

7 juillet 1948

A

Théo GUHL
Professeur
à l'Université de Berne

Paul CARRY
Professeur
à l'Université de Genève

AVIS de DROIT

=====

La Commission de Surveillance pour l'exécution de l'accord de Washington nous a chargés, par lettre W.101 du 29 décembre 1947, de lui donner un avis de droit sur une série de questions formulées par l'Office Suisse de Compensation dans sa lettre du 23 décembre 1947 à M. le Ministre Dr. h.c. W. Stucki, Président de la dite Commission de Surveillance. Ces questions sont groupées en deux parties: la première comprend toutes les questions juridiques soulevées par la règlementation légale du droit de compensation; la seconde, toutes les questions juridiques posées par les accords contractuels liant les parties intéressées - créanciers et débiteurs - et qui dérogent à cette règlementation légale. Ces deux parties principales se subdivisent elles-mêmes en deux groupes de questions: d'une part, celles qui se rapportent aux conditions de la compensation (réciprocité, exigibilité, identité de nature); d'autre part, celles qui se rapportent aux causes d'exclusion de la compensation. Nous nous conformerons à ce schéma et, en conséquence, nous diviserons notre avis de droit en deux parties principales.

Toutefois, avant d'aborder ces questions particulières, il convient de traiter dans une introduction la question fondamentale suivante: Si l'on considère le sens et le but des deux arrêtés du Conseil Fédéral, l'un instituant des mesures provisoires pour le règlement des paiements entre la Suisse et l'Allemagne, du 16 février 1945 (désigné ci-après "arrêté de blocage"), l'autre instituant l'obligation de déclarer les avoirs allemands en Suisse, du 29 mai 1945 (dénommé ci-après "arrêté de déclaration obligatoire"), doit-on admettre que l'on ait voulu par là exclure en principe, en Suisse, la compensation entre des créances appartenant à des Suisses contre des débiteurs allemands en Allemagne et des créances appartenant à des Allemands ayant leur domicile ou leur siège en Allemagne.

Cette question fondamentale ne peut être examinée que sur la base de ces deux arrêtés du Conseil Fédéral, puisque l'accord de Washington ne fait aucune mention des questions relatives à la compensation, et les laisse par conséquent complètement ouvertes. Cette question doit être résolue de façon préjudicielle, car, s'il fallait y répondre par la négative, il serait alors complètement superflu d'examiner les questions particulières contenues dans le schéma du 23 décembre 1947. De plus, cet examen



- 2 -

préalable peut fournir des éléments utiles pour résoudre les questions particulières.

L'arrêté de blocage et l'arrêté de déclaration obligatoire ne concernent naturellement que les avoirs allemands qui se trouvent en Suisse et en particulier les créances que possèdent des Allemands, ayant leur domicile ou leur siège en Allemagne, contre des débiteurs suisses. En revanche, il n'y avait aucune raison pour que ces arrêtés du Conseil Fédéral s'occupassent d'avoirs appartenant à des Suisses et en particulier de créances appartenant à des créanciers suisses contre des débiteurs allemands. C'est ce qui explique que ces deux arrêtés ne contiennent aucune disposition expresse sur l'admissibilité de la compensation. On trouve en revanche, dans les arrêtés précités, trois prescriptions diverses dont on pourrait songer à tirer des conclusions pour résoudre la question de la compensation:

a) Aux termes de l'art. 3 al. 2 de l'arrêté sur la déclaration obligatoire, sont astreints à la déclaration "les débiteurs de créances dues à l'une des personnes physiques ou morales, des sociétés commerciales ou communautés de personnes, visées à l'article premier, pour ces créances". Il saute, sans autre, aux yeux que cette obligation de déclaration, qui incombe également aux débiteurs suisses, n'est point de nature à fournir le moindre argument concernant l'admissibilité de la compensation.

b) L'art. 1er de l'arrêté de blocage est en revanche infiniment plus important. Il interdit à tous les débiteurs domiciliés en Suisse, dont les créanciers sont des Allemands en Allemagne d'exécuter leurs obligations au moyen de paiements directs aux dits créanciers. Il est au contraire prescrit à ces débiteurs d'effectuer leurs paiements exclusivement "auprès de la Banque Nationale Suisse". Cette prescription rappelle beaucoup les dispositions correspondantes des accords de clearing. On pourrait donc être tenté de tirer de cet art. 1er de l'arrêté de blocage la conséquence bien connue du droit de clearing, selon laquelle, si l'obligation de s'acquitter en mains de l'Office de clearing, laisse, il est vrai, subsister théoriquement la faculté pour le débiteur suisse d'opposer à ses créanciers étrangers la compensation avec ses propres créances contre eux, elle la rend toutefois pratiquement impossible ou du moins en subordonne la possibilité à l'assentiment de l'Office de clearing (cf. Verh. des schw. J.V. 1936 Hug 555/a et Rosset 261 a/). On aboutirait ainsi à la conclusion suivante: en rendant obligatoire le paiement en mains de la Banque Nationale Suisse, l'art. 1er de l'arrêté de blocage aurait voulu exclure non seulement le paiement direct au créancier allemand, mais aussi la faculté pour le débiteur suisse de désintéresser ce créancier en exerçant son droit légal de compensation.

La fausseté d'un tel raisonnement par analogie se manifeste d'emblée lorsqu'on considère la différence des buts poursuivis et que l'on compare les conséquences qu'entraîne une telle exclusion du droit de compensation, d'une part en matière de clearing et,

d'autre part, dans la situation envisagée ici: lorsque, sous l'empire des accords de clearing, un débiteur suisse, qui est en même temps créancier d'un étranger, est contraint de payer la somme due par lui à cet étranger en mains de l'Office de clearing et de renoncer ainsi à l'exercice de son droit légal de compensation, cela ne constitue pour lui, en règle générale, qu'un préjudice très minime. Ce préjudice consiste en ce qu'il ne sera désintéressé de sa propre créance qu'après l'expiration d'un certain temps, à savoir au moment où son débiteur étranger aura également exécuté son obligation envers lui en s'acquittant en mains de l'Office de clearing étranger et où l'Office de clearing indigène disposera des moyens de paiement nécessaires (cf. ATF 73 II 171). C'est pourquoi, en matière de clearing, il est parfaitement admissible de faire découler pratiquement de l'obligation de s'acquitter en mains de l'Office de clearing l'exclusion pratique du droit de compensation, comme s'accordent à le faire la doctrine suisse et la doctrine étrangère en la matière.

Si l'on tirait la même conclusion de l'art. 1er de l'arrêté de blocage et si l'on excluait ainsi la compensation, les conséquences qui en résulteraient pour les débiteurs suisses qui sont en même temps créanciers d'Allemands seraient toutautres, voire même catastrophiques: en effet, le Suisse devrait éteindre intégralement sa dette en s'acquittant auprès de la Banque Nationale Suisse et voir ainsi son créancier allemand dédommagé, tandis que, pratiquement, il devrait renoncer complètement à se voir désintéresser de sa propre créance contre cet Allemand. Ainsi donc, les prémisses et le but des accords de clearing d'une part et de l'accord de Washington d'autre part sont tellement différents qu'à notre avis une interdiction de l'exercice du droit légal de compensation ne saurait en aucun cas découler de l'art. 1er de l'arrêté de blocage. Il n'a jamais pu être dans l'intention du Conseil Fédéral de causer aux débiteurs et créanciers suisses un préjudice aussi choquant, pour ne pas parler d'un dépouillement pur et simple de leurs droits.

c) Pour élucider la question de savoir si un débiteur domicilié en Suisse, qui est en même temps créancier d'un Allemand en Allemagne, dispose encore de la faculté de compenser malgré l'arrêté de blocage, on peut aussi recourir à l'art. 5 al. 2 du dit arrêté. Il résulte de cette disposition qu'un créancier domicilié en Suisse, qui possède un droit de gage ou de rétention sur des avoirs allemands, peut en principe se faire intégralement désintéresser au moyen de ces garanties, alors même que ces avoirs tombent sous le coup du blocage et de la déclaration obligatoire. L'Office Suisse de Compensation peut en effet donner des instructions obligatoires aux Offices des Poursuites et des Faillites auxquels incombe la réalisation du gage et l'exécution forcée du droit de rétention mais uniquement en ce qui concerne l'emploi de l'excédent éventuel. On reconnaît ainsi clairement le droit du créancier suisse à se faire intégralement désintéresser au moyen de son droit de gage ou de rétention sur des avoirs allemands. C'est, à notre avis, la seule interprétation raisonnable

que l'on puisse donner de l'art.5 de l'arrêté de blocage dans sa dernière rédaction.

Comme on le relèvera plus loin encore, les buts que poursuit le législateur par le droit de rétention d'une part et par le droit de compensation d'autre part concordent dans une large mesure: tous deux constituent pour le créancier des moyens de garantie et sont notamment destinés à le désintéresser intégralement alors même que d'autres créanciers du même débiteur doivent se contenter d'un modeste dividende en cas de faillite ou du maigre résultat d'une saisie. Si dès lors, comme on l'a exposé plus haut, malgré le blocage et la déclaration obligatoire, le créancier suisse d'un débiteur allemand peut se faire intégralement payer au moyen de biens grevés d'un droit de rétention, on doit, en bonne logique, lui accorder aussi la faculté d'éteindre sa dette envers un Allemand par compensation avec la créance qu'il possédait déjà avant la promulgation de l'arrêté de blocage contre ce même Allemand et d'obtenir par ce moyen, le cas échéant, le paiement intégral de sa propre créance. Il ne serait pas seulement illogique de traiter différemment ces deux situations: cela manquerait encore de toute justification juridique.

A l'appui de l'admissibilité de principe de la compensation, on peut enfin invoquer le chapitre introductif du Message du Conseil Fédéral relatif à l'accord de Washington, qui, au sujet de la double portée de l'arrêté de blocage et notamment de la nécessité de protéger les créanciers suisses, déclare ce qui suit:

"Cette mesure ne fut pas prise seulement en raison des négociations commencées peu avant à Berne avec une délégation des Etats-Unis, de la Grande-Bretagne et de la France. Elle a aussi pour origine le fait que tous les avoirs suisses en Allemagne étaient, comme on sait, soumis depuis des années à une interdiction de transfert et que nous désirions, pour cette raison, nous créer par notre arrêté de blocage un certain droit de gage sur les avoirs allemands en Suisse."

I. Règlements légaux

Ch. Ier : Réciprocité des deux créances.

Questions posées :

Identité du débiteur et du créancier.

Cette identité est-elle également réalisée lorsque le créancier suisse est une société anonyme dont le débiteur suisse a la maîtrise intégrale (identité économique).

Peut-on admettre, sous l'empire de l'accord de Washington, le droit élargi de compensation que proposent les sociétés d'assurances, alors que le débiteur allemand et le créancier allemand ne sont d'aucune façon identique ? Eventuellement à quelles conditions ?

Aux termes de l'art. 120 al. 1er CO, comme d'ailleurs selon les législations étrangères, la première condition de la compensation est que les mêmes personnes se trouvent en présence à la fois comme créancier et comme débiteur ; le débiteur ne peut opposer la compensation qu'avec ses propres créances, c'est-à-dire avec des créances qu'il possède contre son créancier. Il existe, il est vrai, quelques rares exceptions où la loi favorise le débiteur, en ce sens qu'il peut faire valoir également contre le cessionnaire, par le moyen de la compensation, une créance qu'il possède contre le cédant (art. 169 CO), ou qu'il peut, en qualité de caution, opposer aux fins de compensation à la créance résultant du cautionnement une créance du débiteur principal contre leur créancier commun (art. 1294 al. 1 CCF) ou du moins refuser au créancier le paiement qui lui est réclamé en raison du cautionnement (art. 121 CO).

En ce qui concerne les personnes juridiques, le maintien du principe de la réciprocité peut conduire toutefois à des solutions inévitables lorsque plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers constituent juridiquement une pluralité de personnes, bien qu'ils doivent être considérés comme une unité économique.

a/ Une banque suisse avait sous l'empire de l'"accord de moratoire", entre les banques allemandes et suisses (Stillhalteabkommen)¹⁾ transféré ses crédits (Stillhaltecredite) à une filiale en Suisse, qui était sa propriété exclusive, tandis que le débiteur allemand (Stillhalteschuldner) conservait sa créance en francs suisses contre la société mère. Celle-ci voudrait aujourd'hui opposer à la créance du débiteur allemand la créance de sa filiale contre le même débiteur et éteindre sa propre dette par voie de compensation. La solution de ce problème dépend exclusivement de la question de savoir si l'on doit se fonder sur l'unité économique existant entre la société mère et la filiale ou au contraire sur la pluralité juridique et par

1) Nous désignerons ci-après sous le nom d'"accord de moratoire" la convention du 17 mai 1944 relative aux crédits allemands.

conséquent sur la dualité des personnes morales. Dans le premier cas, la compensation est admissible, dans le second elle ne l'est pas.

La jurisprudence suisse sur la société à membre unique - situation qui doit être considérée comme réalisée en l'espèce par la filiale - se fonde tantôt sur l'unité économique, tantôt sur la distinction juridique entre la société mère et la filiale. Le choix entre ces deux solutions dépend essentiellement de la question de savoir si, en invoquant l'unité économique ou la pluralité des personnes juridiques, la société mère ou la filiale cherchent à porter atteinte à des intérêts légitimes de tiers, si, en d'autres termes, leur attitude doit être considérée comme constituant un abus de droit. Lorsque, par exemple, une personne juridique crée une société anonyme, plus particulièrement une société à actionnaire unique, dans le but de tourner ou du moins de ne pas observer une interdiction de concurrence à laquelle elle est astreinte, les tribunaux se fondent alors sur l'identité économique entre la personne juridique et la société à actionnaire unique (ATF 53 II 31, 58 II 164, 71 II 272). En revanche, dans un autre cas, lorsque la femme de l'actionnaire unique ou du moins de l'actionnaire qui a la maîtrise de la société poursuit cette dernière ou la fait poursuivre par un tiers pour une créance qu'elle possède, la société anonyme ne peut pas alors invoquer l'identité économique entre elle et l'actionnaire et prétendre qu'une poursuite entre époux étant en principe exclue par l'art. 173 CCS, l'exécution forcée ne serait pas davantage admissible contre la société à actionnaire unique. Cette jurisprudence est motivée comme suit :

"Lorsqu'un actionnaire a choisi pour son entreprise la forme de la société anonyme, c'est évidemment dans son intérêt. Il ne peut s'en prendre qu'à lui-même si, à côté d'avantages, cette forme a pour lui certains inconvénients, fût-ce dans les rapports d'affaires qu'il a avec sa femme. Müller ou la S.A. Cira ne sauraient, selon qu'ils y ont ou non intérêt, invoquer le dualisme résultant de la double personnalité, ou au contraire le nier. La jurisprudence veut précisément éviter des abus de ce genre. Par ailleurs, les circonstances de la présente affaire ne permettent pas de voir un acte contraire à la bonne foi dans le fait que dame Müller aurait tablé sur l'existence formelle de la société Cira et aurait exercé contre elle des poursuites." (ATF 72 II 67).

Ainsi donc, d'après la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral, les instances appelées à se prononcer sur de tels conflits sont libres, suivant les espèces, de se fonder soit sur l'unité économique existant entre la société mère et la filiale, soit sur la pluralité des personnes. Si l'on applique ces principes au problème de la compensation, on admettra celle-ci dans le premier cas, on la rejettera dans le second.

- 7 -

La solution à adopter dans la question posée ci-dessus en tête de la lettre a/ sera déterminée par des considérations d'équité : si la décision était du ressort du juge, celui-ci se rallierait vraisemblablement aux considérants précités du Tribunal fédéral et il déclarerait que la société mère, qui a fondé une filiale dont elle a la maîtrise exclusive et à laquelle elle a cédé des créances, doit supporter les conséquences de cette situation, qu'elles lui soient favorables ou non. Ainsi, la question de l'admissibilité de la compensation devrait être résolue par la négative.

L'Office suisse de compensation et la Commission mixte sont naturellement libres d'en décider autrement et de tenir un plus large compte des considérations d'équité. C'est ainsi qu'elles pourraient, par exemple, attribuer quelque importance au fait qu'avant la cession de la créance à la filiale l'exigence de la réciprocité était satisfaite et que le transfert de la créance à la filiale constituait économiquement moins une cession qu'une pure opération comptable. La compensation devrait alors être admise pour des motifs d'équité.

b/ Il résulte de renseignements communiqués par le Bureau fédéral des assurances qu'il est d'usage dans l'assurance-transport, contrairement aux autres branches d'assurance, de doter les agences particulières d'une personnalité juridique propre et de leur accorder ainsi une plus grande indépendance dans les affaires. Ici également se pose donc la question de savoir si, par exemple, la compensation doit être admise entre une société suisse d'assurances et une société allemande pour des créances et des dettes résultant d'opérations de réassurance alors même que, juridiquement, ce ne sont pas ces sociétés elles-mêmes qui se trouvent en présence, mais bien du côté allemand une agence de la société d'assurances allemande, dotée de la personnalité juridique. Si l'on met au premier plan l'indépendance juridique de l'agence, on restreint les possibilités de compensation ; si l'on part au contraire de l'unité économique de la société d'assurances, malgré l'indépendance juridique de ses agences, la compensation est alors admissible dans une mesure plus étendue.

A notre avis, et conformément à l'opinion du Bureau fédéral des assurances, il faut ici - eu égard aux besoins particuliers de cette branche d'assurance et à la possibilité d'un contrôle étendu de la part de l'autorité de surveillance en matière d'assurance - se fonder plutôt sur l'unité économique que sur la pluralité juridique des agences d'assurance-transport. Il paraît particulièrement indiqué ici d'interpréter extensivement la notion de réciprocité et de favoriser la possibilité de la compensation.

c/ En matière de réassurance, il est conforme aux usages que le premier assureur et le réassureur se trouvent l'un vis-à-vis de l'autre dans un rapport de compte-courant. Le premier assureur crédite le réassureur de la fraction de prime

- 8 -

qu'il lui doit et il le débite d'autre part de la commission qui est à la charge de ce réassureur, ainsi que de la fraction du dommage que ce dernier doit supporter en cas de sinistre. De temps en temps, le solde est arrêté, et il en résulte des créances en compte-courant en faveur de l'un ou de l'autre des contractants.

En outre, dans l'assurance contre les dommages comme, de façon plus particulière, dans l'assurance des personnes (assurance-vie), tout assureur est tenu de par la loi de constituer des réserves. En matière de réassurance, les réassureurs ne gèrent néanmoins pas eux-mêmes ces réserves, mais ils laissent le soin de les gérer au premier assureur (cédant), en mains duquel ils laissent, à cet effet, un montant important des primes qui leur sont dues (dépôts contractuels). Ces fonds de garantie sont particulièrement importants dans l'assurance-vie, parce qu'ils comprennent la réserve mathématique. Fréquemment, le premier assureur (cédant) remet à son tour ces dépôts à une banque - ce qui est même prescrit parfois par la loi ou par les autorités de surveillance en matière d'assurance - et il y fait ouvrir un compte en faveur du réassureur. C'est ainsi que les sociétés suisses de réassurance possèdent d'importantes créances contre des banques allemandes et que les sociétés allemandes de réassurance en possèdent contre des banques suisses. L'origine des fonds placés auprès des banques est, aujourd'hui encore, facile à déterminer et à contrôler, ainsi qu'il résulte d'un renseignement fourni par le directeur du Bureau fédéral des assurances.

A notre avis, on pourrait admettre ici - en renonçant, à dire vrai, à une stricte application des conditions légales - une large possibilité de compensation en attribuant ces dépôts bancaires à l'assureur grâce aux deniers duquel ils ont été constitués. Bien entendu, l'assureur désirant faire usage de cette faculté devrait rapporter la preuve que les dépôts bancaires proviennent exclusivement de ses opérations de réassurance et représentent des "réserves techniques". Selon les indications du Bureau fédéral des assurances, il est fort possible d'exercer un contrôle de ce genre.

d/ En revanche, à notre avis, une renonciation totale au principe de la réciprocité, en ce sens que les créances et obligations d'une société suisse d'assurances seraient opposables aux créances et obligations de l'ensemble des sociétés allemandes d'assurances, qui sont en rapports avec elle, ne se justifie pas juridiquement, quelles que soient les particularités des opérations de réassurance et de rétrocessions.

Ch. 2 : Exigibilité.Questions posées :

Faut-il que les créances à compenser aient été déjà exigibles le 16 février 1945 ?

Ou bien est-ce le jour de la liquidation qui est déterminant ? Sinon, quel jour ?

La compensation ne s'opère, en droit français, ou ne peut être opérée par le débiteur, d'après le système suisse et allemand, que lorsque les deux créances qui s'opposent sont exigibles. Il en est en tous cas ainsi de ce que l'on appelle la créance compensante (Verrechnungsforderung), soit celle que le débiteur oppose en compensation lorsqu'il est l'objet d'une réclamation de la part de son créancier. En ce qui concerne la créance à éteindre par compensation, il suffit qu'elle soit exécutable. Chaque partie peut compenser dès qu'elle est en droit d'exiger la prestation qui lui est due et d'exécuter la prestation qui lui incombe (B.G.B. § 387).

Ni l'arrêté de blocage du 16 février 1945 ni les arrêtés instituant l'obligation de déclarer les avoirs allemands en Suisse, des 29 mai, 3 juillet et 30 novembre 1945, n'ont exercé une influence quelconque sur l'exigibilité des créances allemandes en Suisse. L'arrêté de blocage a imposé aux débiteurs suisses l'obligation d'opérer le paiement des sommes dues à des créanciers allemands en Allemagne auprès de la Banque nationale suisse, en lieu et place de ces créanciers, et il a interdit de recevoir, sans l'autorisation de l'Office suisse de compensation, des paiements de personnes en Suisse qui administrent des biens auxquels sont intéressés de façon prépondérante, directement ou indirectement, des Allemands domiciliés en Allemagne. De même, l'arrêté de blocage a en principe subordonné la validité d'actes de disposition sur les avoirs allemands précités à l'autorisation de l'Office suisse de compensation et, en particulier, il a soumis la réalisation de droits de gage et de rétention sur les dits avoirs à l'autorisation de l'Office suisse de compensation, en ce sens -comme il a été exposé dans l'introduction qui précède- que ce dernier peut donner des instructions obligatoires aux Offices de poursuites et de faillites quant à l'affectation de la somme excédant, le cas échéant, le montant des créances garanties par gage (A.C.F. du 16 février 1945, art. 5 al. 2).

En revanche, les deux ACF s'abstiennent complètement d'empiéter, dans une mesure plus étendue, sur les rapports de droit privé entre créanciers et débiteurs. C'est pourquoi la question de savoir si une créance est ou non exigible ou exécutable doit s'élucider d'après les accords contractuels qui ont été conclus par les parties et, subsidiairement, d'après les dispositions légales de droit privé applicables.

Il se peut que les lois étrangères sur les devises aient apporté des restrictions quant à l'époque de l'exigibilité d'une créance ; toutefois, selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral -comme de celle d'ailleurs des tribunaux étrangers, notamment anglais et américains-, ces dispositions légales étrangères sur les devises sont contraires à l'ordre public suisse. De telles mesures en matière de devises ne sauraient dès lors être appliquées au préjudice de débiteurs et de créanciers suisses (cf. A.T.F. 63 II 383 ss).

Les accords de crédit germano-suisses, en particulier l'accord de moratoire du 16 mai 1944, rentrent dans la catégorie des accords contractuels entre créanciers et débiteurs. Aux termes de ces accords, les créanciers suisses qui y ont adhéré se sont engagés envers leurs débiteurs allemands à maintenir les crédits qui y sont mentionnés (lignes de crédit à court terme) jusqu'à l'expiration de l'accord, à la date du 31 mai 1945, ou jusqu'à une date antérieure, en cas de dénonciation de l'accord. Juridiquement, on se trouve en présence d'un sursis au paiement, qui a pour effet de différer le moment de l'exigibilité jusqu'à l'expiration de l'accord et par conséquent jusqu'à celle du délai de sursis. Il résulte de ce qui précède que l'arrêté de blocage du 16 février 1945 et l'arrêté sur la déclaration obligatoire du 29 mai 1945 n'ont rien modifié, ni rien entendu modifier à cette situation. Ainsi, la réponse à la question de l'exigibilité est la suivante : Les crédits soumis à l'accord de moratoire ne sont pas devenus exigibles du fait de l'entrée en vigueur de l'arrêté de blocage.

Ainsi se trouve également résolue cette autre question de savoir si, lorsqu'est survenue plus tard l'époque de l'exigibilité, la compensation devenait possible : le débiteur suisse, qui est en même temps créancier en raison d'un crédit soumis à l'accord de prorogation, peut exercer son droit légal de compensation au moment de l'exigibilité de ce crédit.

Si l'on se fondait sur des considérations purement formelles, on pourrait peut-être objecter à ces deux conclusions que la compensation n'est possible que lorsque les conditions en étaient réalisées avant le 17 février 1945. On pourrait en effet argumenter somme suit : l'exigibilité appartient aux "conditions de la compensation" et si l'exigibilité n'est pas intervenue avant le 17 février 1945, toute possibilité de compensation est ainsi exclue. Il n'est toutefois pas douteux que tel n'est pas le véritable sens de l'arrêté de blocage, comme nous avons cherché à le démontrer dans notre introduction. Il ne faut entendre par "condition de la compensation" que le fait

que les deux créances opposées se trouvaient en présence déjà avant l'arrêté de blocage; il ne faut donc pas que cette situation ne se soit réalisée qu'ultérieurement seulement, en vertu d'une cession, d'une reprise de dette, d'une fusion de banques, etc. Mais il n'existe aucun motif raisonnable d'exiger que ces créances fussent exigibles déjà à cette époque.

La portée de l'art. 5 de l'arrêté de blocage, en ce qui concerne l'exercice du droit de compensation, sera examinée ailleurs. Il suffit pour l'instant de relever qu'en fait rien ne s'oppose à ce que le droit de compensation soit traité de la même façon que les droits de gage et de rétention, car en fait la fonction économique de ces institutions est, dans une large mesure, la même : le droit légal de compensation, comme le droit de rétention et le droit de gage, joue un rôle de garantie. La créance que possède le débiteur contre son créancier doit lui permettre d'obtenir le paiement de sa propre créance, au même titre que des valeurs appartenant à ce dernier et sur lesquelles il possède un droit de gage ou de rétention. Il en est ainsi non seulement en droit suisse et en droit allemand, mais encore en droit français. Planiol et Ripert, dans leur "Traité pratique de droit civil français", t. VII, No 1280 et 1281, s'expriment à cet égard comme suit :

"Cependant la différence s'atténue entre la compensation et le droit de rétention, si l'on songe que le créancier rétenteur, qui ne peut se payer sur la valeur qu'il a entre les mains, y trouve du moins le moyen d'obtenir son paiement intégral. Aussi peut-on fonder l'analyse de la compensation soit sur l'idée de paiement abrégé, comme en droit français, soit sur le rapprochement avec le droit de rétention, comme en droit allemand. Et même dans certains cas les tribunaux français ont été conduits à admettre, dans le fonctionnement de la compensation, des conséquences qui ne peuvent se rattacher qu'à une idée de rétention...."

"2. Par ailleurs la compensation constitue une garantie de paiement et confère à chacun des créanciers l'équivalent d'un privilège à l'égard des autres créanciers de son débiteur : Il échappe à leur concours dans la mesure où s'opère la compensation, puisqu'il se paie sur ce qu'il doit lui-même et que toute sa dette est spécialement affectée à ce paiement. Il est ainsi protégé contre le risque d'avoir à payer ce qu'il doit sans être sûr de recevoir tout ce qui lui est dû. C'est un des cas dans lesquels un simple créancier chirographaire se trouve en fait bénéficiaire d'une cause de préférence, en dehors des cas formellement prévus par la loi."

L'art. 5 al. 2 de l'arrêté de blocage se contente d'exiger que les droits de gage et de rétention sur des avoirs allemands aient déjà été constitués lors de l'entrée en vigueur de l'arrêté (17 février 1945). Peu importe qu'ils ne puissent être réalisés qu'ultérieurement. Il doit en être de même, à notre avis, de la compensation, en ce sens que l'existence virtuelle à cette époque de la possibilité de compenser suffit entièrement; l'exigibilité peut parfaitement

- 12 -

ne se produire qu'ultérieurement.

Il faut ainsi s'en tenir aux conclusions suivantes : D'une part, le blocage et l'obligation de déclaration n'ont exercé aucune influence sur l'avènement de l'exigibilité; d'autre part, un débiteur suisse peut utiliser les créances qu'il possède contre un créancier allemand - en particulier du fait de crédits soumis à l'accord de moratoire - à éteindre sa propre dette envers ce créancier par l'exercice de la compensation, alors même que l'exigibilité en est postérieure au 16 février 1945, la seule condition à cet égard est qu'au moment de l'entrée en vigueur de l'arrêté de blocage les deux créances aient déjà co-existé entre les mêmes personnes.

Ch. 3 : Identité de nature des deux créances.

Questions posées :

L'identité de nature des créances exige-t-elle que celles-ci soient libellées dans la même monnaie ou est-elle aussi réalisée lorsque les monnaies sont différentes ?

La compensation de créances libellées dans des monnaies différentes n'est-elle possible que si les systèmes monétaires sont les mêmes (monnaie or et libre trafic de l'or) ?

La libre convertibilité des monnaies des deux créances à compenser est-elle une condition de l'identité de nature de ces créances ?

Peut-on compenser des créances libres avec des créances bloquées ? Si oui, à quels cours ?

Le lieu de l'exécution joue-t-il un rôle dans la question de l'identité de nature - autrement dit, et en admettant que cette identité soit admise pour des créances de monnaie différente, peut-on compenser une créance payable à Berlin en marks avec une créance payable à Zurich en francs ?

a/ Il convient ici d'élucider préalablement la question de savoir si la compensation est en principe possible lorsque les deux créances en présence sont libellées en des monnaies différentes. Dans les milieux du commerce, de la banque et des assurances, on a, de tout temps, pratiqué de semblables compensations, et leur admissibilité n'a jamais été mise en doute. Car, de même qu'en vertu d'une disposition légale (art. 84 CO, § 244 BGB), le créancier peut se voir imposer par le débiteur un paiement en monnaie du pays même pour des créances libellées en monnaie étrangère, de même on peut sans hésiter exiger d'un créancier qu'il se laisse opposer la compensation par son débiteur alors même qu'à l'origine leurs créances respectives n'étaient pas exprimées en la même monnaie. Si, en effet, avant que la compensation soit opérée, la créance est convertie au cours en vigueur au lieu

d'exécution et à l'époque où la compensation déploie ses effets, le créancier reçoit la valeur qui lui est due même si les créances sont libellées en monnaies différentes.

Alors que les circonstances étaient normales, la science juridique n'a jamais étudié de façon sérieuse et approfondie cette question, qui ne prêtait que très rarement à controverse et n'avait dès lors qu'une importance pratique très minime. En général, les juristes se basaient simplement sur le texte des dispositions légales sur la compensation :

En France, l'art. 1291 CC est conçu de façon très favorable, en ce qui concerne la compensation des dettes d'argent libellées en monnaies différentes, puisqu'il n'exige pas à cet égard "l'identité de nature". L'exigence de l'identité de nature n'est formulée que pour les prestations autres que celles en numéraire :

"La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles."

"Les prestations en grains ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles."

En Allemagne, la théorie s'est développée en sens inverse, parce que le BGB ne contient aucune norme particulière sur la compensation de dettes d'argent, mais se borne à disposer de façon toute générale au § 387, et en ce qui concerne toutes les choses fongibles, que :

"Lorsque deux personnes se doivent réciproquement des prestations qui, d'après leur objet, sont de même espèce, chacune d'elles peut compenser sa créance avec celle de l'autre aussitôt qu'elle peut exiger la prestation qui lui est due et exécuter celle qu'elle doit."

La rédaction du Code Fédéral des Obligations est conçue il est vrai selon le modèle français, mais sans en égaler la clarté. Dans sa nouvelle version de 1911 - qui n'est guère heureuse -, l'art. 120 al. 1er CO dispose ce qui suit :

"Lorsque deux personnes sont débitrices l'une envers l'autre de sommes d'argent ou d'autres prestations de même espèce, chacune des parties peut compenser sa dette avec sa créance, si les deux dettes sont exigibles."

Cette rédaction prête à équivoque. On pourrait en effet se demander si l'expression "de même espèce" se rapporte seulement aux "autres prestations" ou également aux "sommes d'argent". Bien que le texte de la loi parle plutôt en faveur de la seconde solution, quelques rares juristes suisses ont soutenu l'opinion selon laquelle la compensation serait exclue

pour des créances libellées en monnaies différentes parce que les sommes d'argent ne seraient alors pas de même espèce (dans ce sens, Zimmermann, dans la Revue Suisse de jurisprudence, t.17 p.150, mais très incidemment seulement et sans motifs à l'appui).

Von Tuhr (CO. p.638) et, à sa suite, un arrêt du Tribunal de Commerce de Saint-Gall de 1922 (cf. la critique de cet arrêt par A. Böckli dans Revue Suisse de Jurisprudence T. 23 p. 225 ss), émettent le point de vue, absolument insoutenable en pratique, selon lequel un débiteur qui doit des francs suisses et qui possède contre son créancier une créance en monnaie étrangère ne peut pas compenser, tandis qu'un autre débiteur, qui peut faire valoir contre son créancier une créance en francs suisses et dont la propre dette est libellée en monnaie étrangère, est en droit de compenser !

Sur cette question, la doctrine suisse - se fondant essentiellement sur l'arrêt du Tribunal Fédéral du 28 octobre 1937 - est à peu près unanime à considérer que des créances en numéraire peuvent se compenser alors même qu'elles sont libellées en monnaies différentes (ATF 63 II 383 ss; Janggen, "Die Kompensation" p. 55; Truttmann, "Die Kompensation", p.20; Becker, Commentaire, 2e éd, 1945, note marginale 16 ad.art. 120; Guhl, CO. p.201). La seule condition posée est qu'il s'agisse de dettes d'une somme d'argent, pour lesquelles les monnaies servent de moyen d'échange et de mesure de valeur, et non pas de dettes d'une sorte d'argent, ces dernières constituant, grâce à la clause "valeur effective", des dettes "de genre" (Genus- ou Gattungsschuld) permettant au créancier d'exiger la prestation dans la monnaie stipulée et de s'opposer à la compensation. Il convient de reproduire textuellement les remarques, les plus récentes dans ce sens, de Becker dans son commentaire de 1945 :

"Des créances exprimées en monnaies différentes sont compensables si elles ne doivent pas être payées effectivement dans la monnaie stipulée, si donc cette monnaie n'est qu'une mesure de valeur, un critère de détermination du montant de la dette et non pas de la nature de la prestation (dans ce sens, surtout ATF 63 II 391 ss. cons.5). On verra un indice que la monnaie stipulée ne doit être qu'une mesure de valeur par ex. dans le fait que des opérations financières ne doivent pas dépasser le cadre d'un crédit déterminé, ou dans le fait que les parties ont convenu que différents comptes-courants devaient être considérés comme constituant un compte-courant unique, ou encore dans le fait que l'on s'en remet à la banque du soin de liquider à son gré des valeurs étrangères."

b/ On pourrait peut-être objecter à cette opinion dominante qu'elle pouvait être exacte lors de l'entrée en vigueur du CO mais qu'elle ne pourrait plus l'être lorsque l'un des Etats intéressés a renoncé à la monnaie-or et au libre trafic de l'or, ou lorsqu'en matière de devises, il a pris des

mesures supprimant ou restreignant la libre convertibilité.

Le droit d'opérer la compensation a été conféré au citoyen par le droit privé. Les prescriptions d'un Etat en matière de monnaies ou de devises ne peuvent pas retirer ce droit au ressortissant d'un autre Etat. Le débiteur suisse n'a en conséquence pas à se préoccuper de ces mesures, ainsi qu'on l'a déjà exposé ailleurs en ce qui concerne la législation étrangère sur les devises. Ainsi se trouve également résolue par l'affirmative la question de savoir si des créances libres et des créances bloquées peuvent se compenser. En tant qu'il s'agit d'un blocage résultant de mesures unilatérales d'un Etat étranger, il n'affecte point le droit de compensation accordé par des dispositions de droit privé.

c/ Sans doute, la compensation de créances libellées en monnaies différentes peut-elle donner lieu à des difficultés pratiques résultant du fait que, préalablement à la compensation, une conversion en une monnaie unique est nécessaire, pour autant du moins que les monnaies étrangères aient un cours. Tel est le cas aussi longtemps que la monnaie de l'Etat envisagé ne s'est pas complètement dépréciée. La question ne se pose pas en l'espèce, si l'on se reporte à l'époque où les débiteurs suisses pouvaient exercer leur droit de compensation et où les deux créances en présence étaient compensables. Un effondrement ultérieur de système monétaire ne pourrait en revanche jouer aucun rôle; car, en droit suisse, français et allemand, les effets de la compensation rétroagissent au moment où elle pouvait s'opérer (CO 124 al.2; CCF 1289 à 1291; BGB 389).

Comme le Tribunal Fédéral l'a relevé à juste titre dans l'arrêt précité, le fait que les parties ne sont pas d'accord sur le cours de conversion ne fait pas davantage obstacle à la compensation. On s'accorde à admettre, en droit suisse et allemand, que la liquidité d'une créance n'est pas une condition de l'exercice du droit de compensation. Si le cours du change est litigieux, c'est normalement au juge qu'il appartient de fixer le cours applicable. Dans le cas présent, le débiteur suisse et l'Office Suisse de Compensation, agissant en lieu et place du créancier, débattront entre eux la question du cours et chercheront à se mettre d'accord à cet égard. Pour les cas principaux relevant du domaine de l'assurance, le Bureau Fédéral des Assurances pourra indiquer sans grandes difficultés le cours de conversion approprié, car un cours déterminé a été, soit convenu dans les contrats passés entre les sociétés d'assurance intéressées, soit proposé, ou autorisé ultérieurement par le Bureau Fédéral des Assurances en vue de l'établissement des bilans.

Pour les cas de compensation résultant d'opérations bancaires, il y a lieu de relever que des cours n'ont été cotés, pour les diverses espèces de Reichsmarks

- 16 -

(marks bloqués, etc..) que jusqu'à la première moitié de mai 1945, probablement parce que ces devises n'ont plus donné lieu à des transactions à la suite des événements politiques en Allemagne. Il peut en résulter des difficultés pratiques pour déterminer le cours de conversion applicable le 1er juin 1945.

Le cours officiel du clearing soit le taux de F. 173.01 pour 100 Reichsmarks ne saurait naturellement entrer en considération pour déterminer le taux de conversion des diverses espèces de marks, en vue de la compensation. Faute d'autres bases, il faudra s'en tenir aux dernières cotations du mois de mai et, au surplus, en ce qui concerne les banques, aux principes d'une prudente estimation bilanciaire de leurs créances sur l'étranger. A défaut de ce moyen, on adoptera un cours à fixer par l'Office Suisse de Compensation selon les circonstances de chaque cas particulier.

d/ Le lieu où une dette d'argent aurait dû être payée en cas de paiement effectif (lieu d'exécution), ne joue aucun rôle pour la question de l'identité de nature : il n'en joue un qu'en ce qui concerne la détermination du cours de conversion ou les éventuelles prétentions du créancier à se faire indemniser du dommage (frais de la remise) dû au fait qu'en raison de la compensation il ne reçoit pas la prestation au lieu fixé (art. 1296 CCF et § 391 BGB).

Ch. 4 : Exclusion de la faculté de compenser.

Questions posées :

Peut-on compenser des créances qui n'ont été opposables qu'après le 16 février 1945 - autrement dit l'arrêté de blocage a-t-il rendu impossible la création de nouvelles possibilités de compensations ?

Faut-il, cas échéant, que toutes les conditions de la compensation aient été réalisées le 16 février 1945 ou suffit-il que les créances aient été opposables à cette date ?

L'exclusion de la compensation est-elle cas échéant totale ou ne s'applique-t-elle qu'aux créances nouvelles issues de créances existant antérieurement - autrement dit peut-on, cas échéant, compenser les créances primaires, mais non les fruits de celles-ci (intérêts, commissions, etc...) ?

Quelle influence faut-il attribuer aux dispositions allemandes sur les devises, selon lesquelles l'ouverture de comptes bloqués n'était autorisée que si la compensation était exclue ?

Il sera examiné dans ce chapitre quelle influence ont exercée l'arrêté de blocage du 16 février 1945 ainsi que les dispositions allemandes en matière de devises sur la faculté d'opérer une compensation.

a/ La question de savoir si un débiteur en Suisse peut éteindre une créance allemande bloquée en opposant la compensation avec une propre créance a déjà été élucidée en ce sens que tel est toujours le cas lorsque les deux créances étaient déjà en présence avant l'entrée en vigueur de l'arrêté de blocage. Point n'est besoin que toutes les conditions de l'exercice de la compensation et notamment l'exigibilité aient déjà été réalisées avant cette époque (cf. les développements de cette question ad I ch.2). Comme on l'a déjà démontré dans le passage précité, l'arrêté de blocage n'a ni pu ni voulu faire perdre au débiteur suisse prévoyant, qui s'était constitué ou avait acquis en temps utile des créances contre son créancier allemand pour garantir et sauvegarder ses droits, l'avantage qu'il s'est procuré par ce moyen. Il se justifie d'appliquer ici par analogie le principe justifié de l'art. 213 al. 1er LPD, selon lequel : "Le créancier a le droit de compenser sa créance avec celle que le failli peut avoir contre lui."

C'est en cela que réside la portée économique essentielle du droit légal de compensation; le débiteur ou le créancier prévoyant du failli doit être, le cas échéant, récompensé en obtenant le paie-

ment complet de sa créance, sans avoir à partager le sort des autres créanciers chirographaires, lesquels ne reçoivent qu'un dividende. Les mêmes considérations doivent aussi jouer en faveur des débiteurs et créanciers suisses qui, avant l'entrée en vigueur de l'arrêté de blocage, avaient, au moyen d'une cession de créance ou d'une reprise de dette, fait en sorte de pouvoir compenser.

b/ Comme on l'a déjà exposé sous I ch.3 litt c/, l'effet de la compensation rétroagit, d'après les dispositions des lois continentales régissant la matière, à l'époque où les deux créances en présence pouvaient être compensées. En conséquence, les créances d'intérêts et autres droits accessoires qui avaient pris naissance antérieurement à cette époque doivent être pris en considération lors de la compensation.

Si les relations d'affaires des parties se sont poursuivies sous le régime du blocage avec l'autorisation de l'Office Suisse de Compensation -que l'on songe par ex. aux opérations d'assurances-, il va de soi que les créances qui n'ont pris naissance qu'après l'arrêté de blocage doivent aussi être prises en considération pour la compensation. Des droits accessoires et autres prétentions liées à la créance, [commissions, intérêts etc.] ont pu prendre naissance et sont également soumis aux principes ordinaires en matière de compensation.

c/ Comme on l'a déjà indiqué, l'arrêté de blocage du 16 février 1945 n'a rien changé à l'état des rapports de droit privé entre les parties qui se trouvaient déjà en présence, en qualité de créancier et de débiteur, à l'époque de son entrée en vigueur. Toute autre est toutefois la question de savoir dans quelle mesure il peut être disposé, en fait et en droit, d'avoirs bloqués et notamment de créances bloquées. A cet égard, les effets de l'arrêté de blocage sont analogues à ceux que provoque la main-mise sur les biens du débiteur dans la procédure de poursuite et de faillite [L.P.D. 96, 99, 197, 204, 213]. C'est ainsi que l'art. 2 de l'arrêté de blocage prévoit que l'on ne peut disposer d'avoirs allemands soumis au blocage qu'avec l'autorisation de l'Office Suisse de Compensation. Il s'ensuit qu'en ce qui concerne la compensation, l'on peut et doit attribuer à l'arrêté de blocage un effet correspondant à celui que le droit de faillite a attaché à l'ouverture de la faillite à l'art. 213 ch.1 et 2 L.P.D..

Si le débiteur d'un créancier allemand, dont la créance est bloquée en Suisse, ne devient créancier de ce dernier qu'après l'entrée en vigueur de l'arrêté de blocage en raison d'une cession de créance opérée en sa faveur par un tiers, l'exercice du droit de compensation doit lui être refusé de même qu'au débiteur du failli qui n'en est devenu créancier qu'après l'ouverture de la faillite [art. 213 ch.I L.P.D.].

De même que ce débiteur ne peut porter préjudice aux créanciers du failli par l'acquisition d'une créance et par l'exercice ultérieur du droit de compensation, de même le débiteur d'un créancier allemand ne peut rendre illusoire l'effet du blocage par l'acquisition d'une créance contre ce créancier. Si donc, par exemple, la Société pour Valeurs Hypothécaires et Immobilières à Coire, qui est débitrice de la Banque Commerciale de Berlin, a acquis de l'Union de Banques Suisses, après le blocage, au moyen d'une cession, une créance contre cette banque berlinoise, la cession elle-même ne se heurte à aucune objection, mais le cessionnaire n'est pas en droit d'éteindre sa propre dette envers la Banque Commerciale par compensation. Une telle compensation est sans effet : la créance bloquée de la Banque Commerciale subsiste dès lors.

De même, par application analogique de l'art. 213 ch.2 L.P.D., l'exercice du droit de compensation devrait être refusé au créancier suisse d'un Allemand possédant une créance bloquée en Suisse, s'il n'a repris la dette correspondante qu'après le blocage, car, de cette façon aussi, l'effet de blocage serait éludé de façon inadmissible.

Les principes sus-exposés doivent également servir de critère dans les cas de fusion de banques ou de reprise des actifs et passifs d'une banque par une autre. Si la fusion, la cession ou la reprise de dette n'est intervenue qu'après l'entrée en vigueur de l'arrêté de blocage du 16 février 1945, la question de savoir si la compensation est possible doit être élucidée d'après la situation telle qu'elle existait avant le dit arrêté. La faculté de compenser ne peut pas être étendue grâce à une fusion ou à une reprise d'actifs et de passifs.

d/ Il faut dénier toute influence sur la situation juridique actuelle des débiteurs et créanciers suisses aux dispositions allemandes sur les devises, notamment à celles qui prévoient que les paiements en faveur d'étrangers ne peuvent être effectués dans des comptes bloqués que si la compensation est exclue- et cela, en vertu du principe déjà exprimé à plusieurs reprises, selon lequel les prescriptions d'Etats étrangers sur les devises sont contraires à l'ordre public suisse et n'ont pas à être prises en considération par les débiteurs et créanciers suisses.

Les cas où des débiteurs ou créanciers suisses ont dû, en vertu de dispositions allemandes, renoncer à la compensation feront l'objet d'un examen ultérieur [voir infra II ch.4].

*

* *

II. Accords contractuels

Ch. 1 : Réciprocité des créances.

Cette question ne donne lieu à aucune observation particulière.

Ch. 2 : Exigibilité.

Questions posées :

Les accords contractuels relatifs à l'exigibilité sont-ils devenus caducs par l'arrêté fédéral du 16 février 1945, éventuellement par l'effondrement de l'Allemagne, la conclusion ou la ratification de l'accord de Washington -autrement dit l'exigibilité des créances, auxquelles s'opposaient des dettes compensables, est-elle intervenue automatiquement à l'une de ces dates?

Le but principal des différents accords relatifs aux crédits, liant les banques allemandes et suisses, en particulier du dernier accord de moratoire du 17 mai 1944, était de différer l'obligation des débiteurs allemands de rembourser les crédits visés dans ces accords. C'est ainsi que le début du ch.3 du dernier accord relatif aux crédits allemands dispose ce qui suit:

"Pendant la durée de la présente convention, chaque créancier bancaire étranger maintiendra vis-à-vis de son débiteur allemand les lignes de crédit à court terme, pour lesquelles il aura adhéré à la présente convention."

Cette disposition doit être considérée juridiquement comme un sursis au paiement de la dette jusqu'à l'expiration de l'accord au 31 mai 1945 : l'exigibilité est différée par un accord contractuel entre créancier et débiteur.

A ce but essentiel vient s'ajouter toutefois une autre tendance. Généralement de tels sursis sont accordés au débiteur pour lui procurer des facilités momentanées. Toutefois, dans l'accord de moratoire, cette idée de l'octroi d'un sursis à chaque débiteur allemand individuel cède le pas à une autre intention, qui consiste à différer pour la Reichsbank et pour l'Allemagne l'obligation de se procurer des devises [francs suisses]. Ainsi s'explique la réglementation singulière selon laquelle, si l'accord de moratoire instituait bien de façon générale sous ch.3, comme on l'a relevé plus haut, le maintien jusqu'à son expiration des crédits à court terme en faveur des banques allemandes et, partant, un sursis à l'obligation de rembourser ces crédits, il permettait en revanche à toute banque suisse créancière -malgré ce sursis- de dénoncer ses crédits à 10, respectivement 30 jours, et à en exiger le remboursement pendant la durée du sur-

sis. Toutefois, dans ce dernier cas, le débiteur allemand n'était pas tenu de payer en francs suisses, en mains de son créancier en Suisse : il pouvait se libérer en Reichsmarks, au cours moyen officiel de la place de Berlin coté un jour ouvrable avant celui du paiement effectif, et cela, en mains de la Reichsbank ou d'une autre banque allemande accréditée à cet effet. Les banques suisses créancières n'accordaient ainsi qu'un sursis partiel et limité. Néanmoins, par souci de simplification, nous parlerons, dans la suite de cet exposé, de sursis et d'exigibilité différée.

Quand l'exigibilité de ces dettes soumises à l'accord de moratoire est-elle survenue ?

A cette question il a été répondu en principe par les considérations émises sous I ch.2 supra, selon lesquelles ni l'arrêté de blocage du 16 février 1945 ni l'A.C.F. du 29 mai 1945 sur la déclaration obligatoire n'ont entraîné l'exigibilité. Ces deux arrêtés, comme l'ACF. du 16 février 1945 le déclare expressément, sont des "mesures conservatoires" et poursuivent, d'une part, le but de rendre possible l'exécution de l'accord de Washington et, d'autre part, l'intention de favoriser les créanciers suisses de débiteurs allemands en leur fournissant une garantie, sur d'éventuels avoirs allemands en Suisse. Il n'a jamais été dans l'intention du législateur d'empiéter davantage sur les rapports de droit privé entre créanciers et débiteurs des deux Etats intéressés. Il n'existait d'ailleurs aucun motif de le faire, puisque le dernier accord de moratoire devait expirer le 31 mai 1945, sans qu'une prolongation ou un renouvellement en fussent envisagés, de sorte que le sursis accordé devait tomber à cette date et les crédits à court terme visés dans l'accord devenir exigibles en francs suisses.

Ch. 3 : Identité de nature.

Portée de la clause "valeur effective" pour la compensation. Accords contractuels sur la compensation de créances en monnaies différentes.

Questions posées :

Quelle importance faut-il attribuer à la clause de "valeur effective" dans la question de l'identité de nature des créances libellées en monnaies différentes ?

La clause de "valeur effective" doit-elle, cas échéant, être expressément convenue ou peut-on déduire des circonstances qu'elle a été tacitement stipulée ?

En particulier, le principe de la monnaie originaire qui,

depuis la première guerre mondiale, a été admis de façon générale dans la réassurance, implique-t-il stipulation tacite d'une clause de "valeur effective" ?

En cas de réponse affirmative, le fait qu'après compensation dans la monnaie originaire les excédents ont été, de façon usuelle, compensés avec des créances libellées dans une troisième monnaie, implique-t-il un accord tacite à cet égard pour des excédents futurs ? [réassurances].

L'identité de nature résulte-t-elle des conditions générales des banques, soit de la clause selon laquelle "tous les comptes d'un client quelles qu'en soient la désignation et la monnaie dans laquelle ils sont libellés constituent un compte-courant unique" ? Les conditions générales et plus particulièrement la clause sus-indiquée sont-elles applicables également aux relations des banques entre elles ou ne valent-elles que pour les relations des banques avec leurs clients ?

a/ Selon l'opinion dominante en doctrine suisse, toute clause de valeur effective dont est assortie une obligation de paiement en valeur étrangère exclut la compensation de créances en monnaies différentes [Becker, 2e édition, note marginale 16 ad art. 120; A.T.F. 63 II 383 ss]. Comme Böckli l'expose dans la Revue Suisse de Jurisprudence [t. 23 p. 229], la pratique bancaire ne se rallie pas à cette conclusion, ou du moins ne l'adopte pas d'une manière aussi générale. Elle admet bien plutôt que la clause "valeur effective" ne peut empêcher la compensation que si, d'après la volonté des parties -ce qui est rarement le cas et ne joue pratiquement aucun rôle dans la vie des affaires-, ce sont des pièces d'argent en tant que marchandise, c'est-à-dire des pièces d'argent déterminées, telles que des thalers à l'effigie de Marie-Thérèse, des Napoléons, des Vrenelis, etc., qui ont été promises.

Mais point n'est besoin ici d'entrer plus en détail sur cette controverse, car aucune clause de valeur effective n'a jamais été stipulée pour les crédits prorogés et les opérations de réassurance entre la Suisse et l'Allemagne.

b/ Selon le texte de la loi suisse, comme de la loi allemande, le droit pour le débiteur qui paie de convertir en monnaie du pays une dette stipulée en monnaie étrangère ne peut être exclu que si la clause "valeur effective" est stipulée expressément.

L'art. 84 al.2 CO est absolument clair dans les trois langues [allemand, français et italien]. Le texte français, par exemple, s'exprime comme suit:

"à moins que l'exécution littérale du contrat n'ait été exprimée par les mots : "valeur effective" ou par quelque autre "expression analogue" [cf. aussi CO 1031 en matière de droit de

change].

La disposition correspondante du § 244 du BGB est la suivante:

"Si l'on doit payer sur le territoire du Reich une dette d'argent exprimée en monnaie étrangère, le paiement peut cependant être effectué en monnaie allemande, à moins que celui en monnaie étrangère n'ait été expressément convenu."

On ne saurait donc renoncer à exiger, pour la validité d'une clause de valeur effective, une stipulation expresse - et c'est à cette condition seulement qu'un débiteur sera privé du droit de convertir sa dette en monnaie du pays et par conséquent de compenser. Il est complètement erroné de vouloir déduire des circonstances ou du but auquel tend un paiement l'existence d'une clause de valeur effective.

Relevons qu'en ce qui concerne les rapports internationaux en matière de réassurance, on n'y rencontre point, à notre connaissance, de clauses de valeur effective. Le principe de la monnaie originaire, que l'on invoque à l'occasion, constitue une toute autre institution. Le principe de la monnaie originaire et la clause de valeur effective, sont deux choses complètement différentes qui n'ont entre elles aucun rapport. Les arguments de l'Association des Sociétés Suisses d'assurances concessionnaires dans son exposé du 5 décembre 1947 [p.3] sont en tous points pertinents et juridiquement inattaquables. Le principe de la monnaie originaire sert exclusivement aux deux fins suivantes: D'une part, il doit rendre possible la répartition de la responsabilité technique entre toutes les compagnies participant à la couverture d'un risque et, d'autre part, il tend à faciliter les règlements de comptes à intervenir entre les différents assureurs. Ces deux buts ne peuvent être atteints que si l'on utilise une monnaie déterminée et toujours identique, et c'est essentiellement pour cela que l'on se base sur la monnaie en laquelle la première assurance a été conclue entre le preneur d'assurance et l'assureur, soit précisément la monnaie originaire. Mais de ce principe de la monnaie originaire, qui a été conçu pour permettre une juste répartition des risques et faciliter les règlements de comptes entre les parties, on ne pourra jamais tirer la conclusion que l'une ou l'autre partie pourrait exiger un paiement dans cette monnaie. Comme on l'a démontré, l'existence d'une telle dette d'"une sorte d'argent" ne pourrait se déduire que de la stipulation expresse d'une clause de valeur effective dans les contrats de réassurance et de rétrocession, ce qui n'aurait toutefois aucun sens dans ces branches d'assurance, attendu que l'on ne veut pas "payer" mais bien "compenser", cela même si l'on se trouve en présence de monnaies différentes.

Dans les motifs de l'arrêt maintes fois cité du T.F. [ATF 63 II 383 ss], figure un considérant aux termes duquel on a af-

faire à une dette de somme d'argent lorsque la monnaie en laquelle elle est exprimée sert simplement de mesure de valeur, et, si tel est le cas, la compensation est alors possible malgré la différence des monnaies. On pourrait dès lors être tenté d'en conclure que la compensation ne peut avoir lieu lorsque, pour d'autres motifs ou d'autres considérations, les parties ont choisi une monnaie déterminée, par exemple pour avoir la faculté de payer des dettes dans un Etat étranger et dans la monnaie de cet Etat. Mais, l'on ne saurait davantage tirer cette conclusion de l'arrêt du T.F., car, autrement, le T.F. encourrait le reproche d'avoir aboli la règle selon laquelle la clause de valeur effective doit être convenue expressément.

Il suffit d'ailleurs de songer aux conséquences pratiques, et notamment à la complète insécurité juridique, qui en résulteraient si l'on voulait faire dépendre l'option conférée au débiteur par l'art. 84 al.2 CO et la faculté de compensation, qui en est le corollaire, des motifs qui, à l'époque, avaient conduit les parties à adopter pour leur contrat une monnaie déterminée. Si l'on voulait prendre ainsi en considération les motifs de chaque cas d'espèce - motifs qui ne seront d'ailleurs pas toujours les mêmes chez le créancier et le débiteur - , l'avantage que le législateur a voulu conférer au débiteur par la disposition de l'art. 84 al. 2 CO et du § 244 BGB, serait purement illusoire. C'est pourquoi également la question de savoir si la compensation est admissible malgré la différence des monnaies ne peut pas davantage être élucidée en considérant les buts poursuivis par les parties et les motifs qui ont conduit à la conclusion du contrat; on ne peut la trancher qu'en recherchant s'il existe ou non une clause de valeur effective. Tel n'est toutefois le cas que si elle a été convenue expressément.

c/ Dans les opérations de compte-courant avec des banques, ce sont les conditions générales fixées par elles et formant partie intégrante de leurs contrats qui s'appliquent communément; les banques ont l'habitude de disposer que :

"Tous les comptes d'un client, quelles qu'en soient la désignation et la monnaie dans laquelle ils sont libellés, constituent un compte-courant unique."

On a cherché à soutenir que ces conditions générales ne s'appliquent qu'entre les banques et leurs clients mais non pas entre banques. A vrai dire, l'on ne saisit pas à première vue pourquoi une banque devrait être dans une position plus défavorable dans les rapports d'affaires qu'elle entretient avec d'autres banques que dans ceux qu'elle entretient avec ses propres "clients". Il est plus raisonnable de dire qu'entre banques il n'existe aucune nécessité d'épiloguer longuement sur le traitement unitaire de tous les comptes, sans égard à leur désignation et à la monnaie contractuelle. Car, si une banque agissait dif-

féremment et objectait à une autre banque, avec laquelle elle est en rapports contractuels, que les "conditions générales" ne valent que pour ses clients mais non pas pour d'autres banques, elle se rendrait coupable d'une attitude contraire aux règles de la bonne foi. Il nous paraît douteux qu'un juge puisse jamais retenir cette disposition entre les rapports entre banque et client d'une part et ceux des banques entre elles d'autre part. Un juge partira au contraire de l'idée que certains points que l'on prend la précaution de régler expressément dans les rapports entre banque et client sont considérés comme allant de soi et n'ont donc pas besoin d'être mentionnés expressément dans les rapports entre banques.

L'on peut toutefois laisser aussi cette question ouverte, car elle n'est point décisive. Une banque, qui veut opposer à une autre banque une compensation avec des créances en monnaies différentes, n'a nullement besoin de se fonder sur les "conditions générales" : ce droit de compensation lui appartient de par la loi, aussi longtemps que l'autre partie n'a pas prouvé l'existence d'une clause de valeur effective. Or, encore une fois, l'existence d'une telle clause est subordonnée à une convention expresse.

Ch. 4 : Exclusion contractuelle de la compensation.

Questions posées :

La renonciation à la compensation découlant de l'accord de moratoire peut-elle être invoquée en tout état de cause ou est-elle devenue sans objet soit par l'arrêté fédéral du 16.2.1945, soit par l'effondrement de l'Allemagne ?

Les dispositions allemandes sur les devises n'autorisaient l'ouverture de nouveaux comptes bloqués que si le créancier déclarait renoncer à la compensation, et dans les cas où, selon l'avis des autorités allemandes, la compensation n'était pas possible. Le fait que les banques suisses, bien que connaissant ces dispositions, aient ouvert des comptes bloqués implique-t-il une adhésion tacite et par conséquent une renonciation tacite à la compensation ?

a/ On soutient, dans certains milieux, qu'en vertu de l'accord de moratoire, les banques suisses se seraient engagées expressément à maintenir leurs crédits et auraient par là même renoncé au droit de compensation pendant la durée du dit accord. Cette manière de s'exprimer du moins en ce qui concerne cette dernière conclusion, n'est pas conforme à la situation de fait. A notre connaissance, l'accord de moratoire ne parle nulle part d'une renonciation à la compensation, et cela pour la raison bien simple qu'une telle renonciation n'était nullement nécessaire.

La condition de la compensation est, en effet, l'exigibilité des créances. Or, en raison du sursis à l'obligation de remboursement, stipulé en faveur des banques allemandes débitrices, cette exigibilité s'est trouvée différée jusqu'au moment où l'accord de moratoire devait prendre fin sans renouvellement, où jusqu'à sa dénonciation pour d'autres motifs. Il en est ainsi en tout cas pour les crédits dont le remboursement devait s'effectuer en francs suisses. La possibilité d'une compensation était également supprimée dans la même mesure. Dès lors, une renonciation expresse des banques suisses à la compensation n'aurait eu aucun sens. Nous renvoyons pour le surplus au ch. II ch.2 du présent exposé, notamment aux considérations relatives au droit des créanciers suisses de dénoncer leurs crédits à 10, respectivement 30 jours, pendant la durée de l'accord de prorogation, et d'en exiger alors le remboursement en reichsmarks [art. 10 de l'accord]. Cette faculté donnée aux créanciers suisses n'impliquait, par elle-même, aucune renonciation au droit de compenser.

Lors de l'expiration de l'accord, la possibilité de compenser a été entièrement rétablie, comme on l'a déjà démontré ailleurs.

b/ Les prescriptions allemandes sur les devises subordonnaient l'autorisation d'effectuer un paiement à un compte bloqué, en faveur d'un étranger, d'une part à la reconnaissance par le créancier de l'effet libératoire d'un tel paiement et d'autre part à l'assurance, que devaient donner les banques exerçant le contrôle, de l'inexistence d'un "risque de compensation". De même, la cession de créances d'un étranger à un autre étranger n'était autorisée que si elle ne donnait pas lieu à une compensation de la part du nouveau créancier. Toutes ces prescriptions étaient exclusivement destinées à permettre à la Reichsbank allemande et à l'Allemagne de se procurer ou de conserver des devises.

On a voulu en conclure qu'en accordant à leurs débiteurs allemands des crédits à court terme ou en prorogeant ceux-ci, les banques suisses devaient avoir eu connaissance de ces prescriptions sur les devises et qu'elles auraient ainsi renoncé à l'exercice de la compensation.

Cette conclusion peut être exacte dans la mesure où ce sont ces banques elles-mêmes qui ont requis l'ouverture de comptes-bloqués et sollicité l'agrément des autorités allemandes compétentes. Car le créancier suisse se soumettait alors nécessairement aux prescriptions allemandes sur les devises, de sorte qu'il était tenu de se les laisser opposer et de les observer pendant la durée de l'accord.

En revanche, l'on ne peut tirer de la simple connaissance par les banques suisses des mesures en matière de devises la conséquence qu'elles auraient renoncé à invoquer les dispositions légales relatives à la compensation; l'on ne pourrait ad-

mettre une telle renonciation temporaire que si les banques suisses avaient formulé, à l'égard de leurs co-contractants allemands, une déclaration de renonciation. Il est possible qu'il en ait été ainsi dans certains cas, mais cela n'est pas décisif. Car si une telle renonciation a eu lieu, elle n'avait de valeur que pour la durée de l'accord de moratoire. Après l'expiration et la caducité de celui-ci, les banques suisses n'ont plus à respecter ni les dispositions allemandes sur les devises, ni une éventuelle renonciation à la compensation. D'une part, en effet, les dispositions sur les devises étant contraires à l'ordre public suisse ne peuvent lier les créanciers suisses, et, d'autre part, en raison de l'expiration de l'accord toute renonciation à la compensation est devenue caduque; les banques créancières en Suisse peuvent donc compenser dans la plus large mesure, pour autant qu'elles n'en sont pas empêchées par une clause expresse de valeur effective, et elles doivent seulement verser au Pool l'excédent éventuel de leur dette.

*
* *

EN RESUME

=====

1) Ni l'arrêté de blocage du 16 février 1945, ni l'ACF sur la déclaration obligatoire du 29 mai 1945, ni l'accord de Washington n'excluent pour les Suisses la compensation entre leurs créances contre des débiteurs allemands et les créances que possèdent contre eux des Allemands ayant leur domicile ou leur siège en Allemagne [cf.p.1 et ss.].

2) Pour que la compensation puisse être opérée par des débiteurs suisses, il faut la réciprocité des deux créances à éteindre par compensation, ce qui signifie que ce sont les mêmes personnes qui doivent se trouver en présence à la fois comme créancière et débitrice. Pour apprécier la question de l'identité entre créancier et débiteur, il faut, lorsqu'il s'agit de sociétés, se fonder sur l'indépendance des personnes juridiques [société mère et filiale] et non sur l'unité économique existant entre elles. L'Office Suisse de Compensation peut néanmoins, pour des considérations d'équité, admettre des exceptions en faveur de personnes morales suisses, par ex. lorsqu'une banque est débitrice d'un Allemand et que sa filiale en est créancière, ou lorsqu'une société suisse de réassurance est au point de vue économique à la fois créancière et débitrice d'une société d'assurances allemande dont les agences particulières sont toutefois douées d'une personnalité juridique indépendante [cf.p. 5 et s.].

3) Ni l'arrêté de blocage ni l'ACF sur la déclaration obli-

gatoire n'ont entraîné l'exigibilité des crédits accordés par des banques suisses à des débiteurs allemands et soumis à l'accord moratoire. Cette exigibilité -pour autant du moins qu'il s'agit d'un remboursement en francs suisses et d'une compensation sur cette base- ne s'est produite que le 1er juin 1945, puisque le dernier accord de moratoire du 17 mai 1944, faute d'avoir été renouvelé ou prorogé, a expiré le 31 mai 1945. Dès ce moment, le débiteur suisse d'un créancier allemand, lequel est en même temps son débiteur en raison d'un crédit soumis au moratoire, peut exercer son droit de compensation, pour autant que les deux créances se trouvaient déjà en présence entre les mêmes parties lors de l'entrée en vigueur de l'arrêté de blocage [17 février 1945] [cf. p. 8 et s.].

4) Selon l'opinion dominante de la doctrine et de la jurisprudence suisses, à notre avis exacte, des dettes en numéraire peuvent être compensées alors même qu'elles sont exprimées en monnaies différentes; la compensation ne serait exclue que dans le cas où les parties auraient stipulé dans leur contrat une dette d'une sorte d'argent au moyen d'une clause expresse de valeur effective; le moment déterminant pour la fixation du cours de conversion est celui où les deux créances opposées sont devenues compensables, alors même que le débiteur n'exerce qu'ultérieurement son droit de compensation. En cas de désaccord des parties, le cours de conversion applicable est fixé par le juge; pour les créances bloquées, il est fixé par l'Office Suisse de Compensation, qui prend en considération les différentes espèces de marks et, en matière bancaire, les principes d'un établissement prudent des bilans; en ce qui concerne les opérations d'assurance, il fixe ce cours en accord avec le Bureau Fédéral des Assurances [cf. p. 12 et ss.].

5) Les effets de l'arrêté de blocage sont, en ce qui concerne l'impossibilité de créer de nouveaux cas de compensation, les mêmes que ceux de l'ouverture de la faillite [art. 213 ch.1 et 2 L.P.D.] : une cession de créance, une remise de dette, une cession de patrimoine ou d'entreprise avec actif et passif, une fusion, etc., opérées après l'entrée en vigueur de l'arrêté de blocage et ayant pour objet des créances allemandes bloquées, ne peuvent créer de nouvelles possibilités de compensation en faveur de débiteurs suisses sans l'autorisation expresse de l'Office Suisse de Compensation. En revanche, par analogie avec l'art. 213 al.1er L.P.D., la compensation est possible malgré le blocage pour toutes les créances suisses et allemandes qui, déjà avant l'entrée en vigueur de l'arrêté de blocage, se trouvaient en présence entre les mêmes parties, alors même qu'elles ne sont devenues exigibles qu'ultérieurement. Il en va de même pour les créances d'intérêts, les commissions, etc, ainsi que pour les nouvelles créances qui sont nées ultérieurement de la continuation licite de rapports d'affaires reposant sur d'anciens contrats [cf. p. 16 et ss.].

6) Ni les clauses contractuelles de l'accord de moratoire différant l'exigibilité, ni le fait que des créanciers suisses

se sont soumis aux dispositions allemandes sur les devises n'exercent plus, à dater du 31 mai 1945 [date de la caducité du dernier accord de moratoire] aucune influence quelconque sur l'avènement de l'exigibilité et par conséquent sur la possibilité d'exercer la compensation. Car, d'une part, les sursis étaient limités dans le temps, et, d'autre part, les prescriptions allemandes sur les devises, étant contraires à l'ordre public suisse, n'ont pas à être observées par les débiteurs et créanciers suisses, en tous cas pas depuis le 1er juin 1945 [cf. p. 20 et ss. et 25 et ss.].

7) Les accords de moratoire ne contiennent aucune clause de "valeur effective". En matière de réassurance et de rétrocession également, les clauses de valeur effective, ne sont pas usuelles. Le principe de la monnaie originaire, appliqué dans les opérations de réassurance et de rétrocession, ne donne pas naissance à des dettes d'une sorte d'argent, et il est dès lors impossible d'en déduire une clause de valeur effective. Conformément à l'art. 84 al.2 CO, la validité d'une telle clause est subordonnée à l'existence d'une convention expresse. A défaut de cette clause, il faut s'en tenir, également dans les rapports entre banques, au droit légal de compenser des créances et des dettes malgré la différence des monnaies et ce, quelle que soit la réponse à donner à la question de savoir si les "conditions générales" s'appliquent également aux opérations des banques entre elles [cf. p.21 et ss].

Berne et Genève, le 7 juillet 1948

sig. Théo Guhl

Carry