



Thèmes

Les grandes lignes:

1. **Responsabilité personnelle des client(e)s**
2. **Transparence**
3. **Responsabilité de la banque pour dommage causé par un tiers**
4. **Rôle du droit de la surveillance dans les litiges civils**

Autres décisions:

- Convention de Lugano
- Distinction entre cautionnement et reprise cumulative de dette
- Devoir de renseigner les héritiers
- Swissair

3



Responsabilité personnelle des client(e)s

- Contexte: Devoir d'information
 - Execution Only → mandat de conseil → mandat de gestion
- Mandat de conseil:
 - Gros risques ([TF 4A_444/2012](#), RSDA 2013 r11)
 - Risque d'émetteur ([TF 4A_525/2011](#); RSDA 2012 r27, Lehman)
- Mandat de gestion:
 - Risque d'émetteur ([TF 4A_624/2012](#), RSDA 2013 r12)
 - Agriculteur allemand demande à la banque d'acheter certains titres. Banque indique qu'elle ne connaît pas la société en question. Pertes.
 - TF: Client avait de l'expérience dans le domaine boursier (?!). S'il avait souhaité des clarifications supplémentaires, il aurait dû en faire part.

4

- Faits:
 - Conseil en placement. Crédit lombard presque deux fois supérieur à la fortune totale du client. Investissement dans un seul produit (développé et proposé par la banque). Pertes. Client: Violation du devoir de diligence de la part de la banque en conseillant une telle concentration de capitaux.
- Tribunal fédéral:
 - Devoir d'information de la banque:
 - Tous les éléments importants pour la formation de la volonté
 - Information sur les chances et les risques liés aux placements envisagés
 - Enquête du degré de risque que le client est prêt à assumer
 - Avertissement du client que sa stratégie n'est pas adéquate.
 - MAIS: **"En fin de compte, sa responsabilité n'est engagée que si le conseil, au moment où il a été donné, était manifestement déraisonnable."**

5

- Responsabilité personnelle du client:
 - "Il saute aux yeux qu'il était particulièrement risqué d'investir ... dans des obligations émises par une seule et même société, dont la banque avait signalé – ne serait-ce que à titre théorique – un risque de défaut."
- Rappel: [TF 4A 515/2010](#) (RSDA 2012 r12) – Viticulteurs valaisans:
 - TF: Banque n'a pas enfreint son devoir d'information. Attitude des recourants peu compatible avec les règles de la bonne foi en reprochant à la banque "de ne pas les avoir mis en garde au sujet d'un risque qui sautait aux yeux."

6

- Rétrospective: Admission d'une la violation du devoir d'information/devoirs contractuels
 - **TF 4C.385/2006 (information)**
 - Carreleur et femme au foyer, les deux retraités. Conseil en placement: plus de 13% de la fortune dans un produit.
 - **TF 4A 351/2007 (contrat)**
 - Gestion de fortune. Investissement allant jusqu'à 20 % dans des placements risqués bien que la stratégie de placement avait été fixée à un risque limité.
 - **TF 4A 481/2012 (contrat, RSDA 2013 r14)**
 - Gestion de fortune. Stratégie de placement duale avec risque limité (1) et élevé (2). Investissement de pratiquement l'ensemble du capital dans des titres à risque.
 - Toutefois: preuve du dommage pas apporté, refus de la réparation.

7



Transparence

- Rétrocessions
- Reddition de compte et obtentions de moyens de preuve

8

- Retro I: gfi, obligation de restitution ([ATF 132 III 466](#))
- Retro II: gfi, exigences relatives à la renociation de restituer ([ATF 137 III 393](#), RSDA 2012 r24)
- Retro III: banque, obligation de restitution, groupe de sociétés ([ATF 4A 127/2012](#), RSDA 2013 r31)
 - Communication FINMA No. 41
- Autres décisions:
 - [TF 4A 427/2011](#) (RSDA 2012 r25): **mandat de conseil**/assurances
 - [Handelsgericht ZH, 19 mai 2011](#) et [Handelsgericht ZH, 23 mai 2011](#): reddition de compte en cas de **mandat de conseil**; ZR 111/2012 p. 23: obligation contractuelle de confidentialité pas opposable au client (RSDA 2012, r27, r29, r28)
 - [Bezirksgericht Bülach, 22 novembre 2012](#): "Churning" et rétrocessions (RSDA 2013 r33)

9

- Élément décisif (TF, Retro III): risque que la prestation amène le mandataire à ne pas suffisamment prendre en compte les intérêts du mandant.
 - admis en cas de gestion de fortune
 - à admettre en cas de mandat de conseil
 - à rejeter en cas de "execution only"
 - **Question ouverte: prescription**
 - Vue d'ensemble: durée du contrat totale + 10 ans
 - [Obergericht Zürich: Retro III](#); [TF 4A 256/2011](#): compte courant (RSDA 2011 r1)
 - Vue individuelle: 5 ans ou 10 ans dès le versement de chaque prestation
- Tendances dans le droit de la surveillance:
- Transparence (et non restitution) indépendamment du type de contrat (MiFID/UCITS; FIDLEG)

10



Accès des client(e)s à la documentation concernant la relation bancaire

- Obligation de restitution selon LPD: [ATF 138 III 425](#) (RSDA 2012 r30)
- Obligation de reddition de compte et de restitution selon le droit du mandat, documents internes: [ATF 139 III 49](#) (RSDA 2013 r34)
- Attention aux questions procédurales:
 - Productions de pièces: [Handelsgericht ZH, 27 juillet 2012](#) (RSDA 2013 r36)
 - Mesures provisionnelles: [ATF 138 III 728](#) (RSDA 2013 r35)
- Développement dans le droit de la surveillance: FIDLEG

11



Mandat, documents internes (r34)

- Faits:
 - Cliente demande la reddition de compte au sujet des calculs du Margin Call de la part de la banque ainsi que la documentation concernant la communication banque/cliente
 - La banque refuse tout renseignement: il s'agit de documents internes. Etendue de la reddition de compte = étendue de la restitution
- Tribunal fédéral (1/2):
 - reddition de compte ≠ restitution.
 - **reddition de compte:**
 - Comprend tous les documents qui permettent au mandant de contrôler l'activité du mandataire.
 - Distinction entre documents strictement internes (pas pertinents pour le contrôle du mandataire) et documents internes soumis à la reddition de compte

12

- Tribunal fédéral (2/2)

- **Restitution:**

- Sert à la réalisation de l'obligation de loyauté et non pas au contrôle du mandataire.
- Dans certains cas : reddition de compte, mais pas de restitution, p. ex.
 - l'histoire du malade
 - documentation relative aux visites des clients.
- Reddition de compte par la remise de **copies** de tels documents.
- *Si* intérêt pépondérant du mandataire au secret: remise d'extraits au lieu de remise du document entier
- ❶ Sauf exception, l'obligation de restitution s'étend à **toutes les informations** soumises à l'obligation de rendre compte.

13

- Rapport mandat/LPD (1/2)

- Décision de l'instance cantonale LPD: Les notes internes de la banque sont pas soumises à l'obligation de restitution.
- Décision du TF droit du mandat: sont uniquement exceptés de la reddition de compte les documents strictement internes, qui «ne sont de toute manière pas importants» pour le contrôle du mandataire.
- Contradiction?
 - LPD: Instance cantonale, TF n'a pas statué sur la question
 - Deux domaines juridiques différents (à prendre en compte lors du choix de la base légale)

14

Questions procedurales (1/2)

- Reddition de compte = procédure ordinaire. Pas de production de pièces dans un procès en cours en se basant sur l'art. 400 al. 1 CO ([Handelsgericht ZH, 27 juillet 2012](#), RSDA 2013 r36)
 - Action en dommages-intérêts de clients en rapport avec des transactions boursières effectuées par la banque. client demande de production de pièces selon l'art. 400 al. 1 CO avant le deuxième échange d'écritures
 - Décision: La reddition de compte est un droit propre qui peut faire objet d'un procès civil. On ne peut le faire valoir par le moyen d'une demande procédurale.

15

Questions procedurales (2/2)

- Pas de reddition de compte par voie de mesures provisionnelles ([ATF 138 III 728](#), RSDA 2013 r35)
 - Héritiers demandent la reddition de compte par voie de mesures provisionnelles pour obtenir des informations sur les avoirs détenus par le *de cuius*
 - TF: demande en reddition de compte ne peut donner lieu à des mesures provisionnelles dès lors qu'elle a pour effet de régler définitivement le sort de la prétention découlant de l'art. 400 al. 1 CO

16

FIDLEG:

- Obligation de documenter l'étendue et l'objet de la prestation en question
- Rapports réguliers à l'attention des clients
- La preuve du respect des règles de conduite incombe au prestataire des services financiers. S'il ne parvient pas à apporter tel preuve: obligations sont réputées non respectées
- Sur demande: Obligation à remettre au client une copie du dossier dans les 30 jours

17

**Responsabilité de la banque pour dommage causé par
un tiers**

- Churning (RSDA 2013 r33)
- Escroqueries dans les locaux de la banque (RSDA 2013 r7, r8)
- ASE (banque cantonale bâloise), Behring (Sarasin), Infina (banque cantonale de Saint-Galle)
- conflit fiscal

18

- Faits:
 - gestionnaires de fortune indépendants
 - «Churning» à l'aide de rétrocessions
 - Escroquerie professionnelle; en partie usure professionnelle, en partie gestion des affaires infidèle

- Procédure pénale **contre la banque** (Dukascopy):
 - Confiscation des émoluments réalisés
 - Transaction judiciaire avec le ministère public, montant élevé à 6 chiffres

- Présence d'employés de banque: responsabilité admise ([TF 4A 477/2012](#), RSDA 2013 r7)
 - [TF 4C.193/2000](#) – directeur de banque reçoit investisseur avec plusieurs prétendus gérants. responsabilité de la banque admise

- Pas de présence d'employés de banque: responsabilité rejetée ([TF 4A 565/2012](#), RSDA 2013 r8)
 - La mise à disposition de locaux de banque ne suffit pas pour justifier une responsabilité. La banque n'a pas à supporter ce qui se déroule sans la présence d'employés de banque dans ses locaux.

- force importante pour la question d'indemnisation du côté de la banque: opinion public (ASE, Infina)

Rôle du droit du droit public/de surveillance (et de la FINMA) dans la procédure civile

- Pertinence d'une circulaire de l'ASB pour la question à savoir s'il y a une violation du contrat (RSDA 2013 r20)
- La FINMA comme "fact finder" pour le litige de droit civil:
 - Enquêtes/décisions de la FINMA (RSDA 2013 r17)
 - Plainte auprès de la FINMA comme instrument pour obtenir gain de cause dans un litige civil? (RSDA 2013 r49)
- Rapport entre la dévolution du gain illicite (Art. 35 al. 6 LFINMA) et les prétentions de droit civil (RSDA 2013 r49)

21

Circulaire ASB (r20)

Pertinence d'une circulaire de l'ASB pour la question à savoir s'il y a une violation du contrat ([Handelsgericht ZH, 23 août 2012](#), RSDA 2013 r20)

- Faits:
 - Banque suisse, broker étranger: contrat prévoit que la banque respecte "all applicable laws and regulations"
 - Prélèvement de l'impôt anticipé par la banque en application de la circulaire ASB 6584 (imposition à la source en matière de décompte de coupons, abrogé en 1.4.2008).
 - Broker: Prélèvement constitue une violation du contrat
- Handelsgericht ZH (1/2):
 - Pas de violation du contrat de la part de la banque

22

- Handelsgericht Zürich (2/2):
 - Non-respect de la circulaire porte le risque d'une violation de la loi fédérale sur l'impôt anticipé (art. 61 lit. c). *Ceci ne serait pas compatible avec la garantie d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 let. c^{bis} LB)*
 - Circulaire fait partie des "regulations" qui lient la banque.

23

Decision de la FINMA (r17)

Pertinence de l'enquête de la CFB/FINMA dans le cas Biber Holding ([ATF 138 III 781](#), SJ 2013, 213, RSDA 2013 r17)

- Faits:
 - Vente de titres Biber Holding par la banque. Mandat de conseil pas établi. 6 mois plus tard: faillite de Biber Holding.
 - Client: Titres proviennent du compte *nostro* de la banque ("Selbsteintritt"). Banque, en sa qualité d'actionnaire de référence, connaissait la situation particulière de la société
 - Violation du devoir de loyauté
- Obergericht ZH (1/2):
 - Confirme que la banque avait connaissance de la situation quasi-désespérée de l'émetteur *en s'appuyant* sur une décision de la CFB/FINMA (procédure selon l'art. 3 al. 2 let. c LB, activité irréprochable)

24

- Obergericht ZH (2/2):
 - Banque enfreint devoir de loyauté, si (!) les titres proviennent d'un compte *nostro* de la banque
- Autres aspects (**fardeau de la preuve**):
 - Obergericht: C'est au client d'établir que les titres proviennent d'un compte *nostro*
 - Client n'a pas apporté la preuve: rejet de la demande
- Tribunal fédéral:
 - Interprétation littérale de l'art. 437 CO (commission): Lorsque la banque ne révèle pas le nom du tiers: présomption de "Selbsteintritt"
 - Il appartient à la banque de renverser cette présomption
 - renvoi à l'instance cantonale

25

Plainte auprès de la FINMA (r49)

Plainte auprès de la FINMA: Instrument limité pour obtenir des avantages dans les litiges de droit civil ([ATF 139 II 279](#), RSDA 2013 r49)

- Faits:
 - Relation bancaire transférée à la filiale aux Bahamas sur conseil de la banque. Perte de EURO 1.7 million. Litige civil. Banque: invocation de la prescription selon le droit des Bahamas
 - Client:
 - Dénonciation auprès de la FINMA: filiale de la banque aux Bahamas ne dispose pas de l'autorisation requise par la FINMA
 - Demande d'ouverture d'une procédure administrative
- FINMA, TAF, TF: Client n'a pas la qualité de partie.

26

Dévolution du gain illicite (art. 35 al. 6 LFINMA) permet exclusivement le recouvrement de créances civiles incontestées ou constatées juridiquement ([ATF 139 II 279](#), RSDA 2013 r49)

- Faits (cf. supra)
- Tribunal fédéral
 - Confiscation du gain acquis est de nature purement administrative
 - pas de base légale pour les investisseurs de déduire un prétenion de droit public de l'art. 35 LFINMA
 - Dévolution ne sert pas comme voie alternative pour statuer sur des prétentions de droit civil qui sont contestées et lorsque les chances de succès semblent compromises

27

Autres décisions

- (Nouvelle) Convention de Lugano: For au domicile du consommateur ([4A 27/2013](#) = [139 III 278](#), RSDA 2013 r46)
 - Banque intente action contre client avec domicile en Allemagne. Clause d'élection de for (Suisse) contenue dans les Conditions Générales, signés en 1994. Client fait valoir l'invalidité de la clause en vue de l'art. 16 al. 3 de la CL: consommateur ne peut être actionné que devant les tribunaux de son Etat de domicile
 - Art. 15 CL: contrat de consommation si:
 - contrat conclu par un consommateur pour usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, **et**
 - fournisseur a exercé des activités commerciales dans l'Etat de domicile du consommateur **ou** a dirigé ses activités vers cet Etat.

28

- Tribunal Fédéral (1/2)
 - Fardeau de la preuve: Banque doit prouver l'existence de la clause d'élection du for. **Client doit prouver l'existence d'un contrat de consommation**
 - Activités commerciales dans l'Etat de domicile (non): Ouverture d'une succursale de la banque que **en 2006**.
 - Activités dirigés vers l'Etat de domicile (non): Client n'a pas démontré que la banque a dirigé ses activités vers l'Allemagne **avant 1994**
 - pas suffisant: fourniture de services "Offshore" et tenue de compte en "deutsche Mark" (avant 2001).
- critères d'application du for du consommateur s'apprécient selon la situation prévalant **avant** la conclusion de la clause d'élection de for (et pas au moment du litige).

29

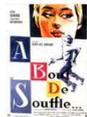
Autres décisions

- Distinction cautionnement/reprise cumulative de dette:
 - intérêt personnel du garant à la transaction garantie est un critère prépondérant ("zentrales Unterscheidungsmerkmal", [TF 4A 235/2012](#), RSDA 2013 r26)
- Devoir de renseigner les héritiers:
 - Pas de droit aux renseignements des héritiers si le *de cuius* était (seulement) ayant droit économique ([TF 5A 136/2012](#), RSDA 2013 r40)
 - Mais: Droit de renseignement selon les règles du mandat dans la mesure où la banque a assisté le client dans l'établissement de structures qui ont mené à son statut d'ayant droit économique (cf. [ATF 133 III 664](#))

30

- **Swissair: presque au bout!**
 - Plus de 100 décisions judiciaires
 - Révocation pour dol (art. 288 LP): terminée en 2012 (CHF 460 mio. pour les actionnaires)
 - Responsabilité des administrateurs: rejetées ([TF 4A 410/2011](#), [OGer ZH, 25.3.2013](#) [decision finale], RSDA 2013, r42, 43)
 - Restent: une action en paiement et deux actions pour responsabilité des administrateurs

31



Au bout!

...de souffle



merci de votre attention

32