

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

Der Rekurrent ist unbestrittenermassen aufrechtstehend im Sinne des Art. 59 BV und die Forderung von Fr. 10,000.—, die der Rekursbeklagte gegen ihn erhebt, ist eine persönliche Ansprache im Sinne jener Verfassungsbestimmung. Über eine Klage des Rekursbeklagten auf Zahlung der Fr. 10,000.— darf danach kein anderer Richter als derjenige des Kantons Zürich, wo der Rekurrent seinen Wohnsitz hat, urteilen, wenn der Rekurrent auf diese Verfassungsgarantie nicht verzichtet hat. Der Appellationshof hatte nun freilich nicht darüber zu entscheiden, ob der Rekurrent die Fr. 10,000.— schulde, sondern lediglich darüber, ob er verpflichtet sei, zur Bildung des Schiedsgerichtes mitzuwirken, das im Vertrag vom 1. April 1935 vorgesehen ist. Das ist eine prozessrechtliche, keine materiellrechtliche Frage, und auf blosser prozessrechtlicher Ansprüche des Rekursbeklagten gegen den Rekurrenten bezieht sich der Schutz des Art. 59 BV nach der Praxis nicht (vgl. BGE 17 S. 364 ; 29 I S. 418). Das Bundesgericht hat allerdings früher den Anspruch gegen eine Privatperson auf Mitwirkung zur Bildung eines Schiedsgerichtes als materiellrechtlichen aufgefasst ; mit dem Entscheid i. S. Jörg gegen Jörg vom 28. Mai 1915 (BGE 41 II S. 536 ff.) hat es aber diesen Standpunkt aufgegeben. Obwohl somit der Appellationshof nicht über eine persönliche Ansprache im Sinn des Art. 59 BV zu urteilen hatte, so folgt daraus jedoch nicht, dass seinem Entscheid gegenüber der Schutz des Art. 59 BV überhaupt versagt. Er hatte immerhin darüber zu entscheiden, ob der Rekurrent zur Bildung eines Schiedsgerichtes Hand bieten müsse, das über eine gegen ihn erhobene persönliche Ansprache im Sinn des Art. 59 BV urteilen sollte. Im Streit stand also der Zwang zur Einlassung auf das Verfahren vor einem solchen Schiedsgericht. Gegenüber einem derartigen Zwang bietet die Garantie des Art. 59 BV, sofern das Schiedsgericht nicht der Hoheit des Wohnsitzkantons des Beklagten unterstehen soll, ebenso Schutz, wie dann, wenn der

Beklagte zur Einlassung vor dem staatlichen Richter eines andern Kantons als desjenigen seines Wohnsitzes angehalten wird (Entscheide des Bundesgerichtes i. S. Lude g. Seiler vom 3. Juni 1927, Erw. 2, i. S. Maier g. Bichsel vom 26. November 1937 S. 6). Es steht aber fest, dass das Schiedsgericht, bei dessen Bildung der Rekurrent nach dem angefochtenen Entscheid mitwirken muss, seinen Sitz in Bern haben und demgemäss unter der Hoheit des Kantons Bern stehen soll (vgl. BGE 57 I S. 301 Erw. 2). Der angefochtene Entscheid verstösst daher gegen die Garantie des Art. 59 BV, wenn der Rekurrent nicht eingewilligt hatte, dass der Streit über die Forderung des Rekursbeklagten von einem unter bernischer Hoheit stehenden Schiedsgericht beurteilt werde. Eine solche Erklärung läge im Vertrag vom 1. April 1935, sofern Burri diesen rechtswirksam als Stellvertreter des Rekurrenten in dessen Namen geschlossen hätte oder der Rekurrent nachträglich an seiner Stelle in den Vertrag eingetreten wäre. Diese Voraussetzungen treffen aber nicht zu.....

Der Entscheid des Appellationshofes ist deshalb wegen Verletzung des Art. 59 BV aufzuheben.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid des Appellationshofes des Kantons Bern, III. Zivilkammer, vom 2. März 1938 aufgehoben.

VII. DEROGATORISCHE KRAFT  
DES BUNDESRECHTS

FORCE DÉROGATOIRE DU DROIT FÉDÉRAL

35. Extrait de l'arrêt du 24 juin 1938

dans la cause Banque X & C<sup>ie</sup> contre Etat de Fribourg.

*Le secret des banques (art. 47 loi sur les banques) et l'obligation de renseigner le fisc cantonal. Celui-là prime-t-il celle-ci ? En général ? S'il s'agit de l'imposition de la banque elle-même ? Questions non résolues.*

Lorsque le fisc refuse une déclaration d'impôt concernant le produit du travail, il peut sans arbitraire procéder à une taxation d'office (Ermessenstaxation) chaque fois que le contribuable, à la demande de l'autorité, ne produit pas sa comptabilité ou ne produit qu'une comptabilité incomplète ou insuffisante. Peu importe que le contribuable soit ou non fondé, en vertu du secret auquel il serait tenu et notamment du secret bancaire, à ne pas fournir une comptabilité complète. Obligation du fisc de désigner, à la requête du contribuable, un expert neutre ? Question laissée indécise.

#### *Résumé des faits :*

Le Service cantonal des contributions n'a pas accepté la déclaration d'impôt de la Banque X & C<sup>ie</sup>. Il a fixé le revenu imposable à un montant plus élevé que celui qu'indiquait la contribuable. Celle-ci ayant formé recours, le Service cantonal chargea un de ses contrôleurs d'examiner les livres de la banque. Cette expertise n'a pu avoir lieu que partiellement, car le chef de la maison, invoquant le secret professionnel, refusa de dévoiler les noms de certains titulaires de comptes créanciers. La Commission cantonale de recours en matière d'impôt débouta la Banque X pour les motifs ci-après :

L'expertise comptable a été ordonnée en vertu de l'art. 47 ch. 2 de la loi fribourgeoise d'impôt, qui permet aux organes du fisc de recourir à cette mesure chaque fois qu'ils ne s'estiment pas assez renseignés ou qu'ils ont des doutes sur la sincérité de la déclaration. L'examen des comptes révèle que les associés n'ont pas touché d'appointments en 1936 et n'ont fait qu'un prélèvement insignifiant. Le chef de la maison doit cependant pourvoir à son entretien et à celui de sa famille. Comme, d'après les dossiers fiscaux où il est intéressé, il n'a pas d'autres ressources que celles provenant de la société — abstraction faite du revenu de sa fortune personnelle, qui ne lui permet pas de faire face à ses dépenses effectives —, on peut supposer qu'il a remédié à cette insuffisance en prélevant des intérêts comptabilisés à des créanciers fictifs. La connaissance des titulaires des comptes est indispensable pour

apprécier l'authenticité des inscriptions. L'examen du mouvement des comptes n'est pas décisif. L'argument du secret professionnel ne résiste pas à l'examen. En l'espèce, l'expertise n'a pas été ordonnée en vue de l'imposition des clients de la banque, mais en vue de l'imposition de la banque elle-même. Si le fisc appelé à taxer les banques ne pouvait procéder à une vérification, il serait obligé, à l'égard d'une classe de contribuables, de s'en tenir exclusivement à leurs déclarations.

À la suite de cette décision, la banque proposa que les comptes fussent examinés par un expert neutre. La Direction cantonale des finances déclina cette offre.

La Banque X a formé un recours de droit public tendant à l'annulation de la décision de la Commission cantonale. Elle invoque la violation des art. 4, 31, 34<sup>ter</sup>, 64 et 64<sup>bis</sup> CF et des art. 9 et 11 Const. frib. Elle prétend que la décision attaquée porte atteinte au secret des banques. Elle soutient en outre qu'aucune disposition du droit fribourgeois ne permet de lever ce secret, du moins en ce qui concerne les comptes courants, et qu'au surplus rien ne justifiait une expertise.

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

#### *Extrait des motifs :*

La recourante prétend que le fisc fribourgeois n'était pas en droit, sous prétexte que la recourante avait refusé d'indiquer les titulaires de certains comptes créanciers, de procéder à son égard à une taxation d'office ; sans compter qu'aucune raison sérieuse ne justifiait un tel contrôle, celui-ci étant exclu par le secret des banques consacré par la loi fédérale du 8 novembre 1934 et protégé d'une manière particulière par le législateur fribourgeois.

a) La recourante invoque les art. 9 et 11 Const. frib. qui garantissent l'égalité des citoyens devant la loi et la liberté du commerce et de l'industrie. Mais ces dispositions n'ont, par rapport aux art. 4 et 31 CF, aucune signification distincte.

La violation de la liberté du commerce et de l'industrie résiderait dans le fait que les banques fribourgeoises ne seraient plus en état de soutenir la concurrence avec les autres banques suisses, dès le moment où dans le canton de Fribourg le secret des banques serait supprimé ou compromis par des décisions telles que la décision attaquée. Mais l'art. 31 CF ne saurait être invoqué en l'espèce, car des impôts généraux, comme l'impôt sur le produit du travail, ne constituent pas des impôts « se rattachant à l'exercice de professions commerciales » au sens de la lettre e de la disposition constitutionnelle (SALIS, Bundesrecht, t. II, n° 801). L'art. 31 n'assure au commerçant ou à l'industriel aucune protection contre des impôts généraux, même lorsque, de fait, le montant de ceux-ci rend plus difficile voire impossible la lutte contre la concurrence (BURCKHARDT, Comm., p. 247).

b) La recourante invoque les art. 34ter et 64bis CF, mais elle n'explique pas en quoi ces dispositions auraient été violées. Les articles précités contiennent des normes de compétence, ils ne confèrent pas au citoyen des droits constitutionnels. C'est cependant sous cet angle que la recourante se plaint d'une violation du secret des banques. Elle manifeste ainsi qu'elle entend en réalité se prévaloir de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 2 Disp. trans. CF) : le fisc fribourgeois aurait appliqué à tort le droit cantonal au lieu du droit fédéral, la loi fribourgeoise d'impôt au lieu de la loi sur les banques portée en vertu des art. 34ter, 64 et 64bis CF. La recourante prétend, il est vrai, que la violation du secret des banques constitue encore une atteinte à ses intérêts personnels (art. 28 CC, 49 CO). Mais les droits attachés à la personnalité concernent les rapports des particuliers entre eux, et même si l'on devait considérer le secret des banques comme un droit de la personnalité, ce droit appartiendrait au client de la banque, non à la banque elle-même.

L'art. 47 litt. b de la loi sur les banques punit celui qui, en qualité de membre d'un organe ou d'employé de la

banque, de reviseur ou d'aide reviseur, de membre de la commission des banques, de fonctionnaire ou d'employé du secrétariat, viole la discrétion à laquelle il est tenu en vertu de la loi ou le secret professionnel. Pour les organes de revision, cette disposition est la sanction de l'obligation de discrétion qui leur est imposée par les art. 20 et 23 de la loi. En revanche, il n'existe pas de disposition analogue pour les organes et les employés de la banque elle-même. A leur égard, le secret professionnel du banquier se trouve consacré par le législateur d'une manière indirecte, par l'établissement d'une norme pénale. Les travaux préparatoires ne fournissent aucune indication sur le sens et la portée de l'art. 47 et notamment sur les rapports entre le secret des banques, d'une part, et l'obligation de renseigner le juge civil ou pénal ainsi que les autorités de poursuite et les autorités fiscales, d'autre part. Il appartiendrait dès lors aux tribunaux de définir ces rapports.

Dans la correspondance échangée avec le Conseil fédéral (art. 194 OJ) en la cause Keller c. Zurich (décision de radiation du 18 juin 1937), le Tribunal fédéral avait, il est vrai, soutenu que l'art. 47 de la loi sur les banques sanctionnant le secret professionnel du banquier avait le caractère d'une loi administrative ou de police et que, partant, le grief de violation de la force dérogatoire du droit fédéral devait être examiné par le Conseil fédéral (art. 189 al. 2 OJ). Celui-ci estima au contraire qu'il fallait considérer l'art. 47, du moins en ce qui concerne les organes et employés de la banque, comme une simple norme pénale : la compétence du Tribunal fédéral était donc acquise. Tout en conservant des doutes à ce sujet, le Tribunal fédéral s'était rallié au point de vue du Conseil fédéral pour des raisons d'opportunité. Il n'y a pas lieu de procéder à un nouvel échange de vues avec le Conseil fédéral.

Il s'agirait en l'espèce de savoir si le secret des banques consacré par l'art. 47 de la loi sur les banques prime l'obligation de renseigner le fisc, obligation que la Commission cantonale déduit de l'art. 47 de la loi fribourgeoise

d'impôt. Nul doute que le chef de la maison X ne soit un « organe » de la société en nom collectif qu'il dirige, au sens de l'art. 47 de la loi fédérale, et qu'à ce titre il ne puisse invoquer son obligation de discrétion. En contrevenant à cette obligation, X aurait commis un acte objectivement illicite appelant une sanction pénale. L'illicéité de cet acte aurait toutefois pu être levée par une injonction spéciale d'une loi (fédérale ou même cantonale) et notamment par une disposition statuant une obligation de renseigner (cf. p. ex. art. 32 et 321 n° 3 Code pénal suisse), à condition que cette règle particulière ait le pas sur l'obligation de discrétion. Il faudrait donc décider si, comme le soutient CAPITAINE (Le secret professionnel du banquier), la loi sur les banques a institué un secret absolu, opposable, nonobstant disposition contraire du droit cantonal ou fédéral, tant aux autorités qu'aux particuliers, ou si, au contraire, la loi nouvelle n'a fait que sanctionner une obligation préexistante de discrétion, qui peut céder devant l'obligation de renseigner les autorités judiciaires ou administratives. Même dans cette seconde hypothèse, on ne saurait donner au conflit entre l'art. 47 LB et la législation cantonale ou fédérale une solution d'ensemble ; il conviendrait, dans chaque cas particulier, de mettre en regard les dispositions en cause et de comparer les intérêts en présence : le prix que le législateur attache à la confiance envers les banques et, par ex., l'intérêt public à ce que la lumière se fasse dans un procès pénal. On peut remarquer qu'en matière de poursuite, ainsi qu'il a été jugé (RO 51 III 40 et 56 III 48, confirmés par l'arrêt RO 63 III 76, postérieur à l'entrée en vigueur de la loi sur les banques), le banquier détenteur de valeurs saisies ou séquestrées ne peut invoquer son secret professionnel pour refuser de renseigner l'office sur l'existence et la consistance du dépôt ; l'office ne dispose, il est vrai, d'aucun moyen de contrainte pour forcer le tiers de satisfaire à son obligation. En l'espèce, l'intérêt public en jeu est un pur intérêt fiscal ; mais on ne peut dire, d'une manière générale, que, comme

tel, il doit nécessairement être primé par le secret bancaire. Sans résoudre ces questions, on pourrait considérer que les renseignements exigés par le fisc ne devaient pas servir ici à l'imposition d'un client de la banque, mais à l'imposition de la banque elle-même. Celle-ci ne jouant pas le rôle d'un tiers dans une procédure de taxation, il s'ensuivrait que les principes régissant cette procédure ne seraient pas applicables ; la banque ne pourrait invoquer son secret professionnel pour refuser de donner des indications que tout contribuable, dans les mêmes conditions, est tenu de fournir. Mais la recourante objecte que, même en donnant des renseignements dans la procédure de taxation qui la concerne, elle violerait son secret professionnel à l'égard de ses clients. Cela est exact : il pourrait en effet se trouver, parmi les titulaires de comptes courants dont la commission voudrait connaître les noms, des personnes astreintes à l'impôt dans le Canton de Fribourg ; quant aux autres créanciers, ils peuvent avoir intérêt, sous divers rapports, à tenir secrètes leurs relations avec la banque. Toutefois, il n'est pas nécessaire, en l'espèce, de trancher le conflit entre l'obligation de discrétion du banquier et son obligation de renseigner l'autorité fiscale.

En effet, l'expert n'ayant pu se livrer à un examen complet de la comptabilité, la commission pouvait admettre que la recourante, dont la déclaration avait été refusée, n'avait pas fait la preuve du revenu qu'elle alléguait. Or, en tant que le refus de la déclaration n'est pas arbitraire, le fisc est en droit de procéder à une taxation d'office (Ermessenstaxation) du produit du travail chaque fois que le contribuable ne produit pas sa comptabilité ou ne produit qu'une comptabilité incomplète ou insuffisante (arrêts du 15 octobre 1937 en la cause Frech, du 4 février 1938 en la cause Schneeberger, du 6 mai 1938 en la cause Gantenbein, du 20 mai 1938 dans la cause Lifschitz). Pas plus qu'elle n'a à rechercher si le contribuable est ou non obligé de tenir une comptabilité, l'au-

torité n'a à se demander s'il est ou non fondé à ne pas la produire dans son intégralité. Si le secret des banques empêche la recourante d'indiquer les noms de certains titulaires de comptes, elle doit se soumettre à l'estimation des autorités fiscales, puisqu'elle se trouve dans l'impossibilité de rapporter la preuve de ses allégations (Beweisnotstand). S'il en résulte pour elle un inconvénient, elle doit l'accepter comme inhérent à la profession qu'elle exerce et au secret qui la lie ; cet inconvénient est d'ailleurs compensé par d'autres avantages (cf. arrêt Lifschitz). Tout au plus pourrait-on se demander si, pour permettre la preuve, l'autorité ne serait pas tenue, à la requête du contribuable, de désigner un expert neutre. Mais, outre qu'à l'égard de cet expert le secret bancaire serait violé, il paraît excessif d'exiger du fisc qu'il s'en remette, sans contrôle, à une telle expertise. Toutefois, la question peut aussi demeurer indécise, attendu que la recourante n'a requis la désignation d'un expert neutre que postérieurement à la décision attaquée.

c) ... Le Tribunal fédéral examine si les autorités fiscales fribourgeoises ont fait à l'égard de la recourante une application arbitraire de l'art. 47 de la loi cantonale d'impôt. Il conclut par la négative.

### 36. Arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 1938 dans la cause Dame Cottier contre Banque Populaire Genevoise.

Il n'appartient pas au juge, en matière de faillite ordinaire, de surseoir à statuer sur la réquisition de faillite, même à la demande du créancier ; il doit, au premier jour fixé pour la comparution, ou statuer séance tenante sur la réquisition, ou considérer le consentement du créancier au renvoi comme un retrait pur et simple de la réquisition. La pratique contraire implique une violation du principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 2 disp. transit. const. féd.).

A. — La Banque populaire genevoise (désignée ci-dessous en abrégé : la Banque) se trouvait, en août 1937,

créancière de Dame Augustine Cottier d'environ 16 000 francs. La créance était garantie par un cautionnement solidaire du mari de la débitrice et de son gendre, M. Gardet. Les cautions avaient déposé, l'une une police d'assurance-vie, l'autre 21 actions de la Banque en garantie de leur engagement.

Le 9 août 1937, la Banque requit la faillite de Dame Cottier et le 21 du même mois intenta des poursuites en réalisation de gage contre les cautions. Des pourparlers d'arrangement suivirent. Moyennant certains engagements de M. Gardet, la Banque déclara, le 11 septembre 1937, qu'elle ne requerrait pas la faillite. Les engagements n'ayant pas été tenus, la Banque renouvela sa demande de faillite en octobre. Le 20 octobre, Dame Cottier fut citée à comparaître à l'audience du 26 pour voir statuer par voie de procédure sommaire sur cette demande. La recourante ne se présenta pas à l'audience et la Banque consentit à un renvoi au 23 novembre. Le 29 octobre M. Gardet versa 6500 francs à compte sur le montant de la créance de la Banque. Après de nouvelles correspondances, M. Gardet fit un nouveau versement qui réduisit la créance de la débitrice à 9329 francs, qui devaient être payés par acomptes de 200 francs le 10 de chaque mois, plus les intérêts. M. Gardet versa 200 francs le 11 décembre, mais ne versa pas les 200 francs échus les 10 février et 10 mars 1938. Le 11 mars la Banque l'avisa qu'elle reprenait la poursuite contre les époux Cottier et lui-même. Durant ce temps la demande de faillite avait été, à la requête de la Banque, remise successivement au 14 décembre 1937, puis au 25 janvier, 22 février et enfin au 22 mars 1938.

Le 18 mars 1938 la Banque avisa Dame Cottier que son solde débiteur était de 9159 fr. 80 et que les promesses faites par M. Gardet pour le remboursement de ce solde n'ayant pas été tenues, son avocat demanderait le prononcé de la faillite à l'audience du 22 mars 1938, sauf paiement de 1127 fr. 20.