

Urteilskopf

145 III 241

31. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. contre B. (recours en matière civile) 4A\_596/2018 du 7 mai 2019

Regeste (de):

Art. 18 und 312 ff. OR; Negativzins; Auslegung nach dem Vertrauensprinzip.

”Darlehen” einer Summe Geldes zu einem gegenüber einem Referenzzinssatz (LIBOR Zinssatz für sechs Monate) indexierten variablen Zins zuzüglich einem fixen Zinssatz (Marge).

Unabhängig davon, ob eine solche Vereinbarung als Darlehensvertrag zu qualifizieren ist, steht es den Parteien jedenfalls frei, die Zahlung eines Negativzinses zu vereinbaren (der keinen Zins im juristischen Sinne darstellt).

Ob der mittlerweile negative Referenzzinssatz zur Aufhebung der fixen Marge oder gar zur Umkehrung des Zinsflusses führen kann, ist eine Frage der Vertragsauslegung (E. 3).

Regeste (fr):

Art. 18 et 312 ss CO; intérêts négatifs; interprétation selon le principe de la confiance.

”Prêt” d’une somme d’argent, moyennant un taux d’intérêt variable indexé sur un indice de référence (taux LIBOR-CHF à six mois), auquel s’ajoute un taux d’intérêt fixe (marge).

Peu importe de savoir si une telle convention entre dans la qualification d’un prêt de consommation; les parties sont en effet libres de convenir du paiement d’intérêts négatifs (qui ne constituent pas un intérêt au sens juridique du terme).

Savoir si le passage en territoire négatif de l’indice de référence peut conduire à la suppression de la marge fixe, voire à l’inversion des flux d’intérêts, est affaire d’interprétation (consid. 3).

Regesto (it):

Art. 18 e 312 segg. CO; interessi negativi; interpretazione secondo il principio dell’affidamento.

”Prestito” di una somma di denaro per un tasso d’interesse variabile indicizzato con un indice di referenza (tasso LIBOR-CHF per sei mesi) a cui si aggiunge un tasso d’interesse fisso (margine).

Poco importa sapere se una tale convenzione rientri nella qualificazione di mutuo; le parti sono in effetti libere di convenire il pagamento di interessi negativi (che non costituiscono interessi nel senso giuridico del termine).

Sapere se il passaggio dell’indice di riferimento a un valore negativo possa condurre alla soppressione del margine fisso e addirittura all’inversione del flusso degli interessi è una questione di interpretazione (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 241

BGE 145 III 241 S. 241

A.

A.a Le 20 juillet 2006, A. et L. AG ont conclu un contrat intitulé "Certificate evidencing indebtedness (Schuldschein)" dont il ressortait que L. AG mettrait 100'000'000 fr. à disposition de A. et que le prêt porterait intérêt au taux LIBOR-CHF (London Interbank Offered Rate)

BGE 145 III 241 S. 242

à six mois augmenté d'un taux fixe de 0.0375 % par an dès le 10 août 2006. Les intérêts dus semestriellement les 10 février et 10 août de chaque année devaient être déterminés par le taux LIBOR-CHF deux jours ouvrables avant le début de chaque période d'intérêts (art. 2). A. s'engageait à rembourser intégralement le montant en capital à l'échéance de paiement des intérêts survenant en août 2026 (art. 3). Par ailleurs, tout paiement en exécution du contrat devait intervenir, en monnaie ayant cours en Suisse à la date d'exigibilité, sur le compte du prêteur indiqué à l'emprunteur (art. 4). Selon l'article 5, lettre a, deuxième phrase, du contrat, "In the event that the Borrower is required by law to make any deductions or withholdings, the Borrower shall pay such additional amounts of principal and interest as may be necessary so that the Lender shall receive the same amounts that it would have received without such withholding or deduction". Parmi les cas de défauts prévus par le contrat, les parties sont convenues que: "The Lender and/or each assignee shall be entitled to declare the Loan or its participation in the loan due and to demand immediate redemption of the Loan or the relevant part thereof plus accrued interest if the Borrower fails to pay interest or principal within 10 Banking Days from the relevant due date after notice by the Agent on behalf of the Lender" (art. 6, [i]).

A.b Ultérieurement, la participation de L. AG a été reprise pour moitié par N. AG et pour moitié par B. (50'000'000 fr. chacune).

A.c L'introduction d'un taux d'intérêt négatif à - 0.75 % sur les avoirs en comptes de virement, prélevé à partir du 22 janvier 2015, ainsi que l'abolition du taux plancher entre le franc suisse et l'euro annoncée le 15 janvier 2015 par la Banque nationale suisse (ci-après: BNS), ont eu pour conséquence le basculement du taux LIBOR-CHF à six mois dans des taux négatifs. En avril 2013, à la suite du maintien des taux de référence dans des valeurs négatives, la Loan Market Association a publié des recommandations dans lesquelles elle préconisait de prévoir un plancher de 0 % pour le taux d'intérêt variable prévu contractuellement ou d'ajouter des clauses de garantie de la marge fixe. Par pli du 2 février 2015, B. a suggéré à A. que le contrat du 20 juillet 2006 soit modifié afin d'introduire un taux plancher du LIBOR-CHF

BGE 145 III 241 S. 243

à six mois de 0 %. L'objectif consistait à limiter le taux d'intérêt à concurrence de la marge fixe de crédit pour le cas où le taux variable serait négatif. A. a décliné cette proposition le lendemain.

A.d Par lettre du 31 mars 2015, A. a constaté que B. avait failli à son obligation d'établir les taux d'intérêt applicables et de les lui transmettre aux échéances convenues. Par pli du 28 avril 2015, B. s'est exécutée et a

fixé à 0 % le montant global des intérêts dus en exécution du contrat du 20 juillet 2006, en précisant renoncer de façon exceptionnelle et gracieuse à la marge fixe pour la période commençant le 10 février 2015. Par courrier électronique du 18 août 2015, B. a informé A. que le taux d'intérêt pour la période du 10 août 2015 au 10 février 2016 était similaire à celui de la période précédente.

A.e Par courrier du 4 septembre 2015, A. a mis B. en demeure de fixer le taux d'intérêt applicable conformément au contrat - ce qui devait aboutir, selon elle, à des taux négatifs - et de procéder ensuite au virement des sommes ainsi déterminées sur son compte bancaire avant le 21 septembre 2015. B. s'y est opposée.

A.f En septembre 2015, A. a reçu un avis de paiement d'intérêts de l'un de ses prêteurs menant au versement d'un total de 713'620 fr. d'intérêts négatifs en sa faveur. En octobre 2015, A. a reçu un autre avis de paiement d'intérêts négatifs. Le prêteur lui annonçait qu'un montant de 425'475 fr. lui serait crédité. Une offre de contrat de prêt transmise par U. SA à A. fait également mention d'un emprunt en capital de 60'000'000 fr. avec un taux d'intérêt à - 0,55 %. Le document précise que "les intérêts seront crédités directement sur [le]compte postal" de A.

B.

B.a Le 30 novembre 2016, A. a saisi le Tribunal de première instance du canton de Genève d'une demande en paiement dirigée contre B., dans laquelle elle concluait au paiement par cette dernière d'un montant de 183'539 fr. 03 avec intérêts à 5 % l'an dès le 10 décembre 2015. Par jugement du 22 décembre 2017, le Tribunal de première instance a rejeté la demande en paiement.

B.b Statuant par arrêt du 17 septembre 2018, la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève a rejeté l'appel interjeté par la demanderesse contre ce jugement, qu'elle a confirmé.

#### BGE 145 III 241 S. 244

La cour cantonale a considéré en bref que la volonté réelle des parties était de conclure un contrat de prêt de consommation (art. 312 CO), à teneur duquel la défenderesse devait mettre à disposition de la demanderesse la somme de 100'000'000 fr., avec intérêts à un taux LIBOR-CHF à six mois plus 0.0375 % par an, soit un taux variable indexé plus une marge fixe. Le contrat était en revanche muet sur les conséquences d'un intérêt LIBOR-CHF négatif, ainsi que sur une éventuelle garantie de la marge de 0.0375 % convenue en faveur de la défenderesse. Par ailleurs, il ne ressortait aucunement des déclarations de volonté ou de l'attitude des parties, au moment de la conclusion du contrat, qu'elles auraient été d'accord sur les conséquences d'une chute de l'intérêt global (taux variable + marge) dans le négatif. Une interprétation subjective n'étant pas possible, il convenait de recourir à l'interprétation objective du contrat et de rechercher le sens et la portée objectifs que les parties pouvaient de bonne foi donner à leurs clauses contractuelles en référence aux normes relatives à ce contrat. En concluant un contrat de prêt dont les clauses prévoyaient le paiement d'intérêts, les parties ne pouvaient de bonne foi qu'envisager leurs obligations respectives telles qu'elles ressortent de la loi, à savoir que le prêteur met le capital à disposition de l'emprunteur, qui s'engage à lui payer des intérêts en rémunération du prêt (cf. art. 313 CO) et à lui restituer ledit capital à l'échéance du contrat (art. 312 CO). Ainsi, à moins que les parties n'en aient expressément convenu, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, une interprétation objective du contrat ne conduisait pas au retournement de l'obligation de paiement des intérêts de l'emprunteur au prêteur, ni ne garantissait à ce dernier un droit absolu à la marge convenue. Retenir le contraire, en l'absence de clauses contractuelles spécifiques, serait insoutenable au regard de l'économie du contrat de prêt telle qu'une personne de bonne foi devait la concevoir. Par conséquent, l'intérêt total - soit l'addition du taux variable et de la marge - ne pouvait être que positif ou nul. En l'espèce, la chute du taux LIBOR-CHF à six mois avait réduit la marge à néant, du fait de l'absence de toute clause contractuelle de garantie de celle-ci, entraînant la survenance d'un

taux d'intérêt contractuel total négatif. Cette situation ne pouvant pas survenir dans le cadre d'un contrat de prêt dans lequel rien n'était expressément prévu à ce sujet, le taux total devait être arrêté à zéro, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'application de la clausula rebus sic stantibus. En conséquence, les prétentions de la demanderesse devaient être rejetées.

BGE 145 III 241 S. 245

C. La demanderesse a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt du 17 septembre 2018. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours.  
(résumé)

Erwägungen

Extrait des considérants:

3.

3.1 Le prêt de consommation est un contrat par lequel le prêteur s'oblige à transférer la propriété d'une somme d'argent ou d'autres choses fongibles à l'emprunteur, à charge pour ce dernier de lui en rendre autant de même espèce et qualité (art. 312 CO). A la fin du contrat, l'emprunteur doit rendre au prêteur la propriété d'autant de choses de même espèce et qualité (SCHÄRER/MAURENBRECHER, in Basler Kommentar, Obligationenrecht, vol. I, 6 e éd. 2015, n°11 ad art. 312 CO; TERCIER ET AL., Les contrats spéciaux, 5 e éd. 2016, n. 2529). Les dispositions régissant le contrat de prêt de consommation ne sont pas de nature impérative, de sorte que les parties peuvent en principe aménager librement leur relation contractuelle (art. 1 et 19 CO).

3.2 En matière civile, le prêt est réputé gratuit (art. 313 al. 1 CO). En matière de commerce, le prêt est en revanche présumé onéreux, de telle sorte que des intérêts sont dus (art. 313 al. 2 CO), à moins que les parties n'aient prévu le contraire (ALEXANDER BLAESER, Die Zinsen im schweizerischen Obligationenrecht, 2011, p. 83; SCHÄRER/MAURENBRECHER, op. cit., n°2 ad art. 313 CO; ROLF H. WEBER, in Berner Kommentar, 2013, n°9 ad art. 313 CO; BOVET/RICHA, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. I, 2 e éd. 2012, n°3 ad art. 313 CO; PETER HIGI, in Zürcher Kommentar, 3 e éd. 2003, n°13 ad art. 313 CO). Le prêt est de nature commerciale lorsque le prêteur octroie des prêts à titre professionnel (comme une banque) ou lorsque l'emprunteur utilise les fonds dans un but lié à ses affaires (SCHÄRER/MAURENBRECHER, op. cit., n°3 ad art. 313 CO; BOVET/RICHA, op. cit., n°3 ad art. 313 CO).

Le taux d'intérêt est en principe fixé par la convention (art. 314 al. 1 CO).

3.3 La notion d'intérêt n'est pas définie par le code des obligations. L'intérêt est généralement considéré comme étant la compensation due au créancier pour le capital dont celui-ci est privé ( ATF 136 III 247 consid. 5; ATF 115 II 349 consid. 3; 52 II 228 consid. 3; VON TUHR/

BGE 145 III 241 S. 246

PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, vol. I, 3 e éd. 1974, p. 68; GAUCH ET

AL., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, vol. II, 10 e éd. 2014, n. 2350; TERCIER ET AL., op. cit., n. 2537; BLAESER, op. cit., p. 6; pour une définition partiellement différente, cf. BENEDIKT MAURENBRECHER, Das verzinsliche Darlehen im schweizerischen Recht, 1995, p. 89 ss). En d'autres termes, l'intérêt constitue la contrepartie de la mise à disposition du capital pendant la durée du prêt ( ATF 136 III 247 consid. 5). Son montant est déterminé en fonction du taux appliqué, de la somme prêtée et de la durée du prêt ( ATF 115 II 349 consid. 3; 52 II 228 consid. 3; TERCIER ET AL., op. cit., n. 2537). Considéré à la lumière de la définition susmentionnée, un intérêt négatif ne constitue pas un intérêt au sens juridique du terme visé par les dispositions du code des obligations (JEAN-MARC SCHALLER, Negativzinsen im Aktiv- und Passivgeschäft von Banken, in Festschrift für Rolf H. Weber, 2016, p. 250; MAURENBRECHER/ECKERT, Aktuelle vertragsrechtliche Aspekte von Negativzinsen, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht [GesKR]2015 p. 369 s.; MARTIN PLENIO, Negativzinsen auf Girokontoguthaben bei der SNB - Eine rechtliche Betrachtung, RSDA 2015 p. 528; contra : ROHNER/WINKLER, Negativzinsen aus steuerrechtlicher Sicht, Zürcher Steuerpraxis [ZStP]1/2018 p. 23ss). En effet, en présence d'intérêts négatifs, l'on assiste à une inversion des flux de paiement. Ce n'est ainsi plus l'emprunteur qui rémunère le prêteur, mais au contraire ce dernier qui rétribue celui-là (MAURENBRECHER/ECKERT, op. cit., p. 377; SCHALLER, op. cit., p. 250). Certains auteurs qualifient l'intérêt négatif de "frais" que le prêteur d'une somme d'argent doit payer à l'emprunteur, calculés selon le montant dû et la durée de la dette, sans aucune conséquence sur la qualification du contrat comme contrat de prêt (cf. consid. 3.5.2 infra; MAURENBRECHER/ECKERT, op. cit., p. 370; ANDREAS HÜNERWADEL, in OR, Kommentar, schweizerisches Obligationenrecht, 3 e éd. 2016, n o 6 ad art. 313 CO; cf. aussi ATF 105 lb 348; s'agissant de la qualification sous l'angle du droit fiscal, cf. ROHNER/WINKLER, op. cit., p. 4).

3.4 Selon l'art. 5 al. 1 de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la Banque nationale suisse (LBN; RS 951.11), la BNS a pour mission de conduire la politique monétaire dans l'intérêt général du pays. Aux termes de l'art. 17 LBN, les banques doivent détenir des réserves minimales en vue de contribuer au bon fonctionnement du marché monétaire (al. 1). La BNS peut, au moyen d'une ordonnance, soumettre les émetteurs de monnaie électronique et d'autres émetteurs de moyens

#### BGE 145 III 241 S. 247

de paiement à l'obligation de détenir des réserves minimales, lorsque leur activité menace d'entraver gravement la mise en oeuvre de la politique monétaire (al. 2). Selon l'art. 18 al. 1 LBN, la BNS fixe le taux des réserves minimales que les banques doivent détenir en moyenne pour une période donnée; sont considérés comme réserves minimales les pièces de monnaie, billets de banque et avoirs en comptes de virement à la BNS que les banques détiennent en francs suisses. Conformément à l'art. 18 al. 5 LBN, la BNS fixe les modalités dans une ordonnance.

Dans l'ordonnance du 18 mars 2004 relative à la loi fédérale sur la Banque nationale suisse (OBN; RS 951.131), la BNS a défini à l'art. 13 OBN les actifs libellés en francs suisses que les banques peuvent prendre en compte pour satisfaire à l'obligation de détenir des réserves minimales - soit les pièces de monnaie courantes, les billets de banque et les avoirs en comptes de virement à la BNS - et à l'art. 14 OBN les engagements, libellés en francs suisses, dont elles doivent tenir compte pour le calcul des réserves minimales. Selon l'art. 15 al. 1 OBN, les réserves minimales à détenir s'élèvent à 2,5 % de la moyenne des montants que les engagements déterminants ont atteints à la fin de chacun des trois mois précédant la période d'application concernée. Selon le chiffre 2.2.1 de ses Conditions générales - qui régissent les opérations qu'elle conclut en vertu des art. 9 ss LBN -, la BNS peut rémunérer les avoirs en comptes de virement ou prélever un intérêt négatif sur ces avoirs s'ils excèdent un certain montant (montant exonéré) qu'elle détermine; le cas échéant, la BNS fixe dans une note le taux de l'intérêt négatif, les montants exonérés et d'autres modalités; le taux d'intérêt et les montants exonérés peuvent être modifiés en tout temps. Selon sa note du 1 er mai 2015 concernant le prélèvement d'un intérêt négatif sur les avoirs en comptes de virement, la BNS, se fondant sur le chiffre 2.1.3 de ses anciennes Conditions générales

(correspondant au chiffre 2.2.1 en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019), prélève un intérêt négatif, fixé à - 0,75 % par an à compter du 22 janvier 2015 et jusqu'à nouvel avis, sur les avoirs en comptes de virement libellés en francs suisses, si ces avoirs excèdent un certain montant exonéré, calculé selon le chiffre 4 de la note. En prélevant un intérêt négatif sur les avoirs en comptes de virement détenus par les banques auprès d'elle, la BNS avait pour objectif de

#### BGE 145 III 241 S. 248

faire passer le taux LIBOR pour les prêts interbancaires en francs suisses - qu'elle ne contrôle pas directement, puisqu'il est déterminé par les conditions sur le marché interbancaire, mais dont elle peut influencer le niveau notamment par le prélèvement d'un intérêt négatif sur les avoirs en comptes de virement - en territoire négatif, ce qui a immédiatement été le cas et est encore le cas à ce jour, étant précisé que l'intérêt négatif prélevé sur les avoirs en comptes de virement est toujours fixé à - 0,75 % par an.

### 3.5

3.5.1 Dans le cadre des prêts bancaires, il est fréquent que les parties prévoient un taux d'intérêt indexé à un taux variable (par exemple LIBOR ou EURIBOR [Euro Interbank Offered Rate]), de manière que le calcul des intérêts contractuels soit lié aux conditions du marché (SCHÄRER/MAURENBRECHER, op. cit., n°2 ad art. 314 CO; MAURENBRECHER/ECKERT, op. cit., p. 375; CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, Negativzins: Vergütung für die Übernahme des Geldwertrisikos durch den Kapitalnehmer, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft [ZfPW]1/2015 p. 370). Elles ajoutent généralement à ce taux variable servant d'indice un taux fixe, lequel est communément considéré comme la marge que la banque se réserve en guise de rémunération et de compensation pour le risque de crédit encouru (BLAESER, op. cit., p. 93; MAURENBRECHER/ECKERT, op. cit., p. 375; ZELLWEGER-GUTKNECHT, op. cit., p. 370; SCHALLER, op. cit., p. 265 s.). La chute du taux de référence dans des valeurs négatives - en raison singulièrement de la politique monétaire de la BNS (cf. consid. 3.4 supra) - peut, en fonction de la marge convenue par les parties à un tel contrat de prêt, mener à un taux d'intérêt total négatif (SCHALLER, op. cit., p. 265). Il reste à déterminer si les intérêts négatifs sont compatibles avec la notion même de prêt de consommation et les conséquences qu'entraîne le passage d'un taux d'intérêt total dans des valeurs négatives.

3.5.2 A l'échéance du prêt, l'emprunteur est en principe tenu de restituer au prêteur autant de biens de même espèce et qualité (art. 312 al. 1 CO). Comme les dispositions régissant le contrat de prêt de consommation ne sont pas de nature impérative, les parties peuvent en principe aménager librement leur relation contractuelle (cf. consid. 3.1 supra). Le Tribunal fédéral a ainsi considéré que les parties étaient libres de prévoir, dans le cadre d'un contrat de prêt partiaire, une participation aux pertes, admettant par là même que le montant à

#### BGE 145 III 241 S. 249

restituer à l'issue du contrat puisse être inférieur à celui consenti au départ, sans que cela altère la qualification du contrat de prêt partiaire (ATF 99 II 303 consid. 4). La doctrine majoritaire estime également que les parties peuvent déroger à l'art. 312 CO, en prévoyant notamment que l'emprunteur devra restituer, au terme du prêt, un montant inférieur à celui qu'il a reçu (SCHÄRER/MAURENBRECHER, op. cit., n o 11 ad art. 312 CO; MAURENBRECHER/ECKERT, op. cit., p. 377; WEBER, op. cit., n o 64 ad art. 312 CO; MAU-

RENBRECHER, op. cit., p. 126; contra : DIETER MEIER, *Das partiarische Darlehen*, 1988, p. 25). Si les parties conviennent que l'emprunteur devra rembourser un montant supérieur à celui mis à sa disposition, il s'agit d'un prêt onéreux. Si elles prévoient que l'emprunteur restituera une somme inférieure au capital prêté, cette différence correspond à une donation (SCHÄRER/ MAURENBRECHER, op. cit., n o 12a ad art. 312 CO; BLAESER, op. cit., p. 81; HIGI, op. cit., n o 92 ad art. 312 CO). Plus délicate est en revanche la question de savoir si les intérêts négatifs sont conciliables avec l'essence même du contrat de prêt. En effet, les intérêts négatifs affectent l'équilibre même du contrat de prêt, puisque les intérêts ne constituent alors plus la contrepartie de la mise à disposition du capital, mais une obligation supplémentaire à la charge du prêteur. En d'autres termes, l'emprunteur est rétribué pour l'utilisation d'un capital mis à sa disposition et peut se contenter de rembourser une somme inférieure au montant prêté (SCHÄRER/MAURENBRECHER, op. cit., n o 1c ad art. 314 CO). Plusieurs auteurs semblent admettre que les parties puissent convenir d'un taux d'intérêt aléatoire pouvant, le cas échéant, aboutir au versement d'intérêts négatifs, sans que cela ne remette en question la qualification de prêt (ZELLWEGER-GUTKNECHT, op. cit., p. 373 s.; SCHÄRER/MAURENBRECHER, op. cit., n° 1c ad art. 314 CO, qui opèrent une distinction entre les opérations de dépôt et l'activité de crédit de la banque; MAURENBRECHER/ECKERT, op. cit., p. 377. Ces deux auteurs estiment en revanche qu'un contrat prévoyant un taux d'intérêt négatif fixe serait contraire à la nature du contrat de prêt). Les parties peuvent exclure le paiement d'intérêts négatifs en prévoyant expressément que le taux d'intérêt total (taux de référence + taux fixe) ne peut pas être inférieur à zéro, ou encore stipuler que le taux de référence lui-même, en tant que base de calcul de l'intérêt dû contractuellement, ne peut pas être inférieur à zéro, ce qui permet de garantir dans tous les cas la marge de la banque (cf. les recommandations de la Loan Market Association, lettre A.c supra). En vertu du principe de la liberté contractuelle, il leur est également

#### BGE 145 III 241 S. 250

loisible de prévoir expressément le paiement d'intérêts négatifs par le prêteur à l'emprunteur (PLENIO, op. cit., p. 528 s.). S'il n'est pas certain qu'une telle convention soit encore compatible avec l'essence même du contrat de prêt, elle n'en est pas moins valable et devrait être qualifiée de contrat de prêt atypique ou de contrat innommé (cf. sur ce point, SCHÄRER/MAURENBRECHER, op. cit., n o 1c ad art. 314 CO). La question de savoir si le passage en territoire négatif du taux de référence, voire du taux d'intérêt total incluant la marge de la banque, peut conduire à la suppression de cette marge, voire à l'inversion de l'obligation de paiement des intérêts en ce sens que c'est le prêteur qui doit payer des intérêts négatifs à l'emprunteur, doit être résolue par l'interprétation du contrat conclu par les parties. En l'absence de clauses expresses dans le contrat de prêt et lorsqu'une volonté réelle et commune des parties à cet égard ne peut pas être établie, comme en l'espèce, il y a lieu d'interpréter le contrat selon la théorie de la confiance.

3.5.3 Trois conceptions s'affrontent s'agissant des conséquences du passage en territoire négatif du taux de référence. Selon une première approche, le taux d'intérêt global ne saurait être inférieur à la marge de la banque (MAURENBRECHER/ECKERT, op. cit., p. 376; SCHÄRER/MAURENBRECHER, op.cit., n o 1c ad art. 314 CO; cf. aussi en droit allemand: HANNS-PETER KOLLMANN, *Negative Zinsen, Eine rechtsökonomische Analyse*, 2016, p. 135; WOLFGANG ERNST, *Negativzinsen aus zivilrechtlicher Sicht - ein Problemaufriss*, *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft*[ZfPW]1/2015p. 253; en droit français: FRANCIS-J. CRÉDOT, *Variation du taux d'intérêt en fonction d'un indice monétaire (LIBOR CHF 3 mois) - Taux devenu négatif - Obligation du prêteur d'appliquer le taux d'intérêt négatif*, *Revue de droit bancaire et financier* n. 2, mars 2016, p. 18; SAMIN/TORCK, *Taux d'intérêt négatif, obligation de restitution de l'emprunteur, rémunération du prêteur et marge commerciale de la banque: zéro est arrivé ou zéro pointé ?*, *Revue de droit bancaire et financier* n. 6, novembre 2018, p. 3 s.). Une interprétation objective de la convention devrait ainsi aboutir à la conclusion que le prêteur souhaitait conserver un bénéfice issu des intérêts fixes prévus contractuellement. En d'autres termes, il existerait une limitation ( floor ) de l'indice de référence à 0 %. Selon MAURENBRECHER/ECKERT, lorsque les parties n'ont pas expressément convenu du paiement d'intérêts

BGE 145 III 241 S. 251

négatifs par le prêteur à l'emprunteur, un renversement du paiement des intérêts ne devrait qu'exceptionnellement être couvert par la volonté hypothétique des parties, d'autant plus que dans le contrat de crédit, la partie intitulée "intérêts" ne fait généralement référence qu'aux obligations de l'emprunteur (MAURENBRECHER/ECKERT, op. cit., p. 375 s.). Selon une deuxième conception, si le taux d'intérêt total devient négatif au point que la marge est réduite à néant, le taux d'intérêt total équivaut à 0 % et aucune des parties ne doit payer d'intérêts à l'autre. Ainsi, si la marge ne doit pas être préservée, cela ne signifie pas encore que l'emprunteur dispose d'une prétention à l'encontre du prêteur pour le solde des intérêts qui serait inférieur à 0 % (SCHALLER, op. cit., p. 266 s.; cf. aussi en droit allemand: SIMON BEHR, *Vertragsrechtliche Zulässigkeit negativer Verzinsung im Einlagenbereich*, 2018, p. 195 s.; BINDER/ETTENSBERGER, "Automatischer" Negativzins bei darlehensvertraglichen Zinsänderungsklauseln im Niedrigzinsumfeld? - Vertragsauslegung und Lösungsansätze -, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht [WM]*2015 p. 2073 s.; en droit français: FRANCK AUCKENTHALER, *Taux d'intérêt négatif: le monde à l'envers?*, *Revue de droit bancaire et financier* n. 6, novembre 2016, p. 11; *Rapport du Haut Comité Juridique de la place financière de Paris sur la problématique des taux d'intérêts négatifs* du 30 mars 2017, p. 10 s.). Si les parties souhaitent maintenir la marge, indépendamment de la variation de l'indice de référence, elles doivent dès lors prévoir une clause spécifique à cet effet (SCHALLER, op. cit., p. 267). La troisième approche revient à admettre que le taux d'intérêt global puisse entrer en territoire négatif, permettant ainsi à l'emprunteur de réclamer des intérêts au prêteur. Ainsi, lorsque les parties ont prévu un calcul des intérêts selon la formule "taux variable + marge", elles ont accepté que cela puisse entraîner un intérêt total négatif (ZELLWEGGER-GUTKNECHT, op. cit., p. 373 s.; cf. aussi en droit allemand: LANGNER/MÜLLER, *Negativzinsen im Passivgeschäft auf dem Prüfstand*, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht [WM]*2015 p. 1983). Selon ZELLWEGGER-GUTKNECHT, si une inversion de l'obligation de paiement des intérêts ne va pas à l'encontre de la nature de l'intérêt en tant que contrepartie du prêt - en tout cas lorsque les parties ont prévu de fixer le taux d'intérêt contractuel selon une formule comprenant distinctement une marge générale et un taux de référence -, il convient de déterminer par interprétation si les parties ont effectivement prêté à la composante variable le sens d'une garantie de valeur.

BGE 145 III 241 S. 252

A cet égard, cet auteur estime que tant que les parties ne devaient pas, lors de la conclusion du contrat, tableur sur des taux de refinancement négatifs, un indice variable négatif pourrait, pour les contrats conclus avant l'apparition de taux d'intérêts négatifs, être considéré comme égal à zéro en tant que taux de référence pour la détermination de l'intérêt contractuel (ZELLWEGGER-GUTKNECHT, op. cit., p. 373 s.).

3.5.4 En l'espèce, il est constant que les parties ont conclu un contrat de prêt de consommation (art. 312 CO), à teneur duquel le prêteur devait mettre à disposition de la demanderesse la somme de 100'000'000 fr., le prêt portant intérêt au taux LIBOR-CHF à six mois augmenté d'un taux fixe de 0.0375 % par an, soit un taux variable indexé plus une marge fixe, et que cette clause ne prévoyait ni plafond ni plancher à son application. Le contrat ne contient aucune disposition sur les conséquences d'un éventuel passage du taux LIBOR-CHF à six mois en territoire négatif, ni sur une éventuelle garantie de la marge de 0.0375 % convenue en faveur de la défenderesse. Aucune clause du contrat ne traite expressément de la possibilité d'un renversement de l'obligation de paiement des intérêts. Au contraire, plusieurs de ses dispositions se réfèrent expressément au paiement d'intérêts par la seule demanderesse. Par ailleurs, il n'apparaît pas que les parties devaient, lors de la conclusion du contrat le 20 juillet 2006 - soit huit ans et demi avant l'introduction par la BNS, le 22 janvier 2015, d'un taux d'intérêt

négalif sur les avoils en comptes de virement -, tabler sur des taux de refinancement négatifs, ni que la défenderesse puisse se refinancer à un taux d'intérêt négatif, étant précisé que les banques ne se refinancent pas nécessairement aux taux de référence sur le marché interbancaire (cf. MAURENBRECHER/ECKERT, op. cit., p. 375). Dans ces circonstances, l'interprétation objective du contrat ne permet pas de retenir, selon le sens qui pouvait lui être donné de bonne foi au moment de sa conclusion, qu'en cas d'évolution du taux LIBOR-CHF à six mois en territoire négatif, ce serait le cas échéant à la défenderesse de payer à la demanderesse des intérêts négatifs. Le caractère onéreux du prêt s'apprécie en principe au regard de la durée totale du prêt, sauf lorsque comme en l'espèce les parties ont réglé spécifiquement le calcul des intérêts en prévoyant des périodes d'intérêts déterminées. Ainsi, la question du flux des intérêts doit être examinée en fonction de chaque période d'intérêts choisie par les parties.

#### BGE 145 III 241 S. 253

La cour cantonale a certes retenu que compte tenu de leur qualité de professionnels de la branche et du caractère fluctuant des marchés monétaires et financiers, les parties avaient clairement envisagé que des fluctuations du taux LIBOR-CHF puissent survenir. Toutefois, cela ne suffit pas à retenir qu'elles auraient également envisagé un renversement, ne serait-ce que temporaire, de l'obligation de payer des intérêts, en cas de passage du taux LIBOR-CHF à six mois en territoire négatif. La demanderesse ne peut par ailleurs rien déduire en sa faveur du fait que, dans le cadre d'autres prêts qu'elle a contractés ou aurait pu contracter à des dates inconnues, des intérêts négatifs lui ont été ou auraient pu lui être versés par le prêteur (cf. lettre A.f supra), dès lors qu'on ignore tout du contenu des relations contractuelles qui ont été ou auraient pu être nouées. De même, la demanderesse ne peut rien tirer en sa faveur du fait que, selon des pièces qu'elle a produites en appel seulement et que les juges cantonaux ont considérées comme irrecevables - soit un arrêt de la Cour d'appel de Colmar (France) du 8 mars 2017 (pièce 38) ainsi qu'une ordonnance de référé d'un Tribunal parisien rendue le 25 septembre 2017 (pièce 39) -, des tribunaux français auraient jugé que dans le cas de prêts en francs suisses d'une durée de 25 ans, avec un taux d'intérêt variable basé sur le taux LIBOR-CH à trois mois sans stipulation d'un plancher, le caractère onéreux du prêt devait s'apprécier sur la totalité de la durée contractuelle et n'était pas annulé par le fait que le taux d'intérêt devienne négatif durant une certaine période. En effet, des décisions françaises prises en application du droit français, et au regard d'un état de fait largement inconnu, ne sont d'aucune pertinence pour l'interprétation objective du contrat présentement litigieux selon le droit suisse et sur la base des circonstances concrètes de la présente espèce. De même et pour les mêmes motifs, il importe peu que dans deux décisions récentes auxquelles se réfère la défenderesse, la Cour suprême d'Autriche ait considéré qu'une évolution négative du taux d'intérêt de référence ne pouvait pas aboutir à ce que le prêteur soit tenu de payer des intérêts à l'emprunteur.

3.5.5 Subsiste la question de savoir si, en application du principe de la confiance, l'interprétation du contrat conclu par les parties permet de retenir que celles-ci entendaient préserver la marge fixe du prêteur de 0,0375 %, indépendamment de la variation du taux LIBOR-CHF

#### BGE 145 III 241 S. 254

à six mois, ou au contraire limiter uniquement le taux d'intérêt global à 0 % sans garantir la marge bénéficiaire du prêteur. La marge correspond à la rémunération du prêteur pour les coûts et les risques engagés dans l'exécution du contrat. Faute de clause spécifique, on pourrait soutenir que les parties n'entendaient objectivement pas assurer au prêteur la réalisation d'un gain minimum correspondant à la marge. Par conséquent, le prêteur devrait supporter le risque de voir sa marge amputée par la variation, défavorable pour lui, de l'indice

de référence. Il ne faut cependant pas perdre de vue que le contrat conclu en l'espèce est réputé onéreux (art. 313 al. 2 CO). A défaut d'accord contraire, l'emprunteur est ainsi tenu de verser des intérêts au prêteur. Le caractère onéreux du prêt s'apprécie en principe au regard de la durée totale du prêt. En l'espèce, les parties ont toutefois prévu de calculer et de payer les intérêts à intervalles semestriels, avec la possibilité de dénoncer le prêt en cas de retard dans le paiement des intérêts. Il paraît raisonnable d'y voir objectivement la volonté d'obtenir une contrepartie à chaque échéance. Il est dès lors tout aussi raisonnable de soutenir que la variation de l'indice de référence ne saurait en l'occurrence conduire à la suppression de la marge, sous peine d'ôter à la convention conclue par les parties son caractère onéreux. La marge fixe, déterminée notamment en fonction du risque de crédit encouru, ne dépend pas de l'évolution de l'indice de référence, étranger à sa fixation. Admettre le contraire et considérer que la marge puisse être réduite en cas de passage en territoire négatif du taux de référence LIBOR-CHF à six mois pourrait revenir à nier la fixité de la marge convenue par les parties et à faire dépendre la marge de la variation de l'indice de référence. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que la convention a été conclue par les parties en 2006, soit à une époque où elles pouvaient difficilement prévoir que la marge serait potentiellement affectée par le passage en territoire négatif de l'indice de référence. Sur le vu de ce qui précède, l'interprétation de la convention consistant à retenir que les parties entendaient préserver la marge du prêteur, indépendamment de la variation du taux de référence LIBOR-CHF à six mois, apparaît à tout le moins tout aussi défendable que celle opérée par la cour cantonale. Point n'est toutefois besoin de trancher cette question dans la mesure où la défenderesse a renoncé dans le cadre de la présente procédure à déposer une demande reconventionnelle en vue de réclamer le paiement de la marge.

#### BGE 145 III 241 S. 255

3.5.6 En définitive, force est de constater que, contrairement à ce que soutient la demanderesse, les juges cantonaux n'ont pas violé les principes régissant l'interprétation des contrats en retenant, sur la base d'une interprétation objective du contrat de prêt litigieux qui échappe à la critique, que la demanderesse ne peut pas réclamer à la défenderesse le paiement d'intérêts négatifs, ce qui conduit au rejet de la demande.