



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

