédée devra faire l'objet d'un versement au clearing. Mais il est possible que le débiteur cédé ait déjà exécuté son obligation à l'égard du cessionnaire avant l'entrée en vigueur de l'accord. Nous nous trouvons alors en présence d'un cas plus général et qui dépasse les limites du problème de la cession de créances, celui où l'une des parties a exécuté son obligation de paiement alors que l'autre partie n'a pas encore exécuté son obligation de livrer la marchandise. Il ne semble pas que la

procédure de „compensation" puisse trouver alors n'importe quelle application puisque la créance qui aurait dû lui être soumise est déjà éteinte.

2. Au point de vue de la législation de clearing les problèmes soulevés par la reprise de dette ne sont pas essentiellement différents de ceux que l'on a à résoudre lorsqu'il s'agit de la cession de créance. Les observations que nous avons faites au sujet de celle-ci s'appliquent, mutatis mutandis, à la reprise de dette. En principe celle-ci n'est donc pas incompatible avec la procédure de „compensation". Il en est ainsi en particulier lorsque le reprenant est domicilié dans le même pays que l'ancien débiteur. Dans le cas contraire le reprenant devra néanmoins exécuter son obligation de paiement par l'intermédiaire du clearing. Supposons que le créancier ait son domicile en Roumanie, l'ancien débiteur en Suisse et le reprenant en France. Le reprenant devra payer le créancier en passant par le clearing roumano-suisse. La question ne se complique que lorsque le créancier et le reprenant sont domiciliés dans le même pays. Sans doute le reprenant n'en devra pas moins verser le montant de sa dette à l'Institut d'émission du pays du domicile de l'ancien débiteur, ce qui suppose qu'il y possède des fonds. On ne saurait admettre, en effet, qu'il y transfère ce montant par la voie du clearing parce qu'alors la procédure de „compensation" deviendrait une inutile fiction. Au surplus, dans le cas de la Roumanie que nous avons pris comme exemple, cette voie serait impraticable parce que ce transfert n'aurait pas de cause économique.

En droit civil la reprise de dette sera sans doute valable de toute façon.

Chapitre VIII.

Les accords de clearing et les obligations à l'égard des tiers.

1. Le cas de la subrogation envisagé au point de vue des accords de clearing se présente sous le même aspect, semble-t-il, que celui de la cession de créance. Par conséquent le débiteur du subrogé, comme le débiteur d'une créance cédée, doit sans doute verser à la Banque nationale le montant de sa dette, quand bien même il aurait son domicile dans le même pays que le subrogé. A défaut il se trouvera dans la situation du débiteur payant hors clearing.

2. La stipulation pour autrui soulève un problème particulièrement délicat et il nous paraît nécessaire de faire une distinction pour le résoudre. Si le vendeur stipule que le prix est payable à un tiers bénéficiaire — par exemple un vendeur domicilié en Allemagne stipule que l'acheteur domicilié en Suisse aura à verser le montant du prix à une banque française ou même suisse — le débiteur devra néanmoins verser au clearing le montant de sa dette, alors même que la stipulation, si telle a été l'intention des parties ou si tel est l'usage, engendre un droit direct au profit du tiers et qu'il n'y a pas de prix qui soit dû par l'acheteur au vendeur. Le tiers bénéficiaire sera crédité de la somme versée dans le pays du domicile du stipulant. On ne pourrait admettre que le débiteur exécute son obligation à l'égard du tiers sans suivre la procédure de clearing qu'au cas où ce tiers verserait lui-même à la Banque nationale le montant de la somme qu'il a reçue.

Par contre si la stipulation a pour objet la livraison d'une marchandise à un tiers, il ne semble pas que le créancier du prix — que nous supposerons être le débiteur de l'obligation stipulée en faveur du tiers — pourra être payé par la voie du clearing dans l'hypothèse où la mar-

chandise ne provient pas du pays du domicile du stipulant. Soit une personne domiciliée en Allemagne qui stipule qu'une personne domiciliée en Suisse aura à livrer telle marchandise — qui ne provient pas d'Allemagne — à une personne domiciliée en France. Il s'agit d'un contrat de vente avec stipulation pour autrui. La personne domiciliée en Suisse est donc créancière de l'acheteur domicilié en Allemagne en ce qui concerne le prix et débitrice de la personne domiciliée en France quant à l'obligation de livrer la marchandise. Pourra-t-elle entrer en possession du prix par le clearing? A vrai dire, cela paraît exclu puisque la marchandise n'a pas été importée d'Allemagne en Suisse.

Le cas est plus simple lorsque le vendeur est domicilié en Allemagne, l'acheteur en Suisse et qu'il est stipulé à la charge de celui-ci qu'il ait à livrer la marchandise d'origine allemande faisant l'objet du contrat de vente à un tiers domicilié en France par exemple. La stipulation pour autrui ne semble pas modifier la situation, telle qu'elle résulte du contrat de vente, au point de vue du clearing germano-suisse. Par contre la question de savoir si et dans quelle mesure le pays du domicile du tiers autorisera cette importation de marchandise allemande sans versement correspondant au clearing qu'il possède éventuellement avec l'Allemagne, reste ouverte.

Nous ferons encore une troisième hypothèse. Une personne domiciliée en Suisse vend à une personne domiciliée en France une marchandise qui doit être livrée à un tiers domicilié en Allemagne. Il ne semble pas douteux que le créancier du prix sera payé directement par le débiteur. Le clearing germano-suisse ne souffrira évidemment pas de ce paiement direct effectué sans son intermédiaire. Il en sera tout au contraire déchargé et les parties à ce clearing ne pourront que se féliciter de l'opération. Par ailleurs la France ne semble pas pouvoir s'opposer au paiement du débiteur puisqu'aucune procédure de „compensation" n'existe en ce qui concerne les

règlements franco-suisses et que d'autre part il ne correspond pas à l'importation en France d'une marchandise d'origine allemande. Nous avons donc ici un cas précis — à vrai dire peu vraisemblable, pour des raisons faciles à comprendre, mais néanmoins concevable — où une marchandise d'origine suisse est exportée en Allemagne sans qu'aucun versement ne soit effectué au clearing, le créancier domicilié en Suisse n'en étant pas moins payé.

Chapitre IX.

Les accords de clearing et les obligations solidaires.

1. Le cas des obligations solidaires ne présente sans doute pas de difficulté particulière au point de vue des accords de clearing lorsque les débiteurs solidaires sont domiciliés dans le même pays. En effet il importe peu pour la procédure de „compensation" que l'obligation soit exécutée par l'un ou par l'autre de ces débiteurs ou par eux tous. De toute façon le paiement au créancier se fera par l'intermédiaire du clearing.

Par contre la question se complique lorsque l'un des débiteurs est domicilié en Suisse et l'autre dans un pays tiers, en France par exemple[83]). Au cas où le paiement est opéré par ce dernier débiteur devra-t-il être effectué à la Banque nationale suisse? On constate que la question se ramène au problème plus général de l'application des accords de clearing quant aux personnes et nous nous référons à ce que nous avons dit plus haut à ce sujet[84]).

Que faut-il décider lorsque l'un des débiteurs solidaires est domicilié en Suisse et l'autre dans le pays du domicile du créancier? On se rend compte que dans cette hypothèse il pourra être facile aux parties d'éviter la procédure de „compensation". Il suffira que le créancier exige du débiteur domicilié dans le même pays que lui

[83]) Pour simplifier nous supposons qu'il n'y a que deux débiteurs solidaires.

[84]) Cf. supra, p. 223a.

l'exécution intégrale de l'obligation[85]). Sans doute les accords de clearing ne s'y opposent-ils pas. Mais il n'en demeure pas moins qu'aux termes de la législation de clearing c'est l'importateur qui est tenu de l'obligation de versement à la Banque nationale[86]). Toute la difficulté, dans notre cas, provient de ce que l'importateur n'est pas le débiteur auquel le créancier s'adresse pour être payé. L'importateur cessera même d'être son débiteur dès l'instant où l'autre débiteur solidaire aura payé le créancier. Il semble, cependant, qu'il n'en restera pas moins tenu de son obligation de versement au clearing. La situation créée par ce versement devra ensuite faire l'objet d'un règlement de droit civil entre parties. Si c'est le créancier déjà désintéressé par le codébiteur solidaire qui a bénéficié de ce versement, sans doute pourra-t-il être actionné en restitution de l'indû. Mais il est aussi possible que le débiteur domicilié en Suisse indique comme destinataire de son versement le débiteur solidaire domicilié dans le pays du domicile du créancier. Il n'y aura alors sans doute aucune difficulté au point de vue du clearing; en effet la personne du destinataire du versement opéré par le débiteur ne lui importe pas.

2. Le cas de la solidarité active pose des problèmes analogues lorsque les créanciers solidaires ne sont pas domiciliés dans le même pays, en particulier lorsque l'un d'eux a son domicile dans le pays du débiteur. Sans doute le paiement opéré à ce dernier créancier aura-t-il pour effet de libérer le débiteur en droit civil mais non pas de le dispenser de son obligation de versement au clearing. Au point de vue de la procédure de „compensation" ce paiement doit être assimilé, semble-t-il, à un paiement

---

[85]) Il ne semble pas que ce débiteur puisse faire valoir une „exception de clearing", pour autant, tout au moins, que le droit suisse est applicable (cf. T. F. 60 II p. 294).

[86]) Arrêté du Conseil fédéral du 14 janvier 1932, article 2, alinéa 1.

hors clearing. Ici encore la difficulté provient de ce que les conditions de l'obligation de versement au clearing ne correspondent pas aux conditions d'exécution des obligations de droit civil incombant aux parties.

3. Nos observations au sujet de la solidarité passive au point de vue des accords de clearing sont sans doute également valables pour les diverses espèces de cautionnement. Les différences éventuelles dans la situation de droit civil ne modifient pas le principe de l'application de ces accords tel que nous avons cru pouvoir l'établir[87]).

Chapitre X.

Les accords de clearing et le contrat d'assignation.

Il ne rentre évidemment pas dans les limites de notre étude d'examiner les effets des accords de clearing sur l'exécution des divers contrats. Nous nous croyons toutefois autorisés à faire une exception pour le contrat d'assignation, en raison du but de cette convention.

Jusqu'à quel point le contrat d'assignation est-il compatible avec la procédure de „compensation"? Il faut faire une distinction, nous semble-t-il, selon l'objet de l'assignation. Si celle-ci porte sur d'autres choses fongibles qu'une somme d'argent, sans doute n'y a-t-il pas lieu de faire intervenir la législation de clearing qui demeurera étrangère à l'exécution du contrat. Cette législation ne deviendra éventuellement applicable qu'en ce qui concerne le paiement de ces choses, pour autant que paiement il y ait. Mais c'est là une autre question que nous avons déjà examinée.

Par contre dans le cas où l'assignation a pour objet la remise d'une somme d'argent, il faut envisager, croyons-nous, le domicile respectif de l'assignant, de l'assigné et de l'assignataire.

---

[87]) Cf. T. F. 60 II p. 294.

Nous supposerons, dans une première hypothèse, que l'assignant est domicilié dans un pays auquel nous lie un accord de clearing, l'assigné et l'assignataire ayant leur domicile en Suisse. Si l'assignation a pour but d'éteindre une dette contractée par l'assignant envers l'assignataire, elle aura sans doute pour effet de libérer l'assignant — en cas de paiement de l'assigné — sans qu'il n'opère de versement au clearing. Alors même que cette libération paraît pleinement valable au point de vue du droit civil, il semble que l'assignant peut être néanmoins tenu de faire un versement à l'Institut d'émission de son pays — pour autant naturellement que sa dette soit soumise à la procédure de „compensation" — quitte à lui à actionner ensuite l'assignataire en répétition de l'indû, puisque celui-ci aura été payé deux fois, premièrement par l'assigné et secondement par l'assignant par l'intermédiaire du clearing. L'assignation serait donc assimilable, dans ce cas, à un paiement en dehors du clearing[88]).

Dans une seconde hypothèse nous supposerons que l'assignant et l'assigné sont domiciliés dans le même pays. Il n'y aura alors sans doute pas de difficulté. L'assigné devra verser au clearing la somme d'argent destinée à l'assignataire comme aurait dû le faire l'assignant si l'assignation a pour objet d'éteindre une dette contractée par lui envers l'assignataire.

On pourrait multiplier les hypothèses. Nous croyons cependant que les cas que nous avons envisagés suffisent pour nous permettre de formuler la règle générale suivante. Toutes les fois que l'assignation porte sur la remise d'une somme d'argent et qu'elle a pour objet d'éteindre une dette de l'assignant envers l'assignataire sans versement correspondant au clearing — ce qui se produira dans tous les cas où l'assignant et l'assigné ne sont pas domiciliés dans le même pays — l'assignant — quand bien même

[88]) Il en est sans doute de même lorsque l'assignant est domicilié en Suisse, l'assigné en France par exemple et l'assignataire dans un pays auquel nous lie un accord de clearing.

il est libéré en droit civil dès l'instant où l'assigné a payé l'assignataire — n'en demeure pas moins tenu de son obligation de versement au clearing.

Chapitre XI.

L'influence des accords de clearing sur la validité du contrat.

1. Les accords de clearing ne peuvent s'appliquer, ainsi que nous l'avons relevé, que si l'on est en présence d'un contrat valable. Cette condition préalable est évidente. Or nous avons vu qu'ils ont pour effet de modifier, souvent profondément, les conventions des parties — en substituant au principe de la liberté des conventions des normes strictes et généralement impératives — et même la loi du contrat. Les conditions d'exécution des obligations des parties sont fixées dans une large mesure par la loi de clearing. Il convient donc d'examiner si en présence de cette situation nouvelle qui leur est imposée, les contractants sont légitimés à se départir de la convention qui les lie.

Il y a sans doute lieu de faire une distinction entre les contrats parfaits lors de l'entrée en vigueur d'un accord de clearing et les contrats dont la conclusion lui est postérieure.

Si l'on consulte les accords, on constate qu'ils contiennent en général la disposition suivante[89]): „La présente convention s'applique également à toutes les créances résultant d'exportations de marchandises effectuées avant son entrée en vigueur." Une telle disposition a pour effet de soumettre à la procédure de „compensation" l'exécution de l'obligation de paiement du débiteur née d'un contrat conclu avant l'entrée en vigueur de l'accord. Cela ne veut pas dire que les créances qu'elle vise soient assimilées en tous points aux créances ayant leur origine dans des conventions qui lui sont postérieures. Nous rappelons la distinction entre „créances nouvelles", c'est-à-dire créances

[89]) Article IV de l'accord avec la Grèce du 13 mars 1933.

qui correspondent à une prestation effectuée après l'entrée en vigueur de l'accord — c'est le moment de l'exportation de la marchandise, et non celui de la formation du contrat, qui est déterminant — et „créances arriérées", c'est-à-dire créances qui correspondent à une prestation effectuée avant cette entrée en vigueur, distinction qui est usuelle en matière de clearings; on la retrouve dans la plupart des accords.

La procédure de „compensation" s'applique donc, en règle générale, à toutes les créances, quelle que soit l'époque de leur formation. Par contre elle prévoit deux régimes différents pour le règlement des créances selon que le créancier du prix a exécuté son obligation de livrer la chose avant ou après l'entrée en vigueur des traités. Cette différence de régime réside dans le montant des fonds affectés au règlement de ces deux catégories de créances. Pratiquement les créances dites „arriérées" sont réglées moins rapidement que les créances dites „nouvelles".

2. La question de la validité des contrats conclus depuis l'entrée en vigueur du régime de clearing ne paraît pas se poser. En effet les parties ne sauraient invoquer, pour s'en dégager, une législation qui était déjà en vigueur lors de leur conclusion. Comme le dit M. Jaccard[90]), „les parties ont acquiescé aux conditions nouvelles et accepté l'aléa qu'elles comportent".

On peut se demander, cependant, si le créancier d'une somme d'argent peut invoquer son erreur, pour se départir du contrat, lorsqu'il n'est pas payé à l'époque à laquelle il pensait l'être. Nous supposons que le créancier, se basant sur l'état du clearing lors de la conclusion du contrat et sur le mouvement des échanges commerciaux entre les deux pays, avait fait un calcul lui indiquant l'époque approximative à laquelle il serait vraisemblablement payé. Or ce calcul est déjoué par les circonstances, par exemple

[90]) Jaccard, p. 45.

à la suite d'une forte diminution de l'importation en provenance du pays où son débiteur est domicilié, ou pour toute autre raison[91]). Y a-t-il erreur essentielle au sens des articles 23 et 24 CO? Il ne s'agit évidemment pas de la simple erreur de calcul de l'article 24, alinéa 3 CO. Par ailleurs il paraît difficile d'admettre que cette erreur concerne uniquement les motifs du contrat. Sans doute peut-on être tenté de l'assimiler à une erreur dans le calcul du prix de revient, qui est considérée comme une erreur non essentielle dans le motif[92]); en effet le vendeur établit ce calcul en tenant compte, entre autres, de la date à laquelle il sera payé. Cependant l'erreur qui nous occupe ici s'en distingue par le fait que les probabilités de paiement à une date déterminée — probabilités qui reposaient sur un calcul ayant pour base certains faits économiques et qui ne constituaient donc pas une simple supposition subjective du vendeur — ne se sont pas réalisées pour des raisons auxquelles les parties n'ont rien à voir; éventuellement le créancier pourrait donc invoquer le principe de la clausula rebus sic stantibus.

Il est clair, par ailleurs, que l'erreur du créancier ne correspond pas à l'un des cas prévus par l'article 24, alinéa 1er, chiffres 1 à 3 CO. Par contre il semble qu'il pourra invoquer, le cas échéant, le chiffre 4 de cet alinéa. Il est évident, cependant, qu'il ne sera légitimé à le faire que lorsque le retard dans le paiement dû à la procédure de clearing sera considérablement plus important qu'on ne pouvait le prévoir objectivement et raisonnablement lors de la conclusion du contrat. Cette question doit naturellement être tranchée in concreto sur la base des règles de la loyauté commerciale et de la bonne foi. Pratiquement

---

[91]) Cette hypothèse n'a pas qu'une valeur théorique. Nous n'en voulons pour exemple que le cas du clearing roumano-suisse dans lequel les paiements aux créanciers suisses ont été longtemps suspendus pour des raisons techniques en liaison avec la question de la réglementation du régime des „primes".

[92]) Cf. von Tuhr, I p. 255.

ce sera sans doute seulement dans des cas absolument exceptionnels que l'on pourra admettre qu'il y a erreur essentielle.

3. Le cas des contrats conclus avant l'entrée en vigueur d'un accord de clearing est singulièrement plus délicat. Dans quelle mesure les parties peuvent-elles invoquer cet accord et les modifications qu'il entraîne en ce qui concerne l'exécution de leurs obligations, pour se départir du contrat?

Tout en admettant qu'un tel traité constitue le fait du prince et crée pour le débiteur de l'obligation de payer un cas de force majeure, nous croyons qu'il faut distinguer selon que les clauses du contrat en contradiction avec ses prescriptions sont ou ne sont pas essentielles. Si ces clauses sont essentielles et qu'il y a lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles, les parties peuvent sans doute se départir de la convention. Le créancier pourra-t-il alors demander la réparation du dommage résultant de la caducité du contrat? Il ne le semble pas; en effet il sera toujours facile au débiteur de prouver qu'aucune faute ne lui est imputable.

Si par contre les clauses contractuelles contraires aux dispositions de l'accord de clearing ne sont pas essentielles, il paraît douteux que les parties puissent résilier la convention. Elles devront alors l'exécuter dans toute la mesure où les accords de clearing le leur permettent.

Il va sans dire que la distinction entre „clauses essentielles" et „clauses non essentielles" est extrêmement délicate. Elle se ramène, d'ailleurs, au problème général de l'interprétation de la volonté des parties. Un exemple montrera ce que nous entendons par cette distinction lorsqu'il s'agit de contrats dont l'exécution est soumise à la procédure de „compensation". Supposons qu'un contrat ait été conclu en vue d'un paiement à une personne déterminée, c'est-à-dire intuitu personae, et que les dispositions de l'accord de compensation non seulement

exigent le versement au clearing du montant de la dette du débiteur, mais s'opposent au paiement en main de ce tiers, en raison de leur champ d'application quant aux personnes et aux choses. Dans cette hypothèse il faudra sans doute considérer que les parties peuvent se délier d'un contrat qui n'a plus sa raison d'être.

Mais que faut-il admettre lorsque le contrat peut être exécuté dans toutes ses clauses, à la seule exception de ses dispositions concernant la date du paiement au créancier? Il ne semble pas que le débiteur pourrait en principe se prévaloir de l'obligation où il se trouve de payer son créancier par l'intermédiaire de l'Institut d'émission pour se départir du contrat. Cependant il y a lieu de considérer le risque de change à la charge du débiteur. Or ce risque peut être élevé et selon le cas il faudra sans doute admettre qu'il peut justifier une résiliation de la part du débiteur, si le créancier n'est pas disposé d'accepter une répartition de ce risque conforme au contrat, pour autant que les dispositions des accords de clearing à ce sujet ne sont pas de droit impératif[93]). La situation se présente par contre sous un autre aspect pour le créancier qui ne sera payé qu'avec un retard peut-être considérable. Nous avons vu qu'il ne semble pas pouvoir baser sur le retard dû au clearing une action en dommages-intérêts contre le débiteur ni même lui demander des intérêts moratoires. Si donc le créancier établit que ce retard dans le paiement lui cause un préjudice tel que s'il avait pu le prévoir, il ne se serait pas lié, sans doute pourra-t-il se départir du contrat.

Il va sans dire que la question de savoir si l'une des parties peut résilier le contrat en invoquant les dispositions légales en matière de clearing doit être tranchée avant tout en considération des règles de la bonne foi. Il faudra tenir compte, en particulier, nous semble-t-il, le cas échéant, de la circonstance que l'une des parties aurait

---

[93]) Cf. supra p. 245a.

déjà exécuté ses obligations totalement ou partiellement. Dans cette hypothèse il va sans dire que la résiliation du contrat entraînera de nombreuses difficultés. Il y aura lieu de se demander, notamment, qui supportera les frais de transport et d'assurance si la marchandise a déjà été expédiée. Et qu'en sera-t-il des acomptes qui auront été éventuellement versés au clearing? Si le créancier est déjà entré en leur possession, sans doute le débiteur devra-t-il l'actionner en répétition s'il ne peut pas en obtenir la restitution à l'amiable. Quid dans l'hypothèse où ces acomptes sont encore en main de l'Institut d'émission? Le débiteur pourra-t-il s'adresser à lui et l'Institut sera-t-il autorisé à les lui restituer? Nous avons vu que nous serions portés à considérer que cette restitution peut avoir lieu tant que le créancier n'est pas entré en possession de la somme qui lui est due, c'est-à-dire tant qu'il n'a pas été payé[94]). La question est très importante pratiquement. En effet si le débiteur a effectué des versements partiels et que le créancier est déjà entré en leur possession ou si l'Institut d'émission, dans le cas contraire, refuse de les restituer, il aura sans doute une créance contre le créancier, mais quel sera le sort de cette créance? A supposer que le débiteur obtienne que le créancier exécute son obligation de restitution, soit à l'amiable, soit en recourant aux moyens de droit à sa disposition, la somme sur laquelle porte cette créance pourra-t-elle être transférée par la voie du clearing, ou ne risque-t-elle pas fort, au contraire, d'être soumise aux dispositions légales de droit interne en matière de devises du pays où le créancier a son domicile, c'est-à-dire d'être bloquée? Par ailleurs il faut également considérer ces acomptes au point de vue de la législation de clearing. Est-il admissible que la procédure de „compensation" ait servi au transfert de sommes faisant l'objet d'une demande en restitution pour la raison que le contrat a été résilié? Supposons que le vendeur refuse d'exécuter son obligation de livrer la marchandise. Par conséquent

[94]) Sic.: Archambault, p. 67.

aucune importation ne correspondra aux acomptes versés par le débiteur. Une telle situation ne légitimerait-elle pas l'Office de compensation à intervenir contre le créancier, non pas en tant que mandataire ou gérant d'affaires du débiteur, mais en sa qualité d'institution de droit public chargée de veiller au bon fonctionnement du clearing? Evidemment il ne rentre ni dans le rôle ni dans les attributions de l'Office de se substituer aux parties. Cependant ce n'est pas en l'espèce la question de l'exécution ou de l'inexécution du contrat en droit civil qui motiverait l'intervention de l'Office, mais l'obligation de droit public qui lui incombe de veiller à l'observation des dispositions de l'accord de clearing. Cette hypothèse, toutefois, ne se réalisera pas fréquemment pour la raison que c'est seulement dans des cas exceptionnels que des versements peuvent être opérés au clearing en faveur d'un créancier qui n'a pas encore exécuté son obligation de livraison.

Chapitre XII.

Les accords de clearing et la poursuite pour dettes.

L'application des accords de clearing dans ses relations avec la poursuite pour dettes soulève inévitablement de nombreuses questions auxquelles il est peu aisé de trouver une réponse satisfaisante. Nous ne pouvons pas, évidemment, examiner ici chacune d'elles et nous nous contenterons de formuler quelques observations au sujet de trois problèmes qui paraissent présenter un intérêt pratique particulier.

1. Le débiteur qui a versé à la Banque nationale le montant de sa dette peut-il néanmoins être poursuivi par son créancier? Sans doute le débiteur ne pourra-t-il faire valoir, pour s'opposer à la mainlevée, aucune des exceptions prévues aux articles 81 et 82 alinéa 2 LP.

Il ne sera pas en situation, en particulier, de justifier de sa libération puisque ce versement ne constitue pas un paiement, ainsi que nous l'avons vu. Cependant nous croyons qu'il pourra invoquer victorieusement un moyen tiré de la législation de clearing, à savoir l'obligation qui lui est imposée par des textes légaux de droit public de s'acquitter par l'intermédiaire du clearing selon la procédure de „compensation". Les accords de clearing, qui ont des effets de droit civil, peuvent sans doute en avoir également en matière de poursuite pour dettes. Une poursuite contre un débiteur qui a versé au clearing le montant de sa dette paraît incompatible avec l'obligation de droit public qui lui est faite de payer son créancier par cette voie.

2. Un créancier peut-il saisir ou séquestrer, en main de la Banque nationale, une créance que possède son débiteur contre un tiers? Ainsi une banque suisse peut-elle saisir ou séquestrer la créance d'un exportateur suisse contre son acheteur étranger? Certains auteurs considèrent que cette saisie est possible pour la raison que l'Institut d'émission est „détenteur de fonds appartenant à ce créancier . . ."[95]). Nous croyons que la question ne peut en tout cas pas se poser avant que l'exportateur suisse ait été „avisé" du versement opéré en sa faveur. En effet jusque là sa créance n'est pas individualisée. Mais même dès l'instant où il en a été „avisé" la saisie de cette créance ne nous paraît guère pouvoir être admise. Pour qu'elle fût saisissable il faudrait que la Banque nationale puisse être assimilée au „tiers débiteur" de l'article 99 LP. Or nous ne pensons pas que cette assimilation soit possible. En effet la Banque nationale n'est pas débitrice au sens du droit civil de ce terme. Dans toute la procédure de „compensation", il n'y a qu'un seul débiteur, celui du contrat intervenu entre les parties. A aucun moment l'Institut d'émission ne prend sa place. C'est donc uniquement en main de ce débiteur que la créance pourrait être éventuellement

[95]) Niboyet, p. 109. Cf. Jolly, p. 53.

saisie ou séquestrée. Mais alors se pose la question de savoir si une créance correspondant à une dette dont le montant doit être versé au clearing peut faire l'objet d'une saisie ou d'un séquestre.

3. Un tiers peut-il saisir ou séquestrer[96]) une créance contre un débiteur qui doit s'acquitter en suivant la voie du clearing? Sans doute faut-il faire la distinction suivante:

a) Le débiteur a déjà versé à la Banque nationale le montant de sa dette. Ce montant peut-il être saisi ou séquestré? Il résulte de nos observations sous chiffre 2 que nous ne pourrions guère l'admettre puisque la Banque nationale n'est pas débitrice. D'ailleurs même si l'on considérait qu'elle l'est, elle ne le serait pas du créancier étranger avec lequel elle n'a aucun rapport direct. Elle serait débitrice de l'Institut d'émission de l'autre pays partie au clearing. Ainsi de toute façon, nous semble-t-il, le montant versé par un débiteur ne saurait être ni saisi ni séquestré au profit d'un tiers.

b) Le débiteur n'a pas encore versé à la Banque nationale le montant de sa dette. Celui-ci peut-il être saisi ou séquestré?

Le Tribunal fédéral a tranché la question par la négative dans un arrêt du 13 décembre 1935[97]). Il s'est basé sur les principaux considérants suivants: „Diese Regelung des Zahlungsverkehrs zwischen Deutschland und der Schweiz ordnet eine öffentlich-rechtliche Beschlagnahme der von ihr betroffenen Forderungen zugunsten der Gesamtheit der schweizerischen Gläubiger an und schreibt ausserdem vor, wie die einzelnen schweizerischen Gläubiger an der Summe der derart eingezogenen For-

[96]) Pratiquement c'est avant tout le séquestre en application de l'article 271 chiffre 4 L. P. qui est important. Le cas d'une saisie ne se présentera que rarement pour une raison de for qui est évidente.

[97]) R. O. 61 III p. 206. — Le Département fédéral de l'économie publique avait donné des instructions dans le même sens, précédemment déjà, à l'Office suisse de compensation.

derungen anteilsberechtigt sind. Insoweit danach ein schweizerischer Schuldner keine Zahlung mehr an seinen deutschen Gläubiger leisten darf, so kann es ungeachtet des Fehlens eines ausdrücklichen Verbotes auch einem — schweizerischen oder ausländischen — Gläubiger jenes Deutschen nicht gestattet sein, solche Forderungen durch Arrestierung und Pfändung dem unter Ausserachtlassung seiner Sonderinteressen angeordneten Verrechnungsverkehr zu entziehen und seiner eigenen Befriedigung dienstbar zu machen anstatt der Befriedigung der durch das Verrechnungsabkommen begünstigten Gläubiger."

Par circulaire n° 25 du 15 janvier 1936 aux autorités cantonales de surveillance en matière de poursuite et de faillite[98]), le Tribunal fédéral a déclaré que seul l'Office suisse de compensation peut trancher, dans une espèce donnée, la question de savoir si l'accord de compensation germano-suisse fait obstacle au séquestre d'une créance appartenant à une personne habitant l'Allemagne contre un tiers débiteur habitant la Suisse, après que le séquestre aura été accordé par l'autorité compétente. Par conséquent il a ordonné „que les autorités de poursuite, sollicitées d'exécuter un séquestre sur une créance de cette catégorie, fassent les constatations nécessaires à la solution de ladite question et qu'elles la soumettent ensuite à l'office susmentionné, en lui demandant si le bien séquestré est ou n'est pas un de ceux que frappe l'accord germano-suisse. Si la réponse est affirmative, le séquestre devra être purement et simplement annulé et toute réquisition de continuer, déposée entre temps ou ultérieurement, devra être rejetée; et si, dans l'intervalle, un paiement a été fait à l'office des poursuites, celui-ci devra en transmettre le montant à l'office suisse de compensation." Il sera procédé de la même manière en cas de séquestre de créances appar-

[98]) R. O. 62 III p. 1. — Feuille fédérale n° 5 du 29 janvier 1936, p. 147. Cette circulaire a été complétée par une circulaire n° 26 du 4 avril 1936 (Feuille fédérale n° 16 du 15 avril 1936, p. 727) qui ne concerne pas, toutefois, le séquestre.

tenant à des personnes domiciliées dans d'autres pays avec lesquels la Suisse a conclu des accords de „compensation" ou de clearing.

Ainsi, aux termes de cette circulaire, lorsque le débiteur doit verser à la Banque nationale le montant de sa dette, celui-ci ne peut pas être séquestré. Sans doute faut-il admettre, a fortiori, qu'il ne peut pas être saisi.

Cette décision du Tribunal fédéral a suscité divers commentaires de presse et l'on a proposé différentes solutions qui devraient permettre, selon leurs auteurs, de concilier les intérêts des créanciers suisses dans l'expectative d'un paiement par voie de „compensation" — c'est-à-dire du clearing lui-même — et les intérêts du tiers créancier demandant le séquestre[99]). Elles tendent toutes, par des moyens assez différents il est vrai, à ce que celui-ci soit crédité du montant de la créance séquestrée dans le pays du domicile du créancier, c'est-à-dire de son débiteur à lui.

Il semble qu'il serait possible, en principe, de trouver une solution donnant satisfaction au créancier requérant le séquestre tout au moins lorsque sa créance pourrait être réglée par voie de clearing. Mais il faudrait, pour que cette solution soit équitable à l'égard de la masse des créanciers suisses qui doivent être payés par le clearing, qu'elle ne lui assure pas un tour de faveur dans l'ordre des paiements et d'autre part que sa créance soit classée dans la catégorie à laquelle elle appartient d'après les critères appliqués en matière de „compensation"; si ces deux conditions étaient remplies il n'y aurait sans doute plus lieu de s'opposer au séquestre, dans le cas envisagé. Cette solution devrait donc comporter le maintien du versement au clearing de la créance séquestrée et du paiement par voie de „compensation" au créancier séquestrant. La „distribution des deniers" serait assimilée, au point de vue

---

[99]) Nouvelle Gazette de Zurich, n° 555 du 1er avril 1936 et n° 1234 du 17 juillet 1936.

du clearing, au versement du débiteur étranger du créancier ayant requis le séquestre.

A vrai dire la réalisation pratique de cette solution ne manquerait pas, sans doute, de se heurter à de sérieuses difficultés malgré les avantages qu'elle présenterait. En effet on ne peut guère admettre que les deux opérations symétriques à la base du clearing, le versement du débiteur et le paiement au créancier, soient effectuées dans le même pays. La „compensation" n'aurait plus guère alors que la valeur d'une fiction.

Pratiquement nous ne doutons pas que la décision prise par l'Office de compensation aux termes de la circulaire n° 25 du Tribunal fédéral ne tienne judicieusement compte des divers éléments de la situation, dans toute la mesure compatible avec l'application des accords de clearing, et qu'en particulier lorsque la créance du tiers requérant le séquestre pourrait faire l'objet d'un règlement par voie de „compensation", il n'en tire les conclusions qui en découlent logiquement.

Chapitre XIII.

Les accords de clearing et la procédure civile.

Il ne semble pas que les accords de clearing déploient n'importe quel effet en matière de procédure civile. En particulier il n'y a sans doute pas lieu d'admettre que le défendeur domicilié en Suisse pourrait invoquer ces accords pour obtenir que le dépôt d'une caution judicatum solvi soit imposé à un ressortissant d'un Etat ayant adhéré à la Convention de La Haye relative à la procédure civile.

Le Tribunal fédéral a pris une décision en ce sens dans un cas où la législation allemande dans le domaine du transfert des devises était en cause[100]).

---

[100]) R. O. 61 I p. 358.

Considérations finales.

Le sujet de notre travail ne se prête évidemment guère à des conclusions générales. Par ailleurs il est clair que nous n'avons pas à porter ici un jugement sur la valeur économique des accords de clearing conclus par la Suisse.

Cependant nous ne voudrions pas mettre le point final à cette étude sans rendre hommage aux représentants de la Suisse qui ont négocié ces traités. Ils ont su défendre, dans des circonstances particulièrement difficiles, les intérêts de notre économie nationale.

Nous terminerons en exprimant le voeu que l'application des accords de clearing soit telle qu'elle apporte le moindre trouble possible aux relations juridiques entre contractants.

BIBLIOGRAPHIE.

Allix, Les Offices de Compensation des créances et des dettes (Sans-fil, février 1933).

Archambault, Les avoirs français à l'étranger et les Offices de compensation, Paris 1932.

Bataille, Les Offices de compensation et leur rôle dans la restauration du commerce extérieur, Paris 1934.

Behrbohm-Sudau, Die deutsche Devisengesetzgebung nebst Kommentar, 1932.

Bendheim, Das deutsche Devisenrecht und die Schweiz, Berne 1936.

Blau, Internationales Privatrecht und deutsches Devisenrecht, dans R. S. J. 1932/33 p. 257.

Bret, Le déblocage des créances „gelées" dans les caisses de compensation, dans „Revue politique et parlementaire" du 10 février 1936.

Brizon, Contingentement et Offices de Compensation (Revue politique et parlementaire, 4e trim., 1932).

Buscke-Hartenstein, Die deutsche Devisenbewirtschaftung, Berlin 1934.

Combaz, Echanges commerciaux et Offices de compensation (Journal commercial et maritime, 9 janvier 1933).

Dalbouze, La compensation des créances et des dettes commerciales (Information, 11 octobre 1932).

Duchêne, Le fonctionnement de l'Office de Compensation (Journal de Commerce, 11 août 1932).

Fain, Commentaires de la loi du 10 juillet 1928 sur l'assurance-crédit de l'Etat et des décrets-lois de 1935 sur la mobilisation des arriérés de clearing, Paris 1936.

Finet, Le rôle et le fonctionnement de l'Office de Compensation (Journée industrielle, 20 octobre et 17 novembre 1932).

Flad-Berghold-Fabricius, Das neue Devisenrecht, Mannheim 1935.

Fougère, Les caisses de compensation (L'Européen, 22 octobre 1932).

Goldbaum, Währungsnotrecht II, Berlin 1932.

Hartenstein, Devisennotrecht, Berlin 1935.

Hoffmann-Burges, Clearing und Kompensation, Berlin 1935.

Jaccard, De l'incidence juridique du clearing sur les rapports entre acheteurs et vendeurs. Publication n° 32 de la Société suisse de droit international, Zurich 1934.

Jaffa, Das Devisennotrecht, 2e édition, Berlin 1932.

Jarry, L'Office franco-allemand des paiements commerciaux et le commerce franco-allemand, Paris 1936.

Jolly, La compensation et les règlements internationaux (Revue d'économie politique, mars-avril 1933).

— Traité des opérations de compensation, Paris 1935.

Kerschagl, Devisenbewirtschaftung, Berlin 1932.

— Die Devisengesetzgebung in Österreich, Vienne 1934.

Koppe-Blau, Das gesamte Devisenrecht, Berlin 1932.

Kössler, Privatrechtsprobleme des schweizerisch-österreichischen Devisenclearing, dans R. S. J. 1931/32 p. 311.

Krogmann, Clearing und Kompensation im Aussenhandel, Hambourg 1934.

Lachaze, L'Office français de compensation et les règlements internationaux, Paris 1934.

Lion-Hartenstein, Steuer- und Devisennotrecht, Berlin 1932.

Maupas, Le recouvrement des créances françaises à l'étranger et la procédure de compensation (Questions prud'hommales, février 1933).

Mettler, Die Clearingzahlung gemäss den schweizerischen Clearingabkommen mit den Oststaaten, Aarau 1936.

Niboyet, Les récents accords de compensation signés par la France (Revue pratique de législation et de jurisprudence du Tribunal de commerce de la Seine, n° 10, 1933).

Ott, Devisengeschäfte nach schweizerischem Recht, Berne 1924.

Rittershaus-Neische, Devisengenehmigung für die Wareneinfuhr, Berlin 1934.

Schlesinger, Die devisenrechtlichen Beschränkungen des Kapitalverkehrs in Europa, dans R. S. J. 1933/34, p. 369.

Schultze, Devisennotrecht, Berlin 1932.

Société des Nations, Enquête sur les accords de clearing, Genève 1935.

Société de Banque Suisse, Clearingverträge. Bulletin n° 4 de juillet 1936.

Troeger, Import und Export nach deutschem und ausländischem Devisenrecht, 2e édition.

Vieli, Das Rechtssystem der Clearingverträge. Publication n° 32 de la Société suisse de droit international, Zurich 1934.

Wahle, Beiträge zum Devisenrecht, Vienne 1933.

Wegelin, Privatrechtsprobleme des schweizerisch-österreichischen Devisenclearing, dans R. S. J. 1932/33 p. 373.

Wettstein, Die Nationalität der Aktiengesellschaft und das Clearing („Die Schweizerische Aktiengesellschaft", mars 1936, p. 117 sq.)