



Journée 2016 de droit bancaire et financier

## Chronique de la jurisprudence civile

**Anath Guggenheim**  
Avocate au barreau de Genève  
LL.M New York University





## PLAN

- 1. Gestion de fortune, calcul du dommage**
  - Cour de justice du 11.09.2015 (ACJC/1030/2015)
  - ZH Handelsgericht du 27.05.2015 (HG110135)
  
- 2. Rétrocessions**
  - ZH Handelsgericht du 27.05.2015 (HG110135)
  - ZH Obergericht du 20.11.2015 (UE150065-O/U/HON)
  
- 3. Reddition de compte et preuve à futur**
  - ATF 141 III 564 du 16.12.2015 (4A\_191/2015)
  - Cour de justice du 24.06.2016 (ACJC 885/2016)
  
- 4. Conformité fiscale et rétention des avoirs**
  - TF 4A\_168/2015 et 4A\_170/2015 du 28.10.2015
  - Cour de justice du 08.05.2015 (ACJC/512/2015)
  - Cour de justice du 20.11.2015 (ACJC/1430/2015)
  - Cour de justice du 04.12.2015 (ACJC/1479/2015)
  - Tribunal première instance du 19.02.2016 (JTPI/2446/2016)





## PLAN

- 5. **Autres décisions**
  - **For au domicile du consommateur**  
TF 4A\_430/2015 09.02.2016
  - **Entraide judiciaire civile, droit d'être entendu**  
TF 4A\_340/2015 21.12.2015





## 1. Gestion de fortune, calcul du dommage (1/4)

❑ **ACJC/1030/2015 du 11 septembre 2015/ HG110135 du 27 mai 2015**

■ **Etats de fait:**

- Gérants de fortune indépendants au bénéfice mandat de gestion discrétionnaire
- Clients: Homme d'affaire (ACJC/1030/2015)/commerciale (HG110135)
- Profils « conservateurs »
- Allocation des actifs ne correspond pas au profil indiqué (ACJC/1030/2015)
- Changement de stratégie en cours de mandat (HG110135)
- Actions en responsabilité contre gérants

■ **Principes:**

- a. Charge de la preuve
- b. Calcul du dommage





## 1. Gestion de fortune, calcul du dommage (2/4)

### a. Charge de la preuve

- Client doit prouver:
  - conclusion contrat et son contenu (notamment stratégie et performances visées)
  - violation contrat (art. 397 al. 1, 398 al. 2 et 321e CO)
  - Lien de causalité
  - Dommage (42 al.1 CO, 42 al. 2 CO)
  
- Gérant doit prouver:
  - Demande ou accord du client concernant changement politique de gestion
  - « Qui ne dit mot de consent pas » (production relevés ou de rapports de gestion communiqués au client pas nécessairement suffisante)





## 1. Gestion de fortune, preuve du dommage (3/4)

### b. Calcul du dommage

- **Intérêt positif (Erfüllungsinteresse)**
  - Comparaison entre résultat portefeuille effectif et portefeuille hypothétique constitué et géré conformément au contrat pendant la même période (TF 4C.18/2004 du 3.12.2004)
  - Commissions perçues par gérant ne sont pas restituées
  
- **Portefeuille hypothétique:**
  - par référence aux performances enregistrées par échantillonnage de fonds de placement « CHF-pondérés » de plusieurs banques sur période considérée (TF 4A\_35/2007 du 15.01.2006, c. 3.3.1)
  - « Strategiefonds » (fonds mixtes correspondant au risque choisi)
  - Différence arithmétique entre performance conservatrice et non-conservatrice (titres, période)





## 1. Gestion de fortune, calcul du dommage (4/4)

### ▪ Moment calcul du dommage

- Résiliation du mandat (peut être déduite d'actes concluants; pas « Erfüllungspunkt » ou « Tag des Urteils der letzten kantonalen Instanz »)
- Pas d'obligation d'avoir vendu les titres
- Prise en compte dividendes ou gains futurs seulement si établis
- Prise en compte globalité du portefeuille et non pour chaque investissement





## 2. Rétrocessions (1/2)

❑ HG110135 du 27 mai 2015,/ UE150065-O/U/HON du 20 novembre 2015

### ■ Principes

- Tous avantages indirects qui proviennent de tiers en relation avec mandat (« *indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge des Auftragsführungs von Dritten zukommen* »)
- Rappel critères renonciation valable (ATF 132 III 460 c. 4.2; ATF 137 III 393, c. 2.2)
  - Information complète et fidèle portant notamment sur volume et base de calcul des rétrocessions permettant notamment de reconnaître conflits d'intérêts et comparaison avec honoraires de gestion convenus
  - Indication en pourcentage des actifs sous gestion
  - Renonciation expresse et claire (renonciation dans conditions générales uniquement si client y a spécifiquement été rendu attentif)
  - Charge de la preuve renonciation revient au mandataire, qui doit documenter (i) renonciation et (ii) information nécessaire à renonciation valable







## 2. Rétrocessions (2/2)

### ■ Questions ouvertes

- Prescription (127, 128 CO, *dies a quo*)
- 158 CP, 4a LCD





### 3. Reddition de compte et preuve à futur (1/3)

#### ■ ACJC/185/2015 du 20 février 2015

#### ▪ Etat de fait:

- Mandat gestion discrétionnaire, BMIS, «*claw-back*», blocage avoirs clients, client envisage faire constater absence de créance de la banque en remboursement et demander restitution rétrocessions
- Requête de preuve à futur portant sur documents internes banque en relation avec investissement Madoff

#### ▪ Considérants:

- Rappel 158 CPC
- Intérêt digne de protection à exiger la production de documents à l'appui de conclusions futures qui ne tendent pas uniquement à une reddition de compte
- 400 al. 1 CO
- Prétention matérielle et non de nature procédurale
- Droit accessoire indépendant qui doit faire objet action distincte au fond, décision revêtue force de chose jugée après examen en fait et en droit





### 3. Reddition de compte et preuve à futur (2/3)

- Les documents requis doivent:
  - Porter sur des faits pertinents et contestés
  - Etre décrits avec précision et indiquer à quel allégué futur ils se rapportent
  - Etre limités dans leur nombre
  - Ne pas servir à préparer allégués de faits encore inexistants ou à se renseigner sur affaires commerciales ou sphère privée partie adverse

#### ■ ATF 141 III 564 du 16.12.2015

- Lorsque le mandant cherche à recueillir des informations sur la manière dont la banque a accompli ses activités en rapport avec le mandat, il exerce manifestement le droit à la reddition de compte au sens de l'article 400 al.1 CO (**consid. 4.2.1**)





### 3. Reddition de compte et preuve à futur (3/3)

#### ■ ACJC 885/2015 du 24.06.2016

##### ▪ **Etat de fait:**

- Usurpation identité client, débits frauduleux sur son compte
- Ordres donnés par fraudeur par télécopie et courrier électronique et confirmés par téléphone
- Requête mesures provisionnelles et/ou preuve à futur tendant notamment à remise copie enregistrements conversations téléphoniques à certaines dates

##### ▪ **Considérants**

- L'appelant cherche à recueillir des informations sur la manière dont la banque a accompli ses activités en rapport avec le mandat, exerce le droit matériel à la reddition de compte au sens de 400 al.1 CO
- Prétention en reddition de compte contestée par partie adverse ne peut être ordonnée ni par voie provisionnelle
- Ni dans le cadre procédure preuve à futur





## 4. Conformité fiscale et rétention des avoirs (1/2)

### ■ TF 4A\_168/2015 et 4A\_170/2015 du 28 octobre 2015

- 257 CPC, cas clair: oui
- Principe juridique clair et incontesté: Le client a le droit d'obtenir, sur la base du rapport contractuel avec la banque, le versement au comptant de ses avoirs à la clôture du rapport bancaire sans avoir à justifier au préalable de sa conformité fiscale
- Si les objections présentées par la banque peuvent être facilement écartés, cas clair
- *In casu* pas d'examen au fond de ces objections

### ■ ACJC/512/2015 du 8 mai 2015

- 257 CPC, cas clair: non
- Litige soulève questions relatives au caractère abusif du comportement des parties
- On ne peut d'emblée exclure que garantie activité irréprochable (3 al.2 let c LB) ou que clauses conditions générales permettent à la banque de refuser de restituer les avoirs





## 4. Conformité fiscale et rétention des avoirs (2/2)

### ■ ACJC/1430/2015 du 20 novembre 2015 (mainlevée provisoire, 82 LP)

- Envoi d'un extrait de compte avec solde positif est une reconnaissance de dette et une renonciation à faire valoir exceptions et objections reconnues
- Client dispose d'une créance en restitution des avoirs déposés et d'un titre de mainlevée
- Banque ne peut s'opposer aux instructions du client en opposant uniquement 3 al. 2 lit. c LB (circonscrit au droit public)

### ■ ACJC/1479/2015 du 4 décembre 2015 (mesures provisionnelles, 262 lit. e CPC)

- Argent déposé sur compte ouvert au nom du client est propriété de la banque
- Créance en remboursement (art. 402 al.1 CO) lorsque versement ou virement sur instruction du client
- Pas de mesure provisionnelle portant sur versement d'une somme d'argent en l'absence de base légale expresse prévoyant le versement provisoire d'une prestation en argent





## 4. Conformité fiscale et rétention des avoirs

### ■ Objections de la banque

- Garantie activité irréprochable et 119 CO
- 19 LDIP
- Normes anti-blanchiment
- Clausula rebus sic stantibus
- Prise position FINMA 22.10.201
- FAQ FINMA 19.06.2012
- Conditions générales
- Directives internes





## 5. Autres décisions

- **For au domicile du consommateur (TF 4A\_430/2015 du 9 février 2016)**
  - Etat de fait:
    - client domicilié en France voisine, action intentée par client à Genève rejetée par TPI, CJ et TF, action de la banque à Genève pour valider hypothèque légale inscrite en France, client soulève exception d'incompétence *ratione loci*
  - Considérants:
    - 15 al.1 lit. c CL , rappel notion de consommateur au sens de cette disposition
    - Client est un consommateur *in casu*
    - Banque n'exerce pas activité commerciale dans Etat consommateur (établissement à Genève)
    - Banque dirige-t-elle ses activités vers cet état?
    - Consid. 3.3: non, on ne peut déduire de la forte réputation des banques suisses à l'étranger que leur activité est « dirigée » vers l'étranger
    - Comparaison avec jurisprudence et doctrine européenne







## 5. Autres décisions

### ■ **Entraide judiciaire civile, droit d'être entendu (TF 4A\_340/2015 du 21.12.2015)**

#### ▪ **Etat de fait:**

- Contentieux commercial en Espagne portant sur paiement prix de vente
- Vendeur ADE compte en Suisse dont provient un virement
- Commission rogatoire requérant production par banque attestation d'identité ADE
- Ni titulaire, ni ADE entendus en Espagne avant commission rogatoire
- Rejet demande d'entraide sur recours

#### ▪ **Considérants**

- Qualité pour recourir titulaire compte car tiers touché par mesure d'entraide
- Qualité pour recourir ADE car la mesure d'entraide vise à production attestation indiquant son identité
- Violation du droit d'être entendu du titulaire, pas réparable au stade exécution devant TPI
- Pas de violation du droit d'être entendu ADE, car ne voulait précisément pas être entendu dans procédure étrangère pour préserver son anonymat

