

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:	113 (1994)
Artikel:	L'obligation de diligence du banquier en droit privé
Autor:	Chaudet, François
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896063

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: 05.02.2026

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

L’obligation de diligence du banquier en droit privé

Rapport présenté par **FRANÇOIS CHAUDET**

Avocat et Professeur à l’Université de Lausanne

Table des matières

Table des abréviations	7
1. Introduction	9
1.1. La banque dans la tourmente – actualité du sujet	9
1.2. La banque, collision d'intérêts et d'idées	10
1.3. L'hétérogénéité bancaire et la diversité des diligences	11
1.4. L'objet du rapport; les limites du sujet	12
2. Partie générale	13
2.1. Les sources formelles	13
2.1.1. Un certain vide juridique	13
2.1.2. Les textes légaux	13
2.1.2.1. La Constitution fédérale	13
2.1.2.2. Les lois fédérales et leurs textes d'application .	14
2.1.2.2.1. Les lois proprement bancaires	14
2.1.2.2.2. Les lois générales	14
2.1.2.3. Les textes cantonaux et intercantonaux	15
2.1.2.3.1. Au sujet des banques cantonales	15
2.1.2.3.2. Le concordat intercantonal sur l'usure . . .	16
2.1.3. Les conditions générales des banques	16
2.1.4. Les usages bancaires	18
2.2. Notion de la banque	18
2.2.1. En général	18
2.2.2. Par rapport à l'objet de notre étude	19
2.3. L'obligation de diligence en général	19
2.4. La banque, service public?	20
2.5. La banque, activité concédée?	21
2.6. La responsabilité délictuelle de la banque et le dommage purement patrimonial	25
2.6.1. Le problème	25
2.6.2. Le dommage purement patrimonial	26
2.6.2.1. Le principe et sa mise en cause	26
2.6.2.2. La requalification du dommage purement patrimonial	28
2.6.2.3. La nature et le contenu de la norme violée . . .	29
2.6.2.3.1. La théorie classique et son application hésitante	29
2.6.2.3.2. Critique	31
2.6.2.3.3. Les pistes nouvelles	32
A) Remarques préalables	32
B) L'art. 2 CC en tant que tel: le principe . . .	32
C) L'art. 2 CC et le rapport de fait fondé sur la confiance; l'exception ou le principe exceptionnel	33

D) L'obligation générale de prudence	35
E) La responsabilité à raison du risque créé . .	36
F) L'art. 3 LB: une norme protectrice particulière?	38
2.6.3. Critique	39
3. Partie spéciale	41
3.1. Le crédit	41
3.1.1. La fonction et les effets du crédit	41
3.1.1.1. Le dilemme du crédit	41
3.1.1.1.1. Le besoin de la banque	41
3.1.1.1.2. Le besoin de l'économie	42
3.1.1.1.3. Le crédit utile ou nocif	43
3.1.1.1.4. Perversité du crédit trop facile ?	44
3.1.1.2. La relativité d'une théorie du crédit	45
3.1.2. Les deux variables du crédit	46
3.1.2.1. L'opposition entre les intérêts du banquier et ceux du client	46
3.1.2.1.1. Le conflit d'intérêts	46
3.1.2.1.2. L'obligation de fidélité	48
3.1.2.1.3. Le principe de la proportionnalité	48
3.1.2.1.4. Mise en oeuvre de ces principes	48
3.1.2.2. Les différents crédits	49
3.1.2.2.1. Quant à leur affectation	49
3.1.2.2.2. Quant à leur forme	50
3.1.2.3. Les diligences du donneur de crédit. Première synthèse	50
3.1.3. La diligence dans l'octroi du crédit	51
3.1.3.1. Les devoirs de la banque	51
3.1.3.1.1. Observation générale	51
3.1.3.1.2. Les investigations de la banque	52
A) Quant à l'objet	52
B) Quant aux sources de renseignements	54
3.1.3.1.3. Les garanties du crédit	55
A) La distinction entre crédits avec ou sans couverture	55
B) Les devoirs généraux en matière de garantie	56
3.1.3.1.4. Le problème des fonds propres de l'emprunteur	57
3.1.3.1.5. La recherche de l'arrière-plan économique de l'affaire	57
3.1.3.1.6. Les risques à évaluer	59
A) Observation générale	59
B) Liste	59
3.1.3.2. La responsabilité de la banque	60
3.1.3.2.1. A l'égard du client	60

A) La position du problème	60
B) Le fondement et les chefs de responsabilité	60
3.1.3.2.2. A l’égard des tiers	66
A) Renvoi à ce qui précède	66
B) Les chefs de responsabilité spécifiques	66
3.1.3.3. Synthèse	67
3.1.3.3.1. La portée de l’octroi d’un crédit	67
3.1.3.3.2. Les devoirs dans l’octroi d’un crédit	68
3.1.3.3.3. Les effets de l’octroi d’un crédit	68
3.1.4. La diligence dans le refus du crédit	68
3.1.4.1. De quoi s’agit-il?	68
3.1.4.2. Première question: le droit au refus de crédit connaît-il des limites?	69
3.1.4.3. Deuxième question: le refus d’augmenter un crédit préexistant	69
3.1.4.4. Troisième question: le refus d’un dépassement de crédit antérieurement accepté	70
3.1.4.5. Quatrième question: le refus du crédit pour un motif de concurrence	71
3.1.4.6. Cinquième question: les circonstances et la forme du refus	71
3.1.5. La diligence dans la gestion et la surveillance du crédit	72
3.1.5.1. L’obligation de fidélité	72
3.1.5.2. Les incombances du client	73
3.1.5.2.1. L’information	73
3.1.5.2.2. La gestion du crédit	73
3.1.5.2.3. Le paiement des intérêts	73
3.1.5.3. Les obligations du banquier	74
3.1.5.3.1. L’information	74
3.1.5.3.2. La cohérence et la continuité	74
3.1.5.3.3. La rigueur dans les contrôles	76
3.1.5.3.4. Le devoir de fixer des limites	77
3.1.6. La diligence dans la révocation du crédit	77
3.1.6.1. La notion de révocation	77
3.1.6.2. La révocation “punitive”	78
3.1.6.3. Le dilemme du banquier et le débat de l’euthanasie	79
3.1.7. La diligence dans le petit crédit	81
3.1.7.1. La situation jusqu’en 1993	81
3.1.7.2. Le nouveau droit	81
3.2. Le renseignement et le conseil	83
3.2.1. Le fossé entre le droit et la réalité	83
3.2.1.1. Le monde financier est un marché d’initiés	83
3.2.1.2. La spécificité du renseignement et du conseil bancaires	84

3.2.1.3. Le cadre juridique	84
3.2.1.3.1. Le fondement juridique de la responsabilité à raison du conseil ou du renseignement	84
3.2.1.3.2. Le Code pénal	87
3.2.1.3.3. Le secret bancaire	87
3.2.1.4. Le dilemme insoluble	88
3.2.2. La responsabilité pour faux renseignements	93
3.2.3. La responsabilité pour mauvais conseils	96
3.2.4. Un cas épique: l'effet d'un renseignement ou d'un conseil bancaires dans une situation de concurrence	97
3.2.5. Un autre cas encore plus épique: le refus du banquier de communiquer un renseignement ou un conseil susceptibles d'écartier un danger	98
3.3. La participation de la banque à la gestion d'une entreprise	99
3.3.1. La problématique	99
3.3.2. Le banquier, organe de fait	100
3.3.2.1. Les états de fait	100
3.3.2.2. Le fondement et la nature de la responsabilité de l'organe de fait	102
3.3.2.3. Les personnes protégées et les personnes responsables	103
3.3.2.3.1. Les personnes protégées	103
3.3.2.3.2. Les personnes responsables	103
3.3.2.3.3. Les administrateurs croisés	105
3.3.2.3.4. La diligence écartelée	105
3.3.2.3.4.1. En général	105
3.3.2.3.4.2. L'obligation de fidélité	105
3.3.2.3.4.3. L'obligation de secret	106
3.3.2.3.4.4. La pratique bancaire	107
4. Conclusion	108
Bibliographie	111

Table des abréviations

AJP	Aktuelle juristische Praxis
al.	alinéa (Abs. = Absatz)
art.	article
ASB	Association suisse des banquiers
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
Bd.	Band
BNS	Banque nationale suisse
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
Bull.	Bulletin
c.	contre
cf.	confer
CC	Code civil suisse
CCfr.	Code civil français
CCI	Chambre de commerce internationale
CFB	Commission fédérale des banques
CG	Conditions générales
ch.	chiffre
chap.	chapitre
CO	Code fédéral des obligations
CP	Code pénal suisse
cons.	considérant
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874
dir.	directeur
éd.	édition (éditeur)
ég.	également
fasc.	fascicule
FJS	Fiches juridiques suisses
FF	Feuille fédérale de la Confédération
FS	Festschrift
Hrsg.	Herausgeber
i.f.	in fine
JCP	Juris-classeur périodique
JdT	Journal des Tribunaux
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
LB	Loi fédérale sur les banques et caisses d'épargne des 8 novembre 1934 et 11 mars 1971
lit.	littera
LF	Loi fédérale
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889
n.	note
n°	numéro(s)
n.p.	non publié

op. cit.	opus citatum
OB	Ordonnance d'exécution du 17 mai 1972 sur les banques et les caisses d'épargne
OR	Obligationenrecht
p. (pp.)	page(s)
rés.	résumé
RDS	Revue de droit suisse
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (anciennement SAS: La société anonyme suisse, jusqu'en 1990)
s.	suivant(e)
ss	suivant(e)s
SJ	La Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SPR	Schweizerisches Privatrecht
T.	tome
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral
vol.	volume
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Heidelberg)

1. Introduction¹

1.1. *La banque dans la tourmente – actualité du sujet*

1. C'est un redoutable défi de se pencher sur l'obligation de diligence du banquier au moment même où celui-ci subit de plein fouet les effets dévastateurs d'une crise dont la gravité ne devrait pas manquer d'avoir des conséquences à long terme sur son comportement et sa pratique. Les médias et la mode nous ont habitués à connaître ce que nos voisins français appellent des "Etats généraux" comme une forme d'exorcisme à court terme de bon nombre de maux apparemment incurables (déficit chronique de la Sécurité sociale, politique agricole). L'approche scientifique, elle, se concilie mal avec le traitement d'un problème brûlant. Elle exige recul et mesure. Or, le temps que nous vivons est marqué par de nombreuses affaires dont le caractère exorbitant risque d'obscurcir l'image de la réalité et d'aveugler l'observateur.

2. Dans le domaine du crédit, la banque a donné ces derniers temps une image d'elle-même dont le moins que l'on puisse dire est qu'elle ne fut parfois ni continue, ni cohérente, ni rigoureuse. Défaut de continuité dans la substitution d'une attitude de très grande fermeté juridique et financière à une complaisance laxiste, dans un climat d'euphorie certes généralisée. Défaut de cohérence entre les banques collaborant sur un même dossier et à l'intérieur même d'une banque vis-à-vis de situations analogues gérées "au coup par coup". Défaut de rigueur dans l'oubli de règles de prudence élémentaires puis dans une réserve paraissant vouloir exclure le risque plutôt que de le mesurer. Comme dans toute période troublée, le banquier a soudain repris conscience de la fragilité des prévisions économiques sur lesquelles il doit pourtant construire sa politique de crédit. Le même directeur de succursale ne se verra-t-il pas reprocher successivement, à quelques mois de distance, son "manque de volume" puis son activisme imprudent? Cela pour souligner que le métier de banquier se dessine et se redessine dans un contexte concret et non in abstracto. L'obligation de diligence est une norme de comportement à contenu éminemment variable, dont la définition ne peut se faire par référence à un modèle unique. C'est dans le temps et l'espace d'une situation donnée que l'on peut tenter de cerner les contours des devoirs professionnels du banquier.

¹ Nous adressons à notre assistante, Mademoiselle Anabelle Koch, nos très vifs remerciements pour l'aide précieuse et efficace qu'elle nous a apportée dans la recherche documentaire, la préparation et la relecture de ce rapport.

1.2. La banque, collision d'intérêts et d'idées

3. Nul autre ne suscite sans doute autant d'attentes et de visions contradictoires que le banquier dans l'exercice de son métier. De par sa double fonction d'emprunteur dépositaire et de prêteur, il doit aussi bien gérer avec prudence et efficacité les fonds qui lui sont confiés que se montrer compétitif, voire agressif, sur le marché où il investit en situation de concurrence. Le créancier veut que sa banque soit avisée et qu'elle agisse avec retenue, en évitant les risques, tandis que son débiteur lui demande de l'audace. Le client sain attend qu'elle soit rapide et qu'elle ne se mêle pas de ses affaires, tandis que celui qui l'est moins entre dans une relation d'assistance. Le banquier est-il un "commerçant comme les autres", qui achète et vend une marchandise particulière? Oui, répondront les uns, soucieux de l'indépendance et de la non-responsabilité sociale de la banque. Non, leur rétorqueront ceux pour qui le banquier exerce un monopole de fait et assume à ce titre des obligations qui dépassent un cadre purement contractuel. A quelques mois d'espace, un client reprochera à son bailleur de crédit qu'il se montre trop chiche puis qu'il le précipite dans la ruine par des facilités manifestement excessives. Le banquier-conseiller, le banquier-confident, le banquier-contrôleur et le banquier-gendarme/tuteur sont autant d'images contrastées que le même client peut avoir du même banquier, au gré du changement des circonstances. Il n'est pas jusqu'à l'Etat qui ne soit victime de ces contradictions, lorsqu'il censure juridiquement la banque trop généreuse dispensatrice de crédit tout en lui demandant politiquement d'être le moteur de la relance. Le secret bancaire n'échappe pas à cette collision d'intérêts: son respect absolu devrait entraîner l'interdiction de communiquer tout renseignement sur la santé économique d'un débiteur. Pourtant, il est de plus en plus demandé aux banques qu'elles ne se dérobent pas lorsqu'elles sont sollicitées par une autre banque ou par une relation d'affaires qui doit juger la surface financière d'un partenaire éventuel. Dans notre pays qui ne connaît pas de centrale des impayés ou de centrale des mauvais risques, le cloisonnement total de l'information peut faciliter des déroutés qui ne profitent à personne. Il convient de s'interroger non seulement sur l'opportunité et sur l'admissibilité d'une réalité du renseignement consciemment contraire au droit (double réalité analogue à l'attitude ambiguë de l'Etat face à la médecine non officielle ou aux travailleurs étrangers non autorisés), mais surtout sur l'ambivalence de la diligence du banquier qui n'est plus vraiment avisé lorsqu'il est privé d'informations essentielles.

4. C'est ainsi que la banque est systématiquement en situation de "collage". Par cette "expression du jargon bancaire désignant l'impossibilité pour le banquier de procéder au recouvrement à l'échéance de sa créance sans mettre l'entreprise en péril et par là même mettre en danger le

recouvrement proprement dit de la créance elle-même”², on dessine assez précisément le dilemme permanent du banquier, écartelé entre des attitudes contraires, pourtant toutes fondées sur une certaine notion de diligence. A cela s’ajoute que ce commerçant d’une nature particulière gère autant sa propre affaire que celle d’autrui. En dehors de ses fonds propres, il ne fonctionne que par le crédit qu’on lui donne – au sens propre et au sens figuré, ce qui le conduit naturellement à hiérarchiser ses critères d’appréciation en subordonnant l’intérêt des partenaires de l’actif de son bilan à celui de ses bailleurs de fonds. Est-il bien admissible que la diligence du banquier face à son emprunteur soit ainsi silencieusement postposée à celle qu’il observe à l’égard de ses propres créanciers? Y a-t-il quelque chose à redire à cette “diligence à deux vitesses”? Si l’on intègre dans cette problématique le légitime souci d’entrepreneur du banquier, on mesure la complexité du conflit d’intérêts réunis sur sa tête, qui débouche sur l’arbitrage entre trois ayants droit, dont lui-même. La structure inhérente au financement et à l’activité du banquier fait échapper ce dernier à la fois à une analyse purement synallagmatique de ses obligations et à une construction simple de sa responsabilité.

1.3. L’hétérogénéité bancaire et la diversité des diligences

5. Un premier pas pour la compréhension du sujet est d’admettre qu’il n’y a pas une banque ni, en son sein, une activité rattachée à un système normatif unique. La diversité des établissements financiers est évidente. Diversité juridique dans l’organisation et la surveillance, entre les banques cantonales et celles en mains privées. Diversité financière entre les banques dites privées et celles dont le capital est ouvert au public. Diversité économique entre les banques dites universelles et celles qui ne pratiquent que dans un secteur limité. Diversité politique enfin entre les banques internationales et les banques locales ou régionales. A cette mosaïque s’ajoute la disparité des prestations offertes. Lorsqu’elle pratique le crédit, le renseignement commercial ou qu’elle rend des services techniques n’impliquant de sa part aucune prise de risque, la banque est chaque fois un opérateur différent dont les actes ou les négligences induisent des effets fort divers. C’est pourquoi il n’est pas possible de parler au singulier de l’obligation de diligence du banquier. Dans son double sens de soin attentif et de promptitude ou de zèle dans l’exécution, l’expression générale est un masque qui cache une multitude d’attitudes et de comportements pouvant varier à l’infini selon la situation de fait. Il n’y a pas davantage d’unicité de diligence qu’il n’y a d’unicité de contrat bancaire. La théorie allemande du contrat bancaire général ayant une existence

² PRAT, p. 183, n. 2.

autonome ne trouve aucune assise en droit suisse et n'est pas reçue par la doctrine dominante³.

1.4. *L'objet du rapport; les limites du sujet*

6. L'ampleur du sujet, équivalente à celle de l'activité bancaire, est telle qu'il a paru préférable aux deux rapporteurs de scinder celui-ci en deux. C'est pourquoi le présent rapport se limite à l'étude des obligations de diligence du banquier dans trois de ses activités: le crédit, le renseignement et la participation à la gestion d'une entreprise tierce. Ces secteurs ont ceci de commun qu'ils impliquent des prestations ayant une forte résonance économique, qu'ils font sortir le banquier d'une attitude de réserve et l'attirent dans l'espace tumultueux de la vie des entreprises, à l'égard desquelles il perd de ce fait même recul et neutralité. Bien qu'il doive s'en défendre, le banquier abandonne là une partie de son indépendance, en acceptant de jouer un rôle dont il connaît le caractère causal sur les effets produits dans l'entreprise. Par rapport aux autres opérations bancaires, qualifiées d' "indifférentes"⁴, plus techniques, et soumises à une conception commutative du rapport d'échange (garde de titres, location de casiers de coffre-fort, encaissement d'effets, etc...), il y a de l'arbitraire et de la différence dans l'octroi ou le refus d'un crédit, d'un renseignement, d'une

³ GUGGENHEIM, p. 34, notamment n. 14, citant HERBERT SCHÖNLE, *Bank und Börsenrecht*, 2 éd., Munich 1976, p. 28: "Die Rechtsbeziehungen zwischen Bank und Bankkunden folgen somit ausschliesslich aus denen zwischen ihnen abgeschlossenen verschiedenartigen bankgeschäftlichen Einzelverträgen." Sur la diversité des contrats bancaires qui s'écartent souvent des contrats prévus par la loi, cf. THALMANN, p. 128 ss, avec des exemples. GUGGENHEIM, p. 34, rattache les contrats bancaires, "à première vue", à trois types de contrats réglementés dans la partie spéciale du CO, à savoir le contrat de dépôt, le contrat de prêt et le contrat de mandat. Mais il souligne aussitôt qu' "un examen plus approfondi de la question fait apparaître qu'il n'existe pratiquement aucun contrat bancaire qui puisse être rattaché purement et simplement aux dispositions régissant ces contrats". Le concept de contrat bancaire général est né en Allemagne en rapport avec les conditions générales des banques allemandes, dont le préambule stipule que la banque met son infrastructure à la disposition du client pour l'exécution des mandats les plus divers: cf. REINHARD SCHLENKE, *Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken und AGB-Gesetz*, Berlin 1984, p. 23 ss, cité par HARDEGGER, p. 26, n. 25, qui indique les références doctrinales allemandes, notamment HANS-ULRICH FUCHS, *Zur Lehre vom Allgemeinen Bankvertrag*, Francfort/Berne 1982. Quant à la notion de contrat bancaire en droit autrichien, cf. SCHINNERER, p. 18 et GUGGENHEIM, p. 32. En ce qui concerne l'obligation de diligence, NOBEL, *Sorgfaltspflicht*, p. 206, reprenant l'expression de KLEINER, *Banking Law*, p. 173 ss (180), selon laquelle le droit du mandat est le "nucleus of the banking relationship", rattache au mandat les rapports contractuels établis avec une banque "in weitem Masse", en dehors des règles spéciales découlant de la technique bancaire relative aux opérations documentaires.

⁴ DUPERREX, p. 1.

participation ou d'une assistance de gestion. De telles prestations produisent un effet de levier démultiplieur sur les forces et les moyens du client, sans rapport avec leur prix. Sans compter que certains services sont gratuits, il n'y a d'équivalence ni entre le taux d'intérêt et l'utilité du prêt, ni entre la tarification commutative des taux et l'octroi distributif des crédits. Ces secteurs se situent à la limite de la prestation de service et de l'opération commerciale.

7. Le banquier économiquement actif rencontre des difficultés particulières en raison même de la finalité ambiguë de son intervention. Lorsque surgit un conflit d'intérêts entre son propre bailleur de fonds, son client débiteur et lui-même, quels principes doivent guider sa décision? L'alternative entre l'intérêt du client et celui de la banque n'épuise pas le sujet, puisque celle-ci se réfère autant à l'intérêt de ses actionnaires qu'à celui de ses créanciers. A cet égard, les trois secteurs examinés font appel à des notions et à une problématique qu'il a paru opportun d'examiner de façon générale, pour ne plus y revenir ensuite; c'est pourquoi nous leur consacrons la première partie.

2. Partie générale

2.1. *Les sources formelles*

2.1.1. Un certain vide juridique

8. En raison même de leur conception unitaire de l'activité du banquier, les textes législatifs et réglementaires sont à la fois vides et inadéquats. Ils abandonnent à la pratique le soin d'organiser et de normaliser la relation juridique entre la banque et son client, et le terrain est largement occupé par un appareil formidable de conditions générales et particulières laissant peu de place à l'autonomie de la volonté. La présente étude est à la fois malaisée et intéressante en raison de la modestie doctrinale et jurisprudentielle. La qualification de contrat mixte faisant largement appel aux règles du mandat⁵ n'avance guère celui qui cherche à objectiver les devoirs concrets du banquier.

2.1.2. Les textes légaux

2.1.2.1. *La Constitution fédérale*

9. La Constitution fédérale ne fournit aucune base susceptible d'influencer directement le rapport de droit privé entre le banquier et son client. Toutefois, au niveau du crédit, certaines dispositions induisent un effet

⁵ GUINAND/KNOEPFLER, *FJS* 327, p. 10; KLEINER, *Banking Law*, p. 180; NOBEL, *Sorgfaltspflicht*, p. 206.

indirect par la réglementation ordinaire ou extraordinaire de la masse monétaire. Pour maîtriser l'inflation ou pour relancer l'économie, la Confédération peut s'appuyer sur les art. 31, 31^{bis}, 31^{quater}, 31^{quinquies} et 32, notamment par l'effet stimulant ou inhibiteur des taux pratiqués par la Banque nationale suisse pour l'avance sur nantissement et l'escompte (réescompte) de papiers-valeurs. La Confédération se fonde sur les mêmes dispositions lorsqu'elle prend des arrêtés fédéraux urgents limitant le crédit, ce qui a pour effet évident de restreindre la liberté du banquier et l'ampleur de sa diligence quantitative en la matière.

2.1.2.2. *Les lois fédérales et leurs textes d'application*

10. Les lois fédérales et leurs textes d'application sont de deux ordres. Il faut distinguer:

2.1.2.2.1. Les lois proprement bancaires

- *La loi fédérale sur la Banque nationale*⁶ des 23 décembre 1953 et 15 décembre 1978.
- *La loi fédérale sur la monnaie*⁷ du 18 décembre 1970.
- *La loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne*⁸ des 8 novembre 1934 et 11 mars 1971 contient plusieurs règles importantes pour notre étude:
 - Garantie d'une activité irréprochable: art. 3;
 - Proportion entre fonds propres et fonds étrangers: art. 4;
 - Proportion entre fonds prêtés ou en participation et fonds propres de la banque: art. 4^{bis};
 - Crédits et placements à l'étranger: art. 8;
 - Responsabilité civile (à l'exclusion de celle des banques privées): art. 38 à 45;
 - Responsabilité pénale: art. 46 à 51^{bis}.
- *L'ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne*⁹ du 17 mai 1972 retient l'attention par ses art. 11 à 14 (rapport entre fonds propres et fonds étrangers), 15 à 20 (liquidités) et 21-22 (répartition des risques et crédits aux organes de la banque).

2.1.2.2.2. Les lois générales

11. – *Le Code fédéral des obligations*¹⁰:

- Régime de la responsabilité civile pour les banquiers privés: art. 41 ss CO pour la raison individuelle, la société en nom collectif et la société

⁶ RS 951.11.

⁷ RS 941.10.

⁸ RS 952.0.

⁹ RS 952.02.

¹⁰ RS 220.

- en commandite, art. 567-569 et 591-593 CO pour la deuxième et, par renvoi, pour la troisième (art. 619 CO);
- Obligation de diligence découlant, directement ou par analogie, des règles du mandat, à savoir responsabilité pour une bonne et fidèle exécution (art. 398 CO, renvoyant à l’art. 321a CO du contrat de travail: exécuter avec soin le travail confié et sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l’employeur);
 - Dispositions en matière de prêt de consommation (art. 312 ss CO);
 - Dispositions en matière de dépôt (art. 472 ss CO);
 - Les art. 100 al. 2 et 101 al. 3 CO, en relation avec les clauses contractuelles limitatives ou exonératrices de la responsabilité du banquier.

2.1.2.3. *Les textes cantonaux et intercantonaux*

2.1.2.3.1. Au sujet des banques cantonales

12. Les banques cantonales occupent une position particulière¹¹. L’art. 31^{quater} de la Constitution fédérale enjoint la Confédération de “tenir compte du rôle et de la situation particulière des banques cantonales”. Fondées et organisées par les cantons, qui jouissent en ce domaine d’une large liberté¹², elles n’ont pas besoin, pour exercer leur activité, d’une autorisation de la Commission des banques¹³. Le législateur fédéral relève cette particularité à l’art. 3 al. 4 LB en disposant que “le présent article n’est pas applicable aux banques cantonales [...]”, qu’il définit comme les “banques créées en vertu d’un acte législatif cantonal et dont les engagements sont garantis par le canton [et les] banques créées avant 1883 en vertu d’un acte législatif cantonal et qui sont administrées avec le concours des autorités cantonales alors même que leurs engagements ne sont pas garantis par le canton”. Le statut particulier de ces établissements entraîne donc l’application de textes fédéraux et cantonaux:

a) Les lois fédérales

- *La loi fédérale sur les banques et les caisses d’épargne* des 8 novembre 1934 et 11 mars 1971 soumet les banques cantonales aux dispositions spéciales suivantes:
- Champ d’application de la loi et définition des banques cantonales: art. 3 al. 4;

¹¹ Pour un exposé complet, cf. MÜLLER, p. 80-87; KNAPP, p. 459, et nombreuses sources citées, n. 2.

¹² MÜLLER, p. 82.

¹³ MÜLLER, p. 81, relève que “c’est à la Commission des banques qu’il incombe de décider, au besoin après consultation des autorités cantonales, si un établissement peut être considéré comme une banque cantonale [...]”. Par ailleurs, il souligne, p. 82, que les banques cantonales n’ayant pas besoin pour exercer leur activité d’une autorisation de la Commission des banques (art. 3 al. 4 LB), “cette dernière ne peut pas la leur retirer ni les menacer d’un tel retrait au cas où par exemple elle considérerait qu’un directeur n’offre plus toutes les garanties d’une activité irréprochable”.

- Non-applicabilité de l'art. 5, relatif à la constitution d'un fonds de réserve: art. 5 al. 2;
- Dépôts d'épargne garantis par le canton: art. 15 al. 2 et 3;
- Contrôle et révision: art. 18 al. 2;
- Non-applicabilité des dispositions relatives à la responsabilité civile: art. 38.
- *L'ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne* du 17 novembre 1972:
- Fonds propres limités (pour les banques cantonales dont tous les engagements sont garantis par le canton): art. 13 al. 3 lit. b;
- Organes de révision et contrôle: art. 34-35.

b) Les lois cantonales

Pour chaque canton, on se réfèrera aux lois de fondation et d'organisation qu'il a adopté pour son ou ses établissements ayant le statut de banque cantonale¹⁴.

2.1.2.3.2. Le concordat intercantonal sur l'usure

13. *Le concordat intercantonal réprimant les abus en matière d'intérêt conventionnel* du 8 octobre 1957¹⁵ énonce un certain nombre de dispositions tendant, sur le territoire des cantons signataires, à contenir la contre-prestation de l'emprunteur ou du bénéficiaire du crédit dans des limites non usurières et à régler les rapports entre les parties au contrat.

Ses dispositions principales sont les suivantes:

- Etendue maximale et limites quant à la contre-prestation (et à sa forme) de l'emprunteur ou du bénéficiaire du crédit: art. 1-2, 7-8;
- Etendue maximale de la reconnaissance de dette: art. 4;
- Modalités relatives à la conclusion du contrat: art. 9 à 12;
- Sanctions: art. 13 à 15;
- Champ d'application (restrictions): art. 17;
- Cantons signataires: art. 19.

2.1.3. Les conditions générales des banques

14. Bien que non formellement unifiées, les conditions générales des banques suisses¹⁶ se ressemblent par l'effet incitatif des recommandations venant de l'Association suisse des banquiers et d'autres associations privées. Les querelles sur leur nature juridique¹⁷ sont moins intéressantes que l'examen de leur portée et de leur soumission au contrôle juridictionnel. A l'encontre de la position isolée de KLEINER¹⁸, pour qui il importe

¹⁴ Références législatives chez KNAPP, p. 460-461, n. 5-10.

¹⁵ RS 221.121.1. Cf. ég. l'art. 73 al. 2 CO et l'art. 157 CP.

¹⁶ Cf. notamment la thèse récente de HARDEGGER.

¹⁷ GUGGENHEIM, p. 58 ss, notamment 59, n. 4-6 et sources citées.

¹⁸ KLEINER, *Geschäftsbedingungen*, p. 10, se référant à un arrêt non publié du Tribunal de cassation du canton de Zurich du 17.4.1961 (n° 49/61), n'estime même pas nécessaire

peu que le client ait lu ou non le contenu des conditions générales mais il suffit que celui-ci déclare avoir pris connaissance du fait qu’elles régissent toutes les relations avec la banque, nous ne voyons aucune raison de faire preuve de plus de mansuétude à leur égard qu’envers toutes les autres conditions générales. Par leur effet limitatif de la liberté contractuelle et de l’autonomie de la volonté¹⁹, ces catalogues de conventions préformées doivent éveiller chez le juge une retenue d’autant plus grande qu’est notoire la résignation et la passivité de leurs soi-disant lecteurs. Comme le rappelle FORSTMOSER²⁰, il faut souligner avec force qu’en droit commun, le silence vaut refus et non acceptation, sauf circonstances spéciales telles que remise des formules en cours de négociation, remise de conditions générales lors de transactions antérieures. Pour que les conditions générales fassent partie intégrante du contrat, trois conditions doivent dès lors être réunies:

- Une déclaration selon laquelle telle est bien la volonté des parties²¹;
- La remise des conditions générales au client;
- Une attention particulière du client provoquée par la banque, soit graphiquement, soit verbalement.

Si ces conditions sont satisfaites, peu importe que le client ait effectivement lu ou non les conditions générales. En revanche, il faut écarter leur application lorsque leur mention est fondu dans la masse des clauses dont on sait qu’elles sont rarement lues ou lorsque ces conditions n’ont pas été remises individuellement au client.

15. Quant à l’interprétation et au contrôle judiciaire du contenu des conditions générales, on se référera à l’étude de HARDEGGER²². Retenons ici qu’elles ne doivent pas être interprétées trop littéralement ni extensivement et que, dans le doute, le manque de clarté sera interprété au préjudice de la banque.

Le principe de la clause insolite²³ et l’interdiction de l’abus de droit²⁴ doivent trouver une application particulière au sujet de la clause de résiliation selon laquelle “la banque se réserve le droit de cesser ses relations d’affaires avec effet immédiat, et en particulier, d’annuler des

que les conditions générales aient été remises au client, si ce dernier sait qu’elles doivent faire partie intégrante du contrat à conclure, auquel cas la bonne foi l’oblige à les demander. Sur cette question et la discussion doctrinale, cf. HARDEGGER, p. 27-31.

¹⁹ GUGGENHEIM, p. 59, n. 6 et sources citées; HARDEGGER, p. 8-12.

²⁰ FORSTMOSER, *Geschäftsbedingungen*, p. 14 ss, notamment 14-15.

²¹ Une acceptation de conditions générales tacite ou par actes concluants ne doit être admise qu’avec une grande retenue: cf. HARDEGGER, p. 28, n. 32-34 et sources citées.

²² HARDEGGER, p. 64-80.

²³ HARDEGGER, p. 64-68 et sources citées, notamment n. 146-148.

²⁴ Sur la position réservée de la doctrine dominante pour voir dans l’art. 2 al. 2 CC un instrument adéquat de contrôle des conditions générales, cf. HARDEGGER, p. 98-99, n. 54-55 et sources citées.

crédits promis ou accordés, auquel cas le remboursement de toutes créances sera immédiatement exigible”²⁵. Nous examinerons plus loin cette clause, dont l’effet est évidemment annulé lorsqu’un crédit a été accordé pour une durée déterminée²⁶.

2.1.4. Les usages bancaires

16. Aussi constants dans leur réalité que fragiles dans leurs effets juridiques, de nombreux usages bancaires complètent à la satisfaction de la clientèle le contenu des contrats et des conditions générales. Droit conventionnel coutumier, sinon coutume²⁷, ils présentent probablement les difficultés les plus grandes du point de vue de la sécurité du droit lorsque les parties divergent quant à leur contenu et à leur applicabilité. Le danger existe qu’ils soient invoqués pour obvier à l’exclusion de conditions générales, faute de respect des trois conditions vues ci-dessus. Le fait est que ces usages ont droit de cité, que la pratique bancaire en est remplie et qu’ils sont utiles. Reste à déterminer, dans les cas litigieux où leur contenu coïncide avec celui de conditions générales inapplicables, si leur force est suffisamment démontrée pour que le juge puisse leur accorder une reconnaissance autonome.

2.2. *Notion de la banque*

2.2.1. En général

17. La LB ne définit pas les banques et les sociétés financières. Les critères de base de leur assujettissement à cette loi sont l’utilisation des termes “banque” ou “banquier” dans la raison sociale, ou l’activité d’intermédiaire financier ou encore l’appel au public pour obtenir des fonds en dépôt²⁸. Ce dernier critère permet de déterminer également si et dans quelle mesure une société financière est soumise à la LB. Il n’est pas facile de distinguer la banque de la société financière à caractère bancaire. A défaut de repère légal, la pratique se fonde sur des indices extérieurs tels que l’existence de guichets accessibles au public²⁹, mais ce critère est fragile. Quant aux sociétés financières sans caractère bancaire, elles se

²⁵ Art. 11 des conditions générales de l’Association suisse des banquiers.

²⁶ GUGGENHEIM, p. 65; ATF 70 II 212.

²⁷ GUGGENHEIM, p. 25, n. 9 et 27-28, n. 19, où l’auteur cite la jurisprudence selon laquelle les parties doivent s’y être soumises expressément ou tacitement: *cf.* notamment ATF 37 II 407 (409) = JdT 1913 I 167 (169); ATF 53 II 305 (310); ATF 57 II 315 (319) = JdT 1932 I 149 (152); ATF 76 II 45 (50) = JdT 1951 I 570 (571) (rés.); ATF 83 II 522 (523) = JdT 1958 I 516 (rés.); ATF 86 II 256 (257) = JdT 1961 I 134 (135).

²⁸ MÜLLER, p. 16.

²⁹ MÜLLER, p. 16, n. 12 et ATF 105 Ib 365.

caractérisent par le fait qu’elles financent essentiellement des entreprises appartenant au même groupe, tandis que les sociétés financières à caractère bancaire accordent en principe des crédits à un nombre illimité de clients, qui peuvent appartenir à une même branche de l’économie³⁰.

2.2.2. Par rapport à l’objet de notre étude

18. Dans les domaines du crédit, du renseignement commercial et de la participation à la gestion, les critères d’assujettissement à la LB paraissent devoir être élargis pour englober tous les établissements financiers qui y sont actifs, notamment les compagnies d’assurance. D’une part en effet, la LB ne contient aucune disposition réglementant directement l’obligation de diligence en droit privé. D’autre part, abstraction faite du secret bancaire, les devoirs professionnels concrétisant cette obligation sont attachés aux risques découlant de ces activités plus qu’à la qualité de banque. Dans la mesure où leur définition doit se fonder sur des sources externes au droit bancaire stricto sensu, ils peuvent s’appliquer à des institutions autres que les banques, les sociétés financières à caractère bancaire et les autres sociétés financières qui font appel au public pour obtenir des fonds en dépôt.

2.3. *L’obligation de diligence en général*

19. De la *diligentia* romaine, conçue comme la “vigilance et l’activité qu’apporte un bon administrateur dans la gestion de son patrimoine et dans la conservation des ses biens”³¹, à la responsabilité “objectivée”³² que l’on déduit de l’art. 398 al. 2 CO³³ et qui se réfère à un modèle abstrait, il y a toute la différence séparant l’homme simplement honnête du professionnel. Le *bonus argentarius*, assimilé faute de mieux au mandataire, se voit appliquer les circonstances aggravantes découlant de sa qualité de professionnel et du caractère onéreux de ses services³⁴.

³⁰ MÜLLER, p. 16, n. 11 et ATF 87 I 500 = JdT 1962 I 284. Pour une présentation complète du sujet, cf. LÉVY, *Image*, p. 297 ss, notamment 300, n. 13 et sources citées, et 310.

³¹ RAYMOND MONIER, *Vocabulaire de droit romain*, Paris 1948.

³² GUGGENHEIM, p. 278-279. Sur la distinction entre violation de l’obligation contractuelle de diligence et faute au sens objectif et subjectif, cf. l’étude de WERRO, *Distinction*, p. 253 ss, notamment 267 ss.

³³ Le renvoi au contrat de travail est peu utile en raison des différences marquées entre le travailleur, dépendant, et le mandataire, indépendant; cf. HOFSTETTER, p. 95 ss.

³⁴ GUGGENHEIM, p. 279, n. 38 et sources citées. Pour un aperçu de la jurisprudence rendue en matière bancaire sur la base de l’art. 398 CO, cf. GAUTSCHI, n. 37 ad art. 398 CO et GUINAND/KNOEFLER, *FJS* 328 a, p. 5-6.

20. En posant comme vérité axiomatique que le banquier est soumis à *une* obligation civile de diligence, on se laisse à tort impressionner par une idée fausse selon laquelle la relation bancaire en général comporterait d'une part des traits communs que l'on retrouverait dans chaque contrat spécifique et, d'autre part, une analogie avec le contrat de mandat. Ces deux opinions sont erronées. Ainsi que le démontre GUGGENHEIM³⁵, il n'y a pas en droit suisse de contrat bancaire général. Pourtant, certaines caractéristiques communes à de nombreux contrats particuliers peuvent inviter à construire un tel contrat-cadre:

- L'élément de durée,
- Le rapport de confiance,
- Le secret,
- L'obligation de fidélité.

L'ennui est que la plupart de ces critères, mis à part l'obligation de discréption qui se fonde sur les art. 27 ss CC et 47 LB, découlent précisément du rapprochement avec le mandat. Le raisonnement est vicié à la base, confondant la prémissé et la conclusion. La diligence et la fidélité du banquier sont consubstantielles avec tous les contrats dans lesquels ce dernier est assimilable à un mandataire. Ce sera certainement le cas pour le service de renseignement et pour la participation à la gestion. On peut en revanche en douter pour le crédit. A tout le moins doit-on leur trouver un autre fondement que celui tiré de l'art. 398 CO.

2.4. *La banque, service public?*

21. La question peut faire sourire le juriste suisse, tant elle est contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie et à nos moeurs. Elle a surgi il y a quelques années dans la doctrine française pour recevoir, après quelques hésitations, une réponse négative quasi unanime. Avec d'autres auteurs, HOUIN³⁶ a soutenu l'idée, défendable dans le système français des banques nationalisées, que la banque serait l'instrument d'un service public de distribution et de régulation du crédit. Cette opinion a même été reprise momentanément par la jurisprudence³⁷. Bien qu'elle soit manifestement irrecevable en droit suisse, elle mérite qu'on s'y arrête comme à une image reflétant bien certaines attitudes de la clientèle et, peut-être, certains devoirs, notamment en matière de crédit. Même si la référence au service public est trompeuse, il reste "que la banque crée et véhicule une valeur qui n'est pas une marchandise comme les autres: la monnaie. C'est le sang de l'économie. Les actes et les abstentions du

³⁵ GUGGENHEIM, p. 31 ss; *cf. supra*, n. 3.

³⁶ HOUIN, *Revue*, p. 150-151. Même opinion formulée différemment chez GAVALDA/STOUFFLET, *Banque*, n. 214.

³⁷ PRAT, p. 7, n. 4-5 et références de jurisprudence citées.

banquier ont de ce fait des conséquences sans commune mesure avec les comportements des autres agents économiques”³⁸. L’image permet de mettre l’accent sur trois éléments importants pour la définition des obligations et responsabilités professionnelles du banquier³⁹:

- L’importance exceptionnelle du crédit pour l’économie;
- La gravité exceptionnelle des décisions d’octroi, de refus ou de retrait de crédit, notamment en période de récession ou de crise économique;
- Le fait que les banques disposent de moyens d’information et d’investigation exceptionnels.

22. Parce qu’il n’est pas un “commerçant comme les autres”⁴⁰, son activité n’étant pas seulement dominée par la liberté et la recherche du profit, le banquier a de facto un rôle d’intérêt général, voire d’intérêt public. Dans notre pays, seul JUNOD s’est à notre connaissance exprimé sur le sujet, pour nier la qualité de service public des banques “au sens traditionnel de cette expression en droit administratif”⁴¹. Cette précision implique-t-elle une restriction dans la négation? Tel n’est manifestement pas le cas au regard des explications qui suivent, où l’auteur souligne qu’il appartient en première ligne au marché, grâce à l’aiguillon de la concurrence, de garantir le fonctionnement efficace et irréprochable de l’appareil bancaire. La querelle est un peu rhétorique. De même que les avocats sont les auxiliaires de la justice (sans perdre leur statut de profession libérale) et sont de ce fait soumis à une surveillance officielle, les banquiers ne sont pas assimilables à un service public. Il reste que l’importance de leur activité pour l’économie en général, au-delà de l’intérêt du client, justifie de reconnaître à leur profession qu’elle sert un intérêt général et public.

2.5. *La banque, activité concédée?*

23. L’image du service public, débouchant sur l’intérêt public de la profession, est bien entendu connexe au fait que la branche est soumise à une réglementation de droit public: la banque ne peut opérer sans y être autorisée par la Commission fédérale des banques. Cette permission est-elle autorisation ou concession? A la lettre de l’art. 3 al. 1 LB, il s’agit d’une autorisation⁴², ce que confirme le message du Conseil fédéral du 2 février 1934: “La loi ne soumet pas les banques au régime de la concession. Ce régime présenterait de multiples désavantages. Par contre, elle prescrit qu’une banque ne peut commencer son activité ou être inscrite au registre du commerce qu’après que la Commission fédérale des ban-

³⁸ STOUFFLET, p. 23.

³⁹ VÉZIAN, p. 137.

⁴⁰ HOUIN, *Rapport*, p. 9 ss.

⁴¹ JUNOD, *Garantie*, p. 94, n. 15.

⁴² HARDEGGER, p. 92; FORSTMOSER, *Geschäftsbedingungen*, p. 43, n. 147 et sources citées.

ques aura notifié aux intéressés que son organisation statutaire répond aux exigences de la loi. La Commission s'enquerra auparavant du degré de garantie morale que présentent les fondateurs de la banque”⁴³.

24. Pourquoi donc cette question? Parce qu'elle se pose tout naturellement à propos de l'application de deux dispositions légales importantes pour juger de la responsabilité d'une banque:

- L'art. 100 al. 2 CO permet l'annulation judiciaire d'une clause libératoire de toute responsabilité en cas de faute légère, notamment si cette responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité;
- L'art. 101 al. 3 CO interdit les clauses limitant la responsabilité dérivant du fait des auxiliaires en cas de faute non légère si le débiteur exerce une industrie concédée par l'autorité.

La question est ainsi étroitement liée à celle, plus générale, de l'admissibilité ou non d'une clause d'exonération de la diligence. Elle se pose avec d'autant plus d'acuité que le Tribunal fédéral a jugé récemment que l'exploitation d'une banque doit être assimilée à l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité⁴⁴.

25. Invoquant à tort la doctrine dominante, GUGGENHEIM⁴⁵ considère que la question doit recevoir une réponse négative. Son avis n'a cependant pas pu prendre en compte l'arrêt du Tribunal fédéral précité. Dans cette affaire, la banque qui avait soldé un compte en main d'un *falsus procurator*, cherchait à dégager sa responsabilité en invoquant les deux clauses suivantes, figurant dans ses conditions générales:

“4. *Vérification en matière de signature et de légitimation.* Le dommage résultant du défaut de légitimation ou de faux non décelés est à la charge du client, sauf en cas de faute grave de la banque. [...]”

6. *Erreurs de transmission.* Le dommage provenant de l'emploi de la poste, du télégraphe, du téléphone, du télex, de tout autre moyen de transmission ou d'une entreprise de transport, en particulier par suite de retards, pertes, malentendus, mutilations ou doubles expéditions, est à la charge du client, sauf en cas de faute grave de la banque”.

Ces clauses ont pour effet de mettre préventivement à la charge du client le dommage subi par la banque (“Schadenabwälzung”). Alors même que l'art. 100 al. 2 CO n'est pas directement applicable à une telle stipulation puisqu'il fait partie des règles sur l'inexécution des obligations, tandis qu'il s'agit ici d'une action en exécution, le Tribunal fédéral s'est fondé

⁴³ FF 1934 I p. 185.

⁴⁴ ATF 112 II 450 (455) = JdT 1987 I 91 (rés.).

⁴⁵ GUGGENHEIM, p. 66 ss, notamment 67, n. 39 et sources citées.

sur cette disposition par analogie pour justifier le contrôle judiciaire, en raison de la similitude de situation. S’estimant en accord avec la doctrine quasi unanime, il a assimilé l’exploitation d’une banque à l’exercice d’une industrie concédée par l’autorité.

26. Trois ans plus tôt, dans une affaire de signatures falsifiées où il n’a pas tranché la question topique, le Tribunal fédéral annonçait implicitement cette jurisprudence en ces termes: “[...] la plupart des auteurs proposent de soumettre les banques aux art. 100 al. 2 et 101 al. 3 CO. Les banques du secteur privé, disent-ils, sont soumises à une autorisation de police et la notion de concession, au sens des dispositions précitées, est plus large que celle du droit public; elle comprend les entreprises à but économique soumises au régime de l’autorisation. Pour les banques cantonales, l’acte de fondation par l’Etat est assimilable en soi à une concession de l’autorité”⁴⁶. Et le Tribunal fédéral de conclure que l’avis de ces auteurs méritait un sérieux examen. Il est donc permis de considérer que la jurisprudence inaugurée par l’arrêt de 1986 est ferme, même si elle n’a pas eu l’occasion d’être confirmée jusqu’ici. Est-elle à l’abri de toute critique?

27. KLEINER⁴⁷ considère les clients des banques comme des gens avertis. Il ne se justifie donc pas de les mettre sous la tutelle de l’Etat. La soumission des banques à la LB n’en fait pas des entreprises qui doivent bénéficier d’une concession. Sans prendre fermement position, SCHÖNLE⁴⁸ rappelle sans le critiquer un arrêt non topique de 1965 concernant les CFF et une compagnie privée de chemin de fer dans lequel le Tribunal fédéral⁴⁹ déclare que l’art. 101 al. 3 CO tend à protéger le particulier obligé de contracter avec un concessionnaire au bénéfice d’un monopole: “L’exception faite par l’art. 101 al. 3 CO ne se justifie que par l’existence d’un rapport de dépendance entre le particulier et son cocontractant, au monopole duquel il ne peut échapper en s’adressant ailleurs”.

Dans son commentaire récent, WIEGAND⁵⁰ rappelle qu’OSER/SCHÖNENBERGER⁵¹ étendent généreusement la notion d’industrie concédée aux médecins, avocats, notaires, pharmaciens, aubergistes et aux entreprises de gaz, d’électricité et d’eau. Il s’abstient de prendre position sur la jurisprudence récente relative aux banques.

⁴⁶ ATF 109 II 116 = JdT 1984 I 35, notamment 37 où le TF cite les auteurs favorables à la thèse de l’activité concédée: NOBEL, *Praxis*, p. 289-291 et les références; FORSTMOSER, *Geschäftsbedingungen*, p. 26; STOCKAR, p. 25; KOLLER, *Haftung*, p. 116. Même avis chez LÉVY, *SAS*, p. 29.

⁴⁷ KLEINER, *Geschäftsbedingungen*, p. 15.

⁴⁸ SCHÖNLE, *Responsabilité pour renseignements*, p. 395, n. 37.

⁴⁹ ATF 91 I 223 (233).

⁵⁰ WIEGAND, n. 10-11 ad art. 100 CO et n. 17 ad art. 101 CO.

⁵¹ OSER/SCHÖNENBERGER, n. 5 ad art. 100 CO.

28. Les termes du Code des obligations sont aussi clairs que l'intention du législateur traduite dans le Message de 1934 sur la LB. Rien ne permet d'asseoir la jurisprudence récente sur l'interprétation littérale ni historique de la loi. Quant à l'interprétation téléologique, le Tribunal fédéral lui-même, dans son arrêt de 1965, assigne à l'art. 101 al. 3 CO le but de protéger le particulier contraint de traiter avec un concessionnaire au bénéfice d'un monopole. Ni en 1983 où elle rapporte pourtant l'avis quasi unanime de la doctrine, ni en 1986 où elle le reprend à son compte, notre Haute cour ne dit ce qui permet cette nouvelle interprétation contra legem. La concession est une notion juridique de pur droit public. Les auteurs qui cherchent à en définir un contenu différent en droit privé parlent d'une chose qui n'existe pas. L'assimilation de l'autorisation de police à la concession revient à confondre deux notions de droit administratif manifestement distinctes dans l'esprit du législateur de droit privé, respectées et reprises comme telles par renvoi au droit public. L'argument tiré du fait que l'autorisation de police (de l'avocat, du médecin...) confère à son titulaire une position suscitant la confiance du public⁵² n'est pas pertinent, car ce n'est pas le critère retenu par la loi pour aggraver la responsabilité du débiteur. A suivre ce raisonnement, seules échapperait à la notion d'industrie concédée les activités qui n'impliquent aucune autorisation publique. Ainsi le pêcheur professionnel serait-il également pris dans les mailles de ce filet tentaculaire.

29. L'ennui vient du fait que, si le raisonnement est contestable, ses conclusions peuvent être saluées. Il n'est en effet pas douteux que les clauses d'exonération systématique de responsabilité suscitent de plus en plus une critique générale et en grande partie justifiée. Des dispositions, telles que l'art. 4 des conditions générales de l'ASB ("Le dommage résultant du défaut de légitimation ou de faux non décelés est à la charge du client, sauf en cas de faute grave de la banque") ou l'art. 7 des mêmes conditions selon lequel en "cas de dommage dû à l'inexécution ou à l'exécution défective d'un ordre (à l'exclusion des ordres de bourse), la banque ne répond que de la perte d'intérêts", sont choquantes. L'exclusion de la faute légère comme cause de responsabilité est un problème qui s'ajoute aujourd'hui à celui des dommages causés sans faute, par pure raison technique (informatique, télématique), et pour lesquels les instruments juridiques traditionnels fondés sur la diligence et la faute sont remis en question⁵³.

La censure des clauses jugées excessives doit à notre avis se faire par une révision législative. Vu l'ampleur du problème et la diversité des activités visées, celle-ci devrait porter sur les art. 100 et 101 CO plutôt que sur la LB. Cette révision pourrait utilement compléter les travaux en cours

⁵² KOLLER, *Haftung*, p. 117-118, n. 377.

⁵³ Voir la très intéressante étude de THÉVENOZ, p. 17 ss.

portant sur la révision totale du droit de la responsabilité civile, dans le cadre desquels la Commission d'étude a d'ailleurs proposé⁵⁴, à titre principal, l'interdiction de toute clause contractuelle de limitation ou d'exclusion de responsabilité en matière extra-contractuelle. Toutefois, comme une telle révision paraît peu probable et que la diversité des activités et des situations appelle des solutions individualisées et nuancées, on peut espérer que le Tribunal fédéral poussera complètement la porte d'un contrôle matériel de ces clauses sur la base des art. 2 et 27 CC, 19 à 21 et 23 ss CO, porte entrouverte dans l'arrêt de 1986⁵⁵.

30. En conclusion et contrairement à la doctrine dominante, nous pensons que l'activité bancaire, pas plus que les professions d'avocat ou de médecin, n'est une industrie concédée par l'autorité au sens des art. 100 et 101 CO. On ne saurait déduire de ces deux dispositions une nullité des clauses limitatives de responsabilité, à tout le moins pour les banques commerciales et privées. Le cas des banques cantonales est plus délicat, puisqu'elles tirent leur existence d'un acte législatif cantonal et qu'elles jouissent de ce fait d'une situation d'originalité qui les rapproche du monopole, tout en les soustrayant à la procédure d'autorisation de la LB (art. 3 al. 4 LB)⁵⁶. Les critères examinés ci-dessus permettent d'admettre qu'elles exercent, elles, une industrie concédée par l'autorité. Pour les autres, on ne peut suivre les auteurs qui, tels NOBEL⁵⁷, les voient participer conjointement à un monopole public dans le cadre de leur potentiel de création de monnaie⁵⁸.

2.6. *La responsabilité délictuelle de la banque et le dommage purement patrimonial*

2.6.1. Le problème

31. Bien que l'obligation de diligence du banquier s'inscrive dans la relation contractuelle qu'il entretient avec son client, on ne peut laisser de côté l'examen de sa responsabilité à l'égard de ceux avec qui il n'a aucun rapport contractuel. Premièrement, ce thème est l'objet d'une évolution

⁵⁴ *Rapport de la Commission*, p. 153-154.

⁵⁵ ATF 112 II 450 ss, notamment 456, cons. 3a *in fine*; HARDEGGER, p. 97-110 et 182; cf. également THÉVENOZ, p. 40, n. 64, qui critique l'insuffisance de l'art. 8 LCD. Quant à la contrariété à l'ordre public: cf. ERNST A. KRAMER, *Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, Berner Kommentar VI/1, Berne 1991, n. 270-302 ad art. 19-20 CO, et BERND STAUDER, *Les clauses abusives en droit suisse: situation actuelle et perspectives*, in *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, Paris 1991, p. 279 ss, notamment 281 ss (286-291), cités par THÉVENOZ, *ibidem*.

⁵⁶ MÜLLER, p. 82.

⁵⁷ NOBEL, *Praxis*, p. 289.

⁵⁸ Dans notre sens, JUNOD, *Garantie*, p. 94, n. 15.

rapide dans la doctrine et la jurisprudence de pays à forte activité bancaire et la place financière suisse ne peut échapper à cette tendance. Deuxièmement, il s'agit pour la banque d'un risque professionnel au moins aussi sérieux que celui qu'elle assume face à son client.

Le droit suisse de la responsabilité civile est en plein bouillonnement. Nombreux sont ceux qui lui demandent “plus de cohérence et une meilleure coordination”⁵⁹. La Commission d'étude nommée en 1988 pour entreprendre sa révision totale a déposé son rapport en 1991. C'est dans ce contexte mouvementé qu'il faut examiner deux questions particulièrement importantes pour la responsabilité civile des banques:

- Dans la mesure où leur activité ne peut engendrer que des dommages financiers, sur quelle protection peuvent compter les lésés, à la lumière de notre conception très restrictive de l'illicéité? Ce sera la question du dommage purement économique;
- Cette question – on le verra – est liée à celle de la norme protectrice violée. Tous les devoirs que le juge civil peut rattacher à l'obligation générale de diligence sont-ils constitutifs d'une telle norme? Quel est, dans ce contexte, la place de la responsabilité à raison du risque créé?

32. Ces deux questions seront ici traitées de façon générale. Les aspects spécifiques de la responsabilité civile du banquier à raison du crédit, du renseignement ou de sa participation à la gestion feront l'objet de développements spécifiques dans la partie spéciale, prenant en compte un certain nombre de réponses en droit comparé.

2.6.2. Le dommage purement patrimonial

2.6.2.1. *Le principe et sa mise en cause*

33. L'art. 41 al. 1 CO traduit la théorie objective de l'illicéité⁶⁰. Contrairement au système français, où l'art. 1382 du Code civil ne subordonne l'obligation de réparer qu'à l'exigence d'une faute, à l'existence d'un préjudice et à la preuve du lien de causalité entre la faute et le préjudice⁶¹, le droit suisse exige de plus la violation d'une injonction contenue dans le droit objectif. L'originalité du système réside dans la cohabitation de ce principe, rattaché à la source formelle de certains devoirs, avec un autre principe découlant des intérêts protégés. Il y a en effet toujours acte illicite

⁵⁹ TERCIER, *Indemnisation*, p. 237 (thèse 1).

⁶⁰ GAUCH/SWEET, p. 118-119; KELLER/GABI, p. 37; OFTINGER, p. 128; OSER/SCHÖNENBERGER, n. 8 ad art. 41 CO; DESCHENEAUX/TERCIER, §6, n. 9-12; ATF 115 II 15 (18) = JdT 1989 I 595 (597 cons. 3); KAISER, p. 104 ss.

⁶¹ PRAT, p. 17. Art. 1382 CCfr.: “Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”. Cf. aussi GIOVANNONI, *Dommage indirect*, p. 51: “En France, l'illicéité à laquelle les art. 1382 ss CCfr. ne font aucune allusion, n'est généralement pas tenue pour une condition de la responsabilité civile. Dans la théorie et la pratique, elle se confond avec la faute”.

dès que l’acte dommageable lèse un droit absolu, tel que la vie, l’intégrité corporelle, les droits réels, ceux de la propriété intellectuelle et de la personnalité⁶². Dans ces cas-là, il n’est pas nécessaire de rechercher si, in casu, l’auteur a violé une injonction de l’ordre juridique⁶³. La nature même du préjudice subi par la victime induit le caractère illicite de l’atteinte⁶⁴. Les auteurs qualifient cette hypothèse d’ “illicéité par le résultat” (“Erfolgs-unrecht”)⁶⁵. Cette dualité apparaît clairement dans certaines motivations du Tribunal fédéral: “Un acte dommageable est illicite s’il enfreint une prescription générale de la loi en portant atteinte à un droit absolu du lésé, ou seulement au patrimoine du lésé mais en violation d’une norme protectrice ad hoc”⁶⁶. En tant que théorie objective, l’illicéité se rapporte ainsi soit à l’objet de la transgression (“Erfolgsunrecht”), soit à la manière d’agir (“Handlungsunrecht” ou “Verhaltensunrecht”)⁶⁷.

34. Il découle de cette systématique que celui qui subit un dommage purement financier ne peut agir en responsabilité civile qu’en prouvant la violation par l’auteur d’une norme protectrice. Sa protection peut s’en trouver anéantie, soit que l’ordre juridique ne contienne aucune règle prohibant le comportement causal, soit qu’une norme existe, sans avoir toutefois pour but de protéger la fortune ou les intérêts économiques de la victime⁶⁸.

Cette situation est totalement insatisfaisante. Si un banquier accorde à une entreprise un financement substantiel sans tenir compte de la situation de l’emprunteur incapable d’honorer ses engagements actuels, et provoque par là même une aggravation notable de son endettement par l’apparence de crédit résultant de ce financement, doit-on laisser une telle attitude hors du domaine de l’illicéité, faute de norme protectrice adéquate?

35. Des voix toujours plus nombreuses s’élèvent contre cette discrimination du dommage économique⁶⁹. Influencées sans doute par les avancées de l’idée en Angleterre, au Canada, en Nouvelle-Zélande et aux Etats-Unis⁷⁰, elles exigent que l’on prenne en compte une meilleure protection de ce dommage, ce à quoi notre Haute cour s’est d’ailleurs montrée sensible dans

⁶² ATF 108 II 305 (311) = JdT 1983 I 609 (610) (rés.).

⁶³ DESCHENAUX/TERCIER, §6, n. 21; GIOVANNONI, *Dommage indirect*, p. 49-51 et *Dommage par ricochet*, p. 243.

⁶⁴ NICOD, p. 117-118.

⁶⁵ GIOVANNONI, *Dommage indirect*, p. 49 et *Dommage par ricochet*, p. 243; NICOD, p. 117, n. 636 et sources citées.

⁶⁶ ATF 115 II 15 = JdT 1989 I 595 (597).

⁶⁷ ATF 116 Ib 367 (374 cons. 4b) = JdT 1991 I 382 (rés.).

⁶⁸ LÄNZLINGER, p. 111.

⁶⁹ LÄNZLINGER, p. 111; KRAMER, *Reine Vermögensschäden*, p. 132; LORANDI, p. 24 s.; GUGGENHEIM, p. 132-134; GAUCH/SWEET, p. 120 ss.

⁷⁰ GAUCH/SWEET, p. 128.

les deux affaires du câble électrique⁷¹ et des faux renseignements⁷². Quant au moyen d'y parvenir, les avis divergent. Faut-il requalifier ce type de dommage en tant que tel ou doit-on créer une nouvelle norme protectrice?

2.6.2.2. *La requalification du dommage purement patrimonial*

36. La première objection que l'on peut faire à l'état actuel du droit suisse est qu'il manque de logique: pourquoi le dommage à la chose ne se limite-t-il pas au dommage direct mais comprend-il les conséquences financières de l'atteinte physique (manque à gagner et autres dommages)⁷³? Pourquoi la perte de production d'une machine est-elle indemnisée si la machine est endommagée, alors qu'elle ne l'est pas si elle est arrêtée pour une autre cause⁷⁴? La distinction est ici difficile à justifier.

37. La jurisprudence fédérale ne contient qu'un seul cas où un dommage purement patrimonial a été pris en compte sans référence à une norme protectrice spécifique: l'arrêt *Evers and Co c/ Bank für Handel und Effekten* du 26 septembre 1967⁷⁵. En l'espèce, une banque avait ouvert un crédit documentaire par des accréditifs irrévocables alors que, selon l'accord passé entre elle et leur bénéficiaire, la validité de ces accréditifs était subordonnée à la condition suspensive de couverture, condition non reprise par une réserve sur les accréditifs. Le Tribunal fédéral a considéré que les accréditifs n'étaient pas suffisamment "complets et précis" pour satisfaire aux règles et usances uniformes de la Chambre de commerce internationale à Paris. Considérant que ces règles ne sont pas du droit objectif et que leur violation ne constitue pas, de ce fait, un acte illicite, il estime cependant qu'elles permettent d'apprécier si la banque émettrice a créé un risque. Se fondant sur le principe de la responsabilité à raison du risque créé ("Celui qui expose autrui à un danger doit prendre toutes les précautions propres à éviter qu'un dommage ne se produise")⁷⁶, le Tribunal fédéral conclut qu'il y a acte illicite, la banque émettrice n'ayant pas pris ces précautions.

Cet arrêt est intéressant dans la mesure où:

- Il s'agit d'un dommage purement patrimonial;
- Il n'y est fait état de la violation d'aucune norme protectrice spécifique;
- Il est construit sur la responsabilité à raison du risque créé.

⁷¹ ATF 102 II 85.

⁷² ATF 108 II 305 (313) = JdT 1983 I 609 (610) (rés.).

⁷³ GAUCH/SWEET, p. 121-122; KELLER/GABI, p. 99.

⁷⁴ GAUCH/SWEET, p. 122; KELLER/GABI, p. 44.

⁷⁵ ATF 93 II 329 = JdT 1969 I 130; arrêt critiqué par SCHÖNLE, *Responsabilité extra-contractuelle*, p. 153: "Il (cet arrêt, réd.) ne respecte pas le principe selon lequel le seul fait de causer à autrui un préjudice, et partant le seul fait de créer un état de danger pour le patrimoine d'autrui, n'est en soi pas encore illicite".

⁷⁶ JdT 1969 I 130 (138) et sources citées: ATF 93 II 89 (92 cons. 2) = JdT 1968 I 322 (324); ATF 82 II 25 (28) = JdT 1956 I 324 (326).

Dès lors, de deux choses l’une:

- Soit le dommage purement patrimonial est requalifié implicitement;
- Soit il demeure disqualifié, et le “Handlungsunrecht” est constitué par la violation de cette norme protectrice très générale.

38. Dans une affaire qui n’a malheureusement eu les honneurs ni de la publication ni d’une censure fédérale, la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois⁷⁷ a suivi le même raisonnement pour condamner une fiduciaire à la réparation du dommage causé à une société tombée par la suite en faillite, du fait que cette fiduciaire n’avait pas dénoncé pénallement l’actionnaire unique – administrateur unique à la suite de sa découverte, hors mandat (c’est-à-dire en dehors de ses contrôles, par une révélation externe), de faux bilans. Se fondant toujours sur le principe de la responsabilité à raison du risque créé, la Cour cantonale ajoute: “Enfin, l’ordre légal exige que l’on ne mette pas en danger sans nécessité la vie et *les biens d’autrui*; celui qui expose autrui à de tels dangers doit prendre toutes les précautions propres à éviter qu’un dommage ne se produise. Celui qui ne prend pas les mesures agit de façon illicite [...].” Ce dommage était ici purement patrimonial, ce qui nous place devant la même alternative que l’arrêt fédéral précité.

39. En réalité, ces deux affaires manifestent l’attachement viscéral de notre justice à la définition classique de l’illicéité. Parce qu’il s’agissait dans les deux cas d’un dommage purement patrimonial, le juge a voulu se conformer à la jurisprudence en justifiant l’acte illicite par la violation d’une injonction de l’ordre juridique destinée à protéger le bien lésé. Il reste que rien n’est moins clair, dans la jurisprudence, que la question de savoir si ce fondement de responsabilité couvre bien le dommage purement patrimonial et si les deux décisions précitées ne sont pas isolées.

2.6.2.3. *La nature et le contenu de la norme violée*

2.6.2.3.1. La théorie classique et son application hésitante

40. L’atteinte purement économique ne serait illicite que si elle viole une norme protectrice⁷⁸ écrite⁷⁹ ou non écrite⁸⁰, dont le but spécifique vise la

⁷⁷ Jugement du 23.11.89 dans la cause Masse en faillite S. c/ E. Cf. infra, n° 190 ss.

⁷⁸ GAUCH/SWEET, p. 119. Ce peut être une norme du droit pénal ou du droit administratif. Pour des exemples de normes de droit privé, cf. FRANZ WERRO, La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité, étude et critique comparative, Fribourg 1986, n. 405, cité par GAUCH/SWEET, p. 118, n. 9 et 20.

⁷⁹ Par ex., art. 252 CP: cf. ATF 101 II 69 (72).

⁸⁰ Par ex., ATF 57 II 81 (86).

protection du lésé contre des lésions du type de celles qui se produisent et, par conséquent, la protection du patrimoine ou de la fortune comme tels⁸¹.

Le Tribunal fédéral s'en est tenu jusqu'ici à cette règle, parfois de façon stricte, parfois au prix d'une extension de la définition si lâche qu'elle en devient la quasi-négation.

41. Les exemples jurisprudentiels d'une application stricte sont nombreux, anciens et récents. Le dernier en date⁸², à notre connaissance, est celui dans lequel le Tribunal fédéral a refusé le droit à la réparation pour des mesures tendant à consolider un talus instable afin de prévenir son éboulement au motif que l'art. 229 CP, seule disposition envisageable pour fonder l'illicéité, a pour seul but de protéger la vie et l'intégrité corporelle, et non la fortune. Quel contraste avec la prise en compte des règles et usances de la Chambre de commerce internationale de Paris! Ne pouvait-on pas s'attendre ici à ce que le Tribunal fédéral dise de cette norme pénale qu'elle "permet d'apprécier si l'auteur a créé un risque". C'est avec raison que GAUCH⁸³ dénonce l'insécurité juridique que cette rigueur provoque à deux égards. Premièrement, rien n'est moins sûr que d'identifier l'existence même d'une telle règle, dont le caractère est d'autant plus incertain qu'elle peut être non écrite et provenir de toutes les disciplines du droit. Deuxièmement, le risque est grand de voir les juridictions, et avec elles le Tribunal fédéral, procéder à une interprétation "en accordéon" pour éviter des solutions non équitables dans des cas particuliers.

42. Des exemples d'une interprétation très extensive sont donnés par l'affaire de l'aérodrome de Sion, précédent de peu et annonçant celle dite du câble électrique.

Dans la première⁸⁴, des soldats effectuaient des travaux de terrassement. Au cours de ceux-ci, ils endommagèrent une conduite d'eau propriété des Services industriels de la ville de Sion, ce qui interrompit l'approvisionnement en eau d'une fabrique. La Confédération, recourante, soutenait qu'il s'agissait d'un dommage causé par ricochet, non indemnisable en vertu des dispositions légales applicables, la fabrique n'étant pas lésé direct. Pour rejeter le recours, le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 239 al. 2 et 3 CP (recte: ch. 1 al. 2 et 3) a une fonction protectrice pour le public, c'est-à-dire les consommateurs, disposition suffisante pour admettre l'illicéité de cette atteinte aux effets purement patrimoniaux.

Dans l'affaire du câble électrique⁸⁵, une entreprise avait également subi un dommage purement patrimonial et réfléchi, à la suite de la rupture accidentelle d'un câble électrique à haute tension par une pelleteuse dans le cadre de travaux de fouille, câble propriété des Services industriels communaux. Là aussi, la recourante contestait l'illicéité de l'acte pour le même motif, à savoir que l'art. 239 CP ne fait pas partie des dispositions relatives aux

⁸¹ GAUCH/SWEET, p. 119, n. 22 et sources citées. ATF 115 II 15 (18) = JdT 1989 I 595 (597); ATF 116 Ib 367 (374 cons. 4b) = JdT 1991 I 382 (rés.).

⁸² ATF 117 II 259 = JdT 1992 I 559, cité aussi et commenté par GAUCH, p. 99-100.

⁸³ GAUCH, p. 100, n. 3.

⁸⁴ ATF 101 Ib 252.

⁸⁵ ATF 102 II 85. Cet arrêt a été amplement commenté; on trouve des cas similaires à l'étranger: cf. GAUCH/SWEET, p. 123, n. 46 et sources citées.

infractions contre le patrimoine (art. 137 ss CP), mais figure au titre neuvième, parmi les crimes ou délits contre les communications publiques; il aurait pour objet non de protéger les intérêts des particuliers, mais de préserver, dans l'intérêt général, le bon fonctionnement des services publics. Le Tribunal fédéral a rejeté cette argumentation. Se référant à l'arrêt qui précède, il a jugé que le droit personnel de l'abonné à l'approvisionnement était directement lésé par l'interruption de l'exploitation du service de distribution. Et le Tribunal fédéral d'ajouter: "Commet donc un acte illicite celui qui lèse un intérêt privé protégé implicitement par une norme pénale édictée dans un but d'intérêt général [...]. La question de savoir si les demanderesses sont lésées directement ou indirectement se recouvre ainsi avec celle de l'illicéité de l'acte incriminé"⁸⁶. Dans le souci, sans doute, de prévenir l'objection de l'incertitude des limites à une interprétation aussi extensive, sous l'angle du dommage réfléchi – qui correspond souvent à un dommage purement patrimonial –, notre Haute cour ajoute: "[...] la situation des demanderesses diffère ainsi totalement de celle du créancier qui, sans pouvoir se prévaloir de la protection d'une norme pénale, n'obtient simplement pas l'exécution d'une obligation contractuelle à la suite d'un acte illicite dont son débiteur est victime"⁸⁷.

2.6.2.3.2. Critique

43. Indépendamment de son interférence avec la problématique illicéité – causalité et dommage direct – dommage indirect⁸⁸, le couple infernal dommage purement patrimonial – acte illicite se présente dans l'état actuel de la jurisprudence comme une image floue et comme la source d'une grande insécurité juridique. Nous lui adressons les reproches suivants:

- *Premièrement*: chaque membre du couple compte sur l'autre pour exister. Il n'y a en principe pas d'acte illicite si le dommage est purement patrimonial. Inversement, le même dommage devient indemnisable en tant que tel, si le juge parvient à construire un acte illicite.
- *Deuxièmement*: la construction elle-même de l'acte illicite est fragile. On sait qu'il peut reposer sur n'importe quelle norme protectrice, écrite ou non écrite, de n'importe quelle branche du droit. Les possibilités théoriques sont d'autant plus incertaines qu'elles sont apparemment illimitées. Pour cette raison précisément, le Tribunal fédéral s'en est tenu longtemps à une interprétation stricte, relative au but de la norme par rapport au lésé et au bien protégé. Puis, cédant à l'impérieuse nécessité de ne pas laisser sans réparation des atteintes difficilement admissibles, il a assoupli l'interprétation.
- *Troisièmement*: même si le résultat concret de cette interprétation libérale doit être salué, il repose sur une lecture a posteriori des normes à examiner et, avec KRAMER⁸⁹, on ne peut que craindre une tendance à l'opportunisme judiciaire ("Methodenunehrlichkeit"), à la justice pré-torienne, bref à l'équité et à son frère siamois, l'arbitraire.

⁸⁶ ATF 102 II 85 (88).

⁸⁷ ATF 102 II 85 (90).

⁸⁸ Sur ces questions, cf. notamment: DESCHENEAUX, *Norme et causalité*, p. 399 ss, notamment 414 ss; GIOVANNONI, *Dommage indirect*, p. 31 ss et *Dommage par ricochet*, p. 239 ss.

⁸⁹ KRAMER, *Reine Vermögensschäden*, p. 133.

- *Quatrièmement*: dans cette création empirique, on reste sur sa faim quant à la place à donner au principe de la responsabilité à raison du risque créé. N'aurait-il pas mérité une mention au titre de fondement subsidiaire de l'illicéité et à celui de son rapport avec les normes protectrices spécifiques?

2.6.2.3.3. Les pistes nouvelles

A) Remarques préalables

44. Nous partageons l'avis de ceux⁹⁰ qui réclament une refonte du droit de la responsabilité civile et une redéfinition globale du dommage, en particulier du dommage réfléchi. Malheureusement, le rapport de la Commission d'experts de 1991⁹¹ n'en a pas pris le chemin, en renonçant à “trancher le noeud gordien du ‘dommage purement économique’ et de ses sous-variétés, le ‘dommage réflexe’ et le ‘dommage indirect’”⁹². Tenant pour acquis que le juriste suisse devra manœuvrer pendant long-temps encore dans ce paysage conservateur, les remarques qui suivent n'ont d'autre but que de suggérer certaines portes de sortie permettant à la jurisprudence de mieux systématiser les solutions concrètes.

B) L'art. 2 CC en tant que tel: le principe

45. La violation du principe de la bonne foi peut-elle suffire à créer l'illicéité d'un comportement? La question est controversée en doctrine. Certains auteurs⁹³ veulent voir dans l'art. 2 CC une norme autonome, la bonne foi appartenant aux biens juridiquement protégés. Cependant, tout acte contraire à la bonne foi ne serait pas automatiquement illicite; en tant que “Blankettnorm”⁹⁴, cette injonction ne serait habile à créer l'illicéité que dans la mesure où préexiste un rapport de confiance particulier entre l'auteur et le lésé. Une autre partie de la doctrine⁹⁵ estime que l'art. 2 CC n'est pas en soi une norme protectrice, mais une règle de comportement relative à la façon d'exercer des droits et d'assumer des obligations, dont il est une concrétisation. Comme le relève LÄNZLINGER⁹⁶, cette conception est plus conforme que la première au texte légal (“exercer ses droits et exécuter ses obligations”). Ainsi l'art. 2 CC ne serait-il pas le siège d'une injonction matérielle spécifique, mais seulement une norme de comportement général (“eine Rechtsanwendungsnorm”⁹⁷) sans portée juridique

⁹⁰ En particulier, KRAMER, *Reine Vermögensschäden*, p. 133 et TERCIER, *Indemnisation*, p. 73 ss, notamment 95 ss et 231 ss.

⁹¹ *Rapport de la Commission*, p. 40-44.

⁹² WIDMER, *Réforme*, p. 1092.

⁹³ OSER/SCHÖNENBERGER, n. 91 ad art. 41 CO; KELLER/GABI, p. 37; OFTINGER, p. 130.

⁹⁴ OFTINGER, p. 130, n. 17.

⁹⁵ BREHM, n. 53 ad art. 41 CO; STARK, p. 63 s.; MERZ, n. 29 ss, 84 ss ad art. 2 CC; DESCHENAUX, *Titre préliminaire*, p. 137 ss; VON TUHR/PETER, p. 418.

⁹⁶ LÄNZLINGER, p. 114.

⁹⁷ STARK, p. 63; dans le même sens, MERZ, n. 34 ad art. 2 CC.

indépendante de celle des droits et obligations préexistants, concrétisés ou modalisés par l'obligation générale de bonne foi.

46. Avec LÄNZLINGER⁹⁸, qui peut invoquer la récente jurisprudence du Tribunal fédéral⁹⁹, nous ne voyons pas que l'art. 2 CC, de par sa généralité, puisse être assimilé à une norme protectrice. Vouloir l'admettre reviendrait à opter pour une conception subjective et imprécise de l'illicéité; cette disposition ne peut être utile que dans des créations jurisprudentielles limitées telles que celle de la *culpa in contrahendo*.

C) L'art. 2 CC et le rapport de fait fondé sur la confiance; l'exception ou le principe exceptionnel

47. Dans l'arrêt de 1982, le Tribunal fédéral laisse entrouverte la possibilité de faire appel à l'art. 2 CC dans des cas exceptionnels. On doit à LÄNZLINGER d'avoir systématiquement exploré ce que peut représenter une telle notion. Tout en rappelant que le droit suisse repose sur l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle, et qu'il en découle l'absence de toute obligation générale de veiller sur le patrimoine d'autrui¹⁰⁰, cet auteur examine ensuite trois exceptions à ce principe. Celles-ci se rattachent à ce qu'il appelle "Vertrauenshaftung", qu'on peut traduire par "responsabilité fondée sur la confiance". En fait, il s'agit d'un essai dogmatique, inspiré de la doctrine et de la jurisprudence allemandes, de systématiser des avancées isolées tendant à reconnaître une obligation générale de ne pas léser ni tromper autrui dans des circonstances données. KAISER et FISCHER¹⁰¹ fondent cette obligation sur l'art. 2 CC, ce qui ne paraît pas exclu par la jurisprudence récente. Cette construction étend considérablement l'obligation de réparer puisque, en vertu de l'art. 41 al. 1 CO, toute faute peut être retenue à la charge de l'auteur, contrairement à la responsabilité déduite de l'art. 41 al. 2 CO, limitée à la faute intentionnelle.

Le mérite de LÄNZLINGER est d'avoir cerné le premier l'application de ce "principe exceptionnel" aux trois espèces suivantes:

⁹⁸ LÄNZLINGER, p. 115-116.

⁹⁹ ATF 108 II 305 = JdT 1983 I 609 (610) (rés.): "Quant à l'art. 2 al. 1 CC [...], il suppose une obligation préexistante, contractuelle ou légale. On ne saurait en déduire une obligation autonome que dans des cas tout à fait exceptionnels." Cet arrêt s'écarte de celui publié aux ATF 40 II 608, où le Tribunal fédéral posait que le silence n'était illicite que s'il violait l'obligation générale de bonne foi, si le destinataire d'une déclaration savait ou devait savoir, en vertu des circonstances, que l'autre partie serait induite en erreur par son silence et en subirait un préjudice.

¹⁰⁰ LÄNZLINGER, p. 117, n. 361-362 et sources citées.

¹⁰¹ LÄNZLINGER, p. 117, n. 365-366 et sources citées, notamment WILLI FISCHER, Dritthaf-
tung für falsche freiwillige Auskünfte, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft,
Heidelberg, 83 (1984), p. 1 ss, notamment 23 ss, et KAISER, p. 152 ss.

aa) Première exception: la responsabilité pour faux renseignements

48. Dans une jurisprudence qui semble bien établie¹⁰², le Tribunal fédéral soumet à la responsabilité extra-contractuelle le fait de fournir des renseignements à titre non professionnel et gratuit¹⁰³; c'est notamment le cas du renseignement bancaire qui n'entre pas dans le cadre d'une affaire traitée avec un client de la banque¹⁰⁴. Le faux renseignement est un acte illicite si les conditions suivantes sont réunies:

- L'interrogé est bien placé pour connaître le sujet;
- Il est reconnaissable pour lui que le renseignement a ou peut avoir une grande importance pour l'interrogateur.

Partant de là, le Tribunal fédéral juge que le fournisseur du renseignement ne doit pas “donner sciemment des indications fausses ni donner à la légère des indications dont la fausseté ou l'inexactitude sautent aux yeux, même sans un long examen”¹⁰⁵. Agit de manière illicite non seulement celui qui articule sciemment ou par légèreté des faits inexacts, mais encore celui qui passe sous silence des faits qu'il connaît et dont il doit se dire que la révélation pourrait influencer la décision de l'autre partie¹⁰⁶. L'illicéité de l'acte ou de l'omission est rattachée par la jurisprudence et la doctrine à l'art. 41 al. 1 CO¹⁰⁷. Elle n'est pas constituée par le faux renseignement mais par la violation de l'obligation générale de bonne foi¹⁰⁸ que représente le fait de tromper la confiance qu'on a suscitée.

bb) Deuxième exception: la création d'un état de fait fictif

49. Sans dire des choses fausses, une banque peut objectivement tromper un observateur en créant, par ses actes ou ses omissions, l'impression d'une dignité ou d'une apparence de crédit ne correspondant pas à la réalité. Dans l'arrêt sur l'accréditif¹⁰⁹, le risque illicite sanctionné n'est rien d'autre que l'affirmation par le Tribunal fédéral d'une responsabilité pour des dommages découlant de la création d'un état de fait trompeur¹¹⁰.

¹⁰² ATF 80 III 41 = JdT 1954 II 96 (rés.); ATF 111 II 471 = JdT 1986 I 485.

¹⁰³ ATF 57 II 81 (85 cons. 2 et les références) = JdT 1931 I 557 (561 cons. 2).

¹⁰⁴ ATF 68 II 295 (302 cons. 5) = JdT 1943 I 262 (269); ATF 41 II 77 (82 cons. 5); ATF du 3.10.33 dans SJZ 1934-1935, p. 186. Cf. notre critique infra, n° 180.

¹⁰⁵ ATF 111 II 471 = JdT 1986 I 485 (487); ATF 57 II 81 (86) = JdT 1931 I 557 (562); ATF 41 II 77 (82 cons. 5).

¹⁰⁶ ATF 80 III 41 (54 cons. 4) = JdT 1954 II 96 (rés.).

¹⁰⁷ LÄNZLINGER, p. 120, n. 374 et sources citées.

¹⁰⁸ LÄNZLINGER, p. 120, n. 375 et sources citées. Dans l'ATF 57 II 81 (86) = JdT 1931 I 557 (562), le TF l'exprime dans ces termes: “Dans l'intérêt d'une vie juridique ordonnée, on doit considérer comme un *postulat du régime légal général* (souligné par le réd.) que celui qui est interrogé sur des faits qu'il est bien placé pour connaître doit, (s'il veut répondre à la question posée) donner un renseignement exact, dès qu'il est reconnaissable pour lui que le renseignement a ou peut avoir pour celui qui le demande une signification grosse de conséquences”.

¹⁰⁹ Cf. supra, n° 37; ATF 93 II 329 = JdT 1969 I 130.

¹¹⁰ LÄNZLINGER, p. 123.

Il y a ici convergence de motivation avec la responsabilité à raison du risque créé.

50. Quelques années auparavant, le Tribunal fédéral¹¹¹ avait jugé dans le même sens. L'espèce était, très résumée, la suivante: une banque avait fait inscrire au crédit d'une société anonyme une somme qui, en réalité, ne lui était pas destinée. Un tiers avait acheté les actions de cette société, en se fondant notamment sur le bilan enflé de ce crédit artificiel. Jugeant que la passation d'un crédit injustifié à l'effet de tromper les tiers constitue sans aucun doute un acte illicite au sens de l'art. 41 CO, le Tribunal fédéral a estimé que l'obligation de réparer était justifiée même par une faute négligente, c'est-à-dire si la banque n'avait pas eu l'intention (même éventuelle) de tromper les tiers sur la situation de la société; elle aurait dû prévoir, en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances, que le crédit induirait les tiers en erreur. Le fait d'émettre sciemment une fausse déclaration, de nature à induire les tiers en erreur, est illicite, même si l'émetteur n'a pas eu en vue une telle tromperie, et constitue une faute lorsque cet effet est prévisible.

cc) Troisième exception: le devoir de renseigner¹¹²

51. Celui qui crée une apparence fictive est tenu de renseigner l'autre partie sur les risques liés à cette apparence. De même en va-t-il de celui qui traite avec une autre personne se trouvant sous sa dépendance de fait. Enfin, la jurisprudence du Tribunal fédéral oblige celui à qui l'on pose une question de ne pas taire un fait dont il sait ou devrait savoir qu'il peut influencer la décision de l'autre. Sur ce point, ce devoir est très proche de celui portant sur les faux renseignements¹¹³.

D) L'obligation générale de prudence

52. Dans le rapport de synthèse qu'il présenta aux Journées brésiliennes de l'Association Henri Capitant en 1984, HOUIN¹¹⁴ a décrit une évolution jurisprudentielle déjà bien établie en France et en Belgique, et qui s'annonçait selon lui dans les pays voisins, dont les Pays-Bas, le Luxembourg, le Portugal et la Suisse, selon laquelle le banquier voit mettre à sa charge une obligation de prudence qui ne tend pas à protéger ses clients, mais les tiers, contre un crédit apparent factice et trompeur. Parce qu'elle n'est pas un "commerçant comme les autres", parce qu'elle a une mission d'intérêt public, la banque doit prendre des précautions dans l'intérêt général du crédit. Cette idée, somme toute assez proche de celle du rapport de fait fondé sur la confiance, met l'accent sur la responsabilité institutionnelle

¹¹¹ ATF 89 II 239 = JdT 1964 I 41.

¹¹² LÄNZLINGER, p. 127-128.

¹¹³ ATF 111 II 471 = JdT 1986 I 485; ATF 80 III 41 (54) = JdT 1954 II 96 (rés.); cf. supra, n° 48.

¹¹⁴ HOUIN, *Rapport*, p. 10 et 13-15.

du donneur de crédit, et n'est en définitive pas très éloignée de la responsabilité à raison du risque créé. Du moins celle-ci est-elle mieux "ciblée" et moins imprévue, dans la mesure où elle est toujours assise sur un acte ou une abstention concrets de l'auteur du dommage.

E) La responsabilité à raison du risque créé

53. Le Tribunal fédéral a, depuis de nombreuses années, dans une jurisprudence constante¹¹⁵, développé ce qu'il a appelé le "principe général de responsabilité pour risque créé" ("Gefahrensatz"). Qualifié par OFTINGER de "principe fondamental de l'ordre juridique"¹¹⁶, ce fondement de la responsabilité veut que "celui qui crée ou qui entretient un état de fait dangereux est tenu de prendre toutes les mesures appropriées pour empêcher que ce danger ne se réalise sous la forme d'un dommage pour autrui"¹¹⁷. Si cette règle ne présente pas de difficultés majeures par rapport aux lésions à des droits absolus, l'état actuel du droit demeure flou sur la question de sa mise en oeuvre pour des dommages purement patrimoniaux.

En dehors du cas des accréditifs¹¹⁸, le Tribunal fédéral¹¹⁹ a rejeté récemment deux actions de droit administratif et de droit civil pour des motifs qui méritent l'attention. En résumé, les faits étaient les suivants: pour agrandir la pharmacie de l'armée à Ittigen, la Confédération avait adjugé les travaux à une entreprise qui fit faillite. Parmi les sous-traitants, qui ne reçurent qu'un dividende de 40 %, certains recherchèrent la Confédération en responsabilité sur la base de l'art. 41 CO. Ayant rappelé que l'illicéité (objective) implique la violation d'une norme protectrice et qu'une omission illicite peut découler d'une "situation de garant" en faveur du lésé, le Tribunal fédéral exclut in casu une telle situation dans l'intérêt des sous-traitants. Puis, examinant les autres fondements possibles d'une illicéité dans le comportement de l'autorité fédérale, il exclut celui du risque créé, au motif que la Confédération, par l'adjudication des travaux, n'a créé aucune situation dangereuse qui eût généré pour elle un devoir de protection pour les sous-traitants. A contrario, il semble que le Tribunal fédéral n'aurait pas exclu d'admettre, le cas échéant, la valeur de norme protectrice à la règle jurisprudentielle, alors qu'il s'agissait d'un dommage purement matériel.

¹¹⁵ ATF 21 p. 622 (625); ATF 24 II 205 (212); ATF 29 II 60 (65); ATF 33 II 564 (569); ATF 34 II 635 (637); ATF 45 II 638 (647) = JdT 1920 I 264 (269); ATF 57 II 165 (167) = JdT 1931 I 403 (406); ATF 60 II 38 (40) = JdT 1934 I 290 (292); ATF 66 II 114 (117) = JdT 1940 I 502 (504); ATF 71 II 107 (113) = JdT 1945 I 446 (451); ATF 79 II 66 (69) = JdT 1954 I 86 (87) (rés.); ATF 82 II 25 (28) = JdT 1956 I 324; ATF 93 II 89 (92) = JdT 1968 I 322 (324); ATF 93 II 329 (339) = JdT 1969 I 130 (138); ATF 95 II 93 (96) = JdT 1970 I 330.

¹¹⁶ OFTINGER, p. 88.

¹¹⁷ DESCHENAUX/TERCIER, § 6, n. 46-47; TERCIER, *Considérations*, p. 14-15; WIDMER, *Evolution*, p. 419-421 et *Visage actuel*, p. 16.

¹¹⁸ Cf. supra, n° 37.

¹¹⁹ ATF 116 Ib 367 = JdT 1991 I 382 (rés.).

54. Tous les auteurs traitant de la question, y compris dans les commentaires les plus récents¹²⁰, présentent l'illicéité fondée sur le risque – comme celle qui est fondée sur la position de garant¹²¹, sa soeur jumelle – au titre d'une norme jurisprudentielle non écrite, sans limitation de son champ d'application quant aux droits lésés. Tout au plus lit-on dans le dernier commentaire¹²² que ce fondement est invoqué dans la règle pour des cas de lésion de droits absous. Cette remarque prend cependant largement en compte que l'histoire jurisprudentielle de ce principe a commencé avec des atteintes aux droits absous; s'il devait devenir règle, ce fondement de la responsabilité relèverait davantage de la faute¹²³ que de l'illicéité, dont le caractère objectif est hostile à toute division liée à la nature des droits lésés. Or tel n'est manifestement pas le sens historique de cette norme, ni en droit civil, ni en droit pénal où elle a connu un développement parallèle¹²⁴. A notre avis, rien, sinon le seul souci politique de limiter l'ampleur de l'obligation de réparer le dommage purement matériel, ne permet aujourd'hui d'exclure l'application de ce fondement de la responsabilité à ce type de dommage¹²⁵. C'est au juge qu'il appartient de déterminer, de cas en cas, si la banque, par son action ou son abstention, crée un risque ou doit intervenir, à défaut de tout risque créé par elle-même, en raison de sa position de garante de fait vis-à-vis des tiers. Dans sa jurisprudence relative aux faux renseignements et aux accréditifs, de même que dans l'affaire de la pharmacie militaire d'Ittigen, le Tribunal fédéral n'a pas fait autre chose, même si ce fut dans des directions et avec des résultats opposés. Ce faisant, il a ouvert la porte à la suppression heureuse de la discrimination dont étaient jusqu'ici victimes les personnes lésées dans leur seul patrimoine et il permet de restituer une certaine

¹²⁰ SCHNYDER, n. 17-18 ad art. 41 CO.

¹²¹ Sur la situation de garant ("Garantenstellung"), cf. notamment GABRIEL, p. 99, ch. 339 et n. 88; SCHNYDER, n. 17 ad art. 41 CO; ATF 115 II 15 (20) = JdT 1989 I 595 (598).

¹²² SCHNYDER, n. 17-18 ad art. 41 CO.

¹²³ KELLER/SYZ, p. 48; BREHM, n. 57 ad art. 41 CO.

¹²⁴ En droit pénal, le principe dit de l'ingérence astreint celui qui crée un état de choses dangereux pour autrui à prendre les précautions commandées par les circonstances (cf. notamment ATF 101 IV 28 (30 s.) = JdT 1976 IV 104 (106)). Le délit de commission par omission suppose la violation d'une règle de droit écrit ou non écrit, légale ou contractuelle, de droit privé ou de droit public. Lorsqu'il n'existe aucun devoir de fonction ou de profession, la responsabilité pénale de l'auteur peut découler d'une position de garant, telle que celle de l'alpiniste qui, sans être guide ni lié à ses compagnons de cordée par une obligation contractuelle, assume à leur égard un "pouvoir de fait" ou un "devoir de fait" découlant de ses aptitudes particulières et de l'ascendant effectif qu'il exerce sur eux (ATF 100 IV 210 = JdT 1976 IV 34; ATF 83 IV 9 = JdT 1957 IV 34).

¹²⁵ Même opinion chez GUGGENHEIM, p. 132-133, avec exemples théoriques: la banque qui accorde un crédit à un commerçant incapable, indigne ou malhonnête et induit les tiers en erreur, les incitant à traiter avec lui; la banque qui traite avec un promoteur qui n'a pas assez de fonds propres, créant une apparence qui attire des clients, lesquels subissent une perte dans la faillite du promoteur tandis qu'elle-même est couverte par des hypothèques de premier rang.

cohérence à la notion objective de l'illicéité. La Cour civile du Tribunal cantonal vaudois est allée dans le même sens dans l'affaire examinée ci-après à propos du secret bancaire et du renseignement économique¹²⁶.

F) L'art. 3 LB: une norme protectrice particulière?

55. L'art. 3 al. 2 lit. c LB subordonne l'octroi et surtout le maintien¹²⁷ de l'autorisation requise par l'art. 3 al. 1 LB à l'exigence que "les personnes chargées d'administrer et de gérer la banque jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes garanties d'une activité irréprochable". A travers cette disposition se trouve affirmé et concrétisé ce qui a toujours été le but essentiel de la LB, à savoir la protection des créanciers et, en particulier, des épargnants¹²⁸. Véritable "clé de voûte de la loi"¹²⁹, cet objectif n'a pas été remis en cause par la révision de 1971. Se fondant sur l'art. 3 al. 2 lit. c LB, la Commission fédérale des banques et le Tribunal fédéral ont développé une jurisprudence¹³⁰ instituant un devoir de diligence obligeant les banques à garantir en tout temps une activité irréprochable, garantie considérée comme l'instrument de la protection des créanciers¹³¹. La protection des créanciers ici visée a un caractère collectif et tend à s'identifier avec la solvabilité de la banque¹³².

56. La question se pose dès lors naturellement de savoir si cette disposition de droit administratif peut servir de norme protectrice propre à justifier un jugement d'illicéité dans le cadre de l'art. 41 CO? Pour y répondre, il faut préalablement rappeler que la concrétisation essentielle de cette règle indéterminée a porté sur l'obligation imposée aux banques de s'enquérir de l'"arrière-plan économique" des affaires de leurs clients. Cette obligation existe dès que des indices donnent à penser qu'une transaction pourrait être un élément d'une opération illicite ou immorale, ou lorsqu'il s'agit d'une affaire compliquée, inusuelle ou importante¹³³. Quant à la portée de ces conditions, les avis divergent et la jurisprudence n'est pas fixée. Malgré les critiques de JUNOD¹³⁴, il semble qu'il faille comprendre les deux hypothèses principales comme alternatives. Quant aux trois cas de la deuxième hypothèse, ils sont manifestement alternatifs.

La recherche de l'arrière-plan économique fait de la banque un commerçant qui n'est pas comme les autres. A l'image du pharmacien qui doit

¹²⁶ Cf. infra, n° 190.

¹²⁷ JUNOD, *Garantie*, p. 91.

¹²⁸ Voir le Message du Conseil fédéral, FF 1934 I p. 176; FF 1970 I p. 1158; ATF 105 Ib 348 (366); ATF 108 Ib 186 (196); JUNOD, *Rapport*, p. 102, n. 4-5, qui rappelle que cette finalité n'a pas été remise en cause par l'avant-projet de nouvelle loi de 1983.

¹²⁹ FF 1970 I p. 1158; HIRSCH, p. 269.

¹³⁰ Pour un aperçu critique, cf. JUNOD, *Garantie*, p. 96 ss; MÜLLER, p. 31-39.

¹³¹ JUNOD, *Garantie*, p. 94.

¹³² HIRSCH, p. 271.

¹³³ ATF 108 Ib 186 (190).

¹³⁴ JUNOD, *Garantie*, p. 114-115.

se préoccuper de l’usage prévisible d’un médicament par son client, la banque reçoit là, indirectement, un rôle de vigie et de curieux qui l’oblige à agir dans certaines circonstances. On rejoint par un chemin différent le terrain de l’obligation extra-contractuelle d’agir, fondée sur la situation de garant. Le banquier n’a pas rempli tous ses devoirs quant il s’est conformé à son obligation contractuelle de diligence. Encore doit-il satisfaire à son obligation légale ou quasi délictuelle de diligence, laquelle constitue le “rattachement” à la finalité protectrice de la LB¹³⁵.

57. Dans le domaine du crédit, nous verrons plus loin que cette norme peut déboucher sur une concrétisation certaine d’un comportement illicite, lors d’un financement qui ne peut être que négatif pour le client. Le banquier qui ne se préoccupe pas du caractère anti-économique du crédit sollicité, celui qui refuse de voir une entité derrière des emprunteurs juridiquement distincts¹³⁶, celui encore qui ferme les yeux sur une opération qu’il ne comprend pas, pourra se voir reprocher son abstention s’il n’a pas recherché activement les données de l’ensemble de l’opération.

58. En conclusion, lorsqu’un client ou un tiers subissent un dommage qui peut être rattaché, par un lien de causalité adéquat, à un fait propre à justifier une violation de l’obligation d’activité irréprochable, l’art. 3 al. 2 lit. c LB est une norme protectrice. Le lésé peut l’invoquer devant le juge civil¹³⁷, au même titre qu’un article du Code pénal ou qu’une autre disposition de droit administratif.

2.6.3. Critique

59. En droit de la responsabilité civile, la discrimination entre la lésion des droits absous et celle des droits purement patrimoniaux ne se justifie plus. Elle est contraire au caractère objectif et indivisible de l’illicéité. Dans le domaine bancaire, il est d’autant plus nécessaire de requalifier le dommage purement patrimonial que celui-ci est la forme prépondérante, sinon exclusive, des atteintes que peuvent subir des clients ou des tiers à la suite d’un acte ou d’une omission fautifs de la banque.

60. Si la jurisprudence hésite à franchir ce pas, pourtant timidement annoncé dans les affaires de l’aérodrome de Sion¹³⁸ et du câble électri-

¹³⁵ JUNOD, *Garantie*, p. 110.

¹³⁶ Bull. CFB n° 16, 1986, p. 30 ss.

¹³⁷ Dans un arrêt du 12.12.1986 publié dans le Bull. CFB n° 17, 1987, p. 16 ss (18), le TF a pleinement admis la compétence du juge civil dans les termes suivants: “[...] la loi ne lui (à la CFB, réd.) confère pas une compétence exclusive pour se prononcer, même à titre préjudiciel, sur l’application de la LB. Aussi, rien n’empêchera le juge civil de le faire à titre incident, si cela s’avérait nécessaire”.

¹³⁸ ATF 101 Ib 252; *cf. supra*, n° 42.

que¹³⁹, elle doit au moins impérativement se raccrocher à une norme protectrice profitant directement à la victime. Les tentatives construites à partir de l'art. 2 CC, directement ou en relation avec le rapport de fait fondé sur la confiance, nous paraissent vouées à l'échec. Premièrement, l'art. 2 CC n'est pas lui-même une norme protectrice. Deuxièmement, la notion de rapport de fait fondé sur la confiance est beaucoup plus vague que celle du risque créé. Elle comporte en elle-même le risque d'une jurisprudence certes créatrice, mais casuistique et opportuniste, donc arbitraire. Les états de fait invoqués à son appui ne sont guère convaincants. A notre avis, la qualification de la responsabilité pour faux renseignements doit être revue dans le sens d'une responsabilité contractuelle (laquelle n'exclut nullement l'application éventuelle concurrente de l'art. 41 CO). Quant à la création d'un état de fait fictif, il s'agit d'un concept trop vague et inutile pour asseoir une sanction; la responsabilité à raison du risque créé y suffit. Enfin, le devoir de renseigner, dont l'existence et l'ampleur sont très discutables en raison du secret bancaire, ne peut être sérieusement rattaché qu'à un acte ou une omission flagrants, c'est-à-dire également saisi et de façon plus sûre par la responsabilité à raison du risque créé.

61. Pour les mêmes raisons fondamentales, nous rejetons la théorie qui voudrait soumettre les banques à une obligation générale de prudence. Non qu'elles ne le soient pas, mais parce que ce principe général ne peut que reprendre des devoirs préexistants et plus spécifiques, les modaliser au même titre que le principe de la bonne foi. Offrant un visage assez flou, ce principe ne saurait être invoqué davantage que l'art. 2 CC au titre de norme protectrice.

62. Nous saluons l'apparente volonté du Tribunal fédéral de ne pas exclure le dommage purement patrimonial du champ d'application de la responsabilité à raison du risque créé et nous voyons là la piste à privilégier dans la recherche d'une norme protectrice. Parallèlement à l'application possible – dans un cadre certes plus limité – de l'art. 3 LB, le juge civil reçoit vocation de déterminer, dans une jurisprudence créatrice non opportuniste, les devoirs concrets du banquier liés à sa position de garant, étant rappelé que la norme protectrice faisant devoir d'agir peut découler de n'importe quelle règle de droit positif, voire de droit non écrit¹⁴⁰. D'ailleurs, l'ensemble des arrêts rendus en matière de faux renseignements et de mauvais conseils se fondent sur l'art. 41 al. 1 CO sans autre indication d'une norme protectrice violée¹⁴¹, ce qui revient, du moins implicitement, à admettre à la fois la position de garant de la banque et le

¹³⁹ ATF 102 II 85; *cf. supra*, n° 42.

¹⁴⁰ ATF 115 II 15 (20) = JdT 1989 I 595 (598); ATF 111 II 471 (474) = JdT 1986 I 485 (487); ATF 109 II 4 = JdT 1984 I 357; ATF 108 II 305 (311) = JdT 1983 I 609 (rés.).

¹⁴¹ L'exemple typique est fourni par l'ATF 57 II 81 (86) = JdT 1931 I 557 (562), où le TF invoque un “postulat du régime légal général”.

risque créé par le faux renseignement ou le mauvais conseil. Ce faisant, le Tribunal fédéral n’a pas fait autre chose que de créer une nouvelle norme protectrice jurisprudentielle de droit non écrit¹⁴² matériellement, mais non logiquement, détachée de son principe. Nous plaidons quant à nous pour la reconnaissance de la même valeur de norme protectrice à la règle de principe, ce qui permet de ne plus exclure le dommage purement patrimonial de son champ d’application.

3. Partie spéciale

3.1. *Le crédit*

3.1.1. La fonction et les effets du crédit

3.1.1.1. *Le dilemme du crédit*

3.1.1.1.1. Le besoin de la banque

63. En dépit de la vieille malédiction chrétienne attachée à l’argent et aux riches, et dont la banque souffre parce qu’elle utilise l’argent comme matière première¹⁴³, on enseigne paradoxalement depuis la parabole des talents¹⁴⁴ que c’est un péché de ne pas le faire fructifier. La LB subordonne très clairement le principe de la rentabilité à celui de la prudence. En affirmant que “la surveillance ne saurait cependant s’orienter exclusivement d’après des considérations de rentabilité”¹⁴⁵, la Commission use de la litote pour justifier sa pratique face aux critiques sur les exigences excessives relatives aux fonds propres. Ajoutées aux prescriptions en matière de répartition des risques (art. 4^{bis} LB, 21 al. 6 OB), ces exigences mettent visiblement l’accent sur une conception défensive du crédit bancaire. En tous les cas, le droit positif ne fait-il pas du crédit l’un des objectifs essentiels de l’activité bancaire¹⁴⁶. A l’image de Ponce Pilate, le législateur tolère le crédit comme un risque nécessaire, plutôt qu’il ne le place dans une conception positive de politique économique.

Pourtant, c’est un truisme que de rappeler le caractère essentiel du crédit pour la banque. En tant qu’entreprise privée vouée à briller par ses performances, la banque est pleinement soumise aux effets de la concurrence. Quel que soit l’état du marché financier, elle doit faire travailler ses fonds propres et autres fonds passifs. Elle doit vendre et, lorsque l’offre dépasse la demande, cela se traduit par une certaine sous-enchère, dans laquelle la recherche de rendement tend à prendre le pas sur la prudence.

¹⁴² SCHÖNLE, *Responsabilité pour renseignements*, p. 399-400.

¹⁴³ PRAT, p. 2.

¹⁴⁴ Evangile de MATHIEU, chap. 25, verset 14-30; évangile de LUC , chap. 19, verset 11-27.

¹⁴⁵ MÜLLER, p. 43.

¹⁴⁶ HIRSCH, p. 278: “La loi sur les banques ne précise pas ses objectifs; ceux-ci ne ressortent pas non plus clairement des travaux préparatoires”.

3.1.1.1.2. Le besoin de l'économie

64. “La loi sur les banques n'a pas d'objectif de politique économique”¹⁴⁷. Le fait est cependant que le système bancaire est l'un des facteurs les plus importants de l'activité d'une société. Sang ou nerf de l'économie, le crédit est aussi nécessaire à l'entreprise que le travail et la matière première. Derrière cette évidence se cache pourtant une énigme macro-économique. Du temps où les banques n'avaient pas bonne presse, l'inconscient collectif a hérité une vision contradictoire du crédit, dont les deux perceptions ne sont et ne seront sans doute jamais totalement réconciliées. D'un côté, il y a l'image péjorative de celui qui doit emprunter pour financer ses besoins. L'emprunt lui-même ne démontre-t-il pas une insuffisance de moyens par rapport aux objectifs? Ne comporte-t-il pas intrinsèquement un pari sur l'avenir, lequel est toujours aléatoire? De l'autre côté, il y a la réalité, dans laquelle personne ne fonctionne plus sans crédit: des Etats les plus industrialisés aux pays en voie de développement, des grandes sociétés publiques aux artisans, personne n'échappe à la fatalité ni à la nécessité du crédit. L'effet de cette évolution est que le crédit s'éloigne d'une conception ponctuelle qui portait en elle-même une connotation exceptionnelle, pour devenir toujours davantage une denrée normale et de première nécessité.

65. De cette normalité et de cette nécessité découlent certaines conséquences.

Premièrement, le crédit est toujours risqué. En paraphrasant le Professeur ROGER SECRÉTAN qui enseignait à ses étudiants lausannois: “qui cautionne paie”, on serait tenté de dire “qui prête perd”. Il existe en effet entre le cautionnement et le prêt un trait commun évident: le besoin d'un argent que l'on n'a pas soi-même. Si le cautionnement est la garantie du pauvre, le prêt bancaire n'est pas seulement le privilège du riche. Or, dans la législation bancaire et les mentalités, on persiste à considérer le risque comme un élément qu'il faudrait idéalement éliminer. Quand le risque se réalise, il y aurait contre-performance, voire faute professionnelle. Cela est faux. Il faut réhabiliter et “normaliser” le risque comme un élément essentiel du crédit. Peut-être convient-il à long terme d'orienter la profession bancaire vers une approche plus actuarielle du crédit¹⁴⁸. On évite aujourd'hui cette réalité en recourant à la réponse traditionnelle des garanties et de la responsabilité du débiteur. C'est une politique de l'autruche, lorsque l'on sait par avance que les garanties risquent d'être très insuffisantes et que le débiteur ne vaut rien. L'image de la dette publique des pays du tiers-monde est révélatrice d'une attitude mentale

¹⁴⁷ HIRSCH, p. 272.

¹⁴⁸ DERRIDA, p. 83, n. 74, recommande le recours à des institutions qui garantissent, à défaut de sûretés traditionnelles, la “bonne fin” des opérations pratiquées à crédit, telles que l'affacturage et l'assurance-crédit.

collective qui refuse de prendre en compte la *certitude* du risque de perte. Et le banquier vacille, financièrement autant que moralement, lorsqu'il a peu ou mal planifié ce risque.

66. Deuxièmement, parce qu'il est nécessaire, le crédit n'est pas destiné par nature à ignorer le contexte dans lequel il intervient. En finançant une entreprise, le banquier accomplit un acte économique qui s'inscrit dans un cadre donné, caractérisé par une perspective de continuité de l'entreprise (*going concern*). De même que le bilan ordinaire de la société anonyme tient pour constant que les lignes de crédit existent, le banquier doit-il inscrire son acte de crédit dans la durée. A la rigueur du droit, si les sources de financement de l'entreprise ne sont pas juridiquement stipulées à long terme, on devrait raisonner en termes de bilan de réalisation. Nul ne songe à le faire, car l'expérience enseigne que le banquier reste attaché à son bon débiteur. Bien que cette expérience n'ait d'ailleurs pas valeur absolue, elle traduit une idée connexe à celle de normalité et de nécessité du crédit, celle de fidélité.

3.1.1.1.3. Le crédit utile ou nocif

67. Certains crédits ne déploient d'effets que dans l'étroite sphère patrimoniale de l'emprunteur (crédit à la consommation, crédit hypothécaire pour l'achat de son propre logement); d'autres agissent sur un cercle plus étendu de personnes (crédit d'investissement, fonds de roulement). Les uns comme les autres déploient néanmoins des effets globaux sur l'économie. En dépit de sa nécessité, le crédit est pourtant parfois utile et parfois nocif.

68. Le crédit utile est celui que l'on peut définir par deux caractéristiques: premièrement, il va permettre de financer une opération susceptible, à terme, de produire un gain à l'emprunteur. Un crédit sans *lucrum previsum* peut être de deux sortes:

- Le crédit est trop onéreux ou l'état de l'emprunteur compromet cet effet productif;
- Par sa nature (crédit à la consommation, financement du logement personnel), le crédit n'entre pas dans une logique économique, mais satisfait un besoin de commodité (achat de consommation) ou de nécessité (dépense de santé non assurée) très individuel. Parler de gain dans un tel cadre n'a pas de sens: le crédit est neutre au regard du premier critère. Pour juger de sa nocivité ou de son utilité, il faut l'examiner sous l'angle du critère suivant.

69. En sus ou à défaut d'une utilité lucrative, un crédit doit, pour échapper au jugement de nocivité, entrer dans une politique de risque cohérente et raisonnée. Indépendamment de l'effet multiplicateur accompagnant l'octroi d'un financement utile, le bailleur de fonds doit s'interroger sur la nature et l'ampleur du risque qu'il prend. Il est notoire que l'espoir du gain

est très souvent à la mesure du risque de perte. A ce titre, un crédit nocif est celui dans lequel le prêteur ferme les yeux sur cet aspect, en se rassurant par un plan financier largement bénéficiaire. Ce crédit est nocif parce que, à l'occasion de son octroi, le banquier ne se pose pas et ne pose pas au client la question de ce que l'on fera si les résultats escomptés ne sont pas atteints. Précisément parce que son concours est requis et qu'il est plus distant des opérations, le banquier est mieux placé que son client pour procéder, par la méthode du bilan, à la pesée des profits et des pertes possibles du crédit sollicité. Lorsqu'il s'agit d'un crédit non économique (achat de consommation, opération chirurgicale), cette pesée des intérêts doit mettre en balance le risque de non-remboursement et l'intérêt du client. Ainsi l'examen du risque procèdera-t-il parfois d'une projection dynamique de l'entreprise dans l'avenir et parfois d'une vision plus statique de l'emprunteur (comment peut-il faire face aux intérêts et à l'amortissement de la dette dans sa situation? Eu égard au risque de perte, le besoin de l'emprunteur justifie-t-il néanmoins l'octroi du crédit?)

3.1.1.1.4. Perversité du crédit trop facile?

70. Le vice et la vertu ont le même visage. C'est l'environnement qui change. La question des effets pervers du crédit facile se pose à l'égard des taux d'intérêt, des conditions et de l'affectation du crédit.

Selon les circonstances, des taux bas sont ressentis comme une bonne ou une mauvaise chose. Parce qu'elle ne pouvait pas agir pour leur hausse en 1989, la Confédération a pris d'autres mesures, d'ailleurs contestées et d'un effet contestable. A l'époque, il n'est pas douteux que l'abondance de crédit bon marché a eu en soi des effets économiques pervers, en alimentant une surchauffe effrénée du marché immobilier. Peu de mois plus tard, la tendance s'est inversée. Après une période de taux élevés, chacun souhaite aujourd'hui non seulement la baisse mais la stabilisation durable des taux d'intérêt.

Même observation pour les conditions de crédit: l'exemple qui suit montre à quelles aberrations certains établissements sont arrivés en pleine euphorie immobilière genevoise, tandis que l'on peut considérer aujourd'hui comme un vice l'excès de sévérité en matière de fonds propres du client dans un crédit immobilier.

Quant à l'affectation, rarement aura-t-on vu un revirement plus formidable entre la cécité de certaines banques, il y a quelques années, et leur interventionnisme actuel dans l'examen de la faisabilité d'un projet à financer.

71. Comme les choses s'oublient vite et que la finance n'est pas à l'abri du révisionnisme, nous voulons illustrer notre propos par un exemple significatif, actuellement devant les autorités judiciaires genevoises:

En juin 1985, A achète à B pour le prix de frs. 24'000'000.– le capital-actions de la société immobilière X. Le seul actif de cette société est représenté par une parcelle de moins de 6000 m², dont on s'apercevra plus tard – trop tard – qu'elle est grevée d'une clause d'utilité

publique la réservant pour des équipements scolaires, clause visible sur le plan cadastral déposé au Service de l'aménagement du Département des travaux publics. Nonobstant ce fait, A présente en 1985 une demande de crédit où il porte le terrain au prix de revient de frs. 30'000'000.-. Dans le bilan de la société, l'immeuble est porté à l'actif pour un montant de quelque 200'000 francs. Contre la garantie d'une cédule hypothécaire grevant l'immeuble et le nantissement du capital-actions, la banque M accorde à A une ouverture de crédit en compte courant de frs. 18'000'000.-, moyennant le paiement d'un honoraire de frs. 100'000.- pour "frais d'étude, de constitution de dossier et de mise à disposition des fonds". Par la suite, la banque N accorde à A un prêt hypothécaire de frs. 20'000'000.- destiné à lui permettre de rembourser la banque M. Dans le même temps, elle octroie à la société immobilière X un crédit de construction de frs. 30'000'000.-, subordonné, entre autres, à la remise de l'autorisation de construire. Le permis de construire n'a pas été délivré. Malgré cela, le crédit de construction a été débité de frs. 14'000'000.-, l'endettement total de la société et de l'actionnaire étant dès lors de frs. 34'000'000.-.

72. Une telle opération est mauvaise pour tous. La légèreté des deux banques a permis la conclusion d'une affaire manifestement spéculative. Au terme de l'aventure, il n'y a pas de gagnant. En distribuant du crédit facile, on a fabriqué de la fausse monnaie et tout le monde a trompé tout le monde. C'est le reflet d'une triste période. Mais à ceux qui prétendent qu'elle ne reviendra pas, nous disons que tout peut malheureusement recommencer dès que l'offre de crédit dépasse la demande. Parce que cette activité obéit aux lois du marché, elle est réticente à toute tentative de la faire entrer dans un système normatif¹⁴⁹.

3.1.1.2. *La relativité d'une théorie du crédit*

73. Y a-t-il *une* diligence de la banque donneur de crédit? Nous ne le pensons pas pour les raisons suivantes:

74. – *Premièrement*, à cause des buts divergents de la même opération. Son caractère synallagmatique n'enlève rien au fait que le prêt bancaire sert des intérêts contradictoires. Pour la banque et ses créanciers, notamment les déposants, l'affaire sera bonne si le rendement financier est élevé et si le risque est faible. Pour le client, le crédit est intéressant dans la mesure où il n'est pas onéreux et où le banquier accepte un certain risque. Plus la banque est petite, plus sa diligence est marquée par la supériorité du critère du risque sur celui du rendement. Lorsque le facteur du risque augmente, l'imprudence relative du banquier sert davantage les intérêts du client, tout en pouvant se retourner contre lui si l'imprudence devient témérité ou légèreté (première variable).

75. – *Deuxièmement*, en raison de la totale hétérogénéité du marché. On donne le même nom et le même rôle à des opérations qui n'ont rien de

¹⁴⁹ JUNOD, *Garantie*, p. 95: "[...] c'est au marché qu'il incombe en première ligne de garantir, grâce à l'aiguillon de la concurrence, le fonctionnement efficace, donc aussi l' "activité irréprochable", de l'appareil bancaire [...]".

commun. Laissant délibérément de côté le cas très particulier du crédit à la consommation qui fera l'objet d'un examen particulier, nous ne voyons que peu de traits communs entre le financement hypothécaire du logement, le crédit-terrain et le crédit de construction du promoteur immobilier, le crédit d'investissement et le crédit de fonctionnement de l'entreprise. A chacune de ces figures correspond une fonction bien différente du prêt d'argent, dont il faut s'inspirer pour modeler de manière adéquate les devoirs rentrant dans l'obligation de diligence du banquier (deuxième variable).

76. – *Troisièmement*, à cause du caractère conjoncturel du marché. “Il (le crédit) est, au choix, rare ou trop abondant, responsable de l'inflation, comme de la récession, cher, réservé aux riches, pourvoyeur de ‘faillites’ ou, au contraire, capable de maintenir en survie ce qui aurait dû mourir sans son artificiel pouvoir”¹⁵⁰. Ce qui est juste aujourd’hui peut être faux demain. La prise en compte de l’aléa conjoncturel débouche sur deux réponses possibles:

- Celle de la liberté de la banque-entreprise, où l’on veillera à privilégier la faculté d’adaptation du bailleur de fonds aux nouvelles conditions du marché;
- Celle de la responsabilité de la banque-institution, qui met l’accent sur la sécurité à long terme du crédit octroyé.

77. En définitive, il faut relativiser le contenu et l’ampleur du devoir de diligence en tenant compte de ces différents éléments. Dans l’examen concret de ce devoir à l’occasion de l’octroi, du refus, de l’exécution et de la révocation du crédit, il est indispensable d’intégrer ces deux variables. C’est pourquoi nous leur consacrons d’abord à chacune quelques réflexions.

3.1.2. Les deux variables du crédit

3.1.2.1. *L’opposition entre les intérêts du banquier et ceux du client*

3.1.2.1.1. Le conflit d’intérêts

78. Une méthode d’analyse imbécile est de partir de l’existence axiomatique du devoir de diligence, de rapporter celui-ci au contrat de mandat (à quoi d’autre?), et de buter sur le conflit entre le modèle du mandataire idéal et la réalité du donneur de crédit. Si l’on ne préjuge pas de l’existence d’un tel devoir, l’approche s’en trouve facilitée. Dans l’opération de crédit, que cherchent les deux parties?

- Le bailleur de fonds vise, dans le désordre, les buts suivants: un rendement performant (d’où la recherche d’une marge de profit opti-

¹⁵⁰ VAN TROEYEN, L’image de la banque et la distribution du crédit, Association banque et bourse des anciens élèves de Sciences politiques, colloque du 30.3.1977, Banque éditeur, 1977, cité par PRAT, p. 2, n. 2.

- male par rapport au marché), le service régulier des intérêts, le risque le plus faible au niveau du remboursement et la liberté d'agir et de réagir en fonction de la situation de son client et de la conjoncture. Il n'entend assumer aucune responsabilité dans l'entreprise de l'emprunteur dont le projet et le succès, en eux-mêmes, l'indiffèrent;
- L'emprunteur recherche, toujours dans le désordre: un prêt avantageux (d'où la recherche des conditions les moins chères par rapport au marché), la confiance et la patience du banquier, sa solidarité en cas d'adversité.

Le premier gère son prêt comme un produit et sa banque comme une entreprise, le second attache au produit une dimension humaine et voit la banque comme une assurance. Surviennent les difficultés et le conflit est là: l'emprunteur aura toujours tendance à considérer (à tort) que son cas individuel est léger à supporter pour la banque, laquelle se trouve confrontée à une multitude de cas individuels. Irons-nous jusqu'à dire que certains clients manifestent une certaine régression mentale dans l'adversité, comme certains chefs d'entreprise pourtant compétents dans leurs difficultés conjugales?

79. Ce conflit d'intérêts est inhérent à toute opération de crédit. Plutôt que de le nier, il faut l'accepter comme donnée de base et chercher quelle diligence est conciliable avec lui. Dans cette recherche, il convient de se fonder d'abord sur ce qui est commun aux deux parties. Parce que sa propre sécurité en dépend, le banquier veillera à minorer son risque, non seulement à l'octroi du crédit mais aussi dans la suite. Il se gardera donc de tout acte économiquement téméraire ou léger qui, menaçant l'emprunteur, l'exposerait lui-même à des pertes. En ayant toujours en vue la personne ou l'entreprise du client aussi bien que l'affectation du crédit, il fera passer la *prudence* avant la *rentabilité*.

Cette priorité de la prudence doit conduire le banquier à une attitude de vigilance et de curiosité active. Mettant en oeuvre son sens critique, sans méfiance, ce dernier agira comme un conseiller, à la nuance près que son service n'est pas conçu dans le seul intérêt du client (contrairement au mandataire) mais vise aussi bien à satisfaire, aussi longtemps qu'il y a convergence d'intérêts, les siens propres.

80. Au moment où il y a conflit d'intérêts, il faut admettre que, dans le non-dit contractuel, les parties ont admis que le banquier fasse passer ses intérêts avant ceux de son client. Cela est parfaitement normal, puisqu'il incombe au professionnel du crédit de se plier aux exigences de la LB, qui subordonnent très clairement la politique du crédit à la sécurité des dépôts. Puisque les parties le savent, il vaut mieux qu'elles le disent aussi. Certes, cette hiérarchisation est-elle contenue dans l'art. 11 des conditions générales de l'ASB, mais d'une façon si absolue que cette règle se caractérise par son autocensure.

Dans un tel conflit, où fixer la limite entre le droit du banquier de sauvegarder ses intérêts légitimes et son obligation de diligence envers le client? Deux principes nous semblent utiles à cet effet.

3.1.2.1.2. L'obligation de fidélité

81. A cause de leur caractère vital pour l'emprunteur, certains crédits comportent une *obligation de fidélité*, autre expression du concept déduit de l'art. 2 CC par certains auteurs sous le nom de "Vertrauenshaftung"¹⁵¹. Si l'on doit rester réservé à l'égard de cette construction en tant qu'elle vise à fonder une responsabilité délictuelle, on peut la saluer dans la mesure où l'acte de crédit place objectivement l'emprunteur dans la dépendance de la banque. Dans l'arrêt Reller, le Tribunal fédéral a exclu l'application de cette disposition, faute d'obligation préexistante, contractuelle ou légale¹⁵². Lorsqu'un contrat de crédit a été conclu, suivant sa nature, les obligations qu'il fait naître peuvent servir de support à l'application de cette théorie à titre contractuel. La confiance accordée par le client à son bailleur de fonds repose en grande partie sur la fidélité qu'il attend de lui en retour.

82. Cette fidélité est-elle unilatérale? Le client, souvent ingrat, n'hésitera pas à vilipender l'exercice de sa liberté par le banquier, alors qu'il revendiquera la sienne lorsque la concurrence joue et lui est favorable. Au risque de choquer, il faut répondre par l'affirmative. Cette inégalité d'obligations est justifiée aussi bien par l'inégalité de fait entre les parties que par le risque lié à la révocation intempestive du crédit. Cette solution n'a rien d'extraordinaire et il n'en va pas autrement dans le droit du mandat où seul le mandataire assume une obligation de fidélité (art. 398 al. 2 CO).

3.1.2.1.3. Le principe de la proportionnalité

83. Lorsque le maintien du statu quo n'est plus possible, la banque doit prendre la mesure la moins dommageable pour le client. C'est *le principe de la proportionnalité*. Là aussi, l'application doit en être mesurée en fonction de l'intensité du devoir de fidélité propre à chaque opération de crédit. Si, au lieu de rompre le crédit, la banque peut en modifier les termes sans mettre en péril son propre équilibre, il lui appartient de proposer au client la solution la plus douce. L'emprunt de ce principe au droit public nous paraît opportun, dans la mesure où l'activité de crédit revêt globalement un intérêt public.

3.1.2.1.4. Mise en oeuvre de ces principes

84. On objectera sans doute à notre thèse qu'elle s'intègre difficilement dans le droit contractuel, lequel suffit à modaliser les droits et les obliga-

¹⁵¹ Cf. supra, n° 47 et sources citées, n. 101.

¹⁵² ATF 108 II 305 (cons. 2) = JdT 1983 I 609 (rés.).

tions des parties. Notre réplique est aisée: dans les temps que nous venons de vivre, la “mécanique contractuelle” a montré ses limites.

Que le banquier se fonde sur les termes du contrat pour ne pas prolonger à l'échéance un crédit existant, ou qu'il invoque l'art. 11 des conditions générales de l'ASB¹⁵³ pour le révoquer avant son échéance contractuelle, le juge doit user des pouvoirs que lui confèrent les art. 2 al. 2 CC et 20 al. 1 CO pour concilier l'exercice de ces droits avec ces deux principes qui découlent naturellement des règles de la bonne foi et du respect des moeurs. En d'autres termes, selon la nature du crédit et les circonstances, le banquier ne saurait exercer ses droits qu'avec retenue. Nous examinons ci-après plus en détail la concrétisation de ce postulat à propos de la révocation du crédit¹⁵⁴.

3.1.2.2. *Les différents crédits*

3.1.2.2.1. Quant à leur affectation

85. Les parties ne peuvent ignorer l'affectation du crédit. Si c'est une évidence pour l'emprunteur, c'est une diligence nécessaire du banquier de s'assurer, dans son propre intérêt et dans celui de son client, qu'il y a adéquation entre l'instrument de crédit sollicité et son but. L'affectation concrète du crédit donne à ce dernier un caractère *intuitu rei* autant qu'*intuitu personae*. Même si le contrat ne l'entend pas ainsi, il s'agit d'un élément objectivement essentiel, le “crédit sans affectation” étant un crédit à affectation générale. Cette affectation induit un degré variable du devoir de fidélité.

a) Les crédits à fort devoir de fidélité

86. Nous plaçons en tête de liste les cas dans lesquels l'emprunteur attribue une valeur essentielle soit à la *durée* du crédit, soit à sa *stabilité* (conditions, notamment coût), soit aux deux. Ce sont:

- *Le crédit à l'investissement*, dont le coût entre dans la planification à long terme de l'entreprise; nous y incluons toutes les opérations portant sur l'acquisition d'un bien de production tel que terrain à bâtir, immeuble d'exploitation, machine, y compris les crédits de construction¹⁵⁵;
- *Le crédit hypothécaire pour le logement*, dont le bénéficiaire perçoit souvent peu ou mal le caractère évolutif et résiliable, et qui présente le caractère de financement d'une prestation vitale ou d'un bien de première nécessité.

¹⁵³ Cf. supra, n° 15 et infra, n° 166 ss.

¹⁵⁴ LÄNZLINGER, p. 211: “Zudem muss ein Kreditgeber unter Umständen damit rechnen, dass sein Recht auf jederzeitige Kündigung des Kredits den Interessen des Kreditnehmers an der Beibehaltung des Kredits untergeordnet wird (Verbot der übermässigen Schädigung).” Cf. infra, n° 166 ss à propos de la révocation “punitive”, notamment la n. 245.

¹⁵⁵ Ces deux éléments de durée (permettre de conduire la promotion jusqu'à son terme) et de stabilité (rester dans le plan financier permettant de mettre sur le marché un bien économique rentable) y sont essentiels.

b) Les crédits à devoir de fidélité moyen

87. Ce sont les financements à court terme, conçus de part et d'autre pour être flexibles:

- *Le crédit commercial d'exploitation* (fonds de roulement), dont la fonction est d'anticiper les sources normales de revenus de l'entreprise et dont les conditions sont étroitement liées au marché financier; l'emprunteur compte sur la durée d'un tel crédit dont il admet que le coût et les conditions peuvent fluctuer, ce qui tend à diminuer voire à supprimer l'élément de stabilité;
- *Le crédit de circulation* (crédit documentaire et escompte d'effets commerciaux), qui présente des analogies évidentes avec le crédit d'exploitation.

Sans faire de la stabilité du crédit une condition essentielle, les parties confèrent à ces opérations un but néanmoins économique et durable. De plus, de tels crédits exercent une influence sur un cercle étendu de personnes (salariés) et constituent un facteur de production. C'est pourquoi on doit voir en eux une obligation de fidélité, mais d'une intensité réduite.

c) Les crédits sans devoir de fidélité

88. Nous y rangeons:

- *Le crédit-relais*, dont la nature même est de ne pas devoir durer;
- *Le crédit à la consommation*, parallèle financier de l'opération d'achat à laquelle il est lié;
- *Le crédit sans affectation* ou destiné aux besoins généraux de l'emprunteur.

3.1.2.2.2. Quant à leur forme

89. Y a-t-il lieu de classer les différents instruments de crédit en fonction du critère de la fidélité? Non sans hésitation, nous pensons que tel n'est pas le cas. Dans la mesure où le postulat de durée et de stabilité est induit du but économique de l'opération, il peut se manifester différemment dans deux formes semblables de crédit ou, à l'inverse, de manière analogue dans deux formes diverses. Ainsi, l'avance à terme fixe ne comporte-t-elle pas le même substrat selon qu'elle sert à un crédit-relais ou au financement d'un investissement.

3.1.2.3. *Les diligences du donneur de crédit. Première synthèse*

Au niveau de l'*obligation générale* de diligence dans le crédit, il s'agit de concilier des données contradictoires:

90. – La banque n'est pas un service public. Au bénéfice de la liberté du commerce et de l'industrie, sous la surveillance de la Confédération et du juge civil¹⁵⁶, et comptable de son obligation d'activité irréprochable, elle

¹⁵⁶ JUNOD, *Garantie*, p. 95.

opère en tant qu'entreprise privée dans un marché où règne une forte concurrence. Pour autant, son activité de crédit revêt un intérêt public qui dépasse la somme des intérêts privés et la place dans une position d'influence et de pouvoir. Devant le crédit qu'elle donne et qu'il reçoit, la banque et le client sont respectivement dans une relation d'inégalité de fait, leurs intérêts sont divergents et il y a risque de conflit.

91. – Ce conflit d'intérêts n'est pas pathologique. Il est le résultat normal, voulu inconsciemment par les deux parties, du fait que l'une met à la disposition de l'autre un bien économique essentiel à son existence économique. Comme le locataire a droit à une protection spéciale à cause de l'importance vitale du logement ou du local commercial qu'il occupe, l'emprunteur attend du bailleur de fonds qu'il ne le prive pas inutilement de son oxygène, ni ne lui en rende l'usage excessivement onéreux.

92. – A la liberté de la banque (d'agir le cas échéant conformément aux clauses contractuelles et notamment aux conditions générales) s'oppose sa responsabilité de fait, son éventuelle position de garant et son obligation d'user de ses droits avec discernement. Dans une approche nuancée, on doit attendre du banquier qu'il cherche certes à sauvegarder ses propres intérêts, sans négliger toutefois l'attente de son client. Le demandeur de crédit, par définition dans un certain état de besoin, ne conçoit que rarement les moyens financiers sollicités sans un certain rapport de fidélité. Alors même qu'il revendique pour lui-même une liberté totale (contenue dans les limites contractuelles et celles, plus larges, de l'art. 2 CC), il confère au crédit le caractère d'une denrée de première nécessité. Dans la mesure où cette attente du client est perceptible par le banquier, elle devient un élément objectivement essentiel du contrat et induit son obligation de fidélité.

93. En résumé, il est légitime que la banque sauvegarde ses intérêts propres avant ceux de son client, quand le conflit est irréductible. Lorsque son équilibre – et le respect des dispositions légales sur les fonds propres et les liquidités – ne sont pas menacés, la banque s'efforcera cependant de respecter son devoir de fidélité et le principe de la proportionnalité. L'existence et l'ampleur de ce devoir dépendent de la nature du crédit. Sa concrétisation représente le point d'équilibre entre les intérêts vitaux de la banque et ceux du client.

3.1.3. La diligence dans l'octroi du crédit

3.1.3.1. *Les devoirs de la banque*

3.1.3.1.1. Observation générale

94. Le crédit n'est pas un acte aveugle, ni abstrait. Même lorsqu'il consiste en une ligne de crédit en compte courant pour permettre le fonctionnement ordinaire d'une exploitation (fonds de roulement), il revêt

le caractère d'un acte juridique éminemment personnel (*intuitu personae*), lié à la santé économique du client, ainsi qu'au sérieux de son activité. Il en découle le devoir général de procéder à une véritable *anamnèse financière*¹⁵⁷.

3.1.3.1.2. Les investigations de la banque¹⁵⁸

A) Quant à l'objet¹⁵⁹

a) L'état de fortune et du revenu

95. Il importe de connaître aussi bien la structure de financement de l'emprunteur que sa capacité à supporter de nouvelles charges. Pour une entreprise, on consultera le bilan et les comptes de profits et pertes d'au moins trois exercices consécutifs, ainsi que les rapports de révision qui s'y rapportent. Pour une personne physique non commerçante, on ne tiendra compte que des revenus assurés, sans oublier le risque de perte d'emploi.

b) Les renseignements cadastraux et hypothécaires

96. Sur la base des états de fortune et des revenus, il est facile pour la banque de procéder à une vérification de l'estimation des actifs et des gages immobiliers, vérification qui s'impose même pour un crédit non immobilier.

c) Les poursuites et les réserves de propriété

97. Bien que certaines poursuites puissent ne pas être significatives (interruption de prescription), leur quantité ou leur fréquence peuvent constituer un indice utile de difficultés de trésorerie ou de gestion insuf-

¹⁵⁷ Selon VÉZIAN, p. 135: "Lorsque le banquier donne son crédit, enfin, c'est un peu comme s'il décernait un "brevet de moralité". Les tiers y voient une sorte de "cautionnement moral" du banquier qui les encourage à contracter avec le crédité. Ainsi, sont-ils induits en erreur, lorsqu'ils contractent sur la foi du crédit alors que celui-ci a été accordé à une personne qui, en raison de ses antécédents et de son incompétence, ne le méritait pas".

¹⁵⁸ Voir à ce sujet FRICK, p. 39 ss et les sources citées, notamment 39, n. 1-5. Rappelant la distinction allemande entre la dignité de crédit (Kreditwürdigkeit au sens étroit) et la capacité de crédit (Zahlungsfähigkeit), il cite, p. 40, n. 1, pour expliciter la première, ALFRED JÄHRIG/ HANS SCHUCK, Handbuch des Kreditgeschäfts, 4 éd., Wiesbaden 1982, p. 181: "Für ihre Entscheidung sind allgemein wesentlich die Branchenkenntnisse des Kunden, seine richtige Einschätzung von Rohstoff- und Absatzmärkten und der Konkurrenzsituation, sein Gespür für Marktliicken, sein Kostenbewusstsein, sein finanzwirtschaftliches Verhalten, seine Weitsicht und Initiative zur Planung, sein Ruf und seine Glaubwürdigkeit, sein Engagement für die Firma, sein Vermögen, sich für betriebliche Belange auch gegenüber den Gesellschaftern durchzusetzen, aber schliesslich auch seine Fähigkeit, Menschen zu führen. [...] Dabei ergänzen sich kaufmännische und menschliche Qualitäten. Ihr Vorhandensein nennt man persönliche Kreditwürdigkeit." S'agissant de la capacité de crédit, il indique que les mêmes auteurs lui consacrent 90 pages et renvoie également à SCHAER, dont l'édition en langue allemande, Der Bankkredit, Die Praxis in der Schweiz, La Chaux-de-Fonds 1979, comporte à son sujet 77 pages!

¹⁵⁹ Pour les recherches sur l'arrière-plan économique de l'affaire, cf. infra, n° 110-116.

fisante, notamment en cas de retard dans les paiements courants (cotisations, énergie, loyer...). Quant aux réserves de propriété, elles permettent de mesurer la réelle couverture des dettes par les actifs.

d) L'honorabilité

98. Derrière les chiffres, il y a la réalité humaine de l'entrepreneur ou des dirigeants de la société. Suivant la nature de l'exploitation, notamment si celle-ci touche aux services, la solidité de la maison est directement fonction de la confiance que le public lui accorde. A cet égard, on interrogera les proches de l'entreprise et en particulier les agents locaux de la banque, au sujet de la moralité, des antécédents et de la compétence des organes¹⁶⁰.

e) L'affectation du crédit

99. Sur ce point, le devoir de curiosité active du banquier est très élevé. En maintes circonstances, sans se faire l'avocat du diable, il pourra utilement – c'est-à-dire pour lui et pour son client – exercer son sens critique en exigeant la démonstration de la faisabilité de l'opération à financer.

aa) Le crédit d'investissement et les autres crédits à haut ou moyen devoir de fidélité (à l'exception du crédit hypothécaire destiné au financement d'un logement familial)

100. Les investigations de la banque sont d'une ampleur proportionnelle à celle de son devoir de fidélité: elles porteront sur l'utilité, la rentabilité et l'opportunité de l'endettement envisagé. La banque se doit de demander au client d'intégrer dans sa planification financière les modifications possibles du marché et notamment une hausse des taux d'intérêt. Pour un crédit d'investissement, elle veillera à ce que la durée du remboursement ne soit pas supérieure à celle de la vie économique et technique du bien. Pour l'examen du risque, il faut admettre que l'analyse financière classique, limitée à l'étude des comptes annuels sur plusieurs exercices, est jugée de moins en moins suffisante. Non seulement ceux-ci peuvent être manipulés et se réfèrent à un moment précis, mais le besoin effectif en fonds de roulement n'apparaît pas dans le bilan. C'est pourquoi ces dernières années ont vu se développer de nouveaux modèles de prévision des risques, fondés moins sur le passé économique de l'entreprise que sur la lecture comparative de ses données avec celles de la statistique de la branche à laquelle elle appartient¹⁶¹. Plus l'entreprise est petite, plus on tiendra compte de la personnalité et des qualités professionnelles de

¹⁶⁰ Cf. supra, n. 157.

¹⁶¹ Pour une description détaillée de ces méthodes, cf. notamment ZELLWEGER, *Bankkredite*, p. 95 ss et, du même auteur, *Kreditwürdigkeitsprüfung*; CHRISTIAN OBERLE, Le crédit bancaire en période de turbulences économiques, Mémoire MBA, Ecole des HEC, Lausanne 1993, n.p.

l'entrepreneur. "Plus le crédit est important eu égard à l'envergure de l'entreprise bénéficiaire, plus la durée de ce concours est longue, plus doit être réfléchie la conduite du banquier qui peut devenir en fait une sorte de commanditaire de l'entreprise" ¹⁶².

bb) Le crédit hypothécaire destiné au financement d'un logement familial
 101. Pour un crédit hypothécaire destiné au financement d'un logement familial, également soumis à un fort devoir de fidélité, la banque se renseignera sur la stabilité du projet en s'intéressant à la situation professionnelle et familiale de l'acquéreur, de même qu'à son caractère et à sa réputation. Elle se gardera d'encourager par son concours la satisfaction d'un fantasme passager et déraisonnable. Au besoin, elle interrogera le conjoint de l'acquéreur, même si l'immeuble n'est pas acheté en copropriété, ni en propriété commune. Enfin, elle évitera tout crédit permettant le paiement d'un prix spéculatif, sachant que la maison achetée trop cher peut devenir la prison de son propriétaire.

cc) Les crédits à devoir de fidélité moyen ou inexistant

102. Pour des crédits à devoir de fidélité moyen ou inexistant, la banque s'attachera davantage à la santé économique générale du débiteur qu'à l'objet technique du financement. Qu'il s'agisse d'un crédit d'exploitation (fonds de roulement) ou d'un crédit-relais, elle accordera la priorité aux états financiers et au flux des encaissements/paiements de l'entreprise.

B) Quant aux sources de renseignements

a) Le client

103. La banque ne commet aucun abus en demandant un maximum de renseignements à son client. Sa curiosité est saine, car elle attire l'attention de l'emprunteur sur l'importance des effets du crédit. Il est souhaitable – diligence signifiant aussi promptitude – qu'elle indique dès le début l'ampleur et la nature des informations attendues, ainsi que les personnes, dans l'entreprise, qu'elle doit pouvoir interroger. L'effort de sincérité et de transparence du client doit être à la mesure de la fidélité qu'il attend de la banque.

b) Les registres publics

104. Dans la mesure où ils sont librement accessibles, sans justification particulière, ces registres doivent être consultés par les banques¹⁶³. La question est plus délicate dès lors que la banque doit motiver sa demande par un intérêt¹⁶⁴, car elle risque de violer par là même son obligation de secret professionnel. La difficulté doit être surmontée par une autorisation

¹⁶² STOUFFLET, p. 33, cité par VÉZIAN, p. 154.

¹⁶³ Tel est le cas du registre des poursuites, de celui des pactes de réserve de propriété et du registre du commerce.

¹⁶⁴ Art. 970 al. 2 CC pour le registre foncier.

du client ou par la collecte des renseignements par ce dernier. Dans le cas du registre foncier, il ne paraît pas compatible avec le secret que la banque le consulte par l'intermédiaire d'un notaire, car elle est également tenue au secret vis-à-vis de l'officier public non mandaté par le client.

c) Les tiers, en particulier les autres banques

105. Contrairement à d'autres pays et en dehors de la centrale d'information "ZEK" pour le crédit à la consommation, la Suisse ne connaît pas de centrale des impayés ni de centrale des gros risques¹⁶⁵. De facto, les sociétés de révision bancaire peuvent bien entendu réconcilier les informations concernant un même client auprès de plusieurs banques, mais il leur est de iure interdit d'en faire état par un retour de l'information auprès de la banque révisée, sinon en suggérant des contrôles plus serrés quant aux engagements parallèles. Finalement, la question rejoint celle du renseignement économique, à cette différence près que la recherche d'informations est ici opérée dans l'intérêt de la banque et non pour un mandant tiers. Sans anticiper sur ce qui suivra dans le chapitre topique, il faut relever ici *de lege lata* la totale impossibilité aussi bien de la banque interrogatrice que de la banque interrogée d'échanger des données au sujet d'un client commun, sans autorisation expresse de ce dernier.

3.1.3.1.3. Les garanties du crédit

A) La distinction entre crédits avec ou sans couverture¹⁶⁶

106. En vertu des art. 11 ss OB, la qualification du crédit, garanti ou non, et la nature de la garantie¹⁶⁷, jouent un rôle décisif pour l'ampleur cumulée des créances de la banque. Selon les chiffres fournis par l'une des grandes banques suisses, plus de 55 % des crédits qu'elle accorde sont couverts par un gage immobilier. Au sens de la législation, un crédit en blanc est un crédit qui n'est garanti par aucune sûreté, ni réelle, ni personnelle. A noter cependant qu'on lui assimile les comptes débiteurs garantis par un gage sans qu'il existe d'acte de nantissement signé par le débiteur, les comptes débiteurs garantis par cessions de créances si les débiteurs cédés n'ont pas donné suite à la notification de la cession, les créances en compte

¹⁶⁵ A noter que les tentatives visant la mise en place d'une centrale européenne des risques de crédit ont jusqu'ici échoué. La seule information centralisée est aujourd'hui constituée par l'obligation d'annoncer à l'autorité de surveillance les crédits ou participations dépassant certains plafonds (art. 21 OB).

¹⁶⁶ HANS ESCHER, Das Kommerzielle Kreditgeschäft der Banken, in EMIL GSELL (Hrsg.), Banken und Bankgeschäfte in der Schweiz, Bankwirtschaftliche Forschungen, Bd.I, Berne/Stuttgart 1969, p. 243 ss, cité par GUGGENHEIM, p. 146, n. 1.

¹⁶⁷ Sur la distinction entre couvertures courantes et non courantes, cf. GUGGENHEIM, p. 146-147, n. 2-3. Aux premières appartiennent notamment les papiers-valeurs cotés, les obligations de caisse de banques suisses, certaines polices d'assurance vie, les livrets d'épargne et de dépôt, les avoirs en compte et les devises librement convertibles, tandis que les secondes comprennent notamment les cédules hypothécaires et autres gages immobiliers, les cautions, les cessions et les marchandises.

courant contre des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite qui ne sont cautionnées que par un associé indéfiniment responsable, ainsi que la fraction non couverte des crédits gagés. Enfin, un certain nombre de garanties ne sont pas reconnues comme telles, à savoir les cessions de salaires et de traitements, les objets n’ayant de valeur que pour un amateur, les expectatives, les billets à ordre souscrits par le débiteur, les créances judiciairement contestées, les actions de la banque elle-même traitées ni en bourse ni hors bourse, les titres de participation de l’entreprise débitrice ou d’une entreprise qui lui est liée financièrement au sens de l’art. 21 al. 5 OB et les cessions de créances futures (Annexe II à l’OB).

B) Les devoirs généraux en matière de garantie

107. Contrairement à une idée reçue, les crédits en blanc ne sont pas nécessairement plus risqués que les crédits garantis¹⁶⁸. Premièrement, le crédit sans sûreté témoigne d’une grande confiance dans l’emprunteur. A l’inverse, le prêt gagé ou cautionné traduit implicitement la perception d’un risque élevé. Le danger existe que la banque fasse de la qualité de la garantie un critère de décision qui l’emporte sur les autres facteurs, notamment sur la solvabilité du débiteur et l’opportunité de l’endettement. Le premier devoir de la banque est dès lors de ne pas se laisser aveugler par l’excellence d’un gage¹⁶⁹.

108. Les autres devoirs de la banque en la matière sont d’ordre technique. Ils portent essentiellement sur l’estimation de la valeur de la sûreté, non seulement dans l’immédiat mais pour toute la durée du prêt sollicité, ainsi que sur les mesures de contrôle et d’intervention à planifier pour maintenir cette valeur ou pour la remplacer. La pratique des années euphoriques a malheureusement montré chez certains banquiers une tendance perverse à se contenter d’expertises de complaisance, dans le seul but de couvrir la responsabilité interne d’organes prêts à distribuer un crédit excessif. Une telle attitude ne peut être qualifiée de diligente. Dans l’estimation de la valeur d’une sûreté, il y a lieu d’appliquer les mêmes règles que pour l’appréciation du risque principal, à savoir prendre en compte des variantes découlant de la flexibilité du marché, de la hausse des taux d’intérêt et de la dépréciation corrélative de certains actifs, notamment immobiliers. A défaut, on nage dans le court terme, on se trompe soi-même et on se place en situation de ne pouvoir respecter, s’il y a lieu, le devoir de fidélité.

¹⁶⁸ *Schweizerische Kreditanstalt*, p. 22: “L’expérience montra bientôt que, pour autant que les crédits en blanc étaient octroyés avec toutes les précautions voulues et régulièrement contrôlés, le risque qu’ils comportaient était souvent plus faible que pour les crédits accordés contre garanties, même lorsque ceux-ci paraissaient largement couverts”.

¹⁶⁹ STOUFFLET, p. 37: “[...] l’existence ou l’absence de sûretés n’est pas, du point de vue qui nous occupe, un élément très significatif. [...] le fait que le risque couru par le banquier ait été solidement garanti par des sûretés ne le rend pas pour autant automatiquement licite”.

3.1.3.1.4. Le problème des fonds propres de l’emprunteur

109. Il n’existe en Suisse aucune norme législative ni réglementaire fixant la proportion entre fonds propres et fonds empruntés. La pratique semble appliquer, pour les crédits en blanc, un plafond de 25 à 30 % par rapport aux moyens propres du débiteur ou à l’actif net de la société¹⁷⁰. Pour l’endettement à long terme, on admet qu’il ne doit pas dépasser les capitaux propres de l’entreprise¹⁷¹. L’Allemagne¹⁷² et la France¹⁷³ se fondent sur un rapport bien différent, puisque ces deux pays fixent à 50 % la limite de l’endettement par rapport aux fonds propres. Peu importe en définitive que ces limites soient ou non codifiées. Elles risquent en effet d’être schématiques et paralysantes dans des cas où se justifie un concours financier exceptionnel. Il reste que la banque doit bien entendu veiller à cet aspect en s’efforçant de ne pas contribuer à la sous-capitalisation ni au surendettement de son client.

3.1.3.1.5. La recherche de l’arrière-plan économique de l’affaire

110. Nous avons vu ci-dessus¹⁷⁴ que l’art. 3 al. 2 lit. c LB est le fondement d’une jurisprudence créatrice faisant devoir légal à la banque de rechercher activement l’arrière-plan économique des affaires de son client dans certaines circonstances:

- a – si l’affaire est particulièrement compliquée;
- b – si elle est inhabituelle;
- c – si elle est importante;
- d – ou si des indices permettent de supposer que ces affaires ont un caractère immoral ou illégal¹⁷⁵.

Parmi les décisions rendues par la CFB depuis 1978¹⁷⁶, dont plusieurs ont été confirmées par le Tribunal fédéral, toutes ne portaient pas sur des affaires de crédit. La jurisprudence affirme néanmoins le lien privilégié entre ces affaires là et l’obligation de curiosité active de la banque.

111. Le 23 juin 1980¹⁷⁷, la CFB a blâmé, dans le cadre de l’art. 21 OB, une banque incapable de produire une convention portant sur le paiement de commissions pour un important contrat de construction au Moyen-

¹⁷⁰ SCHAER, p. 60.

¹⁷¹ SCHAER, p. 118.

¹⁷² PRAT, p. 11, n. 1.

¹⁷³ PRAT, p. 11. Ce taux est fixé en France par la banque de France.

¹⁷⁴ N° 55-57.

¹⁷⁵ MÜLLER, p. 35, notamment n. 68 avec sources citées, en particulier ATF 106 Ib 145; 108 Ib 186. Sur le caractère cumulatif ou alternatif du cas d) avec les trois autres – lesquels sont certainement alternatifs –, cf. supra n° 56, notamment n. 134.

¹⁷⁶ Pour un aperçu général de la pratique de la CFB: cf. JUNOD, *Garantie*, p. 97-101. Décisions récentes: Bull. CFB n° 23, 1993, p. 19 ss, 25 ss, 31 ss.

¹⁷⁷ Bull. CFB n° 7, 1980, p. 35 ss.

Orient, commissions pour le paiement desquelles la banque avait émis une garantie. Sans accepter “l’excuse” de la garantie abstraite et alors même que le taux de commission ne pouvait être en soi considéré comme suspect (5 %), la CFB a jugé que la banque aurait dû s’interroger sur les motifs de son intervention dans une affaire totalement étrangère à notre pays et vérifier les prestations que les commissions garanties devaient rémunérer.

112. Deux ans plus tard, les mêmes principes furent repris par la CFB et confirmés par le Tribunal fédéral¹⁷⁸ à propos d’un complexe crédit d’organisme. Le Secrétariat de la CFB a émis deux recommandations, les 13.11.84 et 18.1.85, à propos de deux affaires. La première portait sur des crédits accordés à quatre fondations liechtensteinoises, et la seconde sur un gros crédit à une société panaméenne couvert par un dépôt fiduciaire¹⁷⁹. Il a relevé que la banque doit, dans de telles circonstances, éclaircir l’arrière-plan économique¹⁸⁰.

113. Dans une affaire ultérieure, présentant des signes plus ou moins évidents d’illicéité, la CFB et le Tribunal fédéral¹⁸¹ ont sanctionné l’octroi d’un crédit économiquement purement fictif. Enfin, la CFB a adressé un blâme le 2.12.85¹⁸² à la filiale suisse d’une banque étrangère pour trois gros crédits accordés à trois sociétés étrangères, dont il n’était pas apparu d’emblée qu’elles étaient liées entre elles au sens de l’art. 21 al. 5 OB, ce qui entraîna l’envoi tardif à la CFB de l’avis requis par cette disposition. Cette situation n’aurait pas dû échapper à la banque, si elle s’était intéressée à l’arrière-plan économique de l’opération.

Dans le même sens, la CFB a censuré les dirigeants d’une banque qui avait accordé un prêt de 2,67 millions frs. pour l’achat d’un terrain estimé à 3,27 millions frs., mais dont le prix n’était que de 2,7 millions frs., d’une part pour n’avoir pas respecté ses normes internes en matière de gage immobilier et, d’autre part, pour ne pas avoir refusé le crédit alors que le dossier permettait de connaître l’existence d’un dessous-de-table de 230’000 frs.¹⁸³.

114. La jurisprudence tutélaire, fondée sur l’art. 3 al. 2 lit. c LB, crée pour la banque un devoir de diligence particulier qui l’oblige à rechercher si le crédit est dans un rapport de cohérence avec l’ensemble de l’image et des affaires du client. Indépendamment des indices d’illégalité¹⁸⁴ ou d’immoralité¹⁸⁵, cette obligation se réfère à trois circonstances qui font devoir à

¹⁷⁸ Bull. CFB n° 11, 1982, p. 5 ss = ATF 108 Ib 186.

¹⁷⁹ Bull. CFB n° 15, 1985, p. 14 ss.

¹⁸⁰ JUNOD, *Garantie*, p. 99.

¹⁸¹ Bull. CFB n° 15, 1985, p. 5 ss = ATF 111 Ib 126.

¹⁸² Bull. CFB n° 16, 1986, p. 30 ss.

¹⁸³ Bull. CFB n° 22, 1992, p. 27 ss.

¹⁸⁴ Cf. JUNOD, *Garantie*, p. 103-109.

¹⁸⁵ Cf. JUNOD, *Garantie*, p. 102-103.

la banque d'analyser l'affaire dans le contexte de l'entreprise. Vu le caractère indéterminé des épithètes "compliquée, inusuelle ou importante", dans le doute, la banque devra se montrer curieuse et, le cas échéant, refuser le crédit.

3.1.3.1.6. Les risques à évaluer¹⁸⁶

A) Observation générale¹⁸⁷

115. Il n'existe pas, à notre connaissance, de "check-list" des risques à évaluer qui serait commune à l'ensemble de la profession bancaire. Chaque établissement dispose de son propre manuel du crédit et d'une collection bien entendu évolutive de directives permanentes. Sur la base de la documentation privée que nous avons pu recueillir, nous tentons ci-après de dresser une liste qui ne peut bien entendu prétendre à l'exhaustivité.

B) Liste

116. a) Les risques liés à la personne du débiteur

- Situation financière
- Qualité des dirigeants
- Organisation et contrôle de gestion
- Engagements totaux vis-à-vis de la banque
- Risque de nouvelles demandes (client attaché)
- Risque de l'insuccès de l'entreprise par rapport à ses concurrents

b) Les risques liés à l'objet du crédit

- Durée pour atteindre l'objectif
- Valeur technique et commerciale du projet
- Solidité du plan financier – risque de dépassement

c) Les risques liés à la forme du crédit

- Risque d'immobilisation
- Risque lié au marché des capitaux
- Risque lié aux garanties

d) Le risque politique

- Risque lié à un changement législatif
- Risque lié au pays touché par le financement
- Risque de change
- Risque de guerre et d'embargo

¹⁸⁶ Pour une bonne présentation générale des risques, cf. ZELLWEGER, *Bankkredite*, p. 6-9.

¹⁸⁷ STOUFFLET, p. 23: "Le risque cesse (comme dans l'assurance) et, en tout cas, il n'est plus légitime, quand il y a *connaissance* d'une situation dangereuse." Cf. supra, n° 100 et n. 161.

- e) Le risque lié à l'environnement
 - Risque écologique

3.1.3.2. *La responsabilité de la banque*

3.1.3.2.1. A l'égard du client

A) La position du problème

117. En dépit des multiples devoirs qui pèsent sur elle à l'occasion de l'octroi d'un crédit, la banque verra rarement sa responsabilité mise en cause par son client du fait même de l'existence de la facilité obtenue. Le plus souvent, les problèmes apparaissent lorsque le débiteur en difficulté ne peut remplir ses obligations et voit son crédit dénoncé. Une tendance, apparue depuis plusieurs années dans d'autres pays et qui se fait jour chez nous, consiste néanmoins à reprocher *a posteriori* à la banque d'avoir accordé un crédit excessif ou infondé, et d'avoir par là même poussé ou encouragé l'emprunteur à accomplir des actes inconsidérés qui ont causé sa ruine. Il y a toujours dans cette plainte un fumet d'abus de droit. N'est-il pas en effet choquant pour un client de reprocher à sa banque qu'elle lui ait accordé ce qu'il sollicitait? Le banquier n'est pas le "directeur de conscience économique" de son client¹⁸⁸. Malgré ces objections tirées de la bonne foi et du bon sens, la jurisprudence française a consacré le principe de cette responsabilité à partir de l'idée suivante: une société qui a reçu un crédit, alors que sa situation était irrémédiablement compromise, peut légitimement se plaindre de ce que ce crédit, loin de lui procurer un avantage, lui a été au contraire préjudiciable en ayant eu pour effet de "prolonger de manière artificielle son existence, alors qu'en déclarant la cessation de paiements à la date à laquelle elle se produit réellement, la société aurait pu espérer régler son passif dans de meilleures conditions"¹⁸⁹.

118. Même si la question porte sur *l'octroi* inopportun ou abusif d'un crédit, elle surgit presque inévitablement au moment de la déconfiture du débiteur. A ce moment-là, la banque n'a plus en face d'elle son client originel, mais sa masse en faillite. Si le moyen tiré de l'art. 2 CC paraît fort à l'égard du premier, il n'a plus le même poids contre la seconde, seule habile à faire valoir une action en dommages-intérêts pour un droit compétant au débiteur au moment du jugement de faillite (art. 197 LP), même si l'exception d'abus de droit subsiste dans son principe.

B) Le fondement et les chefs de responsabilité

a) La responsabilité contractuelle. L'obligation de prudence et de conseil
119. Quelle que soit la forme sous laquelle il est octroyé, le crédit implique un contrat synallagmatique dans lequel la créance de l'emprun-

¹⁸⁸ VÉZIAN, p. 174.

¹⁸⁹ VÉZIAN, p. 175, citant un arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 8 avril 1975.

teur porte exclusivement sur la mise à sa disposition de facilités financières. Les devoirs accessoires de fidélité et de proportionnalité n’ont d’incidence que sur l’exécution (le suivi) du crédit et sa révocation, non sur son octroi. Nous partageons la thèse de LÄNZLINGER pour qui les rapports de crédit n’impliquent en principe, à tout le moins au stade de leur naissance, aucune obligation de sécurité (“Schutz- und Obhutspflicht”) qui aille au-delà du principe “neminem laedere”¹⁹⁰.

120. La totalité des devoirs de la banque, examinés ci-dessus, a pour but certain la protection de ses propres intérêts, ou, ce qui revient au même, de ceux de ses déposants. Une violation de ces devoirs peut certainement être constitutive d’une faute au niveau de la responsabilité de la banque à l’égard de ses créanciers. En revanche, on voit mal que le client puisse s’en prévaloir en dehors de circonstances exceptionnelles. Parmi celles-ci, nous pensons au cas du client peu avisé, induit en erreur ou influencé par la banque, qui prend des engagements totalement et manifestement déraisonnables, propres à entraîner sa ruine. A travers les multiples précautions dont le banquier doit entourer sa décision, on discerne une obligation générale de prudence dont le but est certes de protéger la banque, mais aussi indirectement le client¹⁹¹. Il y a dans l’octroi du crédit un symbole d’approbation, voire de caution morale, qui peut, dans certains cas, exercer une influence décisive sur la décision du client relative non au crédit lui-même, mais à l’opération à laquelle il le destine. Ces cas peuvent se limiter à un cercle de clients dont le portrait collectif s’apparente à celui de la victime de la lésion (art. 21 CO). En se concentrant sur les personnes physiques, sans cependant exclure totalement les personnes morales, ce chef de responsabilité pourrait être invoqué notamment lorsque l’emprunteur a laissé s’écouler le délai légal lui permettant d’invalider le contrat.

121. Quant à la jurisprudence française précitée, MM. GAVALDA et STOUFFLET¹⁹² ont voulu en limiter l’application “au cadre bien défini, étroit et exceptionnel” des hypothèses d’opérations irrégulières et frauduleuses, réalisées par les dirigeants d’une société avec la complicité de la banque. D’un autre avis, et bien qu’il s’agisse dans les espèces françaises de la responsabilité délictuelle, M. VÉZIAN affirme à bon droit qu’il faut déclarer fautif le banquier qui “accorde des crédits excessifs et démesurés eu égard à la capacité de l’entreprise [...] ou] un crédit manifestement et objectivement inutile voire dangereux compte tenu de l’emploi projeté des fonds ou inopportun au regard de la situation financière du crédité”¹⁹³. Si

¹⁹⁰ LÄNZLINGER, p. 159, qui cite, n. 536, l’avis contraire de PATRY, p. 41 ss, ce dernier fondant cette obligation jurisprudentielle sur les notions d’équité et de justice.

¹⁹¹ Cf. supra, n° 79.

¹⁹² CHRISTIAN GAVALDA/JEAN STOUFFLET, Chronique de droit bancaire, JCP 76, I, 2801, n. 46 s., et STOUFFLET, p. 49, cités par VÉZIAN, p. 175, n. 195.

¹⁹³ VÉZIAN, p. 176.

l'on peut se rallier à ces considérations quant au fond, la question de leur justification *ex contractu* reste ouverte.

122. Nous sommes d'avis que l'obligation de prudence, conçue pour le banquier mais déployant des effets pour le client, peut se traduire par une véritable *obligation de conseil* lorsque les deux parties sont, l'une par rapport à l'autre, dans un rapport de très grande inégalité de fait. Dans certaines circonstances, il y a implicitement entre celles-ci un rapport de dépendance en vue duquel la banque ne se voit pas seulement demander son argent, mais aussi son conseil. Ces cas sont assurément rares et ne sauraient a priori viser les commerçants et les entreprises, encore que les dirigeants d'une société aux abois soient parfois également privés du discernement nécessaire. Mais ces cas existent. Lorsqu'une banque ne refuse pas un crédit hypothécaire pour l'achat d'une maison individuelle sans fonds propres, à un prix déraisonnable, et qu'elle délivre à cet effet un prêt qui couvre les frais d'acquisition, les droits de mutation, les honoraires du notaire et la voiture neuve du propriétaire¹⁹⁴, elle viole une obligation contractuelle en vertu de laquelle elle aurait dû sinon refuser le crédit, guider le client pour ne pas dire l'éduquer.

Dans l'espèce résumée ci-dessus au n° 71, on doit également admettre une responsabilité contractuelle de la banque pour défaut de conseil. Selon la qualité, la formation, la compétence et la situation de besoin du client ou de ses organes, le juge procédera à un partage approprié de la responsabilité entre la banque et le client.

123. Mais la vraie question est de savoir ce que le client peut réclamer judiciairement *ex contractu*. En dehors, bien entendu, de la prétention portant sur l'exécution de l'obligation du banquier de mettre les fonds à sa disposition, l'emprunteur nous paraît dans une situation délicate:

- S'il invoque l'art. 21 CO dans le délai d'un an, il doit restituer à la banque ce dont il est enrichi indûment (art. 62 al. 2 CO)¹⁹⁵;
- S'il se fonde sur la violation du devoir de prudence, ses droits sont régis par les art. 97 ss CO et il pourra conclure au paiement de dommages-intérêts.

Le succès de son action s'annonce très aléatoire en raison de la difficulté de prouver le dommage, surtout dans sa quotité, et d'établir le lien de causalité entre celui-ci et la faute contractuelle de la banque.

¹⁹⁴ Cas vécu. On observera l'analogie entre cette espèce et celle, censurée par la CFB, décrite supra au n° 113.

¹⁹⁵ Sous réserve de l'application de l'art. 66 CO si l'octroi du crédit peut apparaître en soi illicite ou contraire aux moeurs.

124. En définitive, l'action du client nous paraît d'autant plus fragile qu'elle se heurtera à l'exception de faute concurrente¹⁹⁶.

b) La responsabilité délictuelle

125. Dans la mesure où le dommage est purement patrimonial, nous renvoyons à ce qui en a été dit dans la partie générale¹⁹⁷. Lorsque le crédit litigieux peut être considéré comme la cause adéquate de la liquidation de l'entreprise, le droit lésé rentre dans la catégorie des droits absous, l'existence de la personne morale étant protégée au même titre que la vie humaine par l'art. 28 CC¹⁹⁸. Dans les autres cas, le droit positif oblige le demandeur à fonder sa prétention sur la violation d'une norme protectrice, puisque son dommage est purement patrimonial. Il est donc nécessaire d'examiner quelques situations pouvant constituer un état de fait adéquat.

126. *Le crédit gratuit:*

Lorsque la banque, en période d'euphorie, "jette" l'argent et pratique une politique de crédit agressive, elle est amenée à faire de la sous-enchère et à assurer le volume de ses crédits, davantage que leur qualité. Cela s'est vu à grande échelle dans les années 1985-1990. Les taux d'intérêt sont si bas qu'ils font passer celui qui ne s'endette pas pour un imbécile, provoquant par là même un activisme et une surchauffe économiques. Au crédit bon marché ou aveugle, il faut assimiler l'octroi implicite d'une ligne de crédit, souvent non expressément sollicitée par le client lui-même. En dépit du respect des normes techniques, internes à la profession, relatives au rapport entre fonds actifs et passifs, la disponibilité de fonds abondants sur le marché financier ne saurait légitimer une telle politique. En privilégiant des opérations à court terme, en appâtant le client par des conditions d'appel, la banque crée à n'en point douter un état de fait dangereux, susceptible d'entraîner sa responsabilité à raison du risque créé (art. 41 CO).

Il en va de même du *crédit excessif*, à savoir du crédit qui n'est justifié ni par son objet, ni par la capacité de l'emprunteur, ni par sa dignité, ces trois conditions étant alternatives. Reprenant ce que nous avons écrit au sujet de la perversité du crédit trop facile¹⁹⁹, il faut admettre que l'octroi

¹⁹⁶ Sur la possibilité d'opérer une "dissociation" ou un "dédoublement fonctionnel" entre le dirigeant malhonnête et la société fautivement financée, regardée comme une victime à la fois des agissements du dirigeant et de la faute du banquier, en droit français, cf. VÉZIAN, p. 175 s., n. 195-196 et sources citées. Sur la même question en droit suisse, cf. l'arrêt publié aux ATF 105 II 289 = JdT 1980 I 373, où le TF a retenu la responsabilité de la société, fondée sur l'art. 55 al. 2 CC, du fait d'un acte illicite commis par un organe ayant souscrit indûment et individuellement un billet à ordre au nom de cette société, alors qu'il n'avait que la signature collective.

¹⁹⁷ Ch. 2.6.2., n° 33-58.

¹⁹⁸ Cf. notamment ATF 108 II 241 = JdT 1984 I 66 (69); ATF 95 II 481 (488 ss) = JdT 1971 I 226 (231) (rés.).

¹⁹⁹ Cf. supra, n° 70-72.

de facilités déraisonnables peut créer un risque et causer un dommage illicites non seulement pour les tiers (création d'un état de fait apparent et fictif)²⁰⁰, ainsi que le Tribunal fédéral l'a admis dans l'affaire de l'accréditif²⁰¹, mais aussi pour le client lui-même²⁰².

127. Le crédit ruineux:

Il en va de même, à l'inverse, lorsque la banque assortit son concours de conditions dont la sévérité est incompatible, à terme, avec la santé et les ressources du client. Ces conditions peuvent porter soit sur la durée trop brève, soit sur le taux d'intérêt, soit encore sur les garanties exigées. En raison du caractère illicite de certaines renonciations volontaires aux droits de la personnalité, l'art. 27 CC, combiné avec l'art. 20 CO, permet sans aucun doute une sanction directe de tels excès, lorsqu'ils revêtent une ampleur contraire aux moeurs²⁰³.

128. Le crédit insuffisant:

Lorsque la banque accepte de financer un projet dont elle sait ou devrait savoir qu'il exigera des moyens nettement supérieurs à ceux qui lui sont demandés, et qu'elle n'est pas disposée à étendre ultérieurement son engagement, elle accomplit un acte dangereux par son ambiguïté. Sans entrer dans l'image de l'association juridique, il faut admettre que le degré de fidélité élevé qui caractérise les crédits d'investissement induit l'obligation pour la banque de vérifier que le financement de l'opération est entièrement assuré. La main gauche du banquier ne peut ignorer ce que fait sa droite et la demande de crédit implique chez le client une intention évidente de traiter le banquier comme un partenaire économique. Le fait de laisser subsister une zone d'ombre sur une partie non couverte du financement s'apparente à nos yeux à un "dol éventuel" qui peut laisser croire au client que la suite viendra en temps utile. A moins que l'évidence de fonds propres ou d'un complément de financement par des tiers ne soit rapportée, le banquier doit dans une telle hypothèse refuser son crédit, à défaut de quoi il crée un état de fait dangereux pour le client. Ce dernier peut en effet considérablement souffrir de l'abandon du projet en cours de route.

²⁰⁰ LÄNZLINGER, p. 121 ss.

²⁰¹ Cf. supra, n° 37; ATF 93 II 329 = JdT 1969 I 130.

²⁰² C'est l'avis de la jurisprudence et de la doctrine françaises: VÉZIAN, p. 176-178.

²⁰³ L'art. 20 CO a la même portée que l'art. 27 al. 2 CC en tant qu'il s'oppose à ce que les parties à un contrat alienent leur liberté dans une mesure contraire aux moeurs, soit jusqu'à compromettre les biens vitaux les plus importants du débiteur, arrêter le libre développement de son activité et le soumettre à l'arbitraire illimité du créancier, les restrictions dépassant la mesure de ce qui est tolérable par leur durée, leur rayon d'application ou leur contenu matériel, ou encore par la combinaison de ces différents éléments (ATF 102 II 211 (218) = JdT 1977 I 126 (127)).

129. *Le crédit inopportun:*

L'opportunité du crédit pose deux questions:

- L'investissement à financer par le crédit est-il opportun?
- Le crédit lui-même, à savoir sa forme, son ampleur, ses conditions ou son contexte sont-ils opportuns?

Nous ne voyons pas que la banque puisse exposer sa responsabilité civile du fait de ne pas avoir déconseillé un investissement possible, économiquement non déraisonnable, mais simplement discutable. La banque n'est pas le tuteur de son client. Son pouvoir d'examen doit se limiter aux éléments qui peuvent justifier, le cas échéant, un refus de sa part. En d'autres termes, la banque n'a pas à s'immiscer dans la politique d'entreprise, en substituant ses propres choix à ceux de son client. Dans la mesure où les contrôles à sa charge ne lui dictent pas une décision négative, elle ne saurait répondre du fait qu'elle n'a pas déconseillé une opération qui se solde par un échec, pour autant bien entendu que celui-ci n'ait pas été prévisible à un haut degré de vraisemblance.

130. En revanche, la banque peut assumer une responsabilité civile si elle accorde consciemment un crédit qui, en soi, doit susciter ses réserves. Le critère de l'inopportunité revêt ici un sens extensif, dans la mesure où la diligence du banquier doit s'exercer très largement à propos de la cohérence du crédit avec la situation économique, financière et juridique de l'entreprise. Il y a certainement crédit inopportun quant à la forme si la banque finance un investissement par un crédit à vue ou à court terme²⁰⁴. A ce titre, la banque doit à notre avis refuser son concours si elle a connaissance d'un conflit d'intérêts, actuel ou futur, avec elle-même ou un autre client, concurrent du premier. C'est agir contrairement au devoir de diligence et violer l'art. 3 LB que d'accepter d'entrer dans une relation bancaire supposée durer, soumise à un devoir de fidélité, si l'on sait ou doit savoir qu'il faudra l'interrompre à terme pour des raisons que le client ne peut connaître.

131. *Le crédit interdit:*

Si le crédit doit servir à une opération impossible, illicite ou contraire aux moeurs, il est évident que sa participation consciente expose le banquier à une action en responsabilité²⁰⁵. Ces hypothèses – au demeurant exceptionnelles – sont assez claires pour ne pas appeler de plus amples développements, si ce n'est de souligner la possibilité pour le juge de réduire ou de supprimer la condamnation sur la base de l'art. 44 CO.

²⁰⁴ STOUFFLET, p. 43 ss, notamment 44.

²⁰⁵ Voir à ce sujet les développements topiques de l'arrêt du TF publié dans le Bull. CFB n° 22, 1992, p. 27 ss (cf. supra, n° 113 et n. 183).

3.1.3.2.2. A l'égard des tiers

A) Renvoi à ce qui précède

132. Les tiers étant définis comme les personnes qui n'ont pas de lien contractuel avec la banque, tout ce qui a été dit au sujet de la responsabilité délictuelle à l'égard du client vaut ici *mutatis mutandis*, dans la mesure où les tiers subissent un dommage à raison des mêmes états de fait. Nous nous limitons donc, ci-dessous, aux chefs de responsabilité spécifiquement invocables par les tiers.

B) Les chefs de responsabilité spécifiques

133. a) *Le crédit fictif*

Dans l'affaire qui lui valut une censure de la CFB, confirmée par le Tribunal fédéral²⁰⁶, la banque avait violé l'art. 3 al. 2 lit. c LB (activité non irréprochable) pour avoir accordé un important crédit (tombant sous le coup de l'art. 21 OB) à une société étrangère, ce crédit étant couvert d'une part par une hypothèque sur un pétrolier et, d'autre part, par des certificats de dépôt back to back, remis en nantissement par la débitrice. Interpellée, la banque avait tenté de justifier ce crédit économiquement fictif par le besoin de faire échec au séquestre possible du pétrolier. Si un tiers avait été lésé, il aurait pu demander réparation sur la base, cumulée, des art. 41 CO et 3 LB, subsidiairement pour la création d'un état de fait dangereux.

134. b) *La création d'une apparente dignité de crédit*

Contrairement au crédit fictif, dont le but est de faire apparaître une dette économiquement inexistante, l'octroi d'une facilité financière peut parfois créer chez les tiers l'illusion que l'emprunteur est digne de crédit et que l'on peut traiter avec lui. C'est le cas si l'on accorde un crédit à un commerçant incapable, indigne ou malhonnête. Un tel acte constitue un danger pour les tiers, reconnaissable par la banque, dont la caution morale joue le rôle d'une accréditation financière. Un cas plus délicat est celui du promoteur dont les fonds propres sont trop faibles ou inexistants. La responsabilité de la banque pourra à notre avis se trouver engagée, si la situation particulière du projet et la situation financière générale du promoteur sont telles que la vraisemblance d'une impasse est plus forte que l'espoir de le voir revenir à une situation équilibrée.

135. c) *L'instigation ou la complicité dans certaines infractions du Code pénal*²⁰⁷

- Permettre au client, par l'octroi d'un crédit, de "faire des dépenses exagérées" ou de se livrer "à des spéculations hasardées" (art. 165 CP: banqueroute simple)²⁰⁸;

²⁰⁶ Bull. CFB n° 15, 1985, p. 5 ss = ATF 111 Ib 126.

²⁰⁷ Cf. l'intéressante présentation de SCHÖNLE, *Responsabilité extra-contractuelle*, p. 149 ss (152).

²⁰⁸ GUGGENHEIM, p. 134; SCHÖNLE, *Responsabilité extra-contractuelle*, p. 152.

- Participation active et consciente à une banqueroute frauduleuse (art. 163 CP);
- Escroquerie au prêt commise par le client au préjudice d'une autre banque (art. 148 CP)²⁰⁹;
- Obtention frauduleuse d'une constatation fausse (art. 253 CP)²¹⁰.

136. d) *Le crédit dilatoire*

Le banquier qui aide une société à camoufler son insolvabilité ou son surendettement, dans des circonstances où il est manifeste que le crédit ne permettra pas de réaliser un assainissement, mais seulement de retarder la prise des mesures commandées par l'art. 725 CO, viole à la fois cette norme protectrice²¹¹ pour les créanciers ainsi que son obligation de ne pas créer un état de choses dangereux.

137. e) *Les états de fait fondés sur l'art. 41 al. 2 CO*

Se fondant sur la jurisprudence relative au § 826 BGB qui a servi de modèle à l'art. 41 al. 2 CO, SCHÖNLE²¹², qui se rallie à l'opinion de JÄGGI²¹³ pour qui cette disposition ne sanctionne que l'immoralité non illicite (rapport avec l'art. 41 al. 1 CO), mentionne quelques cas possibles d'application empruntés à la pratique allemande:

- Tromperie intentionnelle sur la solvabilité du client dans le but d'obtenir des avantages personnels au détriment d'autres créanciers;
- Manoeuvres dilatoires et intentionnellement dommageables repoussant l'ouverture de la faillite.

Nous émettons quelques doutes sur la pertinence de ces exemples, dont le deuxième peut se fonder sur un autre chef de responsabilité, la banque répondant également de sa faute par négligence (art. 41 al. 1 CO).

3.1.3.3. Synthèse

3.1.3.3.1. La portée de l'octroi d'un crédit

138. En accordant un financement, le banquier accomplit un acte qui n'est ni abstrait, ni purement relatif au client. Sa décision déploie des effets généraux sur l'ensemble des affaires et vis-à-vis des partenaires de l'emprunteur. De facto, le crédit implique de sa part une certaine approbation, un jugement de valeur qualitatif et une recommandation commerciale. Le crédit est le carburant qui permet au véhicule économique de l'emprunteur de circuler et de fonctionner. Le banquier mise sur ce véhicule, et son concours fait que ce dernier porte un peu ses couleurs.

²⁰⁹ ATF 102 IV 84 = JdT 1978 IV 103.

²¹⁰ Cf. supra, n° 113 et n. 183; Bull. CFB n° 22, 1992, p. 27 ss.

²¹¹ GUGGENHEIM, p. 134.

²¹² SCHÖNLE, *Responsabilité extra-contractuelle*, p. 149-151, n. 9-11 et sources citées.

²¹³ JÄGGI, p. 210 a.

3.1.3.3.2. Les devoirs dans l'octroi d'un crédit

139. Le banquier doit à l'intérêt de ses propres déposants, au respect des dispositions techniques de la législation bancaire, ainsi qu'au devoir de ne pas nuire fautivement à autrui, d'entourer sa décision des précautions et des mesures d'investigation destinées à le convaincre de l'utilité du crédit pour lui et pour le client, ainsi que de son absence de risques illicites pour les tiers. S'il n'est pas comptable de l'opportunité de la dépense qu'il rend possible, il peut l'être des conséquences prévisibles de son acte, si celles-ci sont manifestement négatives.

3.1.3.3.3. Les effets de l'octroi d'un crédit

140. A l'occasion de l'octroi d'un crédit, le banquier est soumis à divers devoirs dont la sanction contractuelle est davantage liée à l'exécution ou à la révocation du crédit qu'à son octroi lui-même. Dans ce cadre précis, on ne peut parler que d'une diligence restreinte, limitée aux cas exceptionnels où le banquier voit mettre à sa charge une obligation de conseil découlant de l'inégalité de fait entre lui-même et son client. En revanche, le banquier peut répondre vis-à-vis du client et des tiers de nombreux actes illicites liés à l'octroi négligent ou volontaire de crédits nuisibles. Sa responsabilité civile sera fondée soit sur une norme protectrice particulière, soit sur l'art. 3 LB, soit encore sur l'obligation de ne pas créer un état de fait dangereux.

3.1.4. La diligence dans le refus du crédit

3.1.4.1. *De quoi s'agit-il?*

141. Dans la mesure où la banque n'est pas un service public et où elle peut légitimement se prévaloir de sa liberté contractuelle, il peut paraître surprenant d'évoquer l'existence d'un devoir de diligence à propos d'un refus de contracter qu'elle n'a priori pas à justifier. Il est évident que le problème ici posé ne vise pas l'hypothèse où la banque assume une obligation préexistante expresse d'accorder un crédit qu'elle refuse par la suite, cas qui doit être assimilé par ses effets à la révocation d'un crédit et qui sera examiné dans le chapitre 3.1.6. A défaut d'une telle obligation, la banque n'échappe cependant pas à quelques interrogations. La première est celle de son droit au refus du crédit dans certaines circonstances présentant pour le client un caractère de nécessité. La deuxième porte sur le refus d'augmenter un crédit préexistant. La troisième, proche de la précédente, vise le cas du refus d'un dépassement antérieurement accepté. La quatrième porte sur le refus du crédit, instrument de concurrence, et la cinquième sur la façon dont le crédit est refusé.

3.1.4.2. Première question: le droit au refus de crédit connaît-il des limites?

142. En droit français, le droit au refus est affirmé avec force: “Il n’est pas concevable qu’une banque puisse être contrainte d’accorder un crédit ou même d’accoître un concours financier antérieur car le risque est sujet à une appréciation qui comporte une part irréductible de subjectivité”²¹⁴. Ce droit n’est tempéré que par la manière avec laquelle la banque manifeste son refus, ce qui nous reporte à la cinquième question. La doctrine allemande est divisée: CANARIS²¹⁵ admet l’existence d’une obligation à la charge de la “Hausbank” d’accorder à son client un crédit à court terme présentant un caractère de nécessité en vue d’un assainissement, moyennant fourniture de sûretés suffisantes, tandis que d’autres auteurs²¹⁶ dénient cette obligation. LÄNZLINGER²¹⁷ partage cette opinion négative aussi bien en droit allemand qu’en droit suisse²¹⁸. Demeure ouverte la question de savoir s’il n’est pas contraire aux moeurs, au sens de l’art. 41 al. 2 CO, de refuser sans motifs de conclure un contrat relatif à une prestation vitale. Le Tribunal fédéral²¹⁹ l’a envisagé.

Dans l’état actuel du droit suisse, il faut s’en tenir fermement au droit du banquier de refuser un crédit, droit qui dans certaines circonstances – comme on l’a vu au chapitre précédent – est même un devoir.

3.1.4.3. Deuxième question: le refus d’augmenter un crédit préexistant

143. Lorsque le crédit est de ceux qui comportent un devoir de fidélité élevé (investissement, logement familial) ou moyen (fonds de roulement, crédit de circulation), ce devoir peut-il justifier l’obligation pour le banquier d’accorder une augmentation du crédit?

La doctrine traite en général cette question comme un aspect particulier du refus de crédit²²⁰. Le devoir de fidélité n’implique pas davantage que d’assurer au client, dans les limites de la sauvegarde des intérêts de la banque, une certaine durée et une certaine stabilité. Lorsqu’elle existe, cette obligation signifie que le banquier doit s’abstenir de provoquer la gêne ou la ruine de son client en dénonçant le crédit ou en modifiant ses conditions sans que cela ne soit nécessaire à la sauvegarde de ses intérêts

²¹⁴ GAVALDA/STOUFFLET, *Banque*, p. 350, n. 279, cités par PRAT, p. 119, n. 2, et VÉZIAN, p. 189, n. 9.

²¹⁵ CANARIS, p. 132 s.

²¹⁶ Notamment KLAUS J. HOPT, *Rechtspflichten der Kreditinstitute zur Kreditversorgung, Kreditbelassung und Sanierung von Unternehmen*, ZHR 143 (1979), p. 139 ss, notamment 157 ss, cité par LÄNZLINGER, p. 165, n. 564.

²¹⁷ LÄNZLINGER, p. 165.

²¹⁸ HOPT, *op. cit.*, p. 168 s., cité par LÄNZLINGER, p. 165, n. 566, qui est du même avis pour les droits belge et français (p. 172). Il en est de même pour le droit américain: cf. LÄNZLINGER, p. 211.

²¹⁹ ATF 80 II 26 (38) = JdT 1955 I 136 (142).

²²⁰ LÄNZLINGER, p. 164 ss.

propres. Il s'agit, en d'autres termes, d'attendre du banquier une continuité, une cohérence de son activité, par rapport à la décision initiale de l'octroi de crédit. Mais cette obligation ne peut aller jusqu'à le contraindre à augmenter son concours²²¹, sauf le cas où le crédit était insuffisant²²² et où le banquier ne pouvait ni ne devait l'ignorer. Dans ce sens, le refus de complément de crédit est un chef de responsabilité civile qui vient compléter celui du crédit insuffisant, ce qui pourra entraîner la condamnation de la banque à réparer le dommage, mais non à accorder le complément refusé. Demeure réservée l'éventuelle condamnation de la banque pour le refus non motivé de conclure un contrat relatif à une prestation vitale comme acte contraire aux moeurs au sens de l'art. 41 al. 2 CO²²³.

3.1.4.4. *Troisième question: le refus d'un dépassement de crédit antérieurement accepté*

144. En pratique, les dépassements de crédits sont d'une telle fréquence qu'on peut se demander s'ils ne sont pas constitutifs d'une coutume. Sous l'angle de la bonne foi et du principe de la confiance, on peut s'interroger sur la portée juridique d'une attitude de tolérance consciente de la banque. Certains considèrent que "l'acceptation continue de dépassements de crédits pourrait être interprétée comme une négligence de la banque dans la gestion et la surveillance de son crédit"²²⁴. LÄNZLINGER²²⁵ nous paraît bien poser le problème en distinguant deux principes:

- En vertu de la règle que personne n'a le droit d'exiger de son cocontractant une attitude semblable à celle qu'il a adoptée dans le passé²²⁶, le fait pour le banquier d'avoir toléré un dépassement de la limite de crédit n'autorise pas en soi le client à prétendre à un droit pour d'autres dépassements ultérieurs;
- En revanche, lorsque le banquier accorde un tel dépassement de façon répétée, régulière, sans dire que cela est exceptionnel et ne constitue pas un droit, il peut créer chez son client la certitude, fondée sur la confiance, qu'il fera de même à l'avenir. Quant à la portée d'une telle attitude, LÄNZLINGER exclut à bon droit d'en déduire une modification de contrat, sauf à rapporter la preuve d'une volonté concordante des parties sur ce point. Mais le client peut invoquer la responsabilité contractuelle de la banque du fait qu'elle viole l'interdiction d'un comportement contradictoire (*venire contra factum proprium*)²²⁷.

²²¹ LÄNZLINGER, p. 211.

²²² Cf. supra, n° 128 et infra, n° 155 et 160.

²²³ SCHÖNLE, *Responsabilité extra-contractuelle*, p. 150: le TF l'a envisagé dans l'arrêt publié aux ATF 80 II 26 (38) = JdT 1955 I 136 (142).

²²⁴ GUGGENHEIM, p. 130.

²²⁵ LÄNZLINGER, p. 161 s.

²²⁶ MERZ, n. 401 ad art. 2 CC.

²²⁷ ATF 86 II 171 (180) = JdT 1961 I 38 (44) (rés.); ATF 86 II 417 (425) = JdT 1961 I 325 (330); ATF 89 II 287 (300) = JdT 1964 I 334 (341); ATF 94 II 37 (42) = JdT 1969 I 348

3.1.4.5. *Quatrième question: le refus du crédit pour un motif de concurrence*

145. Il se peut que la banque soit sollicitée par deux clients qui sont en relation de concurrence. Elle sait que sa décision aura des effets importants et peut-être décisifs dans la compétition qu’ils se livrent. De par les devoirs qui entourent l’examen des demandes de crédit, elle mesure assez exactement l’impact concret d’un refus éventuel. *Quid iuris?* Il s’agit à nos yeux d’une pure question d’éthique, certes importante, mais sans dimension juridique, pour autant bien entendu que la banque ne fasse pas usage des informations d’un dossier au profit de l’autre.

3.1.4.6. *Cinquième question: les circonstances et la forme du refus*

146. Lorsque la banque refuse un nouveau crédit, elle n’assume pas de devoirs particuliers, à part ceux de:

- Ne pas différer inutilement sa décision;
- Ne pas publier son refus;
- Ne tirer aucun profit des informations qu’elle a recueillies dans l’examen de la demande.

L’interdiction d’une attitude dilatoire rejoue celle d’une attitude trompeuse. Quand ou dès qu’elle sait qu’elle ne pourra donner suite au besoin du client, la banque doit l’en aviser sans retard. De même peut-on exiger d’elle une certaine rapidité (diligence = promptitude) dans l’examen du dossier. Il est à notre avis contraire aux devoirs précontractuels de créer l’illusion que la demande est en bonne voie, quand elle n’est pas traitée ou que son sort est vraisemblablement scellé dans un sens négatif.

147. Il est évident que la banque doit garder le secret sur la demande de crédit écartée. Non seulement elle n’est pas tenue d’indiquer au client les raisons de son refus, sauf par lui à prouver qu’il aurait reçu des assurances contraires, mais encore elle est condamnée au mutisme vis-à-vis des tiers. Cette obligation est certainement difficile à remplir, lorsque ceux-ci l’interpellent parce qu’ils ont eu vent d’une demande en cours. En raison des intérêts en jeu, la banque ne peut, à notre avis, les renseigner que si elle y est expressément autorisée par le client éconduit.

148. Enfin, la banque doit restituer à ce dernier les documents qu’elle a reçus et s’abstenir de tout usage des informations recueillies dans ses rapports avec des tiers. Cette obligation a tout son poids lorsque la banque reçoit une demande de renseignements financiers²²⁸.

(351); ATF 98 II 23 = JdT 1972 I 541 (rés.); ATF 106 II 320 (323) = JdT 1982 II 115 (118); ATF 108 II 523 (525) = JdT 1984 I 627 (rés.); ATF 110 II 494 (498) = JdT 1985 I 365 (368).

²²⁸ Cf. infra, ch. 3.2.

149. Lorsque le refus porte sur l'augmentation d'un crédit ou sur le non-renouvellement d'un dépassement antérieurement accepté, il s'inscrit dans une relation contractuelle préexistante et justifie par là même certains égards. La jurisprudence française a admis une faute délictuelle du banquier qui refuse brutalement et de façon inattendue à un client un crédit qui lui était habituellement accordé²²⁹, notamment au cas où “par malice ou avec brutalité, elle aurait abusé de la liberté de refuser des traites à l'escompte”²³⁰. En vertu des mêmes principes, on peut exiger de la banque le respect d'un préavis raisonnable, lorsqu'elle entend supprimer ou plus exactement ne plus vouloir tolérer à l'avenir des dépassements répétés et réguliers d'une ligne de crédit existante²³¹.

3.1.5. La diligence dans la gestion et la surveillance du crédit²³²

3.1.5.1. *L'obligation de fidélité*

150. Le crédit, quel qu'il soit, noue entre les parties un lien de proximité²³³ qui peut aller jusqu'à l'exclusivité possessive. Ne dit-on pas “mon banquier” avec une connotation de rapport privilégié? Cette proximité découle naturellement du rapport de confiance qui s'établit du fait que le banquier ne peut donner son crédit et que le client ne peut dévoiler ses secrets sans confiance réciproque. Ce tissu psychologique se traduit juridiquement par l'obligation des deux parties d'exercer leurs droits et d'exécuter leurs obligations avec bonne foi (art. 2 CC). Cette injonction générale se concrétise par des devoirs mutuels qui sont directement fonction de la durée et de l'importance du crédit pour chaque partie.

151. Dans les crédits qui sont destinés à durer et qui jouent un rôle économiquement assimilable à un outil de travail permanent, le client attend du banquier que celui-ci assure, autant qu'il le peut, la durée et la stabilité du crédit, tandis que le banquier compte sur la responsabilité du client en ce sens que rien ne soit entrepris qui puisse à son insu aggraver le risque auquel il a consenti²³⁴. Cette obligation de fidélité réciproque est plus ou moins intense selon les cas. Elle n'implique de chaque partie aucun devoir de faire passer ses intérêts après ceux de son cocontractant, mais seulement d'user de sa liberté de la façon la moins dommageable pour l'autre. Elle commande à chacune de ne pas cacher à l'autre, fût-ce par

²²⁹ VÉZIAN, p. 189.

²³⁰ VÉZIAN, p. 189 et jurisprudence citée, n. 13.

²³¹ Dans le même sens: PRAT, p. 119 s.; LÄNZLINGER, p. 161 s.

²³² Pour la surveillance des crédits commerciaux, cf. la monographie de ZELLWEGER, *Bankkredite*.

²³³ LÄNZLINGER, p. 210.

²³⁴ LÄNZLINGER, p. 211: “Gerade bei Dauerrechtsbeziehungen werden deshalb Massnahmen zum Schutz der eigenen Interessen kritischer geprüft als bei Vertragsverhältnissen von kurzer zeitlicher Dauer”.

simple omission, des informations dont on sait qu'elles lui importent pour le maintien de la relation. Aussi peut-on considérer que les devoirs du banquier constitutifs de son obligation de diligence sont en rapport de symétrie avec certaines incombances du client.

3.1.5.2. Les incombances du client

3.1.5.2.1. L'information

152. Indépendamment des conditions du crédit, on doit exiger du client qu'il satisfasse sans réserve à toutes les demandes de renseignements que la banque lui adresse. Plus le devoir de fidélité du banquier est élevé, plus ample est cette obligation. Elle comporte, en outre, la fourniture spontanée de tous les éléments de fait qui sont susceptibles de modifier l'attitude du banquier. A retarder cette information qui est le gage de la confiance, on ne fait qu'aggraver le litige qui ne manquera pas de naître, si la banque a le sentiment d'avoir été trompée. Il est certainement impossible de dresser la liste des faits qui doivent être communiqués. Il faut laisser jouer le discernement des parties. Sur le terrain de la bonne foi, on appliquera par analogie les règles développées par la doctrine et la jurisprudence au sujet du devoir précontractuel de renseigner le partenaire sur tout ce qui peut influencer sa décision. A titre d'exemple, le client renseignera spontanément sa banque sur les faits suivants:

- Modification substantielle des résultats;
- Modification substantielle de la structure de financement;
- Diminution importante du carnet de commande;
- Modification importante de la structure de gestion et de l'organisation;
- Diminution notable de la valeur d'un gage;
- Difficultés présentes ou prévisibles de trésorerie;
- Insuffisance prévisible de crédit;
- Difficulté ou impossibilité d'affecter le crédit au but destiné.

Nous sommes conscient que cet appel à l'information spontanée suscitera chez certains des sourires ou des grincements de dents. Mais le client est souvent incohérent en attendant la fidélité du banquier sans lui témoigner la confiance pour la mériter. Même si cette incombance d'information n'est pas encore entrée dans les moeurs, elle est ce que la banque peut exiger en échange de sa fidélité.

3.1.5.2.2. La gestion du crédit

153. L'argent prêté au client n'est pas tout à fait le sien. Pour assurer le maintien du rapport de confiance, il importe qu'il soit affecté au but convenu contractuellement et qu'il soit utilisé conformément aux conditions du crédit.

3.1.5.2.3. Le paiement des intérêts

154. Il ne s'agit pas d'une véritable incombance, puisque la dette d'intérêts est susceptible d'exécution forcée. Si nous en faisons mention ici, c'est

pour manifester l'idée qu'une faiblesse du client à ce niveau – fréquente de nos jours – justifie corrélativement une libération du banquier de son devoir de fidélité, à tout le moins lorsqu'elle n'est pas la conséquence d'une modification incohérente des taux d'intérêt²³⁵ et qu'elle n'a pas fait l'objet d'une information anticipée du client.

3.1.5.3. *Les obligations du banquier*

3.1.5.3.1. L'information

155. Dans le but d'éviter ou de limiter les effets de surprise, il appartient à la banque d'aviser le client avec le préavis le plus long possible de toutes les modifications pouvant affecter la relation de crédit. Ces informations à transmettre spontanément touchent bien entendu aux conditions du crédit, en particulier au taux d'intérêt, mais aussi aux changements du personnel chargé du dossier, ainsi qu'aux éventuelles modifications de la politique de la banque, notamment lorsqu'il existe entre elle et le client une relation de durée et que la banque n'entend plus financer des opérations pour lesquelles elle accordait auparavant des crédits. Si la rétention momentanée de certaines informations peut se comprendre comme une arme efficace dans le combat de la concurrence, elle n'est pas compatible avec la confiance nécessaire au rapport de crédit.

3.1.5.3.2. La cohérence et la continuité

156. Laissant ici de côté les crédits à faible ou nul devoir de fidélité, nous voulons expliciter le contenu de ce devoir appliqué aux deux types de crédit auxquels il est attaché à un degré élevé. Qu'il s'agisse du prêt hypothécaire lié au logement familial ou du crédit à l'investissement sous toutes ses formes, l'emprunteur doit pouvoir compter sur la durée et la stabilité de son crédit. Cela ne signifie certes pas que ce dernier soit intangible. Mais en vertu du principe de la proportionnalité, les modifications doivent être aussi rares et mesurées que possible. Concrètement, ce devoir de fidélité entraîne un certain nombre de conséquences:

157. – La banque doit appliquer rigoureusement la règle consistant à financer les crédits long terme par des dépôts également long terme. C'est parce que cette norme fut trop souvent "oubliée" que le marché hypothécaire a connu des désordres importants.

158. – La banque doit bien entendu s'adapter aux conditions du marché financier. Lorsque le prix de l'argent baisse, il est normal que la banque s'efforce de le répercuter sur les crédits pour rester concurrentielle. La conséquence en est qu'elle puisse bien entendu faire le contraire, lorsqu'il y a renversement de tendance. Il est loisible aux parties d'organiser contractuellement la stabilité de leur relation par le choix d'un taux fixe.

²³⁵ Cf. infra, n° 165.

Lorsque tel n’est pas le cas, il convient non pas de contester le droit légitime de la banque d’adapter le prix de ses crédits aux conditions du marché, mais d’en préciser les modalités et les conséquences. Dès lors qu’on ne peut pas échapper aux lois du marché, il convient de chercher le moyen de sauvegarder l’essentiel, à savoir le *crédit lui-même* et son *utilité économique*.

159. – La sauvegarde du *crédit lui-même* implique, en cas de difficultés de l’emprunteur à honorer ses obligations, que la banque doit faire usage avec réserve, comme ultima ratio pour la protection de ses intérêts vitaux, de son droit contractuel de résilier ou de résoudre le contrat, lorsque ces difficultés sont la conséquence d’une modification des conditions décidée par la banque. Le client n’a pas le droit de modifier unilatéralement les conditions du crédit, et le déséquilibre sans doute nécessaire du contrat doit trouver son tempérament dans la façon dont la banque tire les conséquences de ses propres décisions. En clair, la résiliation ou la résolution du contrat de crédit par la banque nous paraît abusive, au sens de l’art. 2 CC, lorsqu’elle est justifiée par le fait que le client ne peut pas payer le surplus d’intérêts par rapport au taux originel et que ce non-encaissement particulier (capitalisation ou abandon) n’expose pas la banque à des difficultés majeures. On doit pouvoir exiger de la banque qu’elle maintienne le contrat, même si on ne lui dénie pas le droit de poursuivre le paiement des intérêts. Mais cette privation exceptionnelle du droit de rompre la relation doit être limitée à la demeure/inexécution de l’emprunteur pour la seule portion des intérêts qui dépasse les conditions initiales.

160. – La sauvegarde de *l’utilité du crédit* signifie que celui-ci doit rester cohérent avec son objet. On a assez insisté sur l’obligation pour la banque de se montrer curieuse quant à l’arrière-plan économique de l’opération et à toutes les circonstances permettant de juger de l’utilité du crédit. Cette obligation est la traduction d’une opinion commune que le crédit est un acte causal et non un acte abstrait. Vouloir, parce que le marché financier change, ne plus voir que le crédit pour lui-même, abstraction faite de son contexte, est d’un total illogisme. Lorsque le banquier examine une demande de crédit d’investissement ou de crédit hypothécaire pour le logement, il se penche avec soin sur le plan financier qu’il n’omet pas de critiquer et de faire modifier. On sait que certaines banques prélevent à ce titre de substantiels honoraires qui portent peut-être mal leur nom! Le fait est que, par cette étude, le banquier manifeste non seulement son souci mais sa volonté d’assurer cohérence et continuité entre le crédit et son objet. De ce fait, et par actes concluants, les parties conviennent non pas de s’associer mais d’associer le crédit à son but. Rappelons que le risque cesse lorsqu’il y a connaissance d’une situation dangereuse²³⁶, et que le

²³⁶ Cf. n° 115, n. 187.

risque est précisément la marge aléatoire de l'imprévisible et de l'inattendu. Or, un changement même radical du loyer de l'argent ne peut y être complètement assimilé. C'est une hypothèse prévisible dans son principe, sinon dans son ampleur. La conséquence en est que les deux parties doivent, lorsque cette hypothèse se réalise, adapter le crédit à ce qu'il eût été si les conditions nouvelles avaient été connues dès le départ. En clair, la masse des frais financiers que comporte tout plan financier doit être ajustée, s'il le faut, à la hausse et le crédit augmenté en conséquence. C'est le seul cas où nous admettons l'obligation d'accorder une augmentation de crédit. Si les données économiques du projet y font obstacle, il faut en limiter l'ampleur, c'est-à-dire le coût, à ce qu'autorise la réactualisation du plan financier.

3.1.5.3.3. La rigueur dans les contrôles

161. Une attitude négligente de la banque ne peut qu'entraîner l'affaiblissement du sens des responsabilités du client. En affaires comme ailleurs, on a plus de respect pour le partenaire exigeant que pour celui qui affiche une certaine indifférence.

Connaissant les multiples possibilités d'“accidents de crédit”, le banquier veillera, en particulier dans les crédits à fort devoir de fidélité, à effectuer régulièrement les contrôles appropriés au sujet de l'utilisation des fonds²³⁷, du flux de l'information, du respect du plan financier, de la situation du projet financé et du débiteur. On sait que le banquier n'est pas à l'abri d'une interprétation de ses propres silences dans le sens d'une acceptation ou à tout le moins d'un acte contraire à la bonne foi, s'il a toléré de façon répétée des écarts au contrat et notamment des dépassements. A l'heure de l'informatique, on peut exiger de sa part une rigueur accrue qui, en définitive, profite au client au titre d'un contrôle externe.

162. Cette rigueur dans les contrôles revêt une importance particulière dans les cas où la banque peut se voir rechercher en responsabilité civile par des tiers. En particulier, le fait pour la banque de souffrir consciemment que le crédit soit distract de son affectation peut l'exposer à une double responsabilité pour le risque créé: vis-à-vis des fournisseurs qui ne seront pas payés et qui auraient dû l'être, et à l'égard des tiers auprès de qui a été créée l'impression d'un crédit apparent. Le banquier qui accepte que le promoteur ne règle pas ses entreprises, mais paye d'autres factures au moyen du crédit de construction, engage sa responsabilité pour défaut de contrôle.

²³⁷ La Cour de cassation française met cette obligation à la charge de la banque et en faveur des tiers, à l'exception de certains crédits qui par leur nature peuvent échapper au contrôle de la banque (GUGGENHEIM, p. 136, n. 69-70 et sources citées). Nous rejetons la conclusion de LÄNZLINGER, p. 210, qui voit, dans la surveillance et le contrôle de l'activité du débiteur, le substitut (“Ersatz”) de sûretés réelles (“fehlende Realsicherheit”). Il y a selon nous complémentarité et non antinomie.

3.1.5.3.4. Le devoir de fixer des limites

163. Parce que c'est son intérêt de ne pas se retrouver en situation de "collage"²³⁸, parce que l'emprunteur moyen a la faiblesse de croire que son banquier ne l'abandonnera pas, parce que la vie économique donne souvent aux prêts le caractère d'un "crédit de commandite" au sens où le banquier ne peut en priver l'entreprise bénéficiaire sans provoquer son naufrage²³⁹, il importe que le premier fasse connaître à la seconde les limites de son intervention. Ce devoir est évidemment inhérent à la décision d'octroi de crédit qui manifeste d'elle-même l'ampleur du concours contractuellement assuré. Mais l'expérience enseigne que c'est par la suite que les choses se compliquent, lors des adaptations et notamment des augmentations de crédit. Pour éviter le chef de responsabilité de crédit insuffisant²⁴⁰, la banque doit clairement définir, économiquement, si elle entend assurer le financement complet d'une opération et, à défaut, à quelle hauteur elle veut limiter son financement. Dans cette deuxième hypothèse, elle aura garde de lier son crédit à la couverture du solde. Dans la première, elle devra bien entendu fixer aussi une limite. Pourtant, si elle est seule à accorder un crédit et que celui-ci se révèle ultérieurement insuffisant, la banque n'encourt aucune responsabilité, pour autant qu'elle ait vérifié le sérieux du dossier et du plan financier et qu'elle ait clairement manifesté ne pas vouloir dépasser le cadre de ce plan et du crédit de base. Rappelons que cette hypothèse doit être distinguée de celle de l'augmentation nécessaire du crédit destinée à absorber des frais financiers supplémentaires afin de maintenir l'utilité du crédit²⁴¹.

3.1.6. La diligence dans la révocation du crédit

3.1.6.1. *La notion de révocation*

164. Nous entendons par là aussi bien la résiliation contractuelle d'un contrat de crédit conformément à ses clauses, notamment aux conditions générales incorporées et fondées sur l'art. 11 des conditions générales de l'ASB, que la résolution découlant de la demeure et de l'inexécution du client débiteur. Il faut y assimiler le non-renouvellement d'une ligne de crédit "revolving".

165. En vertu de la liberté contractuelle, chaque partie doit pouvoir mettre fin au contrat qui la lie à condition de se conformer aux règles légales et conventionnelles. C'est la règle; celle-ci peut être cependant paralysée par une exception, dont les contours matériels sont fixés par deux limites cumulatives:

²³⁸ Cf. supra, n° 4.

²³⁹ STOUFFLET, p. 44.

²⁴⁰ Cf. supra, n° 128.

²⁴¹ Cf. supra, n° 160.

- Il s’agit d’un crédit à haut devoir de fidélité;
- La révocation sanctionne l’incapacité de l’emprunteur à remplir ses obligations pour des raisons liées à une aggravation des conditions du crédit décidées unilatéralement par la banque. On peut évoquer ici la notion de révocation “punitive”.

Lorsque ces deux conditions sont réunies, la question n’est pas de contester le principe du droit de révoquer le crédit, mais plutôt de définir certaines limites et modalités de ce droit. C’est l’objet de notre première réflexion. Nous examinons ensuite ce que l’on peut appeler, pour tous les emprunteurs en difficulté et quelle qu’en soit la cause, le dilemme de l’euthanasie.

3.1.6.2. *La révocation “punitive”*

166. Le droit pour la banque de rompre sa relation de crédit avec un débiteur jugé mauvais ou menaçant n’est que la concrétisation légitime de sa liberté contractuelle et découle de la règle – incontestée en doctrine – que le banquier est libre de choisir du principe et du moment de la révocation²⁴², bien évidemment dans le respect des clauses contractuelles. Ce droit est le reflet du fait que personne, en droit suisse, n’assume une obligation juridique de veiller au bien d’autrui, à défaut d’une base légale spécifique²⁴³. Il en découle que le banquier a le droit de faire passer ses intérêts avant ceux de son client et avant ceux des autres créanciers de ce dernier.

167. Ce droit connaît pourtant certaines limites conformes à l’interdiction de l’abus de droit²⁴⁴. Lorsqu’il s’agit d’un crédit à haut degré de fidélité et que la révocation vient sanctionner la demeure ou l’inexécution du débiteur qui ne parvient pas à se plier à de nouvelles conditions déterminées exclusivement par la banque (hausse du taux de l’intérêt), la révocation nous paraît abusive, si le débiteur parvient à remplir ses obligations originelles et qu’il est incapable de faire mieux sans faute de sa part. En raison même de son incorporation au contrat, la faculté du banquier de modifier unilatéralement le taux d’intérêt est éminemment prévisible, et la défaillance du débiteur qui en découle n’est pas un risque stricto sensu. Parce que le banquier maîtrise à la fois les conditions du crédit et la sanction tirée de leur non-respect, l’emprunteur doit se voir reconnaître exceptionnellement le droit au maintien de la facilité.

168. Pour que le droit de révocation “punitive” soit paralysé, son exercice doit être abusif. En vertu du principe de la proportionnalité, tel sera le cas

²⁴² LÄNZLINGER, p. 126.

²⁴³ Cf. supra, n° 47, n. 100.

²⁴⁴ LÄNZLINGER, p. 162, n. 554, citant GUGGENHEIM, p. 129-131.

si le maintien du crédit, nonobstant la défaillance partielle du débiteur (ne portant que sur la partie augmentée des obligations), n'expose pas concrètement la banque à un état que l'on peut qualifier de nécessité. En d'autres termes, le juge doit faire une pesée des intérêts pour voir que l'inexécution partielle du débiteur n'est due ni à sa faute, ni à sa mauvaise volonté, et que le maintien du crédit particulier ne met pas en péril l'équilibre de la banque. Si ces deux conditions sont remplies, le juge annulera le cas échéant la révocation "punitive", sauf à rapporter la preuve que le maintien du crédit peut constituer un état de fait dangereux pour les motifs exposés ci-après²⁴⁵.

3.1.6.3. *Le dilemme du banquier et le débat de l'euthanasie*

169. Sur un plan général, ROGER HOUIN²⁴⁶ a parfaitement décrit comment "les banques peuvent se trouver plongées dans un pénible dilemme: d'un côté la révocation brutale du crédit consenti à un client peut engager

245 LÄNZLINGER, p. 162 ss, arrive à la même conclusion en soulignant le cas particulier des PME qui doivent souvent gager leurs actifs pour se financer auprès d'un seul établissement, ce qui les place dans une totale dépendance de la banque. Il en déduit un devoir de loyauté et l'obligation de prendre en considération les besoins économiques du débiteur, ce qui peut se traduire par une limitation du droit de résilier, exception à l'autonomie de la volonté. Il y a pour lui violation de l'obligation de ne pas avoir un comportement contradictoire lorsque le banquier met son client dans sa dépendance économique pour ensuite le laisser tomber. La résiliation, en soi non illicite, ne le devient que lorsque le banquier manque de justes motifs. C'est le cas selon lui lorsque le banquier, bénéficiant de sûretés suffisantes, ne retire aucun avantage de la dénonciation tandis que le débiteur a besoin du maintien du crédit, notamment pour poursuivre son assainissement. En résumé, il y a abus de droit lorsque trois conditions sont remplies cumulativement:

- Rapport de dépendance entre le banquier et son client;
- Le débiteur est menacé dans son existence par la résiliation du crédit et n'est pas en mesure de se procurer d'autres ressources en temps utile;
- La dénonciation est disproportionnée, dans la pesée des intérêts entre la banque et le débiteur.

La même conclusion peut être déduite du principe de la protection des investissements, appliqué ici par analogie, qui prohibe la résiliation des licences de brevet en application des art. 290 ou 546 CO (cf. CHERPILLOD, p. 37 s.); en vertu de ce principe, on peut voir un abus de droit dans le fait pour une partie de résilier le contrat peu de temps après avoir exigé et obtenu de l'autre qu'elle consente à d'importants investissements en vue d'une collaboration durable (CHERPILLOD, p. 38, citant également BÉNÉDICT, p. 67).

LÄNZLINGER, p. 164, ajoute cependant que le débiteur n'a pas en soi un intérêt digne de protection à assurer son existence, mais qu'il doit prouver être en mesure d'améliorer sa situation financière.

Les mêmes idées sont traduites par STOUFFLET, p. 43 ss, notamment 44, qui utilise l'image du crédit de commandite à propos du crédit dont le banquier ne peut priver l'entreprise, même s'il en a le droit, sans provoquer son naufrage.

On ne saurait aujourd'hui reprendre, telle quelle, l'affirmation du TF (ATF 70 II 212 ss (213 s.)) selon laquelle "la clause (de résiliation immédiate sans motifs) n'exprime pour les ouvertures de crédit ordinaires rien d'autre que la règle généralement reconnue d'après laquelle celui qui fait crédit peut cesser en tout temps ses avances".

246 HOUIN, *Rapport*, p. 13.

la responsabilité contractuelle de la banque, même si cette révocation peut paraître justifiée par la situation financière difficile de ce client, lorsque du moins cette révocation a de graves répercussions sur la vie de l'entreprise et risque notamment de la conduire à la faillite [...]" . D'autre part, une jurisprudence française relativement récente, encore qu'il y ait des précédents dès la fin du XIXe siècle, permet de condamner les banques à réparer le préjudice subi par les créanciers d'une entreprise en faillite, si les banques ont maintenu l'octroi de leur crédit à des entreprises qui étaient déjà dans une situation fortement compromise et en état de cessation de paiements. Dans une telle situation, le banquier peut être condamné s'il coupe trop brutalement ses crédits; mais il peut l'être aussi s'il prolonge son crédit à une époque où l'entreprise est déjà en situation de coma prolongé, sinon dépassé.

Ainsi le banquier se trouve-t-il tiraillé, pour ne pas dire piégé, entre le grief du crédit apparent et celui de sa révocation punitive.

170. En réalité, la tâche du banquier est plus complexe, car il se trouve fréquemment devant trois possibilités lorsque son client est en difficulté:

- Augmenter son crédit dans l'espoir d'assainir la situation;
- Maintenir le crédit tel quel (euthanasie passive);
- Révoquer le crédit (euthanasie active).

Il est certes présomptueux de prétendre poser des principes généraux susceptibles de définir une solution modèle. C'est pourquoi nous nous limitons ici à quelques suggestions personnelles:

- Premièrement, la révocation du crédit doit prendre en compte trois sortes d'intérêts: ceux de la banque, du client et des créanciers du client.
- Deuxièmement, lorsque le choix est entre le maintien du crédit tel quel et son augmentation, la banque prend un risque excessif et engage sa responsabilité, si elle opte pour l'augmentation alors que la situation du client est désespérée; par cette fuite en avant, elle compromet à la fois ses propres intérêts et ceux des créanciers du client.
- Troisièmement, si la situation du client permet raisonnablement d'admettre qu'un crédit complémentaire peut l'aider à revenir à meilleure fortune, la banque ne pourra jamais se voir reprocher le refus d'une augmentation de crédit, à moins qu'elle ne puisse y être tenue pour les raisons exposées ci-dessus sous n°143 et n°160. Dans cette hypothèse, la révocation est licite dans les seules limites découlant des deux circonstances cumulatives examinées sous n°165.
- Enfin, et quatrièmement, lorsque la situation du client est désespérée, la banque ne peut se voir adresser aucun reproche si elle maintient le crédit déjà engagé ni si elle le révoque. En revanche, si le client est en situation de dépôt de bilan obligatoire et qu'il reste une partie du crédit non utilisée, la banque expose certainement sa responsabilité civile, particulièrement à l'égard des tiers, si elle ne limite pas les dépenses de son client par la révocation.

171. En définitive, le banquier qui fait face à un client insolvable ou menacé de le devenir doit rechercher la protection de ses intérêts en les confrontant à ceux du client et des créanciers du client. Le principe est à sa liberté d'action, pour autant toutefois que la révocation du crédit ne soit pas la cause adéquate de la déconfiture du client. Compte tenu de la réalité et de l'impossibilité de procéder à des expertises, cette issue fatale doit confiner à la certitude pour engager sa responsabilité.

3.1.7. La diligence dans le petit crédit²⁴⁷

3.1.7.1. La situation jusqu'en 1993

172. Jusqu'en 1993, il n'existe pas de loi fédérale sur le crédit à la consommation. Le projet soumis aux Chambres fédérales en 1978²⁴⁸ fut rejeté en votation finale en 1986, de sorte que les seules dispositions en la matière étaient celles sur la vente par acomptes de 1962 (art. 226a ss CO) et l'art. 3 lit. k, l, et m de la loi fédérale sur la concurrence déloyale du 19 décembre 1986. Dans le cadre du programme Eurolex lié à l'adhésion éventuelle de la Suisse à l'Espace Économique Européen (EEE), le Conseil fédéral proposa au Parlement un arrêté sur le crédit à la consommation²⁴⁹ destiné à harmoniser notre droit avec les directives 87/102²⁵⁰ et 90/88²⁵¹. Tout en y apportant quelques modifications, notamment par la suppression des dispositions pénales, les députés fédéraux ont adopté ce projet qui a été repris en 1993²⁵² pour être intégré dans notre droit interne²⁵³, malgré le vote négatif du souverain du 6 décembre 1992.

173. En dépit de ce vide juridique, les établissements financiers actifs dans le domaine ont entrepris de mettre sur pied en 1968 une Association pour la gestion d'une centrale d'information de crédit (Verein zur Führung einer Zentralstelle für Kreditinformation, ZEK). Cet organisme comptait 105 membres au 30 novembre 1992, qui se recrutaient non seulement dans les banques mais aussi parmi les grands distributeurs de biens et services et les sociétés de leasing. Par cet instrument de droit privé, les partenaires s'engagent à communiquer, notamment à la centrale qui doit les renseigner à l'exclusion de tout tiers, les prêts de plus de frs. 1000.– remboursables en au moins 12 mensualités et les contrats de leasing ou de location dont le loyer mensuel est d'au moins fr. 40.–, ainsi que les remboursements et les impayés.

3.1.7.2. Le nouveau droit

174. Sous l'angle de la diligence, le nouvel arrêté assujettit le donneur d'un crédit à la consommation à un certain nombre de devoirs essentiellement liés à l'information de l'emprunteur, à la forme et au contenu du contrat, et sanctionnés par la nullité de ce dernier. Parmi ces diligences techniques, mentionnons:

- Les indications que le contrat de crédit doit contenir (art. 8 al. 2):
 - a. le montant net du crédit;
 - b. le taux annuel effectif global ou, à défaut, le taux d'intérêt annuel et les frais applicables lors de la conclusion du contrat;

²⁴⁷ Cf. notamment SAXER.

²⁴⁸ FF 1978 II p. 481 ss.

²⁴⁹ FF 1992 V p. 159 ss.

²⁵⁰ JOCE n° L 42 du 12.2.1987, p. 48.

²⁵¹ JOCE n° L 61 du 10.3.1990, p. 14.

²⁵² FF 1993 I p. 812 ss.

²⁵³ RS 221.214.1.

- c. les conditions auxquelles les éléments mentionnés à la lettre b peuvent être modifiés;
 - d. les éléments du coût total du crédit qui ne sont pas pris en compte dans le calcul du taux annuel effectif global (art. 5 al. 2), à l'exception des frais liés au non-respect des obligations contractuelles. Si le montant exact de ces éléments de coût est connu, il doit être indiqué; sinon, soit une méthode de calcul, soit une estimation réaliste doit être fournie, lorsque cela est possible;
 - e. le plafond éventuel du crédit;
 - f. les conditions de remboursement, notamment le montant, le nombre et la périodicité ou les dates des versements que le consommateur doit effectuer pour rembourser le crédit et payer les intérêts et les autres frais, ainsi que, lorsque cela est possible, le montant total de ces versements;
 - g. le droit à la remise des intérêts et des frais afférents à la durée non utilisée du crédit en cas de remboursement anticipé;
 - h. un éventuel délai de réflexion;
 - i. les garanties éventuellement demandées.
- Les indications que doit contenir au surplus le contrat de crédit portant sur le financement de la fourniture de biens ou de services (art. 9):
 - b. le prix au comptant et le prix à payer en vertu du contrat de crédit;
 - c. le montant d'un acompte éventuel, le nombre et le montant des paiements échelonnés ainsi que leurs échéances, ou la méthode à utiliser pour déterminer chacun de ces éléments s'ils sont encore inconnus au moment de la conclusion du contrat;
 - d. l'identité du propriétaire des biens, s'il n'y a pas immédiatement transfert de propriété au consommateur, et les conditions dans lesquelles le consommateur en devient propriétaire;
 - e. une éventuelle obligation d'assurance et, si le choix de l'assureur n'est pas laissé au consommateur, le coût de celle-ci.

175. La loi n'impose au donneur de crédit aucune obligation quant à la vérification de la solvabilité de l'emprunteur. Aussi peut-on dire qu'elle n'institue aucun devoir de diligence particulier dans l'octroi du crédit, en dehors des informations indiquées ci-dessus. De même le prêteur n'est-il tenu à aucune curiosité lorsque le crédit est sollicité sans affectation particulière. Les renseignements complémentaires exigés à l'art. 9 ne visent en effet que les contrats expressément destinés au financement de la fourniture de biens ou de services. Lorsque le crédit est octroyé sous forme d'avance en compte courant, l'art. 10 al. 4 sanctionne de nullité le découvert accepté tacitement pendant plus de trois mois, si l'emprunteur n'a pas été informé (par écrit) du taux d'intérêt annuel et des frais éventuels applicables. Dans ce cas de nullité, comme dans les autres (violation des art. 8, 9 et 10 al. 1 et 2), l'emprunteur ne doit rembourser que le capital, sans intérêts ni frais, par des paiements mensuels égaux jusqu'à l'expiration de la durée du crédit. Ces exigences légales limitées ne sauraient cependant faire échapper le banquier à son devoir d'autant plus nécessaire d'établir la capacité et la dignité de crédit de l'emprunteur que le crédit de consommation est, en règle générale, dépourvu de garanties. Il est certes dans l'intérêt du banquier de se livrer à un examen diligent de la demande, mais c'est aussi l'intérêt du client de ne pas s'endetter ultra vires. Comme il s'agit d'un commerce de masse, on admet néanmoins que cet examen est plus restreint que dans un crédit classique et qu'il se limite, en règle générale, à la situation de famille (nombre d'enfants, revenu du conjoint, régime matrimonial), fonction et position professionnelles, revenu exact, fortune, dépenses courantes, dettes. Comme ces renseignements émanent principalement du client lui-même, on les vérifiera en consultant les annuaires téléphoniques, les offices de poursuites, les greffes municipaux...²⁵⁴

²⁵⁴ FRICK, p. 43, n.1-3 et sources citées.

3.2. *Le renseignement et le conseil*

3.2.1. Le fossé entre le droit et la réalité

3.2.1.1. *Le monde financier est un marché d’initiés*

176. La formule se veut provocante. Elle met cependant en évidence une réalité découlant de l’exiguïté humaine du monde financier helvétique et, corrélativement, de la densité de ses contacts. Lors des débats visant à introduire le nouvel art. 161 CP, de nombreuses voix ont reproché à cette “lex americana” son manque de réalisme, en se fondant sur un état de fait que personne ne peut aujourd’hui contester: non seulement l’information circule, mais elle est d’autant plus prisée – comme l’absinthe – qu’elle est frappée du sceau de l’interdit. Le renseignement commercial est une matière première, un bien de première nécessité pour tout chef d’entreprise avisé. La première concrétisation de l’obligation de diligence de tout dirigeant, banquier compris, n’est-elle pas la curiosité, c’est-à-dire la recherche de renseignements permettant de percer le mur étanche que les sociétés construisent autour d’elles? Ce devoir est d’autant plus évident que notre système juridique favorise une absence de transparence des entreprises fondée, en droit comptable, d’une part sur la suprématie du principe de prudence et de l’autre sur l’absence de plan comptable obligatoire. Le système fonctionne parce qu’il est petit et parce que ses opérateurs se connaissent et acceptent d’échanger des informations. Il est facile d’imaginer les excès et les accidents qu’une ambiance aussi libérale rendrait inévitables dans un marché plus vaste et plus anonyme.

177. La banque n’échappe pas à ce besoin de savoir et de dépasser la vitrine des apparences. L’acte de crédit n’étant jamais neutre, il peut produire des effets positifs ou négatifs non seulement selon la santé du preneur de crédit mais surtout en fonction du contexte, par quoi il faut entendre l’honorabilité et la santé des partenaires commerciaux, l’appréciation du marché et notamment des chances des concurrents, etc... Il y va non seulement de l’obligation de diligence de la banque à l’égard de son client, mais aussi de sa responsabilité vis-à-vis de ses créanciers. En outre, au titre de la garantie d’une activité irréprochable, on a vu que l’art. 3 LB lui impose une attitude de curiosité pour rechercher dans certaines circonstances quel est l’arrière-plan économique²⁵⁵. On peut dès lors affirmer que le banquier diligent est celui qui ajoute, à ses talents de technicien, une bonne connaissance des données économiques et commerciales pouvant influencer sa décision, et qui les utilise. A contrario devra-t-on admettre que le banquier viole son obligation de diligence lorsqu’il se montre passif dans la collecte et l’exploitation des renseignements sensibles.

²⁵⁵ Cf. supra, n° 55 ss et 110 ss.

3.2.1.2. *La spécificité du renseignement et du conseil bancaires*

178. L'avis du banquier sur l'état d'une entreprise présente un grand intérêt pour au moins trois raisons:

- Premièrement, les caractéristiques libérales de notre système officiel d'information font qu'on doit se méfier dans une certaine mesure des données que chacun publie sur lui-même. Ce déficit de connaissances n'est pas compensé par une centrale institutionnelle des gros ou des mauvais risques. Il en résulte que le banquier, individuellement, est élevé au rang de mage du savoir;
- Deuxièmement, le renseignement et le conseil du banquier sont rarement gratuits en ce sens qu'il sera difficile à ce dernier de ne pas se conformer dans ses actes aux jugements de valeur qu'il porte sur des tiers. Il sait qu'en répondant à de pures questions ou à des demandes de conseil, il s'expose au risque de devoir confirmer son appréciation par l'octroi d'un crédit;
- Troisièmement, le banquier est un professionnel du risque, dont la règle d'or est qu'il doit faire fructifier les fonds qui lui sont confiés en s'abstenant de toute gestion hasardeuse ou téméraire. Il en découle une valeur irremplaçable des avis et des conseils du banquier, mieux habitué que quiconque à réaliser la synthèse entre le rendement (= risque) et la prudence (= sécurité).

3.2.1.3. *Le cadre juridique*

3.2.1.3.1. Le fondement juridique de la responsabilité à raison du conseil ou du renseignement

179. Lorsque la banque est interrogée par un client, il convient de distinguer deux types de situations:

- Elle peut l'être dans le cadre d'une relation préexistante, liée à la gestion d'un compte, au choix d'un bon placement, ou à une opération sur devises. Cette hypothèse, qui sort de notre sujet, porte sur des renseignements et des conseils que l'on peut qualifier de "techniques". Elle fait appel aux règles du mandat, conformément à l'art. 394 al. 2 CO²⁵⁶;
- La demande d'un renseignement ou d'un conseil peuvent en revanche émaner d'une personne, déjà cliente ou en relation d'affaires avec la banque, qui le devient à cette occasion ou dont l'interrogation restera isolée. Elle porte sur des éléments à forte signification économique ou commerciale.

²⁵⁶ GUGGENHEIM, p. 95, n. 41 et sources citées. Sur la responsabilité du banquier et ses devoirs annexes en matière fiscale liés aux renseignements et conseils techniques qu'il donne, cf. KOLLER, *Nebenpflichten*, p. 157 ss.

L'interpellateur voudra par exemple savoir:

- Si telle entreprise avec laquelle il veut nouer des relations d'affaires est de bonne moralité, digne de crédit et d'une surface financière satisfaisante;
- Si cette même entreprise offre de bonnes perspectives de développement et de solvabilité;
- Si un produit en développement est menacé par des produits concurrents;
- Si un mode de financement envisagé est adéquat et économique.

L'une des caractéristiques de ce renseignement ou conseil est qu'il ne s'incorpore pas dans une autre prestation bancaire, même s'il peut être suivi d'une ouverture de crédit.

180. On a vu que le Tribunal fédéral soumet à la responsabilité délictuelle le faux renseignement²⁵⁷ donné gratuitement et à titre non professionnel²⁵⁸. La jurisprudence admet le caractère non professionnel du renseignement lorsque celui-ci est fourni en dehors d'une affaire traitée avec la banque²⁵⁹. Lorsque le renseignement précède la conclusion d'un contrat, le Tribunal fédéral admet une responsabilité précontractuelle assimilable à la violation d'un devoir contractuel. Vu que les banques fournissent des renseignements en général gratuitement et qu'elles n'exercent pas une activité professionnelle dans ce domaine²⁶⁰, la communication de *renseignements* n'impliquerait la conclusion d'aucun contrat et s'apparenterait à un acte de pur fait pouvant entraîner soit une responsabilité pour acte illicite, soit une responsabilité précontractuelle.

Nous partageons pleinement les critiques adressées par SCHÖNLE à cette jurisprudence²⁶¹: en raison même de la gratuité possible du mandat, ce critère ne suffit pas à considérer la fourniture de renseignements par une banque comme un acte de pur fait. C'est parce que le banquier est généralement bien informé qu'on le consulte. S'il n'est pas sûr de son information ou s'il n'est pas délié du secret bancaire, il refusera de répondre. Dans le cas contraire, selon le principe de la confiance, sa réponse est l'acceptation d'une offre constituée par la demande d'un service. Aux yeux de son partenaire, le banquier répond – aux deux sens du terme – comme un professionnel et sa prestation, même gratuite,

²⁵⁷ Sur la notion de renseignement bancaire inexact, *cf.* SCHÖNLE, *Responsabilité pour renseignements*, p. 389.

²⁵⁸ *Cf. supra*, n° 48 et sources citées. Pour un aperçu complet de la doctrine, *cf.* KAISER, p. 32-37.

²⁵⁹ *Cf. supra*, n° 48, n. 104.

²⁶⁰ SCHÖNLE, *Responsabilité pour renseignements*, p. 397: "La diffusion de renseignements n'a pas pour but l'acquisition d'un revenu; par conséquent, elle n'est pas 'gewerbsmässig'".

²⁶¹ SCHÖNLE, *Responsabilité pour renseignements*, p. 397-398. Voir aussi la critique fouillée dans le même sens de KAISER, p. 37 ss, notamment 39.

l’oblige au même titre que celle du médecin ou de l’avocat²⁶². Il y a donc un contrat de renseignements²⁶³ soumis aux règles du mandat. Cette solution est d’ailleurs conforme aux jurisprudences française et allemande²⁶⁴.

181. Qu’en est-il des *conseils*? Selon SCHÖNLE, la distinction entre le renseignement et le conseil n’engendre aucune conséquence juridique²⁶⁵. Cette affirmation peut certes s’appuyer sur le fait que la banque n’a pas pour but de conseiller le client en dehors des actes rentrant dans le cadre de ses prestations usuelles, de même que sur la gratuité de ce type de service. Même s’il est gratuit, le conseil du banquier en matière économique et commerciale revêt à nos yeux un caractère éminemment professionnel, dès lors qu’il fait appel à des connaissances et à une expérience dont la valeur découle de la qualité même de banquier. Il n’y a aucune différence de nature entre le conseil gratuit de l’avocat et celui du banquier. Dans la mesure où les banques, à l’instar des fiduciaires, cultivent l’image d’un “bon conseiller généraliste”, le fait même de répondre à une demande de conseil prend le caractère d’une prestation contractuelle et appelle l’application des règles développées sur le mandat gratuit.

182. D’ailleurs, il faut se demander sérieusement si, quant à la responsabilité engendrée, la distinction entre conseil et renseignement se justifie. De par sa spécialisation, le banquier est vu par son client comme un homme de métier que l’on consulte parce qu’il sait plus de choses que le citoyen ordinaire. Par analogie avec l’avocat que l’on interroge sur le contenu de la loi, sur la longueur d’un délai de prescription ou sur les dates de férias, tout renseignement en la matière n’est-il pas un conseil au sens large? L’élément décisif nous paraît être le lien de causalité entre le contenu de l’information recherchée et le comportement de l’interpellateur. Si j’interroge mon banquier, mon médecin ou mon avocat, je le consulte et lui demande de me conseiller. Il n’y a, dans ce domaine, pas de place pour les subtilités voulant distinguer le renseignement “objectif” du conseil au sens étroit, ni le “renseignement sans engagement” d’un

²⁶² Dans ce sens, VÉZIAN, p. 240 ss, qui cite notamment l’arrêt du 12.11.1976 de la deuxième Chambre de la Cour d’appel d’Aix-en-Provence: “Les rapports des banques avec leur clientèle ne sont pas désintéressés et si un certain nombre de services qu’elles rendent ne sont directement rétribués, toute leur activité tend à une recherche de bénéfices dans le commerce de l’argent [...].” Dans le même sens, KAISER, p. 43, qui refuse la distinction entre “Berufs- und Gewerbsmässigkeit”, le renseignement et le conseil appartenant aujourd’hui à l’activité bancaire.

²⁶³ Dans le même sens, SCHÖNLE, *Responsabilité pour renseignements*, p. 398, et *Responsabilité extra-contractuelle*, p. 149.

²⁶⁴ SCHÖNLE, *Responsabilité extra-contractuelle*, p. 149; KAISER, p. 47 ss.

²⁶⁵ SCHÖNLE, *Responsabilité pour renseignements*, p. 389, n. 10, qui cite l’opinion fluctuante du Tribunal fédéral.

conseil professionnel²⁶⁶. Si, dans la suite, nous examinons séparément ces deux prestations, c'est pour respecter la distinction opérée par la doctrine et la jurisprudence.

3.2.1.3.2. Le Code pénal

183. L'exploitation d'informations confidentielles, au sens de l'art. 161 CP (délit d'initiés), est un délit objectivement spécial ou délit propre. Ne pouvant être commis que par un cercle limité de personnes, il fait peser sur les initiés improprement dits, notamment les banques, une obligation de secret particulière, dès lors que la révélation de certains faits confidentiels peut exercer une influence notable sur le cours de valeurs en bourse ou négociées avant bourse. Selon l'alinéa 3, sont notamment considérés comme faits confidentiels l'émission imminente de nouveaux droits de participation, un regroupement d'entreprises ou tout fait analogue d'importance comparable.

184. Laissant volontairement de côté l'art. 160 CP, qui sanctionne l'atteinte au crédit malveillante et intentionnelle, nous devons mentionner la violation du secret de fabrication ou du secret commercial réprimée par l'art. 162 CP, lorsque le fournisseur d'informations était tenu de garder le secret par une obligation légale ou contractuelle.

3.2.1.3.3. Le secret bancaire

185. L'obligation de discrétion des banques se caractérise par son universalité et son indivisibilité. Le devoir de secret est universel, car il ne connaît aucune limite matérielle: est une donnée protégée toute information que la banque recueille sur ses clients et leurs affaires dans son activité, que le renseignement ait été confié par eux ou qu'il résulte de ses propres constatations. Le secret couvre notamment:

- Les relations de la clientèle avec la banque;
- Les indications données par les clients au sujet de leur situation économique et en particulier de leurs relations avec d'autres banques;
- Les informations reçues concernant des opérations de tiers effectuées dans d'autres banques;
- Les opérations concernant la banque elle-même²⁶⁷.

Les seuls faits non couverts par le secret sont ceux qui relèvent de la notoriété publique ou qui ont été connus en dehors de toute activité professionnelle²⁶⁸.

²⁶⁶ Dans le même sens, VÉZIAN, p. 240, n. 20 et KAISER, p. 3, pour qui il n'y a pas de différence, quant à leurs effets juridiques, entre le conseil, la recommandation, le renseignement et l'expertise.

²⁶⁷ AUBERT, *FJS* 69 a, p. 2.

²⁶⁸ AUBERT, *ibidem*.

186. L'obligation de discréction est indivisible en ce sens, d'une part, que le secret est strictement personnel et ne peut de ce fait être partagé et, d'autre part, qu'il porte sur la totalité de l'information reçue, la loi ne faisant pas de différence entre une divulgation complète ou partielle.

187. Les principales limitations au secret bancaire sont constituées par des normes faisant obligation à la banque de divulguer les faits qu'elle connaît²⁶⁹. Lorsqu'une telle obligation fait défaut, la banque ne peut parler sans le consentement du bénéficiaire du secret.

3.2.1.4. *Le dilemme insoluble*

188. Parce qu'il n'existe aucune centrale d'information institutionnelle sur les grands ou les mauvais risques²⁷⁰ et parce que l'économie a besoin de renseignements fiables, le banquier vit nécessairement au centre d'un conflit d'intérêts aussi patent que juridiquement insoluble. D'un côté, il y a le besoin de savoir. L'affaire Pinkas et d'autres, plus récentes, ont montré les effets dévastateurs que peut susciter un cloisonnement de l'information strictement conforme au devoir légal de discréction. Les communications interbancaires, en soi parfaitement illégales, ne trouvent-elles pas une légitimité certaine dans le but de prévenir des accidents majeurs? Lorsque la banque tait intentionnellement des faits dont elle sait que leur communication empêcherait un client d'accomplir des actes hautement préjudiciables pour lui-même, son attitude légaliste n'est-elle pas la source d'un risque créé tout à fait illégitime? L'analyse de cette problématique impose de distinguer deux questions:

- Quid d'une limite générale à l'obligation de discréction en présence d'un grand risque collectif, notamment criminel ou délictuel?
- Quid d'un aménagement de l'obligation de discréction pour la concilier avec l'existence indubitable d'un usage du renseignement?

189. *La première question* rejoint, par analogie, le débat sur les limites du secret médical dans la lutte contre le SIDA. On doit admettre que le médecin a non seulement le droit mais le devoir, même sans le consentement du patient, de communiquer une séropositivité à la centrale du don du sang, à la banque du sperme et aux proches du malade (conjoint ou partenaire intime). Cette obligation se fonde sur l'état de nécessité consti-

²⁶⁹ Pour un exposé complet de ces limitations, cf. GUGGENHEIM, p. 49 ss; AUBERT, *Portée du secret*, p. 609 ss, *Secret bancaire*, p. 3 ss et FJS 69, p. 5-27.

²⁷⁰ A l'exception des communications que les banques sont tenues de faire à la Banque nationale en vertu des art. 7 et 8 LB. SCHÖNLE, *Secret bancaire*, p. 198, indique que, depuis le 1er février 1971, une convention non publiée lie les quatre principales banques suisses et les oblige à se communiquer, quatre fois par an, les pertes qu'elles subissent en relation avec des débiteurs domiciliés à l'étranger, sans indication toutefois de l'identité des débiteurs défaillants.

tué par le danger mortel (art. 34 CP), et par la subordination du droit à la protection de la sphère intime au droit à la vie et à l’intégrité physique²⁷¹.

190. La même analogie peut être faite avec les limites du secret professionnel de l’organe de révision.

Dans un jugement du 23 novembre 1989, qui n’a pas été soumis à l’examen du Tribunal fédéral, la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois a eu à connaître de l’espèce suivante: la fiduciaire X, qui était organe de contrôle de la société Z, a appris en sa qualité d’organe de contrôle, mais hors mandat, c’est-à-dire par une source qui ne provenait pas de ses propres contrôles, que de faux bilans existaient. Par la suite, la société Z, société à actionnaire unique, a fait une faillite retentissante. L’organe de contrôle n’avait pas démissionné. Le jugement vaudois retient en substance ce qui suit:

Sous l’angle de ses devoirs de réviseur, la fiduciaire X n’a pas commis de faute. Le jugement rappelle qu’il peut y avoir concours entre l’action contractuelle et l’action délictuelle dans les termes suivants: “Le Tribunal fédéral, après avoir laissé longtemps la question indécise, semble avoir posé le principe de la subsidiarité de l’action délictuelle par rapport à l’action contractuelle (ATF 106 II 232 = JdT 1981 I 159). La doctrine, en revanche, est divisée, admettant parfois l’application alternative, parfois l’application cumulative des articles 41 ss CO et des articles 752 ss CO (DRUEY, Organ und Organisation, zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft, in SAS 1981, p. 81 ss; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2e éd., n° 599 ss et auteurs cités). Dans le cas particulier, la question est de peu d’incidence dès lors que la faute imputée à la défenderesse peut entraîner l’application de l’article 754 CO comme de l’article 41 CO, et que l’action est fondée sur un dommage direct atteignant le patrimoine de la société elle-même et non un dommage indirect qui ne pourrait, lui, être invoqué dans le cadre des articles 41 ss CO (FORSTMOSER, op. cit., n° 596, p. 191)”. Au sujet de l’acte illicite, le jugement retient ce qui suit: “Selon un principe juridique généralement admis, celui qui crée un état de choses dangereux pour autrui doit prendre les mesures de prudence idoines pour empêcher la survenance d’un dommage (ATF 82 II 25 et jurisprudence citée). Enfin, l’ordre légal exige que l’on ne mette pas en danger sans nécessité la vie et les biens d’autrui; celui qui expose autrui à de tels dangers doit prendre toutes les précautions propres à éviter qu’un dommage ne se produise. Celui qui ne prend pas les mesures agit de façon illicite (ATF 64 II 254 = JdT 1939 I 42; ATF 93 II 329 = JdT 1969 I 130 cons. 5;...)”.

²⁷¹ La controverse entre les tenants du secret médical absolu et ceux qui veulent le relativiser pour prendre en compte les intérêts vitaux des tiers bat son plein et n’a pas permis jusqu’ici de dégager une ligne directrice claire, notamment au sein de l’Académie suisse des sciences médicales.

Si le corps médical affirme aujourd’hui qu’il existe un devoir éthique du médecin de faire en sorte que le partenaire intime stable soit informé, il veut aussi éviter que l’on aboutisse à une banalisation du secret médical et prône le respect de la procédure de levée de celui-ci par recours à l’autorité supérieure compétente. Cette procédure étant, si nécessaire, très rapide, il lui apparaît difficile que le praticien justifie une violation de son secret en invoquant une situation de péril en la demeure et par là même d’état de nécessité.

Au sein des juristes, la position diffère quelque peu, notamment quant à l’opportunité d’invoquer l’état de nécessité. On estime généralement qu’il existe un droit, voire même un devoir d’informer de la séropositivité le partenaire intime stable d’un patient qui refuse de le faire. Le médecin commencera par demander la levée de son secret auprès de l’autorité supérieure compétente, mais l’état de nécessité pourra être invoqué chaque fois qu’il y a péril en la demeure. La légitimité de cette position réside dans la subordination de la protection de la sphère intime du malade à celle de la vie du partenaire qui demeure le bien juridique protégé en premier lieu par notre ordre légal.

Dans le cas particulier, la Cour civile vaudoise a retenu la responsabilité pour acte illicite de la fiduciaire X dans les termes suivants: "A titre préliminaire, il faut se demander si, sachant que des faux avaient été commis, X avait le pouvoir de renseigner des tiers, notamment en déposant plainte pénale. Etait-elle tenue par le devoir de discréption et par le secret professionnel? L'article 730 CO impose à l'organe de contrôle un secret absolu à l'égard des tiers (...), à raison de toutes les constatations qu'il fait dans l'exécution de son mandat. L'organe de contrôle n'a un devoir d'information que vis-à-vis de l'administration et de l'assemblée générale. On pourrait néanmoins se demander si, par analogie avec le secret professionnel protégé par l'article 321 CP, le devoir de discréption ne s'éteint pas lorsqu'il s'avère nécessaire de protéger un intérêt supérieur (...), si en d'autres termes l'organe de contrôle n'est pas autorisé à déposer plainte pénale lorsqu'un tel intérêt l'exige (dans ce sens, NIKLAUS SCHMID, *Wirtschaftskriminalität und Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers*, in Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer, Band 45, p. 153; CHRISTOPH VON GREYERZ, *Prüfung, Berichterstattung und Vorgehen bei Kapitalverlust und Überschuldung*, in Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer, Band 36, p. 19; VITAL SCHANDER, *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, p. 402), si il doit le faire et à quel moment. La question peut toutefois rester ici indécise en ce qui concerne les renseignements recueillis par l'organe de contrôle dans le cadre de son mandat. X n'a en effet pas découvert l'existence des faux bilans dans le cadre de ses travaux de révision, mais par l'intermédiaire de tiers. Il s'agit dès lors de déterminer si X a commis un acte illicite en ne déposant pas plainte pénale alors qu'elle avait été informée, en sa qualité d'organe de contrôle, mais hors mandat, de l'existence de faux bilans.

Il faut relever d'abord que lors de la découverte des faux bilans, X devait impérativement suivre le processus prévu par la loi. La défenderesse devait informer A de l'existence des faux bilans et lui demander des explications, choses qu'elle a faites. Il fallait en outre qu'elle convoque une assemblée générale (art. 699 al. 1 CO) et comme, selon toute vraisemblance, s'agissant d'une "Einmannsgesellschaft" cela n'aurait rien changé, il lui incombaît alors de démissionner.

Elle devait en outre déposer plainte pénale si A restait inactif. L'organe de contrôle a en effet une fonction générale de protection des intérêts des tiers et de l'ordre public (ERNST BOSSARD, *Festgabe Bürgi*, Zurich 1971, p. 23; VIKTOR MÜLLER, *Massnahmen zur Vermeidung von Verantwortlichkeitsklagen* in Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer, Band 36, p. 105 et jurisprudence citée), des actionnaires et des créanciers (BOSSARD, *ibidem*). L'existence de faux bilans constitue un événement grave que X ne pouvait passer sous silence sans réagir. Compte tenu de la réputation, de la situation financière et de la solvabilité apparentes tant de Z que de A, et compte tenu aussi du fait qu'il s'agissait d'un client important et apparemment sûr, il faut admettre que la défenderesse pouvait hésiter avant de déposer plainte pénale immédiatement. Elle devait en revanche agir selon la voie légale prévue par l'article 699 al. 1er CO et convoquer une assemblée générale dans les plus brefs délais pour susciter une réaction et le cas échéant démissionner, puis déposer plainte pénale.

Ne l'ayant pas fait, X a maintenu sans nécessité un état de choses dangereux (ATF 64 II 254 = JdT 1939 I 43; ATF 93 II 329 = JdT 1969 I 130). N'agissant pas conformément à l'attitude qu'on était en droit d'attendre d'elle dans ces circonstances, X a commis un acte illicite et engagé ainsi sa responsabilité".

Par ces motifs, la fiduciaire X a été condamnée à payer à la masse en faillite de la société Z la somme de 3'500'000.– en capital.

191. Les mêmes considérations doivent conduire à admettre non seulement un droit mais un devoir de révéler des faits que la banque connaît et qui peuvent créer un danger pour autrui. Si l'existence de ce devoir peut être posée sans difficulté lorsque le danger découle des faits eux-mêmes (malversations, faux dans les titres, double comptabilité), la question est

plus délicate si le danger ne résulte que de la confrontation de sources de renseignements multiples. Dans l’affaire Pinkas, si les banques avaient pu échanger des informations en temps utile, le dommage aurait été moindre pour tous. Il convient dès lors que, dans le doute sur l’honorabilité et la dignité d’un client, la banque soit admise à rechercher et à livrer, préventivement et avec la plus extrême prudence, les faits pouvant étayer une suspicion d’irrégularité. Si cette investigation croisée, essentiellement mais non exclusivement interbancaire, n’aboutit à rien, le client n’en subira aucun préjudice pour autant que la banque n’en fasse aucun autre usage. Dans un certain nombre de situations, cette norme exceptionnelle sera d’ailleurs en harmonie avec les devoirs de curiosité institués par les articles 3 LB et 305^{bis} CP.

192. *La seconde question* peut être posée dans les termes suivants: est-il possible et, si oui, comment, de concilier le devoir de discréption avec la pratique internationalement répandue²⁷² de faire appel à l’information bancaire au sujet du crédit, des moyens et de l’honorabilité en affaires d’un client? Le juriste ne peut que trébucher sur cette question qui n’en est pas une: il y a d’un côté le secret bancaire, absolu, indivisible, non partageable et, de l’autre, la pratique du renseignement qui est au secret bancaire ce que l’immigration grise est au contingentement de la main-d’oeuvre étrangère. Les défenseurs de la pratique invoquent l’intérêt du client, qui serait compromis par le refus du banquier de répondre, son silence pouvant laisser penser qu’il y a quelque chose à cacher²⁷³. Ils admettent parfois qu’il y a présomption d’un accord tacite du client, “en vertu du principe de la confiance qui sert à l’interprétation des rapports contractuels existant entre la banque et son client”²⁷⁴. A tout le moins cela permet-il de concilier le principe de la discréption absolue avec l’art de la révélation confidentielle et ciblée. Il reste cependant que les conditions générales des banques suisses²⁷⁵ ne contiennent aucune autorisation générale de donner des

²⁷² SCHÖNLE, *Secret bancaire*, p. 196.

²⁷³ SCHÖNLE, *ibidem*.

²⁷⁴ SCHÖNLE, *Secret bancaire*, p. 197.

²⁷⁵ Contrairement à l’art. 10 des conditions générales des banques allemandes; cf. SCHÖNLE, *ibidem*. A noter cependant le régime spécial du crédit à la consommation. Par exemple, l’art. 11 des conditions générales de crédit DISPO de la banque ORCA dispose: “Registre central d’information – la banque est membre de cette centrale. Elle est autorisée à communiquer ce crédit. Le client se doit de soumettre à la banque qui lui a accordé ce crédit les éventuels besoins de crédits supplémentaires.” De même, l’art. 7 des conditions-type du contrat de prêt de la banque Procrédit est ainsi libellé:

- “a) La banque est autorisée à participer aux échanges d’information organisés par la centrale des prêteurs professionnels.
- b) L’emprunteur ordonne irrévocablement que les éventuelles interdictions de communiquer les données ne sont pas applicables aux affaires de la banque.
- c) Dans le canton de Zurich, le prêt est soumis au contrôle de la Surveillance des prêteurs professionnels”.

renseignements à des tiers et que rien n'est moins sûr qu'un accord de principe de tout client avec cette pratique.

193. Les banques distinguent volontiers, quant à l'objet, l'information portant sur un client privé de celle relative à leur clientèle commerciale. On perçoit une certaine unanimité professionnelle sur l'illégitimité de la première, tandis que la seconde est vue comme une chose beaucoup plus naturelle. Les banques se montrent également attentives au destinataire du renseignement, ne répondant en principe qu'à leurs clients ou à d'autres banques²⁷⁶. Cette distinction ne trouve cependant aucune justification en droit.

194. Il faut à notre avis revenir à plus d'orthodoxie, sous peine de violer le droit positif. Une banque ne peut donner à qui que ce soit des renseignements sur l'un de ses clients qu'avec l'accord de ce dernier. Cet accord peut-il être tacite et peut-il notamment se déduire de la mention par le client de sa relation bancaire sur son papier à lettres ou ses factures? Cette double question appelle une réponse nuancée:

- Premièrement, il n'y a aucune raison d'écartier un consentement tacite (le client est à côté du banquier lorsque celui-ci donne des informations à son sujet), pour autant qu'il ressorte clairement des circonstances. On ne saurait en revanche l'admettre ni en général au niveau d'une présomption, ni en particulier si les actes concluants ne sont pas clairs, le doute devant profiter au secret;
- Deuxièmement, on ne peut interpréter l'indication d'une relation bancaire, écrite ou orale, dans le sens d'une autorisation de renseigner les tiers. Une telle indication ne vise en général qu'à faciliter le trafic des paiements. Il est insoutenable de voir dans une telle mention un consentement du client qui permettrait à la banque d'être déliée de son obligation de discréction *erga omnes*.

195. La même rigueur commande de rejeter la trop subtile et pernicieuse distinction faite par certains entre des renseignements précis et des informations plus générales. D'une part, il s'agit d'un critère de distinction flou et subjectif. D'autre part, l'obligation de discréction est absolue ou n'est pas. Le banquier ne peut hiérarchiser selon son propre ordre de valeurs les renseignements permis et interdits; le droit bancaire ignore la notion de péché vénial.

196. Pour que la pratique puisse s'intégrer dans le cadre juridique, nous préconisons l'adoption d'une formule standardisée par laquelle le client puisse préciser à l'égard de quels destinataires et pour quel type de renseignement il délie la banque de son obligation de discréction. L'exis-

²⁷⁶ SCHÖNLE, *Secret bancaire*, p. 196.

tence même d'un tel document aura le mérite de rappeler le principe illicite de tout renseignement donné sans autorisation du client et de clarifier une pratique actuellement enlisée dans un marais d'ambiguïté.

197. Rappelons enfin que le secret bancaire, comme les autres secrets professionnels, ne peut être partagé avec une autre personne parce que celle-ci est aussi astreinte à un secret professionnel de même nature. Dans ce sens, le renseignement interbancaire n'est pas moins illicite que les autres, faute d'une autorisation du client.

3.2.2. La responsabilité pour faux renseignements

198. Même si l'on doit reconnaître la valeur d'un conseil à un renseignement à la fois précis et objectif, l'activité consistant à transmettre le second ne peut engager la responsabilité du banquier que pour erreur matérielle, à savoir non-concordance entre l'information et la réalité²⁷⁷. S'agissant selon nous d'un service contractuel (mandat, éventuellement gratuit), la faute du banquier est présumée et le degré de sa diligence est étendu: il répond de toute négligence dans la vérification des données qu'il procure. Le plus souvent, il est vrai, les banques s'exonèrent par avance de leur responsabilité par une clause-type de la formule sur laquelle le renseignement est fourni.

199. Ces clauses sont-elles licites? Si les renseignements émanent d'auxiliaires, SCHÖNLE les tient pour nulles en vertu de l'art. 19 al. 2 CO, car il y a atteinte à l'ordre public, la réglementation imposée par la banque instituant "une régulation du conflit d'intérêts contraire à celle voulue par le législateur"²⁷⁸. Si les renseignements sont fournis par des organes ayant commis une faute intentionnelle ou une négligence grave, elles sont manifestement nulles. Enfin, elles peuvent être annulées en cas de négligence légère, SCHÖNLE invoquant à l'appui de cette affirmation l'art. 100 al. 2 CO. Ces positions nous paraissent excessives. Premièrement, nous rejetons la thèse que l'activité bancaire soit une industrie concédée par l'autorité au sens des art. 100 al. 2 et 101 al. 3 CO²⁷⁹. De plus, nous discernons mal en quoi l'ordre public serait menacé par la multiplication de telles clauses. Leur présence atteste, au contraire, de l'existence d'une démarche contractuelle. En vertu de l'autonomie de la volonté, il est loisible au client de les refuser. C'est seulement si elles ne sont communiquées qu'à l'occasion de la fourniture du renseignement, qu'elles font à notre avis problème: on ne peut à la fois conseiller et s'abstenir. L'équivoque créée par une réponse qui est faite sans engagement doit être

²⁷⁷ SCHÖNLE, *Responsabilité pour renseignements*, p. 389.

²⁷⁸ Sur la nullité éventuelle de ces clauses, cf. SCHÖNLE, *Responsabilité pour renseignements*, p. 395.

²⁷⁹ Cf. supra n° 23 ss, notamment 30.

tenue pour une déclaration de volonté contradictoire, qui doit être interprétée contre son auteur. Si la banque veut fournir le renseignement sans engagement, elle doit préalablement recueillir l'accord du client sur l'exonération de sa responsabilité, puis seulement le renseigner. Dès qu'elle a parlé, son message l'oblige.

200. Le banquier répond contractuellement des conséquences d'un faux renseignement et éventuellement pour acte illicite à l'égard de la personne qui fait l'objet de la demande. Indépendamment de l'éventuelle violation de l'obligation de discrétion, un tel mauvais service peut être la cause de grands préjudices.

201. Dans l'état actuel de la jurisprudence, la banque ne répond des renseignements gratuits erronés, donnés par ses organes, que pour acte illicite selon les art. 41 CO et 55 al. 2 CC: "Celui qui est interrogé sur des faits qu'il est bien placé pour connaître doit (s'il veut répondre à la question posée) donner un renseignement exact, dès qu'il est reconnaissable pour lui que le renseignement a ou peut avoir pour celui qui le demande une signification grosse de conséquences"²⁸⁰. Si le renseignement émane d'un employé, la banque répond en vertu de l'art. 55 CO. Que vaut, dans ce cadre-là, la clause d'exonération de responsabilité? Contrairement à SCHÖNLE qui en admet le caractère en principe licite²⁸¹, nous pensons qu'elle ne peut déployer d'effets juridiques que si elle

²⁸⁰ SCHÖNLE, *Responsabilité pour renseignements*, p. 399 s., n. 56 et sources jurisprudentielles citées, notamment ATF 57 II 81 = JdT 1931 I 557.

²⁸¹ SCHÖNLE, *Responsabilité pour renseignements*, p. 400-403, et sources citées, notamment n. 65, 67, 70 et 73, met en exergue, à l'appui de sa position trois points principaux: analysant tout d'abord le fondement de la responsabilité délictuelle, il relève qu'il ne ressort pas du Code des obligations que la "répartition" opérée au niveau de cette responsabilité ("chacun supporte en principe le préjudice qui l'atteint, sauf s'il existe un chef de responsabilité qui permet de transférer cette charge à l'auteur du dommage") soit impérative. D'ailleurs, on ne voit pas comment concilier un fondement "répressif" de la responsabilité délictuelle et l'institution du contrat d'assurance. Enfin, il souligne que certaines lois spéciales déclarent expressément nulles les conventions d'exonération. Dès lors, en l'absence d'une telle interdiction, ne faut-il pas conclure à la licéité de l'exonération? En conclusion, il ajoute que la validité de la convention d'exonération de la responsabilité délictuelle reste soumise aux règles générales des art. 100, 101 al. 2 et 3 et 19 al. 2 CO. A l'appui de son opinion, il cite encore un arrêt du TF du 7 février 1933, paru à la SJ 56 (1934) p. 1 ss, dans lequel la Haute cour relève, p. 10-11, que "du fait que le législateur a jugé nécessaire d'édicter ces défenses [soit les deux cas de dispositions particulières prohibant expressément la renonciation conventionnelle à la responsabilité extra-contractuelle (art. 16 de la loi sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et art. 43 al. 1 de la loi du 15 mars 1932 sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles)], on peut conclure qu'en principe la renonciation est licite même s'il s'agit de la responsabilité purement causale [...]" Nous reproduisons, sur ce point très controversé, l'état de la question et les propositions contenues dans le rapport de la Commission d'étude pour la révision totale du droit de la responsabilité civile, p. 150-153:

“13. L'exclusion ou la limitation de la responsabilité civile”

S'agissant de l'exclusion ou de la limitation de la responsabilité civile, il faut distinguer entre la déclaration unilatérale et la clause contractuelle d'exclusion de responsabilité. L'une et l'autre ne font *pas* actuellement l'objet d'une *norme générale*. La question est posée de savoir s'il convient de prévoir de telles normes.

13.1. La déclaration unilatérale d'exclusion de responsabilité

La déclaration par laquelle une personne déclare exclure par avance toute responsabilité à l'égard de tiers avec lesquels elle n'est pas liée par un contrat (indiquée, par exemple, sur un panneau interdisant l'accès à un chantier) n'a en elle-même *aucune valeur juridique*. Toutefois, si cette déclaration est liée à la violation d'une interdiction compréhensible et significative pour les tiers, elle vaut alors *avertissement formel* pour ceux-ci. Ils sont censés savoir que le non-respect de la prescription de police ou de l'interdiction peut les mettre en situation de risque et de victime. Le cas échéant, leur comportement sera considéré comme un fait concomitant, au sens de l'actuel article 44, alinéa 1, CO (consentement à la lésion, faute légère ou grave dans la survenance du préjudice). Selon les circonstances, ce fait sera susceptible de limiter ou d'exclure la responsabilité – supposée engagée – de l'exploitant de l'installation (P. TERCIER, La responsabilité civile des parties à la construction, in Journées du droit de la construction 1989, Conférences générales, p. 38; G. BRUSA, Die einseitige Enthaftungserklärung, thèse Fribourg 1977, p. 86 ss).

La Commission répond *par la négative* à la question de savoir s'il faut régler la déclaration unilatérale d'exclusion de la responsabilité par une norme générale. A son avis, une telle norme serait *inutile*, car les règles traitant du fondement et de l'étendue de l'obligation de réparer (plus précisément celles relatives à l'illicéité, à la causalité et à la fixation de l'indemnité) suffisent à prendre en compte le comportement d'un lésé qui n'a pas observé une prescription de police ou une interdiction.

Il serait d'ailleurs opportun de renoncer aux articles 7 LRC et 35 LIE qui prévoient des motifs d'exonération de caractère pénal (cf. STARK, RDS, p. 34 et MERZ, Diskussion, p. 812).

13.2. La clause contractuelle d'exclusion de responsabilité

Le problème qui se pose est de savoir *si* et dans quelle mesure une clause exclusive ou limitative de responsabilité, supposée valable au sens des articles 100 et 101, alinéas 2 et 3, CO, *doit produire ses effets sur le plan extracontractuel*.

Certaines *lois spéciales* fondant une responsabilité objective aggravée ont réglé le problème. C'est le cas notamment de la LCR qui prévoit en son article 87, alinéa 1, la *nullité* de toute convention qui exclut ou restreint la responsabilité civile découlant de cette loi. Par cette disposition, le législateur a voulu protéger les tiers, notamment les passagers et usagers du véhicule; ceux-ci pourraient en effet être enclins à renoncer par avance à leurs droits, en échange de l'avantage qu'ils retirent de l'utilisation du véhicule. Il est encore à noter que cette solution ne fait *pas de distinction entre le dommage corporel et le dommage matériel*.

La clause contractuelle d'exclusion de responsabilité est très *controversée*. La *doctrine majoritaire* admet que l'exclusion de la responsabilité produit aussi ses effets sur le plan délictuel. Elle fait valoir que si tel n'était pas le cas, la clause serait souvent vidée de son contenu; elle ajoute que l'effet général d'une telle convention n'est pas interdit par la loi (OSER/SCHÖNENBERGER, n. 18 ad art. 41-61 CO; H. BECKER, Berner Kommentar, n.4 ad art. 41-61 CO; E. BUCHER, p. 337 s.).

Toutefois, certains précisent qu'on ne saurait sans autre admettre l'effet automatique de la clause au plan délictuel. En cas de doute, il faut procéder à une interprétation de la volonté des parties (DESCHEAUX/TERCIER, p. 213; H. GIGER. Berner Kommentar, n. 24 ad art. 199 CO; OFTINGER, p. 489 s.).

D'autre part, à l'instar des doctrines allemande et française, un *courant moderne de la doctrine suisse* nie qu'une clause limitative ou exclusive de responsabilité puisse étendre

est contractuelle²⁸², c'est-à-dire acceptée par le demandeur et que, dans cette hypothèse, il doit y avoir un contrat de renseignement. Comment pourrait-il y avoir sur le même objet contrat d'exclusion de responsabilité et absence de contrat de renseignement? L'opinion de SCHÖNLE est manifestement dictée par le souci de ne pas traiter le banquier qui rend un service gratuit plus durement que celui qui fait payer sa prestation. Si le motif est louable, il aboutit néanmoins à une construction dont la fragilité proclame l'incohérence de la solution jurisprudentielle niant la conclusion d'un contrat de renseignement.

3.2.3. La responsabilité pour mauvais conseils

202. La banque peut être amenée à conseiller son client dans l'exécution d'un service particulier, lui-même soumis à rémunération. Sa responsabilité est alors fondée par le contrat de base aux termes duquel la banque est comptable soit d'une obligation de résultat, soit d'une obligation de moyen, obligations qui comportent toutes deux le devoir pour la banque de conseiller le client au mieux de ses intérêts. "Ce devoir implicite et accessoire dans le contrat bancaire consiste pour le banquier à renseigner ses clients sur la réglementation applicable aux opérations envisagées, à

ses effets à la responsabilité pour des *dommages corporels* (P. TERCIER, *De la distinction entre dommage corporel, dommage matériel et autres dommages*, *Festschrift Assista*, Genève 1979, p. 265 ss; Th. LOERTSCHER, *Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht*, thèse Zurich 1977, p. 221 s.). Ces auteurs font valoir que la renonciation anticipée au droit de demander réparation d'un préjudice *corporel* est immorale, donc nulle, en vertu des articles 27, alinéa 2, CC, 19 et 20 CO.

La *doctrine minoritaire*, quant à elle, conteste que la convention excluant ou limitant la responsabilité s'applique à l'action délictuelle en dommages-intérêts. On invoque l'impossibilité de s'exonérer par avance d'un acte illicite, ainsi que l'indépendance des actions en cause (P. CAVIN, *Traité de droit privé suisse VII/1*, p. 111; KELLER, I, p. 314; J.F. PERRIN, *La limitation de la responsabilité civile en droit suisse*, SJ 1973, p. 211).

Il faut enfin signaler que le *Tribunal fédéral* a, pour sa part, adopté une *jurisprudence fluctuante*. Après avoir nié l'effet général de l'exclusion conventionnelle de la responsabilité (ATF in RSJ 1934/35, p. 187 et in SJ 1981, p. 433), il l'a admis dans un arrêt récent (ATF 107 II 161).

Au vu de la controverse actuelle, la Commission est d'avis qu'il faut apporter une réponse législative à toutes ces questions. Elle propose d'abord l'interdiction de toute clause contractuelle de limitation ou d'exclusion de responsabilité, en partant de l'idée que les règles sur l'obligation de réparer un dommage doivent en principe être considérées comme étant de nature impérative.

Mais pour prévenir les oppositions qu'une interdiction générale pourrait susciter dans les milieux politiques et économiques, la Commission propose des variantes, qui peuvent être combinées entre elles, en distinguant le dommage corporel et les autres dommages". A noter l'avis de KAISER, p. 138, pour qui une clause contractuelle d'exonération de responsabilité peut s'appliquer à la responsabilité délictuelle, en cas de concours d'actions, lorsque les deux moyens dérivent d'un même état de fait prévu contractuellement.

282 ATF 111 II 471 = JdT 1986 I 485.

les éclairer sur les précautions élémentaires qu’ils doivent prendre, à les mettre en garde contre les erreurs grossières qu’ils risquent de commettre”²⁸³. La banque assume de ce fait une responsabilité contractuelle soumise aux règles du mandat (art. 394 al. 2 CO), en vertu de laquelle elle répond des conséquences dommageables de tout conseil non conforme aux règles de l’art²⁸⁴.

203. Si le conseil est donné gratuitement, en dehors d’une affaire déterminée (“faut-il vendre le dollar?”) et sans être suivi d’une prestation de service donnant lieu à rémunération, il faut appliquer les règles découlant de l’existence d’un mandat gratuit.

204. L’existence d’un mandat de conseil paraît d’autant moins contestable que la banque qui répond à une demande le fait à la fois dans l’exercice de sa profession et dans une activité pour laquelle elle offre officiellement ses services au public (art. 395 CO). En définitive, la responsabilité du banquier pour mauvais conseils n’est pas différente de la responsabilité pour faux renseignements à la seule différence que le conseil, de façon reconnaissable pour la banque, suggère un acte ou une abstention à celui qui le reçoit. Paradoxalement, la première bénéficiera par rapport à la seconde du fait que le conseil comporte par définition une marge d’incertitude liée à tout ce qui touche de près ou de loin à la prévision économique, facteur aléatoire que le banquier peut invoquer en sa faveur²⁸⁵.

3.2.4. Un cas épineux: l’effet d’un renseignement ou d’un conseil bancaires dans une situation de concurrence

205. Hypothèse: la banque A entretient depuis longtemps des relations d’affaires substantielles (crédit notamment) avec ses clients X et Y, lesquels sont actifs dans le même domaine (travaux publics) et veulent tous deux acquérir la licence exclusive leur permettant d’exploiter un brevet ou un savoir-faire susceptible de diminuer de 30 % le prix de certains enrobés bitumineux. Le concours financier de la banque A est décisif et il est sollicité par X et Y, pratiquement dans les mêmes termes.

206. La banque est ici manifestement piégée par un conflit d’intérêts et par la collision d’au moins trois devoirs de diligence concrets et contradictoires:

²⁸³ VÉZIAN, p. 75, n. 107 et sources de droit français citées.

²⁸⁴ Dans le même sens, GUGGENHEIM, p. 95, n. 41 et sources citées; SCHÖNLE, *Responsabilité pour renseignements*, p. 398 s., qui parle aussi d’obligation accessoire.

²⁸⁵ GUGGENHEIM, p. 95 s.

- Vis-à-vis de ses créanciers et notamment de ses déposants²⁸⁶, le banquier doit s’assurer de l’utilité et du caractère économiquement sain du crédit sollicité. Il manque à son devoir de diligence s’il feint de ne pas voir le rapport de concurrence exclusive entre les deux projets. La “politique de l’autruche” consistant à cloisonner les deux dossiers n’est fondée ni juridiquement, ni du point de vue de l’éthique. A ce double niveau, la banque doit intégrer les deux demandes;
- A l’égard de chaque client pris individuellement, la banque est en situation délicate. Premièrement, elle dispose dans l’examen de sa demande d’éléments d’information et de comparaison qui leur font défaut et dont elle ne peut se prévaloir sans violer le secret bancaire. Deuxièmement, sachant qu’elle doit refuser l’un des deux crédits, elle choisira de soutenir celui des deux projets qui lui paraît le meilleur. Troisièmement, sa décision de refus sera d’autant plus difficile à prendre qu’elle agira comme un élément décisif dans le rapport de concurrence et que le vrai motif ne pourra en être révélé.

207. Par son refus, la banque ne viole cependant pas son obligation de diligence, même si elle précipite le client écarté dans une situation pénible. Celle-ci résulte en effet davantage de la compétition des clients sur un même projet que de l’influence, certes décisive mais incidente, du financement obtenu ou refusé.

De même qu’il n’y a pas un droit au crédit, il est impossible d’admettre en droit suisse une sorte de “clause de la nation la plus favorisée” permettant au client de revendiquer de son banquier une attitude active de soutien non seulement en matière de crédit mais aussi au niveau du renseignement et du conseil. Dans une telle situation, le secret bancaire ne souffre aucune brèche. Il reste cependant à voir si le banquier ne viole pas son obligation de diligence en s’abstenant consciemment de dissuader son client de poursuivre un projet pour lui dangereux.

3.2.5. Un autre cas encore plus épineux: le refus du banquier de communiquer un renseignement ou un conseil susceptibles d’écorner un danger

208. Partant de la règle selon laquelle nul n’est dans l’obligation d’agir pour préserver autrui d’un dommage²⁸⁷, et de son exception liée à la position de garant²⁸⁸, il faut se demander si la banque occupe une telle position lorsqu’elle détient des informations dont elle sait que la communication détournerait un client d’agir dans un sens préjudiciable à ses intérêts.

²⁸⁶ Cf. supra, n° 55 et n. 128-129.

²⁸⁷ ATF 63 II 111 (118 ss); ATF 80 II 26 (39) = JdT 1955 I 136 (143).

²⁸⁸ Cf. supra, 2.6.2.3.3., lit. E, notamment n° 54 et n. 121.

En principe, la position de garant résulte de la création du risque, à moins qu’il n’existe un devoir de veiller sur les intérêts d’autrui institué par une règle spéciale (droit de la famille par exemple). Dans l’affaire vaudoise, selon nous unique, où l’organe de révision a été rendu responsable de ne pas avoir déposé plainte pénale du fait de l’existence de faux bilans, le Tribunal a retenu à la charge dudit organe une fonction générale de protection des intérêts des tiers et de l’ordre public²⁸⁹. Un tel raisonnement nous paraît exclu pour les banques. On ne saurait en effet leur imputer une telle mission; si la diligence du banquier l’oblige à ne pas donner de fausses informations, elle est cependant compatible avec son droit de refuser de répondre, dès lors qu’il ne participe ni activement ni passivement à la création de l’état de fait dangereux.

209. Il en va en revanche différemment si un client se prévaut d’une relation bancaire à l’occasion de la commission d’un délit ou dans une opération trouble. Dans une telle hypothèse, non seulement la banque doit interdire toute référence à elle-même et, le cas échéant, exiger une rectification, mais elle peut être tenue d’en aviser les tiers, voire même de déposer une plainte pénale, notamment si elle constate l’usage de faux ou la création par tout autre moyen d’une apparence fictive de crédit.

3.3. *La participation de la banque à la gestion d’une entreprise*

3.3.1. La problématique

210. Au-delà de l’influence qu’il exerce sur son client du fait même du crédit²⁹⁰, le banquier peut chercher à contrôler une entreprise par l’information qu’il lui demande sur la marche des affaires, par son droit d’approuver certaines décisions ou encore par sa participation à la gestion en tant qu’organe de droit ou de fait. Le nouveau droit de la société anonyme codifie, à l’art. 754 CO, la règle introduite précédemment par la jurisprudence selon laquelle les personnes responsables ne sont pas seulement les organes expressément nommés en cette qualité (organes formels), mais aussi celles qui prennent en fait les décisions réservées aux organes ou s’occupent effectivement de la gestion et contribuent ainsi de manière déterminante à former la volonté de la société (organes matériels)²⁹¹. Le banquier actif dans la gestion d’une entreprise cliente risque objectivement d’être placé au centre d’un conflit d’intérêts. Sa diligence doit-elle s’étendre au point de subordonner son propre intérêt à celui de son client?

²⁸⁹ Cf. supra, n° 190.

²⁹⁰ Cette influence peut être considérable, notamment en cas de “leveraged buy-out” avec fort endettement; cf. à ce sujet TSCHÄNI, p. 85 ss; WATTER, p. 54 s.

²⁹¹ ATF 107 II 349 (353 s.) = JdT 1982 I 173 (177); ATF 102 II 353 (359) = JdT 1977 I 284 (rés.); ATF 65 II 2 (5 cons. 3) = JdT 1939 I 360 (362).

Ou est-il admis par chacun qu'en veillant à la sécurité de ses engagements, il agit de façon légitime?

211. A cela s'ajoute la difficile question du secret bancaire, particulièrement exposé lorsqu'une banque délègue l'un des siens dans le conseil d'administration d'une société tierce ou lorsqu'elle reçoit dans son propre conseil des administrateurs organes de sociétés tierces. A quoi sert-il en effet d'avoir des "administrateurs croisés" si ce n'est, en partie du moins, pour bénéficier de leurs connaissances des affaires et du marché? Cette question n'est pas spécifique aux banques, mais ces dernières nous paraissent plus vulnérables du fait des obligations légales auxquelles elles sont assujetties et, en particulier, du secret bancaire.

3.3.2. Le banquier, organe de fait

3.3.2.1. *Les états de fait*

212. De par l'existence du crédit, en particulier lorsque celui-ci est de longue durée et exclusif, il arrive fréquemment que la "Hausbank" acquière sur l'entreprise emprunteuse une influence liée à son rôle de bailleur de fonds monopolistique. La moindre de ses exigences sera d'être régulièrement informée sur la marche des affaires. Elle pourra recevoir les renseignements voulus soit par communication écrite, soit en participant à des séances de direction ou du conseil d'administration, en tout ou partie. La banque est fondée à rechercher cette information et elle ne fait qu'user légitimement de son droit lorsqu'elle exige, sans réserve, qu'on lui fournit tous les éléments qui lui permettent d'exercer sur l'emprunteur le contrôle et la surveillance dont elle fait dépendre le maintien du crédit²⁹².

213. La banque peut aller plus loin. Dans l'affaire Zumbrunn, le Tribunal fédéral a déclaré:

"Certes, il est concevable que des personnes étrangères à une société exercent sur la formation de sa volonté une influence décisive; des bailleurs de fonds, par exemple, subordonnent leurs crédits à l'observation d'une politique financière ou commerciale déterminée; de même, pour leurs prestations, des conseillers ou autres mandataires de la société. Ces procédés n'engagent pas la responsabilité de leurs auteurs selon l'art. 754 al. 1 CO; ils ne sont pas comparables à l'activité que déploient, au sein même de la société, les personnes qui revêtent, en droit ou en fait, la qualité d'organe"²⁹³.

²⁹² LÄNZLINGER, p. 167.

²⁹³ ATF 107 II 349 (355) = JdT 1982 I 173 (178).

214. La qualité d’organe de fait est certainement acquise lorsque le banquier remplit l’une ou l’autre des conditions suivantes, alternativement ou cumulativement:

- a) Le banquier dispose en fait d’un droit de veto (ou d’approbation), qui lui donne le rôle d’un préopinant dont on ne saurait diverger sans risquer de rompre la relation de crédit. Point n’est besoin pour cela qu’il participe physiquement aux séances du conseil d’administration, l’influence sur ce dernier pouvant s’exercer indirectement, de la même façon que la volonté des représentants d’un “noyau dur”, qui se réunissent habituellement avant et hors conseil.
- b) Le banquier assiste aux séances du conseil d’administration ou de direction et ne s’y limite pas à un rôle passif. Il prend part aux discussions et même s’il ne vote pas, il fait connaître son opinion. Dans l’affaire Zumbrunn²⁹⁴, ce dernier était le seul administrateur et “les séances n’avaient guère pour but que de renseigner les représentants de la Société de Banque Suisse sur les objets en délibération et de leur fournir l’occasion de se prononcer sur les décisions à prendre”. De ce fait, il a été retenu que ceux-ci “avaient une grande influence sur la société et contribuaient activement à la formation de la volonté sociale”. C’est en vain que les représentants de la banque plaidèrent qu’ils défendaient en premier lieu les intérêts de leur établissement. L’évidence de cette motivation n’a pas empêché de déduire de leur rôle objectif la qualité d’organes de fait.

215. L’influence du banquier doit-elle s’exercer de l’intérieur comme celle d’un organe ou peut-elle aussi agir de façon externe? FORSTMOSER est l’un des seuls en doctrine à opérer cette distinction pour dénier le rôle d’organe de fait à celui qui n’agit et n’influence les organes sociaux que pour sauvegarder ses intérêts légitimes liés à sa position normale de créancier²⁹⁵. LÄNZLINGER se rallie à cette façon de voir, bien qu’il la juge parfois trop restrictive²⁹⁶. Quant à la jurisprudence, elle n’a pas jusqu’ici clairement tranché ce débat, même si les décisions publiées semblent traduire a contrario un ralliement à cette thèse restrictive, dans le sens où aucun arrêt n’a à ce jour reconnu la qualité d’organe de fait à un créancier qui n’aurait agi que “de l’extérieur” pour sauvegarder ses intérêts. Le problème nous paraît mal posé. Le critère décisif ne doit être recherché ni dans la façon dont s’exerce l’influence, ni dans le mobile pour lequel elle s’exerce, tant il est vrai que le banquier peut toujours invoquer la sauvegarde de ses intérêts. Accorder de l’importance à l’instrument de la

²⁹⁴ ATF 107 II 349 = JdT 1982 I 173.

²⁹⁵ FORSTMOSER, *Organbegriff*, p. 140 ss, notamment 145. Au sujet de l’organe de fait dans la personne morale et de son lien avec le principe de l’apparence efficace, cf. ENGEL, p. 78-80.

²⁹⁶ LÄNZLINGER, p. 189.

domination revient à prétériter l'essentiel, à savoir la dépendance effective dans laquelle le bailleur de fonds peut placer son débiteur. C'est bien davantage l'exercice d'un pouvoir de fait et le lien de causalité entre sa manifestation et la formation de la volonté sociale qui doit faire admettre, le cas échéant, la qualité d'organe de fait²⁹⁷.

3.3.2.2. *Le fondement et la nature de la responsabilité de l'organe de fait*

216. Lorsque l'entreprise dépendante est une société anonyme ou une société à responsabilité limitée, l'art. 754 CO constitue le fondement nécessaire et suffisant d'une action en responsabilité dirigée contre l'organe de fait.

217. Mais qu'en est-il lorsque cette entreprise est un commerçant individuel ou une société en nom collectif? Nous voyons mal qu'on puisse construire en droit suisse une responsabilité contractuelle:

- a) On pourrait certes songer à un contrat de société de fait entre la banque et son débiteur dépendant. Nous l'excluons cependant en principe faute d'animus societatis: le but de la gestion du banquier vise dans la règle exclusivement la protection de ses propres intérêts, tandis que son débiteur cherche à assurer le succès de son entreprise. Ces deux intérêts coïncident certes dans une certaine mesure, mais dans une mesure limitée à garantir la couverture de la créance bancaire par la solvabilité de l'emprunteur. La question peut être plus délicate à trancher, lorsque le banquier joue un rôle si considérable dans le financement de l'entreprise qu'il en est revêtu de l'habit d'un commanditaire. Si l'engagement bancaire est à la fois lourd et durablement immobilisé et si le banquier se retrouve en situation de "collage", il n'est pas impossible d'imaginer qu'un tribunal lui oppose ses actes librement consentis au titre d'une prise de participation analogue à celle d'un actionnaire minoritaire.
- b) On doit certainement écarter l'existence d'un mandat: le banquier n'agit pas dans l'intérêt de son débiteur, mais dans le sien propre. Il donne et ne reçoit pas d'instructions. Il est plus maître que serviteur.
- c) Tout autre contrat innommé nous paraît également exclu, faute de rapport fonctionnel entre l'objet du contrat de crédit et le rôle de "copilote" du banquier²⁹⁸. Nous partageons l'avis de LÄNZLINGER que les contrats de crédit ne contiennent dans la règle aucune obligation de protection ou de garde ("Schutz- und Obhutspflicht") qui aille au-delà du principe général du "neminem laedere"²⁹⁹.

²⁹⁷ Dans le même sens, cf. ANDREAS VON PLANTA, Doppelorganschaft im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in Festschrift für Frank Vischer, Zurich 1983, p. 597 ss (605).

²⁹⁸ LÄNZLINGER, p. 168 s.

²⁹⁹ LÄNZLINGER, p. 159 et 169; contra: PATRY, p. 41 ss, qui veut voir, comme la doctrine

218. Sous réserve de cas exceptionnels qui peuvent découler d'accords exprès (plan d'assainissement), la participation de l'organe de fait à la gestion ne peut entraîner qu'une responsabilité fondée sur les art. 41 ss CO. L'illicéité de son comportement pourra résulter des causes suivantes:

- a) La tromperie, qui peut être constitutive d'une escroquerie (art. 148 CP); elle sera particulièrement difficile à juger si elle découle du silence du banquier, qui aurait pu détourner son client d'un acte préjudiciable en lui révélant des informations couvertes par le secret bancaire.
- b) La menace, qui peut être une contrainte (art. 181 CP), notamment si elle est dictée par le souci d'obtenir un avantage par rapport aux autres créanciers³⁰⁰.
- c) La responsabilité à raison du risque créé, liée à la position de garant de la banque³⁰¹.
- d) L'existence d'une responsabilité fondée sur la confiance (art. 2 CC)³⁰².

3.3.2.3. *Les personnes protégées et les personnes responsables*

3.3.2.3.1. Les personnes protégées

219. La gestion de fait du banquier peut causer un dommage non seulement à l'entreprise dépendante mais aussi à ses créanciers. Si la responsabilité est fondée sur l'art. 754 CO, elle profite aussi bien à la société dépendante qu'à ses créanciers. Lorsque l'entreprise dépendante n'est ni une société anonyme ni une société assimilée, le fondement délictuel de la responsabilité fait que celle-ci ne peut être invoquée que par les victimes qui remplissent toutes les conditions sur leur propre tête, à savoir acte illicite, dommage et lien de causalité. Selon le fondement concret de l'illicéité, notamment en cas de responsabilité à raison du risque créé, il n'y aura peut-être pas, dans l'état actuel du droit suisse, de protection pour le tiers qui subit un dommage purement patrimonial par ricochet³⁰³.

3.3.2.3.2. Les personnes responsables

220. La qualité pour défendre ne fait aucun doute pour les personnes physiques occupant une fonction d'administrateur de fait. Elle est en revanche très controversée pour la personne morale ("Hintermann") dont l'administrateur de fait n'est que le porte-parole.

française, une obligation de sécurité dans tout contrat, obligation fondée sur les notions d'équité et de justice.

³⁰⁰ Sur les limites de la menace licite de faire usage d'un droit vis-à-vis d'une personne en situation de nécessité (Notlage), cf. LÄNZLINGER, p. 176.

³⁰¹ Cf. supra, n° 53, 54 et 208.

³⁰² Cf. supra, n° 47-51.

³⁰³ Voir à ce sujet nos remarques critiques supra, n° 33-58.

221. Dans le cadre de l'art. 754 CO, si le délégué est une personne physique, il se verra appliquer personnellement le régime de l'administrateur de fait (organe matériel), pour autant qu'il en remplisse les conditions³⁰⁴.

222. En revanche, si c'est une personne morale, la doctrine est divisée³⁰⁵. Pour les uns, il ne peut y avoir responsabilité, parce que le droit de la société anonyme ne tolère pas d'administrateurs personnes morales (art. 707 al. 3 CO)³⁰⁶ et que le régime de l'art. 762 al. 4 CO est une exception limitative à la responsabilité personnelle de l'administrateur.

223. Selon LÄNZLINGER, la responsabilité de la personne morale exigerait soit qu'un *organe* de la banque ait agi simultanément comme organe de fait de la société dépendante (art. 55 al. 2 CC), soit qu'un *auxiliaire* subalterne de la banque ait agi dans le même sens (art. 55 CO). Dans les deux cas, cela restreint la responsabilité à l'acte illicite strict, à l'exclusion de la violation des devoirs de l'administrateur. Cette opinion résulte du refus conceptuel de la notion d'organe matériel à une personne morale³⁰⁷.

224. Selon TERCIER³⁰⁸ et FORSTMOSER³⁰⁹ notamment, à qui nous nous rallions, la qualité d'organe de fait et la responsabilité qui lui est liée par l'art. 754 CO doivent englober la personne, physique ou morale, qui non seulement délégue un représentant mais “influence de manière déterminante les décisions que celui-ci doit prendre”, à l'instar de la société-mère pour les dommages qu'elle cause dans la gestion d'une filiale³¹⁰.

225. Lorsque l'entreprise dépendante n'est pas une société anonyme ni une société à responsabilité limitée, on appliquera à la personne morale déléguant un “administrateur de fait” les règles découlant des art. 55 CC et 55 CO.

³⁰⁴ LÄNZLINGER, p. 197.

³⁰⁵ Voir l'aperçu de doctrine chez FORSTMOSER, *Verantwortlichkeit*, n. 717 ss; BÜRG, *Bd.V/b/2*, n. 33 ss ad art. 707 CO. Voir en particulier les articles publiés dans la *Festschrift für Frank Vischer*, Zurich 1983, par ANDREAS VON PLANTA (*op. cit.*) et par KARL SPIRO, *Zur Haftung für Doppelorgane*, p. 639 ss.

³⁰⁶ LÄNZLINGER, p. 198, n. 716-717 et sources citées.

³⁰⁷ LÄNZLINGER, p. 198-200.

³⁰⁸ TERCIER, *Responsabilité*, p. 12-13; l'auteur exclut quant à lui l'application cumulative de l'art. 754 CO et d'autres chefs de responsabilité en raison du principe de la spécialité; cf. à ce sujet DESCHENEAUX/TERCIER, § 32, n. 2-4; BÜRG, *Bd.V/b/3*, n. 32 ad art. 753 CO.

³⁰⁹ FORSTMOSER, *Verantwortlichkeit*, n. 716 ss et sources citées.

³¹⁰ TERCIER, *Responsabilité*, p. 12, n. 6 et sources citées.

3.3.3. Les administrateurs croisés

226. C'est un usage bien helvétique que de traduire la permanence et la stabilité d'une relation bancaire par un échange d'administrateurs. Le phénomène est souvent unilatéral et nombreuses sont les sociétés qui voient siéger dans leur conseil d'administration tel directeur ou administrateur d'une "banque amie". Cette institution peut viser différents buts:

- Représenter la société-mère dans une filiale;
- Représenter une participation minoritaire au capital-actions;
- Procurer un administrateur à une société de domicile.

Le poste d'administrateur formel peut être conféré non seulement à un organe de la banque, mais aussi à un collaborateur subalterne exécutant dans cette fonction une tâche de service découlant de son contrat de travail. Lorsqu'un tel administrateur siège à la demande de la société cliente, il faut considérer que cette relation a une base contractuelle et qu'elle peut entraîner l'application de l'art. 101 CO, à la différence de ce qui se produit avec l'organe de fait.

227. L'avantage de cette institution est qu'elle assure une publicité certaine au lien économique existant entre la banque et sa cliente. Le risque existe cependant que le représentant de la banque soit pris dans un conflit d'intérêts et soit exposé à violer les secrets d'affaires de la société ainsi que le secret bancaire. Fondamentalement, ces deux risques ne sont pas propres à l'organe formel, mais visent aussi l'organe matériel. C'est pourquoi ils font l'objet d'un examen d'ensemble ci-après.

3.3.4. La diligence écartelée

3.3.4.1. *En général*

228. Au sens propre, la diligence du banquier est menacée d'écartèlement, c'est-à-dire d'être sollicitée en des sens opposés. Qu'il soit organe ou auxiliaire de la banque, l'administrateur formel ou matériel envoyé en mission auprès d'une société cliente est objectivement exposé au supplice intellectuel, éthique et juridique de devoir servir deux maîtres. Le droit positif ne fournit aucune réponse directe à la question de la conciliation des intérêts en présence. Alors même que la doctrine et la jurisprudence traitent abondamment de cette matière, elles jouent les "Ponce Pilate" sur ce problème à la fois délicat et essentiel.

3.3.4.2. *L'obligation de fidélité*

229. L'art. 717 CO ancre dans le nouveau droit de la société anonyme le devoir de fidélité des administrateurs formels et matériels³¹¹. Sous l'empire de l'ancien droit, ce devoir dérivait déjà de l'ancien art. 722 al. 1 CO

³¹¹ Message du Conseil fédéral, FF 1983 II p. 952.

comme concrétisation particulière de l’obligation de diligence³¹², avec un contenu défini par référence analogique à celui du mandataire (art. 398 al. 2 CO)³¹³. Il comporte l’obligation d’agir en toutes circonstances dans l’intérêt présumé du mandant, à savoir l’obligation de faire tout ce que l’on peut raisonnablement exiger de lui pour favoriser le mandant et de s’abstenir de tout ce qui pourrait de quelque façon lui nuire. Ce devoir se traduit notamment par:

- L’obligation d’informer le mandant;
- L’obligation de conseiller le mandant.

230. A l’égard de la banque qui le délègue, l’administrateur formel ou matériel assume les mêmes obligations, que celles-ci dérivent de sa qualité d’organe ou d’employé (art. 321 a al. 1 CO).

231. En cas de conflit d’intérêts, le mandataire doit refuser le mandat s’il ne l’a pas encore accepté, et, ultérieurement, le signaler au mandant, voire résilier le contrat³¹⁴. Le conflit surgira le cas échéant entre les deux “mandants”, à savoir la banque et la société tierce, auquel cas il faudra recourir, pour la solution du conflit, aux règles sur la double représentation: le “double mandataire” ne pourra agir que s’il n’existe aucun risque de préjudice pour aucune des sociétés ou s’il y a été autorisé par chacune, expressément ou tacitement³¹⁵.

3.3.4.3. *L’obligation de secret*

232. Il n’existe aucune restriction à l’obligation de secret de l’organe ou de l’employé de la banque vis-à-vis de quelque entreprise que ce soit dans laquelle il agit comme organe formel ou matériel. Si le principe paraît inattaquable, il se heurte cependant à l’obligation pour le banquier placé dans une relation particulière de confiance avec son client de tout entreprendre pour lui éviter un préjudice dont il connaît ou perçoit l’imminence. Un tel rapport de confiance est indissolublement lié à la qualité d’organe de droit ou de fait et le banquier occupe de ce fait une position de garant. Il peut surgir ici un conflit d’intérêts pratiquement insoluble, le banquier ne pouvant s’en sortir que par une contorsion intellectuelle consistant à “parler sans parler”, c’est-à-dire à opiner dans un sens avec autorité sans révéler ses motifs. Lorsqu’il y a menace de dommage pour la société gérée, il paraît en tout cas déconseillé de choisir l’abstention, contraire au devoir de fidélité. On peut admettre qu’en faisant appel au représentant d’une banque, une société manifeste tacitement ou par actes concluants son accord à ce que ce dernier se contente, le cas échéant, de recommandations

³¹² WENNINGER, p. 97.

³¹³ WENNINGER, p. 90, n. 2 et sources citées.

³¹⁴ TERCIER, *Partie spéciale*, n. 2987-2994.

³¹⁵ Voir l’étude de PAUL LEMP, *Vertragsabschluss durch Organe in Doppelstellung*, in *Festgabe für Wilhelm Schönenberger*, Fribourg 1968, p. 309 ss.

générales non motivées, sans violer par là son devoir de fidélité. Il reste néanmoins que si ce représentant recommande de ne pas commerçer avec un tiers pour des raisons d’insolvabilité ou analogues qu’il ne révèle pas, on doit admettre que le secret bancaire est violé. La seule issue nous paraît donnée par un accord préexistant selon lequel le représentant bancaire ne participera par principe à aucune discussion ni décision pouvant porter sur des entreprises ou personnes tierces, clients de la banque. Pourtant, l’exercice même de ce droit et devoir d’abstention impliquera-t-il révélation tacite d’une information couverte par le secret bancaire, à savoir la qualité de client d’un tiers.

233. L’obligation de secret protège aussi la société gérée. Premièrement, celle-ci a droit à la protection de sa sphère privée³¹⁶. Deuxièmement, ses organes matériels ou formels sont tenus au secret comme à une obligation consubstantielle du devoir de fidélité³¹⁷. A la différence de la banque à l’égard du secret bancaire toutefois, la société gérée est parfaitement fondée à aliéner tout ou partie de ses droits en autorisant tel de ses administrateurs à renseigner la banque qu’il représente sur les éléments portés à sa connaissance. Dans la mesure où l’envoi d’un tel représentant obéit à un besoin de surveillance et de contrôle, on pourra admettre un accord tacite présumé dans ce sens. En revanche, lorsque la société tierce n’est pas mise de facto dans un rapport de dépendance, seul un accord exprès de sa part peut autoriser son administrateur bancaire à révéler à son établissement les informations qu’il recueille dans l’accomplissement de son mandat.

3.3.4.4. *La pratique bancaire*

234. Le moins que l’on puisse dire est que ce domaine ne brille pas par sa transparence dans le discours et l’activité des banques suisses. Consultées par écrit, un certain nombre d’entre elles ont livré des témoignages qui se reflètent bien dans le passage suivant:

“Les personnes qui font partie de l’administration d’une personne morale sont tenues au secret des affaires sur la base notamment de l’article 717 al. 1 CO.

Cette obligation implique, en cas de conflit d’intérêts, entre l’intérêt privé d’un administrateur, respectivement de son employeur, et l’intérêt de la société à laquelle il siège au conseil d’administration, que l’administrateur sauvegarde ceux de la société avant les siens ou ceux de son employeur – lequel l’a expressément autorisé à exercer un mandat d’administrateur dont il connaissait les obligations – et qu’il respecte son secret de fonction.

³¹⁶ ATF 95 II 481 = JdT 1971 I 226; ATF 97 II 97 = JdT 1972 I 242.

³¹⁷ WENNINGER, p. 90-92. Sur le devoir de secret qualifié lié aux opérations d’initiés (art. 161 CP), cf. BÖCKLI, n. 1631-1632; WENNINGER, p. 271 ss.

Toutefois, cette règle ne nous paraît pas absolue. Si la société s'est adressée directement à la banque pour que celle-ci désigne un de ses collaborateurs pour fonctionner comme administrateur, la société n'attend probablement pas de ce dernier qu'il garde le secret vis-à-vis de la banque sur ce qu'il apprend dans le cadre de son mandat d'administrateur.

De plus, même lorsque la société s'est adressée directement au collaborateur de la banque, il est possible que la divulgation de l'information confidentielle n'entraîne pas de conséquences sur le plan pratique, si les mesures prises suite à cette divulgation favorisent la société (par exemple: mesures d'assainissement) et que personne ne subit de dommage".

235. D'une manière générale, les réponses reçues soulignent qu'à l'intérieur de la banque, les membres des différents organes doivent se récuser dans tous les cas où sont traitées des affaires qui touchent leurs propres intérêts ou ceux d'une personne ou d'une entreprise qui leur est proche.

236. Il y a dans ce domaine, comme dans celui du renseignement économique, un écart manifeste entre la réalité de tous les jours, qui sacrifie beaucoup à l'art de la confidence ou au mythe du secret partagé, et l'application cohérente des diverses règles en présence. Un bon moyen de ne pas "noyer le poisson" serait d'édicter de nouvelles directives bancaires sur le régime applicable à ce type de conflits d'intérêts. Celles-ci ne sauraient transiger avec le respect du secret bancaire, mais permettraient d'obtenir des sociétés tierces un consentement éclairé quant au principe et à l'étendue du droit de l'administrateur représentant d'informer sa banque.

4. Conclusion

Examinée sous l'angle de son obligation de diligence en droit privé, la banque exprime la diversité de ses services et de ses fonctions. Si la référence au mandat est utile lorsque la banque fournit des renseignements économiques ou donne des conseils, elle est inadéquate en matière de *crédit*. Dans ce domaine, en raison du conflit essentiel d'intérêts pouvant opposer la banque à son client, le défi lancé au juriste est de déterminer les limitations à l'autonomie de la volonté et leur fondement juridique. En raison de l'intérêt général et public du crédit pour la société, le banquier ne jouit pas en la matière d'une liberté illimitée. Sa liberté l'oblige dans une mesure proportionnelle à l'importance économique du crédit et au rapport de dépendance qui lui est lié. Par le devoir de fidélité et le principe de la proportionnalité, on définit deux règles dont la mise en œuvre dépend du type de crédit et des circonstances. Leur concrétisation principale modalise ou peut limiter le droit de la banque de rompre une relation de crédit. Corrélativement, ces règles induisent des devoirs substantiels lors de l'octroi et de la surveillance du crédit, tandis qu'elles n'affectent

en principe pas du tout le droit de la banque de refuser un crédit. Parce que l'octroi de facilités financières n'est ni un acte abstrait ni un acte aveugle, il impose au banquier des devoirs particuliers constituant dans leur ensemble une obligation de diligence fondée notamment sur les art. 2 CC, 20 et 21 CO.

Au niveau de l'octroi du crédit, la responsabilité est faible sur le plan contractuel; elle ne vise que les cas où la banque doit conseiller son client parce que celui-ci est dans une relation de dépendance de fait. Elle s'exprime en revanche avec beaucoup plus de force sur le plan délictuel, aussi bien à l'égard du client que des tiers, et elle permet la réparation du dommage purement patrimonial causé par l'octroi fautif d'un crédit nuisible. Cette responsabilité découle soit d'une norme protectrice particulière, soit de l'art. 3 LB, soit encore de l'obligation de ne pas créer un état de fait dangereux. Il en résulte que le banquier n'est pas un commerçant ordinaire, un simple marchand d'argent. Le crédit qu'il fournit le rapproche du pharmacien dont la prestation caractéristique n'est pas la simple vente de médicaments. Comme ce dernier, il est exposé à la cruelle alternative de satisfaire une demande ou de la refuser dans l'intérêt même de son client. Face à un emprunteur en situation de crise, cette alternative devient dilemme, le crédit pouvant parfois guérir mais aussi aggraver la situation du patient. C'est pourquoi, reprenant les termes de M. STOUFFLET³¹⁸, "il n'est ni possible, ni souhaitable, d'enserrer le banquier dans un réseau de normes rigides et contraignantes. Les banques ne doivent pas être téméraires. Il ne serait pas moins catastrophique qu'elles fussent timorées. Le risque est la matière dont est faite l'activité bancaire". Pour gérer ce risque, il faut du discernement plus que des schémas et des automatismes. C'est dans ce sens que s'affirme, avec un contenu variable mais sous des traits communs, l'obligation de diligence du banquier dans l'octroi du crédit.

Dans l'exécution et la révocation du crédit, le banquier est soumis à une obligation de diligence qui se réduit essentiellement, respectivement, au devoir de ne pas laisser le client abuser du crédit ainsi qu'à la limitation du droit contractuel de rompre la relation de crédit lorsque l'exercice de ce droit serait abusif.

Lorsqu'elle donne des *renseignements* ou des *conseils*, notions très proches l'une de l'autre, la banque répond contractuellement de ce service, même s'il est gratuit. Contrairement à l'état actuel de la jurisprudence du Tribunal fédéral, nous considérons que le banquier agit dans ces domaines à titre éminemment professionnel. C'est parce qu'il est un technicien de la finance et un bon connaisseur de l'économie qu'on lui demande conseils et renseignements. S'il estime impossible de répondre, notamment en raison du secret bancaire, il lui incombe de refuser son concours. Cette

³¹⁸ STOUFFLET, p. 22.

responsabilité contractuelle se double, elle aussi, d'une responsabilité délictuelle.

Enfin, le banquier *participant à la gestion d'une entreprise* se doit avant tout de ne pas confondre les rôles différents qu'il assume. Il doit à sa banque et à l'entreprise tierce de les éclairer complètement sur le sens et les limites de sa mission; il doit leur faire approuver par avance et en toute transparence les exceptions éventuelles que sa double fonction peut impliquer par rapport à son devoir de diligence général, notamment sous l'angle du secret bancaire. *Tanta ministeria quantae diligentiae!*

Bibliographie

- AUBERT, MAURICE: Le secret bancaire: la Suisse et les autres Etats, Genève 1975. Cité: AUBERT, *Secret bancaire*.
- Secret professionnel du banquier, FJS 69. Cité: AUBERT, *FJS 69*.
 - Secret professionnel du banquier (modification), FJS 69a. Cité: AUBERT, *FJS 69a*.
 - Portée du secret des banques envers le pouvoir judiciaire, SJ 89 (1967), p. 609 ss. Cité: AUBERT, *Portée du secret*.
- BÉNÉDICT, MARTINE: Le contrat de concession de vente exclusive, Lausanne 1975.
- BÖCKLI, PETER: Das neue Aktienrecht, Zurich 1992.
- BREHM, ROLAND: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar VI/1, Berne 1990.
- BÜRGI, FRIEDRICH W.: Art. 698-738 OR, Zürcher Kommentar V/b/2, Zurich 1969. Cité: BÜRGI, *Bd. V/b/2*.
- Art. 739-771 OR, Zürcher Kommentar V/b/3, Zurich 1979. Cité: BÜRGI, *Bd. V/b/3*.
- CANARIS, CLAUS-WILHELM: Kreditkündigung und Kreditverweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden, ZHR 143 (1979), p. 113 ss.
- CHERPILLOD, IVAN: La fin des contrats de durée, Lausanne 1988.
- DERRIDA, FERNAND: Le crédit et le droit des procédures collectives, in: Etudes offertes à René Rodière, Paris 1981, p. 67 ss.
- DESCHEAUX, HENRI: Norme et causalité en responsabilité civile, in: Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, Bâle 1975, p. 399 ss. Cité: DESCHEAUX, *Norme et causalité*.
- Le titre préliminaire du Code civil, Traité de droit privé suisse II/1, Fribourg 1969. Cité: DESCHEAUX, *Titre préliminaire*.
- DESCHEAUX, HENRI/TERCIER PIERRE: La responsabilité civile, 2^e éd., Berne 1982.
- DUPERREX, EMILE: Loi sur les banques XI: fonds propres – liquidités – répartition des risques – réduction de capital, FJS 1343.
- ENGEL, PIERRE: L'apparence efficace en droit privé, SJ 111 (1989), p. 73 ss.
- FORSTMOSER, PETER (Hrsg.): Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Bedeutung im Bankverkehr, in Rechtsprobleme der Bankpraxis, Bankwirtschaftliche Forschungen, Bd. 36, Berne/Stuttgart 1976, p. 11 ss. Cité: FORSTMOSER, *Geschäftsbedingungen*.
- Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Berne 1982, p. 125 ss. Cité: FORSTMOSER, *Organbegriff*.
 - Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2^e éd., Zurich 1987. Cité: FORSTMOSER, *Verantwortlichkeit*.
- FRICK, THOMAS A.: Kreditwürdigkeit und Kreditschädigung im schweizerischen Recht, thèse Zurich 1993.
- GABRIEL, BRUNO: Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR unter Berücksichtigung des Ersatzes reiner Vermögensschäden, thèse Fribourg 1987.
- GAUCH, PETER: Haftpflichtrecht, note sur l'ATF 117 II 259, Droit de la construction, n° 4, 1992, p. 99 s.
- GAUCH, PETER/SWEET, JUSTIN: Deliktshaftung für reinen Vermögensschäden, in: Festschrift für Max Keller, Zurich 1989, p. 117 ss.
- GAUTSCHI, GEORG: Der einfache Auftrag, Berner Kommentar VI/2, Berne 1971.
- GAVALDA, CHRISTIAN/STOUFFLET, JEAN: Droit de la banque, Paris 1974. Cité: GAVALDA/STOUFFLET, *Banque*.
- GIOVANNONI, PIERRE: Le dommage indirect en droit suisse de la responsabilité civile, comparé aux droits allemand et français, RDS 96 (1977) I, p. 31 ss. Cité: GIOVANNONI, *Dommage indirect*.
- Le dommage par ricochet en droit suisse, in: Guillod Olivier (éd.), Développements

- récents du droit de la responsabilité civile, Zurich 1991, p. 239 ss. Cité: GIOVANNI, *Dommage par ricochet*.
- GUGGENHEIM, DANIEL: Les contrats de la pratique bancaire suisse, 2^e éd., Genève 1989.
- GUINAND, JEAN/KNOEPFLER, FRANÇOIS: Mandat II, Le mandat proprement dit, FJS 327. Cité: GUINAND/KNOEPFLER, *FJS* 327.
- Mandat IV, La responsabilité du mandataire, FJS 328a. Cité: GUINAND/KNOEPFLER, *FJS* 328a.
- HARDEGGER, IDA: Über die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und deren rechtliche Behandlung, unter besonderer Berücksichtigung ausgewählter Klauseln, thèse St-Gall 1991.
- HIRSCH, ALAIN: Les objectifs de la loi sur les banques, in 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht, Zurich 1985, p. 269 ss.
- HOFSTETTER, JOSEF: Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, SPR VII/2, Bâle/Stuttgart 1979.
- HOUIN, ROGER: Rapport de synthèse, in Travaux de l'Association Henri Capitant, La responsabilité du banquier: aspects nouveaux (Journées brésiliennes), T.XXXV 1984, Paris 1986, p. 9 ss. Cité: HOUIN: *Rapport*.
- Faillites et liquidations judiciaires, Revue trimestrielle de droit commercial, Paris 1955, p. 137 ss. Cité: HOUIN, *Revue*.
- JÄGGI, PETER: Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, RDS 79 (1960) II, p. 133 ss.
- JÖHR, WALTER: Schweizerische Kreditanstalt, 1856-1956, Hundert Jahre im Dienste der schweizerischen Volkswirtschaft, Zurich 1956. Cité: *Schweizerische Kreditanstalt*.
- JUNOD, CHARLES-ANDRÉ: La garantie d'une activité irréprochable: de la surveillance à la tutelle des banques? in Graffenried Rudolf v. (Hrsg.), Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Berne 1987, p. 91 ss. Cité: JUNOD, *Garantie*.
- Rapport, in L'avant-projet de loi fédérale sur les banques, Genève 1983, p. 43 ss. Cité: JUNOD, *Rapport*.
- KAISER, URS: Die zivilrechtliche Haftung für Rat, Auskunft, Empfehlung und Gutachten, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, thèse Berne 1987.
- KELLER, MAX/GABI, SONJA: Das schweizerische Schuldrecht, Haftpflichtrecht, Bd. II, 2^e éd., Bâle/Francfort 1988.
- KELLER, MAX/SYZ, CAROLE: Haftpflichtrecht, Zurich 1990.
- KLEINER, BEAT: Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken-, Giro- und Kontokorrentvertrag, 2^e éd., Zurich 1964. Cité: KLEINER, *Geschäftsbedingungen*.
- Banking Law, in Dessemontet François/Ansay Tügrul (éd.), Introduction to Swiss Law, Deventer 1981, p. 173 ss. Cité: KLEINER, *Banking Law*.
- KNAPP, BLAISE: Aspects du droit des banques cantonales, in Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, p. 459 ss.
- KOLLER, ALFRED: Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach art. 101 OR, Zurich 1980. Cité: KOLLER, *Haftung*.
- KOLLER, THOMAS: Steuerrechtsbezogene Nebenpflichten im Privatrecht, RDS 112 (1993) I, p. 157 ss. Cité: KOLLER, *Nebenpflichten*.
- KRAMER, ERNST A.: "Reine Vermögensschäden" als Folge von Stromkabelbeschädigungen, Recht (Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis) 1984, p. 128 ss. Cité: KRAMER, *Reine Vermögensschäden*.
- LÉVY, ALAIN B.: L'image du banquier dans la législation bancaire, in L'image de l'homme en droit, Fribourg 1990, p. 297 ss. Cité: LÉVY, *Image*.
- Note sur un arrêt de la première Cour civile du Tribunal fédéral du 1er décembre 1987, SAS 1989, p. 27 ss. Cité, LÉVY: *SAS*.
- LÄNZLINGER, ANDREAS: Die Haftung des Kreditgebers. Beurteilung möglicher Haftungstatbestände nach schweizerischem und nach amerikanischem Recht, thèse Zurich 1992.

- LORANDI, FRANCO: Haftung für reinen Vermögensschaden, Recht 1990, p. 19 ss.
- MERZ, HANS: Einleitung, Berner Kommentar I/1, Berne 1966.
- MÜLLER, BERNHARD: La pratique de la Commission fédérale des banques, Zurich 1987.
- NICOD, JACQUES-ANDRÉ: Le concept d’illicéité civile à la lumière des doctrines françaises et suisses, thèse Lausanne 1988.
- NOBEL, PETER: Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, Berne 1979. Cité: NOBEL, *Praxis*.
– Die Sorgfaltspflicht des Bankiers, in 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht, Zurich 1985, p. 205 ss. Cité: NOBEL, *Sorgfaltspflicht*.
- OFTINGER, KARL: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Zurich 1975.
- OSEN, HUGO/SCHÖNENBERGER, WILHELM: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Zürcher Kommentar V/1, Zurich 1929.
- PATRY, ROBERT: L’obligation de sécurité en droits français et suisse, RJB 93 (1957), p. 41 ss.
- PRAT, GEORGES: La responsabilité du banquier et la “faillite” de son client, 2^e éd., Paris 1983. Rapport de la commission d’étude pour la révision totale du droit de la responsabilité civile, Berne 1991. Cité: *Rapport de la commission*.
- SAXER, LYDIA: Das Schweizerische Konsumkreditgeschäft, Berne 1978.
- SCHAER, WILLY: La pratique du crédit bancaire en Suisse, Muri près Berne 1983.
- SCHINNERER, ERICH: Bankverträge, I. Teil, 2^e éd., Vienne 1961.
- SCHNYDER, ANTON K.: Kommentar ad art. 41 OR, in Honsell Heinrich/Vogt Peter Nedim/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Bâle 1992.
- SCHÖNLE, HERBERT: La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit envers les tiers en droit suisse, SAS 1977, p. 149 ss. Cité: SCHÖNLE, *Responsabilité extra-contractuelle*.
– La responsabilité des banques pour renseignements financiers inexacts, in Mélanges Henri Deschenaux, Fribourg 1977, p. 387 ss. Cité: SCHÖNLE, *Responsabilité pour renseignements*.
– Le secret bancaire en Suisse, in Le Secret Bancaire dans la CEE et en Suisse, rapport national du Colloque organisé par le Centre d’Économie Bancaire internationale et le Centre Universitaire d’Études des Communautés européennes, Paris 1973, p. 177 ss. Cité: SCHÖNLE, *Secret bancaire*.
- STARK, EMIL W.: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2^e éd., Zurich 1988.
- STOCKAR, CONRAD H.: Zur Frage der richterlichen Korrektur von Standardverträgen nach schweizerischem Recht, Bâle/Stuttgart 1971.
- STOUFFLET, JEAN: Devoirs et responsabilités du banquier à l’occasion de la distribution du crédit, in Gavalda Christian (dir.), Responsabilité professionnelle du banquier: contribution à la protection des clients de banque, Paris 1978, p. 21 ss.
- TERCIER, PIERRE: L’indemnisation des préjudices causés par des catastrophes en droit suisse, RDS 109 (1990) II, pp. 73 ss. Cité: TERCIER, *Indemnisation*.
– Quelques considérations sur les fondements de la responsabilité civile, RDS 95 (1976) I, pp. 1 ss. Cité: TERCIER, *Considérations*.
– La partie spéciale du Code des obligations, Zurich 1988. Cité: TERCIER, *Partie spéciale*.
– La responsabilité des administrateurs: introduction générale, in La responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes, collection Cedidac n° 8, Lausanne 1987, p. 9 ss. Cité: TERCIER, *Responsabilité*.
- THALMANN, CHRISTIAN: Die Bedeutung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im schweizerischen Bankverkehr, in Giger Hans/Schluep Walter R., Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zurich 1982, p. 125 ss.
- THÉVENOZ, LUC: Le banquier, son client et l’ordinateur. Réflexions sur la prestation de services en masse, SJ 115 (1993), n° 2, p. 17 ss.
- TSCHÄNI, RUDOLF: Unternehmensübernahmen nach Schweizer Recht, 2^e éd., Bâle/Francfort 1991.

- TUHR, ANDREAS VON/PETER, HANS: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3^e éd., Zurich 1979.
- VÉZIAN, JACK: La responsabilité du banquier en droit privé français, Paris 1983.
- WATTER, ROLF: Unternehmensübernahmen, Zurich 1990.
- WENNINGER, SCHMID/RENATE, MÉLANIE: Die aktienrechtliche Schweigepflicht, Zurich 1983.
- WERRO, FRANZ: La distinction entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens, une nouvelle approche de la répartition du fardeau de la preuve de la faute dans la responsabilité contractuelle, RDS 108 (1989) I, p. 253 ss. Cité: WERRO, *Distinction*.
- WIDMER, PETER: Fonction et évolution de la responsabilité pour risque, RDS 95 (1976) I, p. 417 ss. Cité: WIDMER, *Evolution*.
- Le visage actuel de la responsabilité civile en droit suisse, in Guilloz Olivier, Développements récents du droit de la responsabilité civile, Zurich 1991, p. 7 ss. Cité: WIDMER, *Visage actuel*.
 - La réforme du droit de la responsabilité civile et son impact sur les règles régissant la circulation routière, AJP 9/1992, p. 1086 ss. Cité: WIDMER, *Réforme*.
- WIEGAND, WOLFGANG: Kommentar ad art. 100-101 OR, in Honsell Heinrich/Vogt Peter Nedim/ Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Bâle 1992.
- ZELLWEGER, BRUNO: Überwachung kommerzieller Bankkredite, thèse St-Gall 1982. Cité: ZELLWEGER, *Bankkredite*.
- Kreditwürdigkeitsprüfung in Theorie und Praxis, Bankwirtschaftliche Forschungen, Berne/Stuttgart 1987. Cité: ZELLWEGER, *Kreditwürdigkeitsprüfung*.