



Article scientifique

Article

2024

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le droit bancaire privé suisse 2023 = Das schweizerische Bankprivatrecht 2023

Thévenoz, Luc; Emmenegger, Susan; Liegeois, Fabien; Brander, Teymour; Bürgi, Philipp; Reber, Martina

How to cite

THÉVENOZ, Luc et al. Le droit bancaire privé suisse 2023 = Das schweizerische Bankprivatrecht 2023.
In: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2024, vol. 96, n° 2, p. 214–237.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:177123>

Le droit bancaire privé suisse 2023

Das schweizerische Bankprivatrecht 2023

Luc Thévenoz | Susan Emmenegger | Fabien Liégeois | Teymour Brander | Philipp Bürgi | Martina Reber*

Inhaltsübersicht – Table des matières

Remarques introductives – Vorbemerkungen

- I. Bankgeschäfte – Services bancaires
 - 1. Konten, Einlagen, Vollmacht, Legitimation – Comptes, dépôts, procuration, légitimation
 - 2. Kredite – Crédits
- II. Finanzgeschäfte – Services financiers
- III. Sicherheiten und Verwertung – Sûretés et réalisation
 - 1. Persönliche Sicherheiten – Sûretés personnelles
 - 2. Dingliche Sicherheiten – Sûretés réelles
- IV. Rechenschaftsablegung, Retrozessionen und Auskünfte – Reddition de compte, rétrocessions et renseignements
- V. Zivilverfahren, Zwangsvollstreckung und internationale Rechtshilfe – Procédure civile, exécution forcée et entraide internationale
- VI. Diverses – Divers

Remarques introductives – Vorbemerkungen

L'année 2023 marque la chute de Credit Suisse. Signe des temps et de l'enjeu, le Conseil fédéral siège aux côtés des présidents du conseil d'administration des deux banques, de la BNS et de la FINMA lorsqu'il annonce qu'UBS reprend sa rivale¹. Près de 15 ans plus tôt, le 16 octobre 2008 précisément, les mêmes autorités présentaient, elles-mêmes, un train de mesures pour stabiliser un système financier en crise². UBS était alors en péril ; ce dimanche soir (le 19 mars 2023), le géant triomphe. Dans un cas comme dans l'autre, le paysage se transforme et l'ordre juridique vacille. Un sentiment de gâchis traverse le pays qui assiste impuissant à l'absorption d'un établissement fondé en 1856, symbolique jusque dans son nom. Mais l'essentiel est sauf : la fusion évite la contagion et convainc les marchés. La séquence des événements charriera son lot de disputes. Nous les discuterons en temps voulu. Au regard de cet épisode, la jurisprudence que nous chroniquons ici ressemble à un long fleuve tranquille.

On notera malgré tout le premier examen jurisprudentiel de l'art. 397a CO, en vigueur depuis 2013, qui oblige le mandataire à informer l'autorité de protection de l'adulte lorsqu'il constate que le mandant « est frappé d'une incapacité de discernement probablement durable » (**ro4**). La Cour de justice de Genève admet que l'intensité de cette obligation varie en fonction de la nature de la relation entre le client et la banque. Elle ne se montre pas trop exigeante dans une simple relation de compte bancaire, où il est généra-

¹ M. Alain Berset et Mme Karin Keller-Sutter (Conseil fédéral), MM. Axel P. Lehmann (Credit Suisse), Colm Kelleher (UBS), Thomas Jordan (BNS) et Mme Marlene Amstad (FINMA).

² Le Conseil fédéral, la Banque nationale suisse et la Commission fédérale des banques (CFB) étaient alors à la manœuvre, la FINMA se substituerait à la CFB à compter du 1er janvier 2009. Cf. DFF, communiqué de presse « Le Conseil fédéral prend des mesures pour renforcer le système financier suisse » du 16.10.2008. Parmi elles, on trouvait la possibilité pour UBS de transférer des actifs illiquides à une société ad hoc, qui serait créée à la fin du mois de novembre 2008 (société à but spécial SNB StabFund). La Confédération renforçait aussi la base de fonds propres de l'UBS en souscrivant un emprunt à conversion obligatoire d'un montant de 6 milliards de francs. Cf. Luc Thévenoz, The Rescue of UBS by the Swiss Confederation, in: International Monetary and Financial Law – The Global Crisis, M. Giovanoli & D. Devos (éds), Oxford 2010, 378–391 <<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:10838>>.

* Luc Thévenoz est professeur et doyen à la Faculté de droit de l'Université de Genève et directeur du Centre de droit bancaire et financier. Prof. Dr. iur. Susan Emmenegger, LL.M., ist Ordinaria für Privat- und Bankrecht an der Universität Bern und Direktorin des Instituts für Bankrecht. Fabien Liégeois est professeur ordinaire à l'Université de Genève et chargé de cours à l'Université de Fribourg. Teymour Brander est assistant-doctorant au Centre de droit bancaire et financier de l'Université de Genève. Philipp Bürgi, stud. iur., ist Hilfsassistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern. Dr. iur. Martina Reber, Rechtsanwältin, ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Lehrbeauftragte an der Universität Bern.

lement difficile pour la banque de reconnaître le caractère déraisonnable de certaines instructions de paiement.

Le Tribunal fédéral tranche la question, jusqu'alors indécise, du moment auquel il faut constater le cours de change en cas de compensation de créances libellées en monnaies différentes (**r29**). Il retient le moment de l'exigibilité de la créance compensante, c'est-à-dire celle de la partie qui déclare la compensation. Cette solution est judicieuse, mais elle ne règle pas la question lorsque la compensation intervient automatiquement, comme en matière de compte courant. La compensation n'est admise, rappelons-le, que pour autant que la créance compensée ne soit pas stipulée « valeur effective » (art. 84 al. 2 CO). En guise de rappel, cette fois dans une procédure qui tend à faire reconnaître l'existence d'une créance en monnaie étrangère, le tribunal ne peut prononcer une condamnation pécuniaire que dans la monnaie étrangère en question (**r18**). *In casu*, le client aurait, au terme de l'opération, été crédité de RUB en contrepartie d'un débit de CHF. Le créancier d'une somme en monnaie étrangère, qui demande un paiement en CHF, doit donc être débouté.

Le Tribunal supérieur du canton de Zurich clarifie à juste titre qu'un créancier peut séquestrer un compte en monnaie d'un débiteur domicilié à l'étranger soit auprès du siège de la banque, soit auprès de la succursale qui entretient les rapports les plus étroits avec la tenue du compte (**r28**). Au cas d'espèce, la production d'un relevé de compte indiquant exclusivement l'adresse de la succursale suffit à établir ce lien. Il est probable que la même solution vaille pour le séquestre de titres intermédiés, qui doit être exécuté « en mains du dépositaire qui tient le compte » de titres (art. 14 LTI)³. En revanche, le lieu effectif du casier de coffre-fort et celui où les métaux précieux sont physiquement détenus pour le compte du client sont déterminants.

Conditions générales

Les conditions générales, outil de gestion des risques, « n'immunisent » pas l'entreprise des disputes. Les tribunaux ont régulièrement à examiner ces clauses préimprimées. Les services bancaires et financiers ne

font pas exception à la règle. Le tribunal de commerce de Zurich a rendu une décision intéressante dans laquelle il consacre une trentaine de pages aux conditions générales de la banque face à un problème de rétrocessions (**r21**)⁴. Pour répondre aux évolutions de la jurisprudence fédérale en la matière, la banque modifie à plusieurs reprises ses conditions générales, de sorte que les faits de la cause sont régis par des clauses de 2008, 2010, puis 2013.

La première question porte sur la *modification unilatérale des conditions générales* par la banque, c'est-à-dire la manière dont les nouveaux documents contractuels remplacent les précédents. La version initiale des conditions générales acceptées par la cliente et chaque version successive comprenaient une clause permettant à la banque de modifier unilatéralement ses conditions, à moins que le client ne s'y oppose dans les quatre semaines suivant leur réception. Le tribunal applique l'art. 6 CO et déduit du silence de la cliente son consentement à ces modifications.

La deuxième question est celle du *caractère insolite* de la clause par laquelle le client renonce à la remise des rétrocessions qu'a reçues la banque. En l'espèce, le tribunal retient que ces clauses n'étaient pas subjectivement insolites pour un client qui a une formation commerciale, qui indique conseiller financier comme profession et qui a travaillé pendant plus de 20 ans en Allemagne en tant que responsable régional d'un prestataire de services financiers.

La troisième question est celle de l'*interprétation* de cette même clause *selon le principe de la confiance*. La version de 2008 exprimait clairement la renonciation du client à se faire remettre les rétrocessions. Celle de 2010 est beaucoup plus ambiguë : le client déclare accepter que les rémunérations que la banque reçoit de tiers soient incluses dans la rétribution de ses services. S'agissant d'une clause rédigée par la banque, le tribunal n'y voit pas une expression suffisamment claire de la volonté du client de renoncer à leur remise, de sorte que la renonciation reste sans effet. Il réserve le même sort à la version de 2013, formulée de manière quasi-identique à celle de 2010, à ceci près qu'elle incluait en outre les mots « en totalité ». Les versions 2010 et 2013 ne suffisent donc pas à servir de base à une renonciation valable du client aux rétrocessions.

³ Hans Kuhn, Art. 14 FISA N 18, in: Kuhn/Graham-Siegenthaler/Thévenoz (eds), *The Federal Intermediated Securities Act (FISA) and the Hague Securities Convention (HSC)*, Berne 2010.

⁴ Voir dans le présent numéro, *Yesim Atamer/Maurus Furger*, *Klassiker der Banken-AGB: Vertragsänderungsvorbehalts- und Retrozessionsklauseln*, RSDA 2024 140–165.

La dernière question traitée porte sur l'application de l'art. 8 LCD (dans sa teneur en vigueur depuis 2012) à la version 2013 des conditions générales. Le tribunal de commerce relève d'abord que cette disposition légale s'applique au consommateur, mais *ne se limite pas aux contrats portant sur une prestation de consommation courante*⁵, contrairement aux art. 32 al. 2 CPC et art. 120 al. 1 LDIP. Il est admis que le contrôle des conditions générales fondé sur l'art. 8 LCD ne peut pas porter sur les prestations principales, et donc sur le caractère approprié du prix. Le tribunal juge que l'abandon au mandataire des rétrocessions n'est pas une clause d'honoraires. Il peut ainsi appliquer l'art. 8 LCD et prononcer la nullité de la renonciation.

Plus surprenante, une autre décision du même tribunal de commerce de Zurich admet qu'une clause de renonciation aux rétrocessions introduite par une modification de conditions générales peut avoir un *effet rétroactif (r23)*. Une relation de compte est créée à laquelle une première version des conditions générales est applicable. Le tribunal constate cependant que les conditions posées par la jurisprudence à une renonciation valable aux rétrocessions ne sont pas réalisées. La banque soumet en 2014 une nouvelle version des conditions générales dont la clause relative aux rétrocessions est, cette fois, conforme aux exigences de la jurisprudence. Le client n'accepte pas explicitement ces conditions générales : c'est une nouvelle fois l'application de l'art. 6 CO qui permet de considérer qu'il est réputé les avoir acceptées en omettant de protester contre les modifications dans le délai d'un mois. Or la nouvelle clause stipule expressément qu'elle s'applique aux rétrocessions futures et passées. Le tribunal en conclut que le client a valablement renoncé aux rétrocessions qui étaient dues et exigibles au moment du changement de conditions générales.

Il n'est pas douteux que chacun peut renoncer *ex post* à des prétentions existantes, que ces prétentions n'ont pas besoin d'être connues dans le détail ni chiffrées. Mais on doit sérieusement douter que la modification unilatérale de clauses contractuelles puisse avoir pour effet, sans déclaration de volonté du client, d'entraîner l'abandon de prétentions nées auparavant. Les clients des banques doivent s'attendre à ce que les conditions générales révisées qu'ils reçoivent périodiquement modifient leurs rapports contractuels pour le futur. Une modification rétroactive est à la fois inu-

suelle, inattendue et insolite. Le caractère imprévisible de cette démarche s'oppose à la portée rétroactive des modifications. On peut aussi douter que, dans sa dimension rétroactive, une telle clause résiste au contrôle du contenu des conditions générales statué à l'art. 8 LCD. On reviendra sur cet aspect dans la partie dédiée aux rétrocessions.

Toujours au chapitre des conditions générales, et plus spécifiquement des clauses d'exonération, cette chronique relève depuis plusieurs années que la jurisprudence cite désormais sans sourciller *les clauses d'exonération sauf cas de faute grave (r10)*. Elle passe ainsi sous silence que l'art. 100 al. 2 CO permet au tribunal, en vertu de son pouvoir d'appréciation, c'est-à-dire notamment selon les circonstances du cas d'espèce, de tenir pour nulle une telle clause dans la mesure où elle exonère d'emblée la faute légère de la banque (art. 100 al. 2 CO)⁶. La clause d'exonération sauf faute grave trompe le client sur l'étendue de ses droits et contribue à le dissuader de les faire valoir. Elle crée un déséquilibre contractuel notable et injustifié entre les obligations des parties et justifie l'application de l'art. 8 LCD⁷. Il est temps que les tribunaux en tirent les conséquences. On doit d'ailleurs aussi se demander si une telle clause n'est pas insolite, au regard du nombre croissant des conditions générales bancaires qui, depuis bientôt une vingtaine d'années⁸, se réfèrent à la diligence usuelle en affaires⁹.

Rétrocessions

Cette année encore, les rétrocessions ont passablement occupé les tribunaux¹⁰.

Outre les clients eux-mêmes, les banques doivent désormais compter avec des entreprises qui se spécialisent dans le financement de litiges et le recouvrement de créances. Ces entreprises se proposent d'agir pour le compte des clients. Elles ciblent en particulier les personnes domiciliées à l'étranger qui pourraient

⁵ Dans le même sens : TF 4A_54/2020, RSDA 2022 r08, c. 6.4.2.

⁶ Depuis un arrêt de principe de 1986, ATF 112 II 450 (affaire dite du client vietnamien).

⁷ Dans le même sens : *Andrea Marina Bigler, Legitimationsmängel im Kontext der Bank-Kunden-Beziehung – Privatrechtliche Fragen*, thèse, Zurich/Genève, 2023, 139–151.

⁸ Notamment à la suite des préoccupations exprimées par la Commission fédérale des banques dans son Rapport de gestion 2005, 39–40.

⁹ *Idem*, 151–159.

¹⁰ Pour un aperçu plus complet, voir dans ce numéro *Martina Reber, Retrozessionen: Stand der Dinge*, RSDA 2024 127–139.

hésiter à déposer elles-mêmes une action devant les tribunaux suisses. Moyennant cession préalable des créances des clients, ces entités intentent l'action en reddition de compte à leur place. En guise de rémunération, elles s'assurent de participer aux montants recouverts à l'occasion d'éventuels succès judiciaires.

Sur le fond, l'objet du litige évolue : jadis, les arrêts de principe en matière de rétrocessions concernaient la gestion de fortune¹¹. Le Tribunal fédéral ayant tranché favorablement cette question depuis 2006¹² et précisé les exigences relatives à la renonciation du client, ce problème semble désormais relégué au second plan¹³. La même remarque vaut pour les relations de conseil en placement durables. En revanche, les tribunaux se penchent toujours plus fréquemment sur la question de l'existence d'un droit à la restitution des rétrocessions dans les relations *execution only*. Parfois, la relation inclut une dimension accessoire de conseil¹⁴. Ce déplacement de l'objet du litige tient vraisemblablement à l'incertitude qui subsiste sur le principe de l'obligation de restituer les rétrocessions en matière d'*execution only* en vertu de l'art. 400 al. 1 CO.

Un *Röstigraben* pourrait se dessiner sur cette question : les tribunaux zurichois ont statué à plusieurs reprises l'obligation de restituer en cas de relation *execution only* (**r21**, **r22**, **r23**)¹⁵. Le Tribunal de commerce du canton de Berne s'est rallié à cette opinion (**r24**). Dans une première décision, le Tribunal de première instance du canton de Genève a nié l'obligation de restituer au motif que le conflit d'intérêts ferait défaut dans la relation *execution only* (**r25**). Cette décision, en ligne avec une décision du Handelsgericht de Saint-Gall de 2019¹⁶, semble ignorer deux éléments non négligeables. D'une part, le risque existe que la banque choisisse, parmi plusieurs plates-formes ou courtiers disponibles, le prestataire qui lui promet les rétrocessions les plus élevées. D'autre part, le devoir de loyauté, qui s'impose en cas de relation *execution only*, interdit par principe au mandataire d'obtenir un

avantage en dehors de ce qu'a autorisé le client. Le Tribunal fédéral l'exprimait en ces termes dans son arrêt de principe de 2006 : « [a]bstraction faite d'éventuels honoraires, l'exécution du mandat ne doit entraîner ni gain ni perte pour le mandataire ; il doit donc rendre toutes les valeurs qui sont intrinsèquement liées à l'accomplissement du mandat ; il peut uniquement conserver ce qu'il reçoit de tiers lors de l'exécution du mandat et qui n'est pas intrinsèquement lié à celui-ci. »¹⁷

Le Tribunal de première instance du canton de Genève a ensuite rendu une autre décision en sens contraire (**r25a**). Des recours étant pendants, d'autres décisions contradictoires pourraient être rendues. On se réjouit que le Tribunal fédéral ait l'occasion de clarifier la question¹⁸. Il l'a néanmoins une nouvelle fois laissée ouverte dans l'arrêt 4A_496/2023 du 27 février 2024 (**r24a**).

Si l'on admet le principe de l'obligation de restituer les rétrocessions dans les relations *execution only*, il faut, là aussi, se demander à quelles conditions la cliente peut y renoncer. On sait que la cliente, qui confie un mandat de gestion de fortune, doit disposer des paramètres de calcul du montant global des rétrocessions pour y renoncer valablement à l'avance. La cliente doit connaître « au moins les valeurs déterminantes des conventions de rétrocession passées avec des tiers et l'ordre de grandeur des restitutions escomptées »¹⁹. Il faut plus précisément encore indiquer une « fourchette de rétrocessions déterminée, en pourcentage de la fortune gérée (*Prozentbandbreite*) »²⁰.

Qu'en est-il en matière d'*execution only* ? Le tribunal de commerce de Zurich a confirmé qu'il était possible, pour cette relation aussi, de renoncer à la remise de rétrocessions par le truchement des conditions générales (**r21**)²¹. La banque doit néanmoins rédiger une clause de renonciation qui soit claire et explicite, d'une part. Elle ne doit pas laisser entendre que les rétrocessions lui reviendraient *de jure*, de l'autre (**r21**).

Dans une relation *execution only*, il n'est pas question de communiquer l'ordre de grandeur des rétro-

¹¹ ATF 132 III 460, 137 III 393, 138 III 137 et 143 III 348.

¹² ATF 132 III 460.

¹³ Voir **r07**, peut-être aussi **r11**, où le tribunal a laissé ouverte la question de la qualification de la relation entre la banque et le client.

¹⁴ Dans l'affaire **r23**, la nature de la relation (conseil en placement ou *execution only*) a été laissée ouverte.

¹⁵ Par le passé, cf. déjà HGer ZH, HG150054 du 15 novembre 2017 (RSDA 2019 r28) et HG190234 du 5 octobre 2021 (RSDA 2022 r33).

¹⁶ SG HG.2018.11 du 12. septembre 2019 c. 3.3 (RSDA 2020 r33).

¹⁷ ATF 132 III 460 c. 4.1, JdT 2008 I 58, 62.

¹⁸ Un recours est pendant au Tribunal fédéral dans la cause 4A_574/2023.

¹⁹ ATF 137 III 393, c. 2.4, JdT 2012 II 253, 261 ; cf. ég. TF 4A_355/2019 du 13 mai 2020 c. 3.1.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Jusqu'à présent rejeté par la doctrine, voir Enzo Bastian, La restitution de rétrocessions en cas de rapport *execution only*, Bulletin CEDIDAC n. 93.

cessions par référence à la fortune sous gestion. La banque doit se référer à une valeur connue du client, telle que le montant de l'investissement ou le prix d'émission ou de rachat de l'instrument financier (**r21**). Il faut en outre distinguer la nature du placement ou de l'actif (**r21, r22, r23, r24**).

Le tribunal de commerce de Zurich a par ailleurs examiné la validité d'une clause qui contenait à la fois une renonciation anticipée et une renonciation rétroactive à la restitution des rétrocessions (**r23**). *In casu*, la clause figurait dans une version mise à jour des conditions générales, qui avaient été intégrées au contrat par le mécanisme de la fiction d'approbation. Par exception à une règle jurisprudentielle vieille de plus d'un siècle²², ce mécanisme implique que le silence du client vaut exceptionnellement acceptation : si la cliente ne s'oppose pas à la modification, les conditions révisées sont en effet réputées intégrées. Une telle clause a été jugée admissible²³. Les juges ont également écarté toute obligation de chiffrer précisément le montant de la renonciation²⁴. Il a été considéré que la cliente était libre de demander à la banque combien de rétrocessions avaient été perçues jusqu'alors (**r23**). Cette jurisprudence fait fi de la doctrine qui estime que la banque doit communiquer à la cliente le montant exact des rétrocessions en cas de renonciation *a posteriori*²⁵. Dans cette dernière configuration, il incombe à la banque d'établir qu'elle a effectivement informé la cliente sur les montants perçus et non l'inverse. Cette exigence découle du devoir de loyauté du mandataire (art. 398 al. 2 CO). Comme on l'a relevé, elle s'impose à plus forte raison lorsque la renonciation ultérieure ne résulte pas d'une négociation individuelle, mais

procède d'une modification des conditions générales. Sur ce point, cette décision nous semble critiquable²⁶.

Ordres frauduleux

Dans deux nouvelles affaires d'ordres frauduleux (**r01, r02**), le Tribunal fédéral réaffirme sa méthode en trois étapes (l'ordre émane-t-il du client ou de son représentant autorisé [étape 1] ? La banque a-t-elle valablement inséré une clause de transfert de risque dans ses conditions générales [étape 2] ? Si tel n'est pas le cas, la banque peut-elle montrer que son client a violé une obligation contractuelle [étape 3] ?)²⁷. Malgré la rigueur et la technicité de cette méthode, souvenons-nous que les juges conservent leur pouvoir d'appréciation à chaque étape du raisonnement. Pour cette raison, l'issue du litige demeure souvent incertaine. Que l'on songe à la *bonne foi* du tiers qui croit aux pouvoirs du représentant (étape 1), à la *gravité de la faute* de la banque (étape 2) ou à la *faute concomitante* du client (étape 3), ces notions exigent, sans exception, une application des règles du droit et de l'équité. Le juge doit ainsi rechercher une solution adéquate au cas particulier ; l'inobservation de l'art. 4 CC constitue d'ailleurs une violation du droit fédéral²⁸.

Dans la première affaire (**r01**), le Tribunal fédéral admet le partage des torts à l'issue d'un examen minutieux des fautes respectives. D'une part, le client omet de vérifier l'extrait de compte qu'il a lui-même réclamé à la banque. D'autre part, la banque accepte d'exécuter un ordre sans faire de vérifications complémentaires alors que ses directives internes le lui imposaient en raison de l'importance du montant à transférer. Face à cet imbroglio, le client obtient le remboursement de l'entier des montants débités sur son compte (EUR 60 000 et EUR 200 000) avant qu'il ne réclame l'extrait (et donc qu'il ne puisse s'apercevoir des virements non autorisés). Il n'obtient en revanche que 40% des sommes dont il a été débité (USD 800 000 et USD 400 000) après que la banque lui a transmis l'extrait falsifié. A partir de ce moment, il aurait pu identifier le problème en vérifiant l'extrait reçu. Mais alors pourquoi la banque ne perçoit-elle qu'une indemnité réduite ? C'est parce qu'elle a elle-même

²² Dès 1904, le Tribunal fédéral juge qu'en principe le silence ne vaut pas acceptation, cf. ATF 30 II 298 c. 3: «*[r]ichtig ist allerdings, dass Stillschweigen an und für sich weder im allgemeinen, noch speziell im Handelsverkehr von vorneherein und ohne Hinzukommen anderer Momente als Einwilligung zu interpretieren ist*».

²³ ZH HG210069 du 23 octobre 2023 (**r23**), c. 7.1.1.2.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Récemment Thomas Jutz/Quirin Meier, Retrozessionen und Entschädigungen durch Dritte, AJP 2023 917–937, 928, 931. Voir aussi Benedict Burg, Kundenschutz bei externer Vermögensverwaltung (Diss. Zürich), Zürich 2013, Rn. 530; Thomas Reimann/Rolf Kuhn, Nach dem Retrozessionsentscheid, Konsequenzen für Vermögensverwalter – BGER 4C.432/2005, ST 09/2006 688–691, 691. Voir aussi, RSDA 2008 r11.

²⁶ A ce sujet, voir en particulier Reber (n. 10), 138.

²⁷ Le problème du défaut de légitimation a fait l'objet d'une étude approfondie parue au cours de la période sous revue, cf. Bigler (n. 7).

²⁸ Voir ATF 81 II 408 (déjà !).

commis une faute, dite concomitante (examinée à l'étape 3) en violant ses directives internes. Le client a donc été inspiré de réclamer leur production en procédure. Tout compte fait, banque et client supportent environ 50% du dommage. Moralité: la méthode en trois étapes n'interdit pas de couper la poire en deux.

Dans la seconde affaire (**r02**), les conditions d'utilisation de l'*e-banking* contiennent une clause de transfert de risque mettant à la charge de la cliente la perte résultant de l'utilisation ou de l'abus de ses données, sauf en cas de « faute grave » de la banque. Comme on l'a évoqué plus haut, le lecteur de cette chronique s'étonnera peut-être de ce que les banques continuent d'utiliser ce type de formulations, alors qu'elles sont réputées exercer une industrie concédée depuis près de 30 ans²⁹. Cette interprétation des art. 100 al. 2 CO et 101 al. 3 CO implique pourtant que la banque ne peut pas limiter sa responsabilité comme n'importe quel autre débiteur. Elle peut certes s'exonérer en cas de faute légère d'un auxiliaire (art. 101 al. 3 CO). Mais, lorsqu'elle agit par l'entremise d'un de ses organes, le juge peut tenir pour nulle une clause qui la libérerait même en cas de faute légère (art. 100 al. 2 CO *cum* art. 4 CC). Le régime légal étant impératif, adopter le standard de la faute grave sans nuance dans ses conditions générales est de nature à induire le client en erreur. Il peut penser, à tort, être dépourvu de chances de succès. Or le tableau qui ressort de la jurisprudence n'est pas noir ou blanc. Faire comme si seule une faute grave pouvait neutraliser le transfert de risque peut avoir un effet dissuasif pour le client. Ce procédé commercial est abusif. Les tribunaux continueront d'examiner les clauses de transfert de risque qui contiennent cette formulation pour divers motifs, en particulier sous l'angle de l'art. 8 LCD. Pour éviter d'être exposées aux conséquences d'une nullité (totale ou partielle) de leurs clauses, les banques pourraient avoir intérêt à remplacer ce standard inadéquat par celui, plus communément admis, de la « diligence usuelle dans la profession ». Certaines banques, telles qu'UBS, Raiffeisen ou Migros, utilisent déjà cette formulation dans leurs conditions générales. Cette différence terminologique nous semble digne d'attention, raison pour laquelle nous le soulignons à deux reprises.

Domage d'investissement

En cas de conseil en placement malheureux, le problème central du plaideur reste la détermination du dommage. Dans l'affaire (**r08**), le Tribunal fédéral répète l'ordre de priorité entre (1) l'hypothèse de « l'investissement alternatif » et (2) l'hypothèse dite « passive ». La première doit être privilégiée en cas de mauvaise exécution du contrat, de sorte que le dommage est en principe égal à la différence entre la valeur qu'aurait le patrimoine si le contrat n'avait pas été mal exécuté et la valeur « réelle » des investissements réalisés en violation du contrat. A titre exceptionnel, le client peut tenter de prouver qu'il n'aurait procédé à aucun placement alternatif en l'absence de violation du contrat (« hypothèse passive »). Dans ce cas, le dommage correspondrait à la différence entre le montant du placement initial et la valeur « réelle » des investissements induits par la violation. *In casu*, la stratégie « *BLaSH* », pour *Buy Low and Sell High*, avait été mise œuvre sans succès. Le client, qui cède au chant des sirènes d'une stratégie probablement trop belle pour être vraie, ne saurait prétendre à la voie facilitée de l'hypothèse passive. Quiconque cherche à réaliser des gains en se positionnant au moment idéal sur les marchés apparaît comme le contraire d'un investisseur passif.

A supposer enfin que le client surmonte l'écueil de la preuve du dommage, il lui reste à démontrer la violation du contrat. Dans une énième affaire Lehman Brothers (**r09**), le Tribunal fédéral expédie les plaideuses qui se plaignent d'une violation par la banque de son devoir de les informer sur les risques liés à des produits structurés émis par Lehman Brothers. Le risque émetteur étant inhérent à ce type d'investissement, la banque ne peut rien se voir reprocher dans la mesure où la faillite de Lehman Brothers n'était pas prévisible au moment du conseil. En l'occurrence, le conseil fut prodigué en septembre 2007. Lehman Brothers venait alors de céder sa principale filiale active dans les « *subprimes* » (BNC Mortgage). Plus d'un millier d'employés furent licenciés. La nouvelle accentua la tension sur les marchés financiers. Même si l'arrêt passe ces événements sous silence, il faut admettre que rares sont les spécialistes qui prédisaient à ce moment-là la faillite du géant de Wall Street. Celle-ci fut prononcée douze mois plus tard (le 15 septembre 2008). Elle entraîna dans son sillage une terrible réaction en chaîne, dont chacun se souvient. *In casu*, le

²⁹ ATF 112 II 450 et ATF 109 II 116.

conseil était donc tardif, mais pas assez pour engager la responsabilité de la banque.

Contrairement à Lehman Brothers, Credit Suisse a été sauvée *in extremis* sur injonction du Conseil fédéral. Cette décision s'imposait, entre autres, pour des raisons de stabilité des marchés financiers. Elle a, apparemment, été dictée à UBS, qui avait elle-même failli être emportée dans la chute de Lehman Brothers quelques années plus tôt. Ces crises successives imposent donc, ne serait-ce qu'au nom des cycles économiques, une vigilance accrue face à ce nouveau géant bancaire.

I. Bankgeschäfte – Services bancaires

1. Konten, Einlagen, Vollmacht, Legitimation – Comptes, dépôts, procuration, légitimation

r01 Ordres frauduleux. Falsification du relevé de compte. Violation du devoir de diligence du client (oui). Violation des directives internes et faute concomitante de la banque (oui). – *Betrügerische Zahlungsanweisung. Kontoauszug gefälscht. Sorgfalts-pflichtverletzung des Kunden (ja). Verletzung der internen Richtlinien und Mitverschulden der Bank (ja).*

Un client et sa banque communiquent habituellement par courriels. En l'espace de quelques jours, la banque reçoit quatre ordres frauduleux – envoyés depuis l'adresse e-mail du client – pour des montants de EUR 60 000, EUR 200 000, USD 800 000 et USD 400 000. Ces ordres sont exécutés les 15, 18, 24 et 31 octobre 2013. Le 22 octobre 2013, le client demande un relevé de compte, qu'il reçoit le lendemain. En possession du document, il ne s'aperçoit de rien alors même que les pirates ont (grossièrement) falsifié le relevé pour masquer les deux premiers débits frauduleux. Le 29 novembre 2013, le client demande un nouveau relevé de compte et découvre cette fois l'escroquerie. Il la signale alors sans tarder à la banque.

1. Rappel de la méthode en trois étapes en cas de défaut de légitimation (ou « d'accès indu »). Il est établi que (i) la banque a agi sans mandat du client (première étape) et (ii) aucune clause de transfert de risque n'a été stipulée (deuxième étape). – 2. Seule la troisième étape du raisonnement reste contestée en ce qui concerne les deux derniers paiements. Si le client a fautivement contribué à causer ou à aggraver le dommage, la banque peut compenser son obligation de restituer avec une prétention en dommages-inté-

rêts. – 3. *In casu*, le client a fautivement contribué au dommage de la banque causé par l'exécution des deux derniers paiements. Le relevé présentait des indices clairs de falsification. Un examen plus diligent du document aurait permis de déceler le faux et ainsi d'avertir la banque à temps pour éviter les deux derniers débits. Une telle diligence pouvait raisonnablement être attendue du client, d'autant plus que celui-ci se dit expert en investissements boursiers. – 4. La banque a violé ses directives internes, qui exigeaient des investigations complémentaires en cas d'ordres dépassant un seuil de CHF 500 000. De plus, le caractère inhabituel des ordres aurait dû alerter la banque qui aurait dû procéder à des investigations complémentaires. La banque a commis une faute concomitante, justifiant la réduction de l'indemnité de 40%, mais dont la gravité n'est pas suffisante pour rompre le lien de causalité. – 5. Le client obtient le remboursement de l'intégralité des deux premiers virements et de 40% du montant des deux derniers.

TF 4A_539/2021 du 21 février 2023. *Recours contre TI Tribunale d'appello*, 12.2020.159 du 13 septembre 2023. *Recensions*: Fischer, <cdbf.ch/1282/>; iusNet DB 03.04.2023.

r02 Défaut de légitimation. Accès indu à l'e-banking. Ordres frauduleux. Clause de transfert de risque. Ordre insolite (oui). Faute grave de la banque (non). – *Legitimationsmängel. Unberechtigter Zugriff auf das E-Banking. Betrügerische Zahlungsanweisung. Risiko-überwälzung. Ungewöhnliche Anweisung (ja). Schweres Verschulden der Bank (nein).*

En 2016, des pirates informatiques parviennent à accéder au système e-banking (dans des circonstances peu claires) et transfèrent plus de CHF 100 000 depuis le compte d'une entreprise (représentant 90% du solde) vers l'étranger. Le lendemain, l'administrateur de l'entreprise lésée découvre le débit et alerte la banque. Cette dernière ne parvient pas à annuler la transaction. La cliente dont le compte est débité agit contre la banque. L'action est rejetée par les deux instances cantonales.

1. Le Tribunal cantonal procède à l'analyse en trois étapes pour déterminer qui doit supporter les conséquences de l'ordre frauduleux. – 2. Première étape: il est établi que l'ordre émane de tiers non autorisés par la cliente. – 3. Deuxième étape: les conditions d'utilisation de l'e-banking contiennent une clause de transfert de risque mettant à la charge de la cliente la perte résultant de l'utilisation ou de l'abus de ses don-

nées, sauf en cas de faute grave de la banque. – **4.** En matière d'ordres par *e-banking*, une faute grave peut être retenue si les systèmes informatiques de sécurité mis en place par la banque ne sont pas conformes aux usages professionnels, notamment si les systèmes auraient dû détecter le caractère manifestement insolite de l'ordre. Le client supporte le fardeau de l'allégation et de la preuve du niveau de prudence imposé par les usages professionnels. – **5.** *In casu*, il est établi que (i) l'ordre est insolite et (ii) la banque ne disposait pas à l'époque des faits d'un système capable de détecter les ordres insolites. Cependant, la cliente n'a pas su prouver le niveau de prudence qu'aurait dû observer la banque conformément aux usages professionnels de l'époque pour détecter l'ordre *e-banking* frauduleux. Partant, aucune faute grave ne peut être imputée à la banque.

TI Tribunale d'appello, 12.2022.106 du 25 novembre 2022; arrêt entré en force.

r03 OFAC-Sanktionen. Grundversorgungsauftrag der PostFinance. Vorsorgliche Massnahmen. – Sanctions de l'OFAC. Service universel de PostFinance. Mesures provisionnelles.

Der Zuger Rechtsanwalt A. wurde vom US Office of Foreign Asset Control (OFAC) im November 2022 als «Specially Designated National and Blocked Person» (SDN) gelistet, weil er Organfunktionen in Gesellschaften einer Oligarchentochter bekleidete. Die PostFinance hat das Konto von A. gesperrt. Das Zuger Kantonsgericht verpflichtet die PostFinance im Sinne einer vorsorglichen Massnahme, die Geschäftsbeziehung im Umfang ihres Grundversorgungsauftrags einstweilen weiterzuführen.

1. Die PostFinance hat gemäss der Postgesetzgebung eine landesweite Grundversorgung mit Zahlungsverkehrsdienstleistungen sicherzustellen. Art. 45 Abs. 1 VPG sieht abschliessende Ausnahmen vor. – **2.** Vorliegend ist kein Ausnahmetatbestand erfüllt: Die Finanzmarktgesetzgebung verlangt weder eine unmittelbare Anwendung ausländischen Rechts noch die Respektierung entsprechender Sanktionen. Weder die Geldwäscherei- noch die Embargogesetzgebung verbietet die Eingehung der streitgegenständlichen Geschäftsbeziehung. Der PostFinance misslingt auch die Glaubhaftmachung schwerwiegender Rechtsschäden: Da der Grundversorgungsauftrag lediglich den inländischen Zahlungsverkehr in Schweizer Franken erfasst, ist nicht glaubhaft, dass der PostFinance Sekundärsanktionen vonseiten der USA drohen. Auch die

behaupteten Nachteile in den Beziehungen zu den Korrespondenzbanken werden weder substantiiert noch belegt. Nicht ersichtlich ist sodann, inwiefern die PostFinance in Erfüllung ihrer gesetzlichen Verpflichtungen einen Reputationsschaden erleiden könnte. – **3.** Die Frage, ob für den Ausnahmetatbestand des «unverhältnismässig hohen Aufwands» i.S.v. Art. 45 Abs. 1 Bst. a *in fine* VPG eine genügende gesetzliche Grundlage besteht, würde den Rahmen des summarischen Verfahrens sprengen. Sie kann offen gelassen werden, da ein unverhältnismässig hoher Aufwand vorliegend nicht glaubhaft gemacht ist. Insbesondere ist A. nicht als einer PEP nahestehende Person zu qualifizieren und sind vom Grundversorgungsauftrag nur Zahlungsverkehrsdienstleistungen im Inland in Schweizer Franken erfasst. Eine abschliessende Beurteilung, ob die Geschäftsbeziehung mit einem SDN-Bankkunden einen unverhältnismässigen Aufwand darstellt oder zu den üblichen Herausforderungen gehört, sprengt jedoch den Rahmen des vorliegenden summarischen Verfahrens.

ZG Kantonsgericht, ES 2023 542 vom 13. November 2023 (A. gegen PostFinance AG), rechtskräftig.

r04 Violation du devoir d'informer l'autorité de protection de l'adulte (art. 397a CO, non). Instructions déraisonnables (client incapable de discernement). Violation du devoir de diligence (non). – Verletzung der Meldepflicht gegenüber der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 397a OR, nein). Unvernünftige Anweisungen (Kunde voraussichtlich dauernd urteilsunfähig). Sorgfaltpflichtverletzung (nein).

Un client de 87 ans se rend dans les locaux de sa banque et y ordonne plusieurs transferts sur un compte auprès d'une banque en Tunisie (sur lequel le client n'avait jamais versé de l'argent jusqu'alors). Quelque mois plus tard, le client se présente à nouveau pour passer un ordre similaire. La banque refuse cette fois de s'exécuter, estimant que le client paraît confus. Elle avertit le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant: un médecin établit l'incapacité de discernement du client. Agissant pour le client, le curateur nommé agit contre la banque pour récupérer les montants transférés.

1. En tant que mandataire, la banque doit se conformer aux instructions de son client (art. 397 CO). Si elle estime que les instructions sont déraisonnables, elle doit en informer le client et limiter l'exécution du contrat au strict nécessaire jusqu'à ce que la situation se clarifie. – **2.** Le devoir d'informer l'autorité de pro-

tection de l'adulte en cas d'incapacité de discernement probablement durable (art. 397a CO) ne s'impose que lorsque mandant et mandataire se trouvent dans un rapport éminemment personnel. On ne peut s'attendre à ce que ce soit le cas dans un rapport de simple compte bancaire, en l'absence notamment d'un mandat de gestion. Dans de telles circonstances, il ne faut pas se montrer trop exigeant à l'égard de la banque. – **3.** *In casu*, les (premières) instructions de transfert litigieuses étaient parfaitement claires. Ni le caractère éventuellement inédit des ordres ni l'âge avancé du client ne suffisent à retenir que les instructions étaient déraisonnables. Lors de son (premier) passage à la banque, le client ne présentait par ailleurs aucun signe indiquant une éventuelle incapacité de discernement. – **4.** Partant, la banque n'a pas violé son obligation de diligence en exécutant les ordres du client.

GE Cour de justice, ACJC/1141/2023 du 5 septembre 2023; arrêt entré en force.

2. Kredite – Crédits

ro5 Conditions générales. Crédit de construction, crédit hypothécaire. Clauses insolites (non). – *Allgemeine Geschäftsbedingungen. Baukredit, Hypothekarkredit. Ungewöhnlichkeitsregel (nein).*

Une banque octroie à une entreprise divers crédits pour la construction d'immeubles. Le contrat prévoit notamment (i) une consolidation, sous certaines conditions, du crédit de construction en crédit hypothécaire et (ii) un droit unilatéral de la banque de modifier le taux d'intérêt moratoire entre un minimum de 5% et un maximum de 10%. La banque refuse finalement de consolider le crédit. Dans la procédure de réalisation de gages immobiliers, la poursuivie fait valoir que les clauses précitées des conditions générales sont insolites parce qu'elles confèrent à la banque un pouvoir discrétionnaire excessif.

1. L'adhésion globale à des conditions générales n'inclut pas les clauses subjectivement et objectivement insolites à moins que l'attention de l'autre partie ait été spécifiquement attirée sur son contenu. – **2.** Sous l'angle du critère subjectif, le Tribunal fédéral retient que l'entreprise disposait de connaissances suffisantes en matière de crédit hypothécaire. Elle se présentait en effet comme « un opérateur expérimenté et compétent » dans le secteur immobilier dans lequel elle est active depuis des années. Le fait que le contrat ait été signé par un représentant prétendu-

ment inexpérimenté n'y change rien. – **3.** Les clauses litigieuses ne présentent donc pas de caractère subjectivement insolite, il n'est pas besoin d'examiner leur caractère insolite selon le critère objectif.

TF 5A_117/2022 du 6 février 2023. **Recours contre TI** Tribunale d'appello, 14.2021.75 du 31 décembre 2021.

ro6 Crédit hypothécaire. Taux de référence LIBOR négatif. Réduction de la marge en faveur de la banque (non). – *Hypothekarkredit. Negativer LIBOR-Referenzzinssatz. Minderung der Marge zugunsten der Bank (nein).*

Un crédit hypothécaire est octroyé pour l'achat de biens immobiliers. Le prêt porte intérêt au taux LIBOR CHF 6 mois augmenté d'un coût de liquidité variable et d'une marge fixe. Après le passage en janvier 2015 du LIBOR dans les valeurs négatives, la banque fixe l'indice de référence à zéro (préservant ainsi la marge et le coût de liquidité). Soutenant que le taux négatif du LIBOR doit réduire la marge fixe de la banque, l'emprunteuse est déboutée.

1. Le contrat ne prévoit ni de plancher ni de conséquences d'un éventuel passage du taux de référence en territoire négatif. Le contrat ne garantit pas non plus la marge de la banque. – **2.** Pendant trois ans, l'emprunteuse s'acquitte des mensualités que lui réclame la banque malgré le passage du LIBOR en territoire négatif. L'emprunteuse ne conteste pas la valeur de l'indice de référence durant cette période. – **3.** Une interprétation subjective de la volonté des parties démontre que celles-ci n'ont pas convenu que le passage du LIBOR en dessous de zéro pourrait entraîner une diminution correspondante de la marge de la banque, que ce soit expressément, tacitement ou par actes concludants. – **4.** Une interprétation objective de la volonté des parties mène au même résultat : comme les parties ont prévu de calculer et de payer des intérêts à intervalles réguliers, il paraît raisonnable d'en déduire qu'elles avaient 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 pouvait pas en l'occurrence conduire à la suppression de la marge de la banque, sauf à ôter à la convention son caractère onéreux.

GE Cour de justice, ACJC/1404/2023 du 19 octobre 2023; arrêt entré en force.

ro6a Hypothekarkredit. Negativer LIBOR-Zinssatz. Beweisverfahren. – Crédit hypothécaire. Taux d'intérêt LIBOR négatif. Preuve.

Der Kunde schloss eine Hypothek ab, deren Zinssatz sich aus dem 1-Monats-LIBOR und einer Marge der Bank von 0,4% zusammensetzte. Als der LIBOR negativ wurde, ging die Bank von einem Basiswert von Null aus (sog. Nullzinsfloor) und zog dem Kunden jeweils ihre Marge ab. Der Kunde klagt auf Rückzahlung der Hypothekarzinsen, die er auf 0% berechnet. Das Bezirksgericht Zürich führte im Anschluss an die Rückweisung seines ersten Entscheids durch das Obergericht Zürich ein ausführliches Beweisverfahren durch und weist die Klage gestützt darauf erneut ab.

1. Der Kunde hatte von der Bank vor Abschluss der Hypothek eine Produktbestätigung mit einem Hinweis auf den Nullzinsfloor erhalten. Damit bestand zumindest ein normativer Konsens darüber, dass ein negativer LIBOR als 0% eingesetzt werde. – 2. Die Zinsbelastungen wurden gestützt auf die AGB der Bank genehmigt, da der Kunde nicht gegen die erhaltenen Kontodokumente protestierte. – 3. Eine Vereinbarung über den Nullzinsfloor bestünde ohnehin, da die Produktbestätigungen kaufmännische Bestätigungsschreiben mit rechtserzeugender Wirkung darstellen. – 4. Das Eventualbegehren auf Schadenersatz wegen einer Aufklärungspflichtverletzung geht mangels Pflichtverletzung und Kausalität ebenfalls fehl.

ZH Bezirksgericht Zürich, CG210020-L/U vom 6. November 2023 (A. gegen B. AG), rechtskräftig. Entscheid nach Rückweisung in ZH Obergericht, LB200029-O vom 19. Januar 2021, besprochen in SZW 2022 150 f., 109.

II. Finanzgeschäfte – Services financiers

107 Vermögensverwaltung. Interessenskonflikt. Wissenszurechnung. Auskunftsanspruch bei Stufenklage. – Gestion de fortune. Conflit d'intérêts. Imputation de la connaissance. Droit à l'information dans le cadre de l'action échelonnée.

Die A. AG war als Vermögensverwalterin für die Stiftung B. tätig, wobei mehrere Vertreter der A. AG zugleich Mitglieder des Stiftungsrats waren. Ein grosser Teil des Stiftungsvermögens war in zwei von der A. AG verwalteten Dachfonds investiert (u.a. Fonds 1). Die A. AG befand sich in einem Interessenkonflikt, indem sie zugleich Vermögensverwalterin der Stiftung B. als auch des Fonds 1 war. Die Stiftung B. wirft der A. AG vor, sie geschädigt zu haben. Darüber hinaus verlangt sie im Rahmen einer Stufenklage Auskunft über und Herausgabe von allfällig eingenommenen Retrozessionen. Das Handelsgericht Zürich ordnete Teilzahlun-

gen zu Gunsten der Stiftung B. an und gab ihrem Auskunftsbegehren statt. Gegen dieses Teilurteil legt die A. AG beim Bundesgericht erfolglos Beschwerde ein.

1. Anstatt direkt in die Zielfonds zu investieren, kaufte die A. AG Anteile des teuren (selbst verwalteten) Fonds 1. Diese pflichtwidrige Investition wurde nachträglich nicht genehmigt. Es kann vorliegend offenbleiben, ob der juristischen Person das Wissen einer natürlichen Person, welche sich in einem Interessenkonflikt befand, unter keinen Umständen zugerechnet werden kann (Art. 55 Abs. 2 ZGB). Aufgrund ihrer Doppelrolle hätten die betroffenen Stiftungsräte ohnehin in den Ausstand treten müssen und den Investitionsentscheid damit nicht gültig genehmigen können. – 2. Anstatt zum bestmöglichen Preis in die Zielfonds zu investieren, kaufte die A. AG teurere Tranchen. Den dadurch entstandenen Schaden darf die Stiftung B. gestützt auf den Vermögensverwaltungsvertrag zwischen ihr und der A. AG geltend machen (Art. 398 OR i.V.m. Art. 97 OR). Die Anlegerklage in Art. 85 KAG verunmöglicht ein solches Vorgehen nicht. – 3. Bei der Stufenklage ist die Grundlage des Auskunftsanspruchs stets ein entsprechender Leistungsanspruch. Das Auskunftsbegehren ist deshalb nur insoweit gutzuheissen, als auch ein entsprechender Anspruch auf Zahlung besteht. – 4. Gemäss Art. 21 Abs. 2 aKAG sind Retrozessionen und andere Vermögensvorteile der kollektiven Kapitalanlage zuzuschreiben. Die Retrozessionen, die die A. AG von den Fonds erhalten hat, stehen damit grundsätzlich diesen zu. Entsprechend besteht kein Auskunftsanspruch der Stiftung B. aus ihrem Vermögensverwaltungsvertrag mit der A. AG. Ein solcher stünde vielmehr der Fondsleitung zu. – 5. Allerdings hätte die Stiftung B. gegenüber der A. AG potenziell einen Anspruch auf Herausgabe von Retrozessionen gehabt, wenn diese pflichtgemäss direkt in die Zielfonds investiert hätte. Der Auskunftsanspruch fehlt nur, weil sich die A. AG pflichtwidrig verhalten hat. Nicht herausgegebene Retrozessionen bilden damit Bestandteil des Schadens, welcher aus der Investition in den Fonds 1 resultierte. Die Stiftung B. hat möglicherweise einen Herausgabeanspruch, wodurch ihr ein Auskunftsanspruch einzuräumen ist.

BGer 4A_350/2023 vom 21. November 2023 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. AG gegen Stiftung B. in Liquidation). Vorinstanz: ZH Handelsgericht, HG190111-O vom 22. Mai 2023 (A. [Stiftung] in Liquidation gegen B. AG). **Besprechung:** Hirsch, <cdf.ch/1326/>; Ollivier, <cdf.ch/1327/>; Aggteleky, recht 2/2024 (im Erscheinen).

ro8 Conseil en placement. Dommage d'investissement. – Anlageberatung. Anlageschaden.

Un client entretient une relation de conseil en placement avec une stratégie d'investissement agressive auprès d'une banque. Insatisfait du résultat de ses placements, il introduit une action en responsabilité contre la banque. Il prétend que son dommage, chiffré à environ EUR 230 000, correspond à la différence entre le montant du placement initial et la valeur réelle des investissements effectués en violation du contrat. Partiellement admise en première instance, la demande est rejetée en seconde instance et par le Tribunal fédéral.

1. Dans une relation de mandat, le demandeur supporte le fardeau de l'allégation et de la preuve du dommage. – 2. En cas de mauvaise exécution d'un contrat de conseil en placement, le dommage correspond en principe à la différence entre (i) la valeur hypothétique du patrimoine si les investissements avaient été conformes au contrat et (ii) la valeur réelle des investissements effectués en violation du contrat (intérêt positif). – 3. Exceptionnellement, lorsque le client démontre avec une vraisemblance prépondérante qu'il n'aurait procédé à aucun placement alternatif s'il avait été correctement conseillé, le dommage peut être déterminé en calculant la différence entre (i) le montant du placement initial et (ii) la valeur réelle des investissements effectués en violation du contrat (perte économique, intérêt négatif). – 4. En l'espèce, le client allègue un dommage correspondant à son intérêt négatif sans démontrer, avec une vraisemblance prépondérante, qu'il n'aurait pas effectué d'investissement dans l'hypothèse d'une exécution conforme du contrat. Sa volonté, déclarée à la banque, de procéder à des investissements spéculatifs, tend au contraire à démontrer qu'il voulait investir activement ses avoirs. – 5. Il appartenait donc au client de chiffrer et prouver son dommage en fondant son calcul sur des investissements hypothétiques conformes au contrat, ce qu'il n'a pas fait.

TF 4A_131/2022 du 20 juin 2023 (I^{re} Cour de droit civil). **Recours contre TI Tribunale d'appello**, 12.2021.94 du 16 février 2022. **Recensions:** Pittet, <cdfb.ch/1297> ; iusNet DB 14.08.2023.

ro9 Conseil en placement. Produits structurés Lehman. Devoir d'information. Responsabilité (non). – Anlageberatung. Lehman Strukturierte Produkte. Informationspflicht. Haftung (nein).

En 2007, sur conseil de leur banque, deux sœurs tennesoises achètent des produits structurés émis par Lehman Brothers. A la suite de la faillite de celle-ci en 2008, les deux clientes subissent une perte importante. Elles agissent contre la banque, estimant en particulier ne pas avoir été suffisamment informées, mais sont déboutées.

1. Dans une relation de conseil en placement, la banque doit informer le client de tous les éléments importants pour la formation de sa volonté. Elle doit notamment l'informer des opportunités et des risques liés à l'investissement recommandé. Si elle recommande l'achat d'un titre particulier, la banque doit connaître la situation financière de la société émettrice, ses perspectives et les avertissements émis par la presse financière et les agences de notation. Le devoir d'information dépend des circonstances du cas d'espèce. – 2. S'agissant de produits structurés garantis à 100% à l'échéance, un des principaux risques qu'encourt l'investisseur est le risque d'insolvabilité de l'émetteur. – 3. En l'espèce, les investisseurs ont été dûment informés du risque émetteur (qui n'était par ailleurs pas propre au produit structuré puisqu'une obligation émise par Lehman Brothers aurait connu le même sort). – 4. La faillite de l'émettrice n'était pas prévisible au moment où le conseil en placement a été donné.

TF 4A_329/2021 du 30 mars 2023 (I^{re} Cour de droit civil). **Recours contre TI Tribunale d'appello** 12.2020.134 du 31 mai 2021. **Recensions:** Fischer, <https://cdfb.ch/1301/>.

r10 Relation execution only. Exécution tardive des instructions du client. Responsabilité de la banque du fait du dépositaire étranger (non). – Execution only-Geschäfte. Verspätete Ausführung von Kundenanweisungen. Haftung der Bank aufgrund des ausländischen Aufbewahrers (nein).

Deux clientes, dans une relation d'*execution only*, ordonnent à la banque d'exercer des warrants d'une société américaine (*cashless*). Malgré de nombreuses relances des clientes, l'ordre n'est exécuté que quelques jours plus tard; la banque prétend ne pas avoir été en mesure d'exercer les warrants plus tôt à cause de son dépositaire aux Etats-Unis. Les clientes agissent contre la banque pour le préjudice subi en raison de l'exécution tardive de leurs instructions.

1. Les conditions générales stipulent que (i), sous réserve d'une faute grave de la banque, le préjudice que le client pourrait subir du fait d'un ordre non exécuté, exécuté partiellement, tardivement ou mal exé-

cuté est à la charge de ce dernier et (ii) la banque est autorisée à faire appel à des tiers dans l'exécution d'ordres des clientes et qu'elle n'est à cet égard responsable que du soin avec lequel elle choisit et instruit ces tiers. – **2.** L'instruction du dossier révèle que la banque a dûment et sans délai instruit son dépositaire, dès réception des ordres. Elle a ensuite effectué un suivi actif pour tenter d'accélérer le processus, allant même au-delà des obligations qui résultent de sa relation d'*execution-only* avec les clientes. – **3.** La banque n'a pas violé ses obligations de diligence et de fidélité; sa responsabilité n'est dès lors pas engagée.

GE Cour de justice, ACJC/800/2023 du 12 juin 2023; arrêt entré en force. **Recensions** : iusNet DB 11.09.2023.

r11 Devisenhandel. Aufgabe des EUR/CHF-Mindestkurses durch die SNB. Genehmigungsfiktion (bejaht). Schadenersatzanspruch (verneint). Retrozessionen. Herausgabepflicht (verneint) – Négocie de devises. Abandon du cours plancher EUR/CHF par la BNS. Fiction de ratification (oui). Dommages-intérêts (non). Rétrocessions. Obligation de restituer (non).

Im März 2013 eröffnete die Offshore-Gesellschaft C. Ltd. bei der Bank B. ein Konto. Die Klägerin A. ist am Vermögen wirtschaftlich berechtigt und verfügt über Einzelzeichnungsberechtigung. Im Sommer 2014 nahm die C. Ltd. bei der Bank mehrere Darlehen (insgesamt CHF 7 Mio.) auf und tätigte damit Euro-Käufe. Infolge der Aufgabe des EUR/CHF-Mindestkurses verlor das Konto an Wert. In diesem Zusammenhang macht die A. aus zediertem Recht der C. Ltd. einen Schadenersatzanspruch wegen Pflichtverletzungen der Bank geltend. Darüber hinaus verlangt sie die Herausgabe von Retrozessionen. Das Handelsgericht des Kantons Zürich weist ihre Klage ab.

1. Eine Qualifikation des Vertragsverhältnisses (Vermögensverwaltung, Anlageberatung oder *execution only*) kann offen gelassen werden. – **2.** Sind die Voraussetzungen einer Genehmigungsfiktion erfüllt, gelten (allfällige) Sorgfaltspflicht- bzw. Vertragsverletzungen als nachträglich geheilt. Der Kunde muss sich die Genehmigungsfiktion entgegenhalten lassen, wenn ihm Bankdokumente ausgehändigt wurden, aus welchen die getätigten Transaktionen hervorgehen, und er in der Lage war bzw. über ausreichende Kenntnisse verfügte, um die Bedeutung der Dokumente zu erfassen. Vorliegend wurde C. Ltd. genügend über die Risiken der fraglichen Transaktion aufgeklärt. Im Kreditvertrag wurde unter dem Titel «Risk Disclosure» darauf hingewiesen, dass ein hohes Mass an Leverage

sich sowohl zu Gunsten als auch zu Ungunsten des Investors auswirken und darüber hinaus zum Totalverlust des gesamten investierten Kapitals führen kann. Selbst wenn (subsidiär) einzig auf die Kenntnis von A. als wirtschaftlich Berechtigte abgestellt würde, läge eine hinreichende Risikoaufklärung vor. Unter anderem aufgrund ihres Bildungsgrades (Studium der Wirtschaftswissenschaften) und der Korrespondenz mit der Bank besteht kein Zweifel daran, dass A. das Risiko der getätigten Anlage bekannt war. Eine rechtzeitige Irrtumsanfechtung (Art. 31 OR) ist ebenfalls unterblieben. Damit ist gestützt auf die Genehmigungsfiktion in den AGB von einer Genehmigung der Anlage auszugehen. Ein Schadenersatzanspruch der C. Ltd. ist zu verneinen. – **3.** Ein Schadenersatzanspruch aus Darlehensvertrag ist zu verneinen. – **4.** Ein Herausgabeanspruch hinsichtlich der durch die Bank vereinnahmten Retrozessionen besteht zufolge gültigen Vorausverzichts der C. Ltd. nicht.

ZH Handelsgericht, HG200190-O vom 3. Oktober 2023 (A. gegen B. AG), rechtskräftig.

r12 Konsumkreditvertrag. Ungenügende Kreditfähigkeitsprüfung. Existenzminimum. Provisorische Rechtsöffnung (verneint). – Contrat de crédit à la consommation. Examen de la capacité de contracter un crédit. Prise en compte du minimum vital. Mainlevée provisoire (non).

Die Bank A. schloss mit einem Kunden einen Kreditvertrag über CHF 15 000 zuzüglich 13,95% Jahreszins und einen Kreditversicherungsvertrag mit einer monatlichen Rate von CHF 26.90 ab. Nachdem der Kreditnehmer in Verzug geraten ist, stellt die Bank beim Bezirksgericht Affoltern ein Gesuch um provisorische Rechtsöffnung über den noch ausstehenden Betrag von CHF 12 177.90. Ihr Gesuch wird abgewiesen.

1. Die gewerbsmässige Kreditgeberin muss vor Vertragsabschluss die Kreditfähigkeit des Konsumenten prüfen (Art. 27a KKG). Bei der Kreditfähigkeitsprüfung muss sie den pfändbaren Teil des Einkommens nach den Richtlinien über die Berechnung des Existenzminimums ermitteln (Art. 28 Abs. 2 und 3 KKG). Neben den bundesrechtlichen Berechnungsparametern wie Mietzins und Steuern sind im Kanton Zürich diesbezüglich auch unumgängliche Berufsauslagen, Auslagen für auswärtige Verpflegung und Fahrten zum Arbeitsplatz zu berücksichtigen. Prüft die Kreditgeberin Einkommen und Ausgabepositionen nur unzulänglich, kann die Kreditfähigkeitsprüfung als grob mangelhaft und der Verstoss gegen die Sorg-

faltspflichten gemäss KKG als schwerwiegend qualifiziert werden. In diesem Fall verliert die Kreditgeberin die Kreditsumme samt Zinsen und Kosten (Art. 32 Abs. 1 KKG). – **2.** Vorliegend hat die Bank die Kreditfähigkeit des Kreditnehmers nur mangelhaft geprüft. Zunächst klärte sie sein Einkommen unzulänglich ab, obwohl es sich beim Lohn um das zentrale Element für die Budgetberechnung handelt. Sie hätte den im Lohnausweis unter «Vorschuss» ausgewiesenen Betrag von CHF 3 000 hinterfragen müssen, anstatt ohne Rückfrage anzunehmen, dass es sich dabei um einen einmaligen Lohnabzug handelt. Darüber hinaus unterliess es die Bank unter anderem, die Ausgaben für Kinderbetreuung, einen bereits der Ehefrau gewährten Kredit wie auch die auswärtige Verpflegung zu berücksichtigen. Ebenso wenig genügt es in Bezug auf die Arbeitsfahrkosten eine Pauschale (vorliegend CHF 100) in der Budgetabrechnung einzusetzen, wenn der Kreditnehmer nicht vorgängig zu solchen Kosten befragt worden ist. – **3.** Unter Berücksichtigung dieser Umstände ist darauf zu schliessen, dass die Bank ihre Prüfungspflicht in schwerwiegender Weise verletzt hat. Die Kreditgeberin verliert damit den von ihr gewährten Kredit samt Zinsen und Kosten.

ZH Bezirksgericht Affoltern, EB220135-A/U/lm vom 19. April 2023, BLSchK 2023 215, rechtskräftig.

III. Sicherheiten und Verwertung – Sûretés et réalisation

1. Persönliche Sicherheiten – Sûretés personnelles

r13 Mainlevée provisoire. Crédits hypothécaires. Cautionnement. – Provisorische Rechtsöffnung. Hypothekarkredit. Kaution.

Une banque octroie à une société deux crédits pour un total de CHF 5 000 000 pour l'acquisition d'un immeuble : une « avance à terme fixe » de CHF 1 250 000 et un « crédit hypothécaire » de CHF 3 750 000. Les deux crédits sont garantis par deux cédulas hypothécaires ; l'avance à terme fixe est également garantie par un cautionnement solidaire concédé par C. La société ne rembourse pas les crédits à temps et tombe en faillite. Lors de la liquidation, l'immeuble est acquis aux enchères par la banque pour CHF 3 500 000, par compensation partielle de ses créances. La banque réclame à C le remboursement du capital de l'avance à terme fixe de CHF 1 250 000. En procédure de mainlevée, C sou-

tient que le cautionnement s'est éteint avec l'acquisition de l'immeuble.

1. Lorsqu'une poursuite est engagée contre la caution, celle-ci peut faire valoir ses moyens concernant tant sa dette que la dette principale. La garantie est en effet l'accessoire de la dette principale. – **2.** Titulaire de cédulas hypothécaires, le créancier gagiste qui obtient la réalisation forcée de l'immeuble a le droit de se payer sur le prix de l'immeuble. Le droit de gage s'éteint, que la créance garantie soit complètement couverte ou non ; l'extinction du droit de gage n'est pas subordonnée au résultat favorable de la réalisation. – **3.** Les créances qui n'ont pas été soldées malgré la réalisation du gage ne s'éteignent pas. – **4.** *In casu*, la banque n'a été que partiellement désintéressée. L'extinction du droit de gage, à la suite de la réalisation forcée de l'immeuble, n'a pas entraîné l'extinction des créances résultant des contrats de crédit. Les créances cédulaires sont en effet indépendantes des créances de base (ici : les crédits accordés par la banque). En conséquence, la créance de base garantie par le cautionnement existe encore de sorte que la banque peut exiger d'être désintéressée par la caution. La mainlevée provisoire de l'opposition est maintenue.

TF 5A_295/2023 du 16 août 2023 (I^e Cour de droit civil). **Recours contre FR Tribunal cantonal 102 2022 251 du 14 mars 2023. Recensions :** iusNet DB 30.10.2023.

r14 Provisorische Rechtsöffnung. Garantie (bejaht) und Bürgschaft (verneint). Klarer Wortlaut. – Mainlevée provisoire. Garantie (oui) et cautionnement (non). Texte clair.

Gestützt auf den von den Parteien im Zusammenhang mit einem Leasingvertrag unterzeichneten «Garantievertrag» verlangt die Beschwerdeführerin und Gesuchstellerin Rechtsöffnung. Dagegen qualifiziert der Beschwerde- und Gesuchsgegner den Vertrag als Bürgschaft und beruft sich auf Formnichtigkeit. Das Obergericht Zürich heisst die Beschwerde gut und weist die Sache zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurück.

1. Mit dem Garantievertrag i.e.S. (Art. 111 OR) verspricht der Garant dem Begünstigten die Leistung eines Dritten. Durch den Bürgschaftsvertrag (Art. 492 ff. OR) verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners, für die Erfüllung der (Haupt-) Schuld einzustehen. Die Abgrenzung zwischen diesen sehr ähnlichen Verträgen ist essentiell, da für sie unterschiedliche Formvorschriften gelten. – **2.** Bei der Abgrenzung kommt dem Wortlaut grundsätzlich kei-

ne entscheidende Bedeutung zu. Allerdings war dieser vorliegend klar und unmissverständlich: Die Vereinbarung war mit «Garantievertrag» bezeichnet, die Parteien waren als «Garantienehmerin» und «Garantiegeber» betitelt, es wurde ausdrücklich auf Art. 111 OR hingewiesen und angemerkt, dass es sich nicht um eine Bürgschaft i.S.v. Art. 492 ff. OR handle. Eine Berufung auf eine fehlende Schulung in juristischen Fachbegriffen geht unter diesen Umständen fehl. Ansonsten wäre der Abschluss einer Garantie für nicht «geschäftsgewandte» Personen faktisch unmöglich. – **3.** Darüber hinaus fehlt es vorliegend an einer Akzesorietät zwischen der Zahlungsverpflichtung und der Hauptschuld. Hat die Gesuchstellerin keine Zahlung erhalten, löst ihre dahingehende Erklärung ohne weiteres die Zahlungsverpflichtung des Gesuchsgegners aus. – **4.** Schliesslich sprechen auch der Einredeverzicht und das Eigeninteresse des Gesuchsgegners für einen Garantievertrag i.e.S.

ZH Obergericht, RT220001–O/U vom 11. Oktober 2022 (A. AG gegen B.), rechtskräftig.

r15 Contrat de nantissement. Engagement excessif (art. 27 al. 2 CC). – Pfandvertrag. Übermässige Bindung (Art. 27 al. 2 ZGB).

Une banque et un client concluent un contrat de nantissement pour garantir «toutes les créances et prétentions actuelles et futures [...]» que la banque possède ou pourrait faire valoir à l'encontre d'une Sàrl (participant à un projet commercial impliquant également le client). Ultérieurement, la banque octroie un crédit de CHF 450 000 à la Sàrl. Cette dernière tombe en faillite. Après l'en avoir dûment averti, la banque réalise l'intégralité du portefeuille du client afin de rembourser le crédit impayé par la Sàrl.

1. La licéité d'un acte de nantissement peut se poser au regard de la protection contre les engagements excessifs (art. 27 al. 2 CC et art. 19 al. 2 CO). – **2.** Les créances garanties par un acte de nantissement doivent être déterminées ou suffisamment déterminables au moment de la conclusion du contrat. Les créances futures éventuelles sont considérées suffisamment déterminables si elles sont (i) connexes à la relation d'affaires existant entre les parties et (ii) prévisibles au moment de la conclusion du contrat. – **3.** Un contrat de nantissement constituant un engagement excessif est, en règle générale, frappé de nullité partielle (et exceptionnellement seulement de nullité totale). Le juge ramène la couverture de l'acte de nantissement au montant estimé admissible. – **4.** In casu,

la portée du contrat litigieux est trop vaste; l'acte de nantissement constitue donc un engagement excessif. – **5.** Dans l'examen du montant admissible, la Cour de justice retient néanmoins que la créance dont se prévaut la banque était suffisamment déterminable. Ce crédit s'inscrit en effet dans le cadre des relations d'affaires existantes (au moment de la conclusion du contrat) entre la banque et la Sàrl et était prévisible au regard de l'ensemble des circonstances. Le client pouvait donc raisonnablement prévoir sa survenance. En conséquence, la banque était légitimée à réaliser le portefeuille du client.

GE Cour de justice, ACJC/1568/2023 du 16 novembre 2023; arrêt entré en force.

r16 Akkreditiv. Rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme (verneint). – Crédit documentaire. Appel abusif (non).

Die Gesuchstellerin A. Ltd. schliesst mit der C. als Verkäuferin zwei Kaufverträge über mehrere Tonnen von zwei verschiedenen Schrottsorten ab. Für die Bezahlung eröffnet die A. Ltd. bei der Bank B. AG als Gesuchsgegnerin ein Akkreditiv. Gestützt darauf verlangt die C. die Zahlung von USD 8 634 209.09 – nach Auffassung der A. Ltd. missbräuchlicherweise. Letztere ersucht das Handelsgericht Zürich darum, der Bank ein vorsorgliches Zahlungsverbot auszusprechen. Das Handelsgericht Zürich weist das Massnahmebegehren ab.

1. Das Akkreditivgeschäft weist eine ähnliche Formstrenge auf wie das Garantieg Geschäft. Ein Zahlungsverbot gegenüber einer der das Akkreditiv eröffnenden Bank wird deshalb nur mit Zurückhaltung ausgesprochen. Die Gesuchstellerin muss einen offensichtlichen Rechtsmissbrauch des Akkreditivs glaubhaft machen. Dies ist nur zu bejahen, wenn «absolut klare Verhältnisse vorliegen, die keinerlei Zweifel darüber offen lassen, dass dem Begünstigten unter keinem vernünftiger- und redlicherweise in Betracht kommenden rechtlichen Aspekt ein Anspruch auf Abruf [...] des Akkreditivs zusteht». – **2.** In casu bedingt die Abrufung des Akkreditivs das Vorliegen eines *clean on board* Konnossements. Die A. Ltd. bringt u.a. vor, dass im Konnossement die Bemerkung des Kapitäns fehle, die den untermischten Verlad der verschiedenen Schrottsorten bestätige. Die C. bestreitet allerdings, dass die bestellte Ware unzulässig vermischt worden ist. Damit ist die Berufung auf das Akkreditiv nicht ohne Zweifel rechtsmissbräuchlich. – **3.** Zudem fehlt es an einem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil.

ZH Handelsgericht, HE220114-O vom 23. November 2022 (A. Ltd. gegen B. AG), rechtskräftig.

2. Dingliche Sicherheiten – *Sûretés réelles*

r17 Bauhandwerkerpfandrecht. Bankgarantie als hinreichende Sicherheit (verneint). – *Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Garantie bancaire comme sûreté suffisante (non).*

Die Generalunternehmerin C. AG führte an einem Grundstück der B. Stiftung Sanierungsarbeiten durch. Unterstützt wurde sie dabei von der Subunternehmerin G. GmbH. Die G. GmbH schloss mit der A. AG einen Werkvertrag über Gerüstarbeiten ab. Nachdem die G. GmbH die verrichteten Arbeiten nur teilweise vergütete, beantragt die A. AG beim Obergericht Zürich die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Dagegen verlangen die B. Stiftung und die C. AG die Abweisung des Gesuchs mit der Begründung, dass die von der C. AG eingebrachte Bankgarantie als hinreichende Sicherheit qualifiziere. Das Obergericht heisst das Gesuch gut und verfügt die vorläufige Eintragung des Pfandrechts.

1. Die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts kann nicht verlangt werden, wenn der Eigentümer oder ein Dritter für die angemeldete Forderung hinreichend Sicherheit leistet (Art. 839 Abs. 3 ZGB). – 2. Die Bankgarantie nennt als Garantiebegünstigte die A. AG und als Garantierauftraggeberin die C. AG. Weiter beinhaltet sie den Passus «unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden aus dem eingangs erwähnten Rechtsverhältnis». Zwischen der A. AG und der Generalunternehmerin besteht allerdings kein Rechtsverhältnis. Ein solches besteht vielmehr zwischen der A. AG und der G. GmbH. Da es der Garantin unbenommen wäre, der A. AG Einreden oder Einwendungen aus dem Werkvertrag mit der G. GmbH entgegenzuhalten, ist die Bankgarantie in qualitativer Hinsicht nicht gleichwertig mit einem definitiv eingetragenen Baupfandrecht.

ZH Handelsgericht, HE230054-O vom 2. August 2023 (A. AG gegen B. [Stiftung] sowie C. AG), rechtskräftig.

r18 Margin Call. Schadenersatzklage in falscher Währung. (Keine) Vertragsverletzung der Bank. – Appel de marge. Action en dommages-intérêts dans une monnaie erronée. Violation du contrat (non).

Ein Kunde schloss für sich und seine Söhne fünf Rubel-Termingeschäfte mit der Bank B. AG ab. Am 16. Dezember 2014 verzeichnete der Rubel einen

Kursverlust von rund 30%. Gleichentags stellte die Bank alle Geschäfte glatt. Darin sieht der Kunde eine Vertragsverletzung. Das Obergericht Zürich weist seine Schadenersatzklage ab. Das Bundesgericht bestätigt das vorinstanzliche Urteil.

1. Die Klage ist abzuweisen, wenn der Gläubiger auf Zahlung in Schweizer Franken klagt, obwohl eine Fremdwährung geschuldet ist (Art. 84 Abs. 1 OR). Es besteht kein «wichtiger Grund», von dieser durch den Dispositionsgrundsatz (Art. 58 ZPO) begründeten Rechtsprechung abzuweichen. Die Beschwerde des Kunden könnte damit schon allein deshalb abgewiesen werden, weil er fälschlicherweise auf Schadenersatz in Schweizer Franken klagt. – 2. Es liegt keine Vertragsverletzung vor. Die Bank hat ihren Margin Call vertragsgemäss ausgeübt und die Positionen berechnungsgemäss glattgestellt.

BGer 4A_455/2022 vom 26. Januar 2023 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen Bank B. AG). **Vorinstanz:** ZH Obergericht, LB210029-O/U vom 12. September 2022 (A. gegen B. AG) = r19 in SZW 2/2023. **Besprechung:** *Jurist*, Jusletter 27. März 2023; Ollivier, <cdfb.ch/1280>; Vetter/Züst, SJZ 2023 663.

IV. Rechenschaftsablegung, Retrozessionen und Auskünfte – *Reddition de compte, rétrocessions et renseignements*

r19 Droit des héritiers à la reddition de compte (art. 400 al. 1 CO). Intervention accessoire (art. 74 CPC : non). – *Anspruch der Erben auf Rechenschaftsablegung (Art. 400 Abs. 1 OR). Nebenintervention (Art. 74 ZPO: nein).* Oncle et neveu partagent un compte au sein de la même banque. Peu avant le décès de l'oncle, le neveu transfère des fonds du compte du premier vers le compte du second. Le neveu transfère ensuite les fonds sur le compte d'une société de droit panaméen (tousjours auprès de la même banque) dont l'ayant droit économique n'est autre que sa mère. Les héritiers du *de cujus* accusent le neveu d'avoir détourné les avoirs à son profit ; une série de litiges éclatent entre eux. La société panaméenne ordonne à la banque de transférer les avoirs litigieux auprès d'un établissement tiers. La banque refuse de s'exécuter et agit en libération de dette. Souhaitant intervenir aux côtés de la banque, les héritiers forment une requête en intervention accessoire (art. 74 ss CPC), qui est admise par les deux

instances cantonales. Le Tribunal fédéral leur refuse quant à lui la voie de l'intervention accessoire.

1. Tous les héritiers – qu'ils soient réservataires ou non – ont un droit aux renseignements sur les avoirs existants au jour du décès (art. 400 al. 1 CO). Pour les transferts d'avoirs antérieurs au décès du *de cuius*, seuls les héritiers réservataires dont la réserve est lésée ou qui ont droit au rapport peuvent exiger des renseignements de la banque. – **2.** Un droit matériel aux renseignements (tel que celui fondé sur l'art. 400 al. 1 CO) ne peut être invoqué ni par des mesures provisionnelles (art. 261 ss CPC), ni par une procédure de preuve à futur (art. 158 al. 1 let. b CPC). Il doit faire l'objet d'une procédure permettant un examen complet de la cause en fait et en droit – **3.** Ce raisonnement s'applique *mutatis mutandis* à l'intervention accessoire, qui suppose un examen limité à la simple vraisemblance. La procédure d'intervention est ainsi « inadaptée au but poursuivi » par le droit à la reddition de compte. – **4.** La requête d'intervention accessoire des héritiers est déclarée irrecevable.

TF 4A_263/2022 du 23 juin 2023 (I^{re} Cour de droit civil). **Recours contre** GE Cour de justice, ACJC/633/2022 du 27 avril 2022. **Recensions:** Geissbühler, <cbdf.ch/1298/>; iusNet DB 31.07.2023.

r20 Auskunftsrecht des wirtschaftlich Berechtigten (verneint). Erledigung einer Stufenklage durch Vollurteil (bejaht). – Droit à l'information de l'ayant droit économique (non). Possibilité de statuer sur une action échelonnée par un jugement au fond (oui).

Frau A. klagt gegen die B1. AG auf Auskunft (erste Stufe) und Herausgabe treuhänderisch gehaltener Vermögenswerte (zweite Stufe), an denen sie sich wirtschaftlich berechtigt sieht. B1. ist Teil eines grösseren Gesellschaftskonstrukts und wird vom Alleinaktionär und einzigen Verwaltungsrat F. kontrolliert. Das Obergericht Zürich weist die Klage von A. ab.

1. Die wirtschaftliche Berechtigung ist ein wirtschaftliches Faktum. Sie ist nicht eindeutig definiert und stellt keine Rechtsgrundlage für zivilrechtliche Ansprüche dar. Ein Auskunftsanspruch des wirtschaftlich Berechtigten (Art. 400 Abs. 1 OR) besteht daher nur, wenn ein direktes vertragliches Verhältnis bejaht wird. – **2.** A. substantiiert die angebliche Vertragsbeziehung mit der B1. nicht hinreichend. Ebenso wenig vermag sie eine Geschäftsführung ohne Auftrag zu substantiieren. Damit hat A. keinen Auskunftsanspruch. – **3.** A. rügt weiter eine Verletzung des Instituts der Stufenklage, weil die Vorinstanz die Informati-

onsklage (erste Stufe) und die unbezifferte Forderungsklage (zweite Stufe) in einem Vollurteil abgewiesen hat. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden. Kann die Klägerin wie vorliegend keinerlei Ansprüche gegenüber der Beklagten glaubhaft machen, hat der Entscheid aus prozessökonomischen Überlegungen in der Form eines Vollurteils zu ergehen. Mangels Information fehlt der Klägerin jegliche Möglichkeit, im Rahmen einer (allfälligen) Hauptklage bezifferte Anträge zu stellen.

ZH Obergericht, LB210049–O/U vom 10. November 2022 (A. gegen B1. AG), rechtskräftig.

r21 Retrozessionen im execution only-Verhältnis. Herausgabepflicht (bejaht). Anforderungen an einen Herausgabeverzicht. – Retrozessionen in einer relation d'execution only. Obligation de restitution (oui). Exigences relatives à la renonciation à la restitution.

Die A. AG klagt gegen die Bank B1 SA auf Herausgabe von Retrozessionen in Höhe von gesamthaft rund CHF 50 000. Das Handelsgericht Zürich heisst die Klage gut.

1. Die Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR erfasst sämtliche Zuwendungen, die in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen. Ein solcher ergibt sich zunächst aus der Gefahr eines Interessenkonflikts. Diese besteht auch bei Retrozessionen im *execution only*-Verhältnis: Der Beauftragte kann versucht sein, aus mehreren verfügbaren Plattformen oder Brokern jene zu wählen, die ihm höhere Retrozessionen versprechen, oder konkurrierende Auftraggeber ungleich behandeln. – **2.** Unabhängig von allfälligen Interessenkonflikten ergibt sich der innere Zusammenhang aus der Zuweisungsfunktion von Art. 400 Abs. 1 OR. Retrozessionen finden ihre Grundlage in der durch die Geschäftsbeziehung eingeräumten Position der Bank und stehen daher dem Auftraggeber zu. – **3.** Auf die Herausgabe von Retrozessionen kann in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verzichtet werden. Ein gültiger Herausgabeverzicht verlangt, dass der Kunde zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennt. Die (technischen) *Eckwerte* der Retrozessionsvereinbarungen umfassen die Berechnungsparameter. Als solche können sowohl der Bestand der jeweiligen Produkte beim individuellen Kunden als auch deren Gesamtbestand beim Beauftragten dienen. Die Eckwerte müssen sich auf die konkreten Produkte beziehen. – **4.** Die AGB-Version 2008 verweist ledig-

lich auf die Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten, enthält jedoch keine Informationen zu deren Inhalt. Sodann nennt sie verschiedene Berechnungsgrundlagen (Emissions- und Rückkaufpreise, Vertriebsprovisionen, Wert der Anlagen), spezifiziert jedoch nicht, welche davon für welche Produkte relevant sind. Sie vermittelt somit keine hinreichende Kenntnis über die Eckwerte. – **5.** Die Grössenordnung der zu erwartenden Retrozessionen ist anhand einer Prozentbandbreite einer dem Kunden bekannten Bezugsgrösse anzugeben. Im *execution only*-Verhältnis bilden der Wert der Anlagen sowie die Emissions- oder Rückkaufpreise geeignete Berechnungsgrundlagen. – **6.** Die AGB-Version 2008 enthält lediglich eine einzige numerische Bandbreite von 0–1,5% des Werts der Anlagen auf Investmentfonds. Sie gibt nicht an, welche Kosten bei anderen Produkten anfallen und informiert somit ungenügend über die Grössenordnung. – **7.** Der Verzicht in den AGB 2008 ist somit unwirksam. – **8.** Aus der Vereinbarung muss eindeutig der Wille hervorgehen, dass der Auftraggeber auf die Ablieferung der Retrozessionen verzichtet. – **9.** Die AGB-Version 2010 enthält folgende Bestimmung: «Der Kunde erklärt hiermit ausdrücklich, zu akzeptieren, dass diese Vergünstigungen als Vergütung für die Leistungen, die die Bank dem Kunden erbringt, dieser zustehen.» Aus dieser Bestimmung ergibt sich kein bewusster Akt des Verzichts, weshalb sie nach Vertrauensprinzip nicht als Verzichtserklärung verstanden werden durfte und musste. Darüber hinaus verstösst die Klausel gegen Art. 8 aUWG (i.d.F. vom 19.12.1986). – **10.** Die praktisch gleichlautende Bestimmung im Depotreglement 2013 verstösst gegen die geltende Fassung von Art. 8 UWG (i.d.F. vom 17.6.2011: Sie führt zu einem erheblichen Missverhältnis, da sie mit Art. 400 Abs. 1 OR eine für das Auftragsrecht zentrale Bestimmung derogiert. Da es weiterhin an einer eindeutigen Verzichtserklärung fehlt, ist die Bestimmung überdies unangemessen.

ZH Handelsgericht, HG210223-O vom 21. Juni 2023 (A. AG gegen B1. SA), ZR 2023 191, rechtskräftig. **Besprechung:** Aggteley/Grand, SZW 2023 661; Atamer/Al Abiad/Bachmann, EF 12/2023 664; Kümin, K-Geld 06/2023 (Auch ohne Bankberatung: Kickbacks gehören Kunden); Pittet, <cdf.ch/1305>; Mitrovic, AJP 2024 260; Atamer/Furger, SZW 2024 140.

r22 Retrozessionen im execution only-Verhältnis. Anforderungen an einen Herausgabeverzicht. – *Rétrocessions dans une relation d'exécution only. Exigences relatives à la renonciation à la restitution.*

Die A. AG klagt gegen die Bank B. AG auf Herausgabe von Retrozessionen in Höhe von rund CHF 15 000. Die Zürcher Gerichte bejahen eine grundsätzliche Herausgabepflicht von Retrozessionen im *execution only*-Verhältnis, weisen die Klage jedoch ab, weil die Kundin gültig auf die Herausgabe verzichtet hat.

1. Retrozessionen unterliegen auch bei einer blossen Konto-/Depotbeziehung grundsätzlich der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR. – **2.** Bei reinen Konto-/Depotbeziehungen kann einzig die Investitionssumme als Basis für die Angabe der Grössenordnung von Retrozessionen herangezogen werden. – **3.** Da im Zeitpunkt des Verzichts noch gar nicht feststand, ob und ggf. in welche Anlagen die Kundin investieren würde, war eine Aufklärung über die Höhe von Entschädigungen im Zusammenhang mit konkreten Anlageprodukten noch gar nicht möglich. Anhand der vorgelegten Übersichtstabelle, in welcher die Bandbreiten der Entschädigungen nach Produktkategorie aufgelistet sind, konnte die Kundin die allfällig anfallenden Retrozessionen hinreichend genau berechnen. – **4.** Die in der Tabelle angegebenen Bandbreiten (teilweise 0–3%) waren nicht derart weit bemessen, dass eine sinnvolle Berechnung verunmöglicht war.

ZH Obergericht, NP230015-O/U vom 12. Juli 2023 (A. AG gegen B. AG), rechtskräftig. **Besprechung:** Aggteley, AJP 2024 274.

r23 Retrozessionen. Nachträglicher Herausgabeverzicht. – *Rétrocessions. Renonciation postérieure à la restitution.*

Die A. AG klagt gegen die Bank B1. SA auf Herausgabe von Retrozessionen. Das Handelsgericht Zürich heisst die Klage teilweise gut. Für den anderen Teil bejaht es einen gültigen Herausgabeverzicht.

1. Es kann offenbleiben, ob zwischen den Parteien eine Anlageberatung oder lediglich eine Konto-/Depotbeziehung vorlag, da Retrozessionen in beiden Fällen der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR unterliegen. – **2.** Da Privat- und aufsichtsrechtliche Normen grundsätzlich selbständig nebeneinander stehen, ist für die privatrechtliche Beurteilung unerheblich, ob die Verzichtsklausel den regulatorischen Vorgaben der FINMA entsprach. – **3.** (Bestätigung der Rechtsprechung des Handelsgerichts Zürich zu den Anforderungen an den Herausgabeverzicht, s. **r21**) – **4.** In den AGB 2011 wird nur eine numerische Prozentbandbreite von 0–5% für den Sammelbegriff Retrozessionen angegeben. Für die Kundin ist nicht erkenn-

bar, für welche Anlageprodukte der Bank wieviel Prozent bezahlt werden. Die Kundin ist somit nicht in der Lage, die Grössenordnung der Vergütung mit hinreichender Gewissheit zu berechnen. Der Verzicht ist unwirksam. Die Retrozessionen für das Konto C., welches 2014 geschlossen wurde, sind herauszugeben – 5. Für das Konto D. wurden die AGB 2014 übernommen. Darin befindet sich ein Verzicht auf bereits vereinbarte sowie zukünftig anfallende Retrozessionen. – 6. Der nachträgliche Verzicht auf bereits vereinbarte Retrozessionen ist zulässig. Eine genaue Bezifferung der Summe, auf die verzichtet wird, ist nicht erforderlich. Der Kundin hätte es freigestanden, von der Bank die bis dahin effektiv erhaltenen Retrozessionen in Erfahrung zu bringen und die Verzichtsklausel bis zum Erhalt der entsprechenden Auskünfte nicht zu akzeptieren. – 7. Die Verzichtsklausel in den AGB 2014 äussert sich insbesondere dazu, wofür die Bank die Retrozessionen erhält (beispielhafte Aufzählung der Leistungen) und wovon die Höhe der Retrozessionen abhängt. Zudem weist sie darauf hin, dass Retrozessionen zu Interessenkonflikten führen können. Weiter enthält die Klausel einen der Kundin bekannten Berechnungsparameter (Wert ihrer Anlagen) und gibt pro Anlagekategorie an, in welcher Prozentbandbreite sich die erwarteten Retrozessionen bewegen. Damit sind die (technischen) Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten hinreichend bekanntgegeben. – 8. Die Aufteilung in die verschiedenen Anlagekategorien und die Angabe von Prozentbandbreiten zwischen 0% und 0,75% für die einzelnen Kategorien erlauben es der Kundin, die Grössenordnung der erwarteten Retrozessionen für eine von ihr angeordnete Transaktion ziemlich exakt zu berechnen. – 9. Der Vorausverzicht in den AGB 2014 ist für die sachkundige Kundin wirksam. – 10. Für das Konto D. liegt ein rechtsgültiger Verzicht auf sämtliche Retrozessionen vor.

ZH Handelsgericht, HG210069-O vom 23. Oktober 2023 (A. AG gegen B1. SA, weitergezogen ans BGer: 4A_574/2023, Entscheid noch ausstehend).

r24 Retrozessionen im *execution only*-Verhältnis. Herausgabepflicht (bejaht). Herausgabeverzicht. – *Rétrocessions dans une relation d'execution only. Obligation de restituer (oui). Renonciation à la restitution.*

Die A. AG klagt gegen die Bank D. AG auf Rechenschaftsablage über die im Jahr 2021 vereinnahmten Retrozessionen sowie auf Herausgabe von zehn genau bezifferten Retrozessionszahlungen, die der Bank

zwischen 2011 und März 2021 zugeflossen sind. Das Handelsgericht des Kantons Bern heisst die Klage teilweise gut und verpflichtet die Bank zur Herausgabe der Retrozessionen, die sie in den Jahren 2011 und 2012 erhalten hat. Ab 2013 erkennt das Gericht einen gültigen Herausgabeverzicht. Zudem verpflichtet das Gericht die Bank zur Rechenschaftsablage über sämtliche zwischen April und Dezember 2021 vereinnahmten Retrozessionen.

1. In der Lehre ist umstritten, ob Retrozessionen auch im *execution only*-Verhältnis herausgabepflichtig sind. Eine Zuwendung unterliegt der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR, wenn sie in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung steht. Ein innerer Zusammenhang besteht auch ohne Vorliegen eines Interessenkonflikts, wenn sich der Beauftragte mit einer infolge der Auftragserfüllung erlangten Zuwendung bereichert. – 2. Retrozessionen erhöhen das Honorar eines Finanzdienstleisters. Sie fliessen diesem einzig aufgrund der Investition des Kunden und somit «infolge» des Auftrags zu. – 3. Abgesehen davon besteht *in casu* ein potenzieller Interessenkonflikt: Da die streitgegenständliche *execution only*-Beziehung punktuelle Beratungsdienstleistungen einschloss, konnte die Bank dem Kunden jederzeit gefragt oder ungefragt Empfehlungen abgeben, die ihre eigenen Interessen berücksichtigten. – 4. Die im Streit stehenden Retrozessionen unterstehen somit grundsätzlich der Herausgabepflicht – 5. Ein gültiger Herausgabeverzicht setzt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung voraus, dass der Kundin die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarung mit Dritten sowie die Grössenordnung der erwarteten Rückvergütungen anhand einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens bekanntgegeben werden. Was unter «Eckwerten» zu verstehen ist, hat das Bundesgericht bisher nicht näher erläutert. Nach Auffassung des Handelsgerichts genügt es, wenn pro Produktklasse die (jährlich) vereinnahmten Vergütungen in Prozentbandbreiten bekanntgegeben werden. Ob die Anforderungen an die Information über die «Eckwerte» bei *execution only*-Verhältnissen im Vergleich zur Vermögensverwaltung herabgesetzt sind, wird offen gelassen. – 6. Die AGB-Version 2008 begründet keinen gültigen Herausgabeverzicht, da sie keinerlei Rückschlüsse auf das Ausmass der zu erwartenden Retrozessionen liefert. Demgegenüber enthält die AGB-Version 2013 konkrete prozentuale Bandbreiten der Retrozessionen betreffend unterschiedlicher Produkt-

klassen und begründet daher einen gültigen Herausgabeverzicht.

BE Handelsgericht, HG 22 21 vom 6. September 2023 (A. AG gegen D. AG [Bank]). **Bestätigt** in BGer 4A_496/2023 vom 27. Februar 2024.

r24a Retrozessionen im Execution only Verhältnis. Herausgabeverzicht (bejaht). – *Rétrocessions dans une relation execution only. Renonciation à la restitution (oui).* Gegen den Entscheid des Handelsgerichts Bern (**r24**) erhebt die A. AG Beschwerde beim Bundesgericht. Streitig ist, ob die A. AG ab der AGB-Version 2013 gültig auf die Herausgabe der Retrozessionen verzichtet hat. Die A. AG dringt mit ihrer Beschwerde nicht durch.

1. Nach Auffassung des Handelsgerichts genügt die Bank den Anforderungen an einen gültigen Herausgabeverzicht, wenn sie die Art und Weise der Bemessung der Retrozessionen beschreibt, sie die Rückvergütungen als Spannbreite von 0,1–0,4% des verwalteten Vermögens ausweist, sie pro Produktklasse die (jährlich) vereinnahmten Vergütungen in Prozentbandbreite bekannt gibt [bei einer maximalen Spannbreite von 1,4%] und die Prozentsätze für Gruppengesellschaften der Bank und für Drittgeseellschaften gesondert angegeben werden und sie zudem bei strukturierten Produkten die Höhe der Vertriebsentschädigung als Prozentanteil angibt [0–3% des Emissionspreises und – als jährliche Vertriebsentschädigung – 0–1% des Anlagevolumens]. Die A. AG vermag mit ihren allgemeinen Ausführungen zu den Voraussetzungen für einen gültigen Verzicht auf Retrozessionen sowie die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht aufzuzeigen, inwiefern das Handelsgericht Art 400 Abs. 1 OR verletzte. – 2. Die A. AG bringt im Weiteren vor, eine Prozentbandbreite genüge der Informationsanforderung nicht. Auf die Feststellung, wonach es ihr jederzeit zustand, vor oder nach einer Investition genauere Informationen zu den Retrozessionen zu verlangen, geht sie nicht ein. Ihre Vorbringen in den nach ihrer Ansicht erforderlichen Informationsblättern bezüglich bestimmter Produkte gehen an der Sache vorbei. – 3. Da ein gültiger Herausgabeverzicht vorliegt, kann die umstrittene Frage der Herausgabepflicht von Retrozessionen im *execution only*-Verhältnis offengelassen werden.

BGer 4A_496/2023 vom 27. Februar 2024 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. AG gegen Bank B. AG). **Vorinstanz:** BE Handelsgericht, HG 22 21 vom 6. September 2023 (zusammengefasst in **r24**). **Besprechung:** Fischer, <cdfb.ch/1338/>.

r25 Rétrocessions dans une relation d'execution only. Obligation de restituer (non). – *Retrozessionen im execution only-Verhältnis. Herausgabepflicht (nein).*

Un client demande à sa banque de lui remettre les rétrocessions qu'elle a perçues sur les achats de titres qu'il a ordonnés (relation d'*execution only*). Le Tribunal de première instance le déboute.

1. Le fondement de l'obligation de restitution des rétrocessions est de prévenir le risque que le mandataire privilégie ses intérêts au détriment de ceux de son mandant. – 2. Si ce risque de conflit d'intérêts est « patent » lorsque la banque gère discrétionnairement les avoirs du client, le tribunal genevois considère qu'il n'existe pas en cas de relation d'*execution only*. Une telle relation, dans laquelle la banque se contente d'exécuter les ordres du client, exclut dès lors toute obligation de restitution des rétrocessions qu'elle perçoit. – 3. En l'espèce, la banque n'est donc pas tenue de restituer les rétrocessions litigieuses.

GE Tribunal de première instance, JTPI/4669/2023 du 19 avril 2023; jugement entré en force. Le même tribunal a rendu deux jugements dans le même sens (JTPI/7787/2023 du 30 juin 2023 et JTPI/10949/2023 du 26 septembre 2023) avant de renverser sa jurisprudence (JTPI/1076/2024 du 19 janvier 2024, voir **r25a**).

r25a Rétrocessions dans une relation execution only. Obligation de restituer (oui). – *Retrozessionen im execution only-Verhältnis. Herausgabepflicht (ja).*

Un client demande à sa banque de lui remettre les rétrocessions qu'elle a perçues sur des investissements dans des produits structurés qu'il a ordonnés (relation d'*execution only*). Cette dernière se prévaut d'une clause de renonciation aux rétrocessions. Le Tribunal de première instance admet la demande du client.

1. L'obligation de fidélité du mandataire (art. 398 al. 2 CO) inclut l'obligation de divulguer tous les faits qui sont importants pour le mandant, y compris la véritable rémunération du mandataire. La perception de rétrocessions constitue un fait important pour le mandant, et ce indépendamment de l'existence d'un conflit d'intérêts; si le mandant savait qu'une partie des honoraires de tiers était reversée au mandataire, il pourrait vouloir renégocier les honoraires du mandat. – 2. Partant, les rétrocessions perçues dans une relation d'*execution only* tombent sous le coup de l'obligation de restitution de l'art. 400 al. 1 CO. Ce résultat reflète le principe selon lequel le mandataire ne doit être ni enrichi ni appauvri par le mandat (abstraction faite des honoraires). – 3. Le mandant peut renoncer

à la restitution des rétrocessions ; la validité d'une renonciation suppose en général qu'il connaisse le montant et les bases de calcul des rétrocessions. Dans une relation d'*execution only*, la banque ne sait pas à l'avance les transactions que le mandant se décidera à effectuer. Il est néanmoins envisageable de fournir une estimation grâce à une fourchette par catégorie de produits. – 4. En l'espèce, la clause de renonciation aux rétrocessions ne contient pas d'indication chiffrée sur l'ampleur des rétrocessions. Comme le client n'est pas en mesure de déterminer la véritable rémunération de la banque, il n'a pas valablement renoncé aux rétrocessions. La banque est donc condamnée à les lui restituer.

GE Tribunal de première instance, JTPI/1076/2024 du 19 janvier 2024.

V. Zivilverfahren, Zwangsvollstreckung und internationale Rechtshilfe – Procédure civile, exécution forcée et entraide internationale

r26 Entraide civile internationale. Motifs de refus d'exécution d'une requête. Atteinte à la sécurité ou à la souveraineté (non). – *Internationale Rechtshilfe in Zivilsachen. Gründe für die Ablehnung der Ausführung eines Rechtshilfeersuchens. Gefährdung der Sicherheit oder Hoheitsrechte (nein).*

En 2012, le MPC ouvre une procédure contre un ancien directeur d'une institution étatique étrangère (de l'Etat Y) qui aurait perçu des commissions secrètes sur un compte auprès d'une banque suisse. Dans la procédure pénale, le TPF restreint l'accès au dossier de l'institution étatique, constituée partie plaignante, pour éviter qu'elle ne puisse transmettre des documents à l'Etat Y. En 2019, deux nouvelles procédures judiciaires sont introduites. La première est ouverte contre l'ancien directeur par les autorités pénales de l'Etat Y ; celles-ci adressent au MPC une requête d'entraide judiciaire pour obtenir les documents recueillis dans la procédure suisse ouverte en 2012. La seconde est initiée par l'institution étatique devant les tribunaux civils anglais contre l'ancien directeur et la banque suisse où celui-ci détenait un compte. Afin de permettre à la banque de se défendre sans enfreindre le secret bancaire, les tribunaux anglais adressent une demande d'entraide civile aux tribunaux genevois en vue d'obtenir les documents bancaires liés au compte

de l'ancien directeur. Le Tribunal de première instance admet la requête. La Cour de justice la rejette. Le Tribunal fédéral admet le recours (et donc la transmission des informations).

1. En matière de commissions rogatoires entre le Royaume-Uni et la Suisse, la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (CLaH70) est applicable. – 2. Selon l'art. 12 § 1 CLaH70, l'exécution de la commission rogatoire ne peut être refusée que pour les motifs exhaustifs suivants : (i) l'exécution, dans l'Etat requis, n'entre pas dans les attributions du pouvoir judiciaire ou (ii) l'exécution est jugée, par l'Etat requis, de nature à porter atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité. – 3. Les notions d'atteintes à la souveraineté ou à la sécurité doivent être interprétées de manière restrictive et ne doivent pas être confondues avec la notion plus large de contrariété à l'ordre public interne. – 4. Une interprétation historique de l'art. 12 § 1 CLaH70 (et de divers autres instruments de la Conférence de la Haye) révèle qu'une violation des principes fondamentaux du droit de procédure civile de l'Etat requis n'est susceptible de porter atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité au sens de l'art. 12 al. 1 let. b CLaH70 que lorsqu'elle atteint des principes de procédure fondamentaux reconnus par l'ordre public international. Un de ces principes est le respect du droit d'être entendu des personnes touchées dans leurs droits par l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire. Celles-ci doivent avoir pu bénéficier de la possibilité de s'exprimer dans le procès au fond à l'étranger avant l'exécution de ladite commission rogatoire. – 5. *In casu*, l'exécution de la commission rogatoire n'est pas *per se* de nature à porter atteinte à la sécurité ou à la souveraineté de la Suisse. Celle-ci n'est ni abusive ni incompatible avec les règles de la bonne foi (à supposer que de tels principes fassent partie de l'ordre public international). Admettre l'exécution de la requête d'entraide ne reviendrait pas à contourner la procédure pénale pendante en Suisse car les procédures pénale et civile impliquent des parties distinctes et poursuivent des objectifs différents. – 6. Au contraire, refuser l'entraide reviendrait à porter une atteinte inadmissible aux droits de la défense de la banque. Le Tribunal fédéral admet donc l'exécution de la commission rogatoire.

ATF 149 III 235 (TF 4A_389/2022 du 14 mars 2023; I^{re} Cour de droit civil). **Recours contre** GE Cour de justice ACJC/1005/2022 du 22 juillet 2022. **Recensions:** Tistounet, <cdbf.ch/1291/>; Rauber, <https://swissblawg.

ch/2023/04/4a_389-2022-internationale-rechtshilfe-in-zivilsachen-amtl-publ.html>.

r27 Einheitliches Arrestbegehren gegen Mitschuldner. Margin Call. Ungenügende Substantiierung des Schadens. – Demande unique de séquestre contre plusieurs débiteurs. Appel de marge. Motivation insuffisante du dommage.

Die Bank A. AG behauptet, dass sie den Eheleuten B. und D. Kredite für den Handel mit Finanzanlagen gewährt hatte. Im Gegenzug hätten diese dafür ihre Vermögenswerte bei der Bank verpfändet. Als Folge der Covid-19-Pandemie sei es zu einer Unterdeckung gekommen, die sie nach zwei erfolglosen «Margin Calls» zur Beendigung der fraglichen OTC-Transaktionen berechtigt hätte. Nach Belastung der verpfändeten Konten und Verrechnung mit anderen Konten der Kunden zur Beseitigung des dadurch entstandenen Verlusts bestehe insgesamt noch ein Ausstand «von gerundet USD 5 016 202.28». Die Vorinstanz hatte die Einsprache der Kunden gegen diese Arrestforderung gutgeheissen. Dagegen führt die Bank erfolglos Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich.

1. Will ein Gläubiger eine Forderung gegen mehrere Mitschuldner, insbesondere Solidarschuldner, in Betreibung setzen, so hat er grundsätzlich gegen jeden Schuldner und jede Schuldnerin einzeln ein Betreibungsbegehren zu stellen. Beim Arrest gilt der gleiche Grundsatz: Mit einem Arrestbegehren gegen mehrere Schuldner vorzugehen, ist (vorbehaltlich seltener Ausnahmen) nicht zulässig. – **2.** Vorliegend hat die Gläubigerin in mehreren identischen Exemplaren ein Arrestgesuch gegen B. «und/oder» seine Ehefrau D. eingereicht. Eine solche Formulierung spricht gegen separate, voneinander unabhängige Arrestbegehren. Da es vorliegend an anderen Arrestvoraussetzungen fehlt, kann allerdings offenbleiben, ob der Arrestbefehl schon allein wegen der unzulässigen Stellung eines einheitlichen Arrestbegehrens aufzuheben wäre. – **3.** Die Bank leitet ihre geltend gemachte Arrestforderung aus einer ganzen Kette von Umständen ab (gewährter Kredit; Unterdeckung des Kredits infolge Wertverlusts der gestellten Sicherheiten; Liquidationserlös der OTC-Transaktionen; weitere Guthaben der Kunden). Unter solchen Umständen genügt es nicht, den Totalbetrag der Abrechnung zu behaupten und dem Gericht zuzumuten, die einzelnen Forderungspositionen der Berechnung aus den Akten zusammenzutragen. Vielmehr muss die Berechnung der Forderung – auch im Arrestverfahren – mit einzelnen

Positionen zumindest in den Grundzügen aufgezeigt werden. – **4.** Die Bank vermag weder die Höhe der beanspruchten Kredite noch die dafür gestellten Sicherheiten und deren Wertentwicklung zu substantiieren. Die geltend gemachte Unterdeckung kann damit nicht nachvollzogen werden. Abgesehen davon wurde nicht hinreichend substantiiert, wie die Verluste aus der Liquidation der OTC-Transaktionen zur Arrestforderung führten.

ZH Obergericht, PS230011-O/U vom 7. Juni 2023 (A. AG [Bank] gegen B., weitergezogen ans BGer: 5A_515/2023, Entscheid noch ausstehend) und ZH Obergericht, PS230012-O/U vom 7. Juni 2023 (A. AG gegen D., weitergezogen ans BGer: 5A_517/2023, Entscheid noch ausstehend).

r28 Arrest. Örtliche Zuständigkeit zur Behandlung eines Arrestbegehrens. Zweigniederlassung. – Séquestre. For du séquestre. Succursale.

Die Gesuchstellerin führt Beschwerde gegen einen Entscheid des Bezirksgerichts Zürich, das mangels örtlicher Zuständigkeit nicht auf ihr Arrestgesuch eingetreten ist. Das Obergericht Zürich gibt ihr Recht und weist die Sache zur Neubeurteilung zurück.

1. Hat eine Arrestschuldnerin mit ausländischem Wohnsitz eine Forderung aus dem Geschäftsverkehr mit einer Zweigniederlassung der Drittschuldnerin, kann der Arrest entweder am schweizerischen Zweigniederlassungssitz oder am schweizerischen Hauptsitz angeordnet werden. Voraussetzung für eine Arrestlegung am Ort der Zweigniederlassung ist, dass die zu verarrestierende Forderung eng und überwiegend mit dieser Zweigniederlassung zusammenhängt. – **2.** Zur Substantiierung eines solchen Zusammenhangs reichte die Gesuchstellerin ein Portfolio Statement der Zürcher Filiale einer Bank ein. In der linken unteren Ecke der ersten Seite steht darauf die Adresse und Telefonnummer der Zürcher Filiale. Dagegen erwähnt das sechsseitige Dokument nirgends den Hauptsitz der Bank. Damit besteht der nötige enge Bezug.

ZH Obergericht, PS230015-O/U vom 27. Februar 2023 (A. AG gegen B. Inc.), rechtskräftig.

r29 Umrechnungszeitpunkt bei Verrechnung mit Fremdwährungsforderungen. – Moment de la conversion en cas de créances libellées en monnaie étrangère.

Im Zusammenhang mit zwei Verträgen vereinbarten die Klägerinnen (A. und B.) und die Beklagten (X., Y. und Z.) unter anderem, dass daraus entstehende Forderungen miteinander verrechnet werden können. Vor Bundesgericht ist (unter anderem) streitig, ob die Y.

bei der Verrechnung einer CHF-Forderung der B. mit eigenen Fremdwährungsforderungen zu Recht auf die Wechselkurse zum Zeitpunkt der Fälligkeit der Verrechnungsforderungen abgestellt hat.

1. Nach Auffassung des Gesetzgebers soll dem Verrechnenden das Zuwarten mit der Verrechnungserklärung nicht schaden. Art. 124 Abs. 2 OR beinhaltet daher die Rückwirkung der Tilgung auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Verrechnungsforderung. Forderung und Gegenforderung gelten auf den Zeitpunkt als getilgt, in dem sich diese verrechenbar (d.h. fällig bzw. erfüllbar) gegenüberstanden. Mit der Verrechnungserklärung kommt der Verrechnende damit in die Lage, wie wenn er bei erster Möglichkeit verrechnet hätte. – 2. Das Bundesgericht hat sich bislang nicht zur Frage geäußert, auf welchen Umrechnungszeitpunkt bei der Verrechnung von Fremdwährungsforderungen abzustellen ist. – 3. Aus Kohärenzgründen muss die *Fälligkeit der Verrechnungsforderung* auch für den Umrechnungszeitpunkt massgebend sein. Daran ändert die grundsätzliche Kritik der Lehre am Rückwirkungsprinzip nichts, da eine diesbezügliche Abweichung eine Gesetzesänderung erfordern würde. – 4. Teilweise wird in der Lehre vertreten, dass auf den *Zugang der Verrechnungserklärung* abzustellen ist. Damit soll verhindert werden, dass der Verrechnende risikolose Währungsgewinne erzielt, was bei Abstellen auf die Fälligkeit möglich ist. Je nach Kursentwicklung kann der Verrechnende entweder rückwirkend auf den Umrechnungskurs im Zeitpunkt der Fälligkeit die Verrechnung erklären oder – wenn der spätere Kurs besser ist – auf die Verrechnung verzichten und stattdessen die Bezahlung der Forderung geltend machen. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Verrechnungsgegner jederzeit seine eigene Schuld begleichen und damit der Gefahr einer für ihn ungünstigen Kursentwicklung vorbeugen kann. Indem er zuwartet, nimmt er selbst an der Währungsspekulation teil.

BGE 149 III 61 (4A_398/2022, I. zivilrechtliche Abteilung, A. AG und B. LDA gegen C1. AG, C2. und C3. BV), JdT 2023 II 280. **Vorinstanz:** BL Kantonsgericht, 400 21 103 [B 36] vom 14. Dezember 2021 (Abteilung Zivilrecht). **Besprechung:** Sellier, LawInside vom 22. April 2023; Vetter/Züst, SJZ 2023 663; Vischer, swisslawblog vom 12. April 2023.

r30 Auskunftspflicht Dritter im Pfändungsverfahren. Wohnsitz oder Sitz als hinreichender Anknüpfungspunkt. – Obligation de renseigner des tiers dans la procédure de saisie. Domicile ou siège comme point de rattachement suffisant.

Das Betreibungsamt Basel-Stadt forderte die Bank A. in Basel auf, sämtliche Vermögenswerte bzw. ihr gegenüber bestehende Forderungen von sechs bestimmten Schuldner zu sperren und dem Betreibungsamt über die Vermögenswerte bzw. Forderungen Auskunft zu erteilen. Die Bank A. beschwert sich dagegen beim Bundesgericht, welches allerdings die Beschwerde abweist.

1. Gemäss Art. 91 Abs. 4 SchKG bestehen für bestimmte Dritte im Rahmen des Pfändungsvollzugs Auskunftspflichten. Diese Pflichten sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf Dritte beschränkt, «*die Vermögensgegenstände des Schuldners verwahren oder bei denen dieser Guthaben hat*». Die Auskunftspflicht muss stets verhältnismässig sein – ein wahlloses Anschreiben von Dritten in der Hoffnung auf einen Zufallsfund («*fishing expedition*») ist nicht zulässig. – 2. Die kantonale Praxis hat die Auskunftspflicht Dritter weiter konkretisiert. Nach der Genfer Rechtsprechung darf das Betreibungsamt schon annehmen, dass ein Schuldner Vermögenswerte bei einer Bank hat, wenn der Schuldner seinen Wohnsitz oder Sitz in dem Kanton hat, in dem die betreffende Bank eine Zweigniederlassung betreibt. *E contrario* ist das Auskunftsbegehren rechtswidrig, wenn es an jeglichen Anknüpfungspunkten wie Wohn- oder Arbeitsort fehlt. – 3. Vorliegend wurde in den sechs Auskunftsbegehren des Betreibungsamtes jeweils der Wohnsitz bzw. der Sitz des Schuldners in Basel angegeben. Die Bank ist in Basel physisch präsent und ist dort geschäftstätig. Daraus ergibt sich ein konkretes Verdachtsmoment, welches das Vorhandensein einer Geschäftsbeziehung der Schuldner mit der Bank als möglich oder wahrscheinlich erscheinen lässt. Von einem wahllosen Anschreiben von Dritten in der Hoffnung auf einen Zufallsfund kann nicht gesprochen werden. Da ein genügend konkretes Auskunftsbegehren vorliegt, ist keine Rechtsverletzung gegeben. – 4. Entgegen der Bank ist neben dem Wohn- oder Arbeitsort des Schuldners kein «zusätzliches Element» für ein Auskunftsbegehren notwendig. Besteht eine Auskunftspflicht, kann die Bank die Auskunft überdies auch nicht unter Berufung auf das Bankgeheimnis verweigern.

BGer 5A_360/2023 vom 23. Oktober 2023 (II. zivilrechtliche Abteilung, Bank A. gegen Betreibungsamt Basel-Stadt). **Vorinstanz:** BS Appellationsgericht, BEZ.2022.81 (obere Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt).

VI. Diverses – Divers

r31 Faillite bancaire. Assurance-vie soumise à un droit étranger. Dépôt des primes sur des comptes individualisé auprès d'une banque suisse. Dépôts privilégiés (non). – *Bankenkonkurs. Lebensversicherung unter ausländischem Recht. Einzahlung von Prämien auf individualisierte Konten bei einer Schweizer Bank. Privilegierte Einlagen (nein).*

Une institution d'assurance étrangère propose des contrats d'assurance-vie. Pour chaque contrat conclu, l'institution d'assurance ouvre un compte individuel en son propre nom auprès d'une banque suisse afin d'y déposer et investir la prime de l'assuré. La banque ou un autre gestionnaire de fortune collective gère le compte (insurance wrapper). En 2014, la banque en question, Banque Privée Espirito Santo SA, tombe en faillite. Lors de la production de ses créances, l'institution d'assurance requiert le privilège de collocation (art. 37a LB) pour l'ensemble des comptes qu'elle a ouverts.

1. En principe, le système de garantie des dépôts protège uniquement le titulaire du compte ; l'ayant droit économique ne peut pas requérir le privilège de collocation, même s'il est connu de la banque. – 2. Une exception existe toutefois pour les créances (i) de fondations bancaires reconnues comme institutions de prévoyances et (ii) de fondations de libre passage. Ces créances sont réputées appartenir à chacun des preneurs de prévoyance ou assurés (art. 37a al. 5 LB). Elles sont colloquées en deuxième classe, mais ne bénéficient pas du remboursement immédiat à partir des actifs liquides ni de la garantie des dépôts. – 3. Les dépôts privilégiés de l'art. 37a al. 5 LB visent à protéger la prévoyance des travailleurs actifs en Suisse ; ils résultent de conventions particulières, soumises à autorisation et conclues avec des établissements surveillés. S'agissant du 3^{ème} pilier A, seuls les dépôts effectués en exécution des conventions conclues avec une fondation bancaire sont privilégiés, à l'exclusion des contrats conclus avec des établissements d'assurance, dont la protection est assurée par les règles régissant spécifiquement ceux-ci. – 4. *In casu*, les comptes ouverts par l'institution d'assurance étrangère afin d'y déposer la prime payée par chacun de ses assurés ne bénéficient pas de ce régime privilégié.

TF 5A_362/2023 du 28 septembre 2023 (II^e Cour de droit civil). **Recours contre** VD Tribunal cantonal, PO17.024736-221166 du 31 mars 2023. **Recension** : Brander, <cdfb.ch/1314/> ; iusNet DB 18.12.2023.

r32 Contrat informatique. Résiliation avec effet immédiat par le prestataire informatique (injustifiée). Dommages-intérêts (oui). – *IT-Vertrag. Kündigung mit sofortiger Wirkung (unberechtigt). Schadenersatz (ja).*

Une banque engage un prestataire pour migrer son système informatique. Quelques années plus tard, un désaccord naît au sujet de la rémunération du prestataire informatique. Ce dernier finit par résilier le contrat avec effet immédiat. Il propose malgré tout de continuer à fournir ses prestations pendant une période de transition, moyennant un prix forfaitaire, ce que la banque accepte. Après avoir adopté un nouveau système informatique, la banque résout le contrat relatif à la période transitoire et exige des dommages-intérêts pour l'inexécution du contrat initial.

1. Les parties sont liées par un contrat innommé de durée présentant des aspects de contrat d'entreprise. – 2. La Cour de justice conclut que les sommes relatives à la rémunération du prestataire n'étaient pas exigibles au moment où le contrat a été résilié. En réalité, la résiliation avec effet immédiat procède d'une divergence d'interprétation sur la rémunération du prestataire, ce qui n'est pas un juste motif. Partant, elle est injustifiée et la banque fondée à réclamer des dommages-intérêts positifs. – 3. La résolution du contrat relatif à la période de transition est au demeurant légitime. Le prestataire a en effet exercé une pression illicite sur la banque ; cette dernière pouvait accepter le contrat pour la phase transitoire afin de réduire le dommage (art. 44 al. 1 CO). – 4. La Cour de justice confirme le jugement qui condamne le prestataire à indemniser la banque.

GE Cour de justice, ACJC/1497/2022 du 4 octobre 2022 ; arrêt entré en force. **Recensions** : Hirsch, <cdfb.ch/1274/>.

r33 Haftpflichtversicherung der Bank. «Vergleichbarkeit» als Deckungsvoraussetzung. – *Assurance responsabilité civile de la banque. «Comparabilité» comme condition de couverture.*

Die Bank A. AG beherrscht die Tochtergesellschaft E. (Dubai). Die E. vermittelte ein Millionengeschäft zwischen der Bank und einer wohlhabenden Familie. Als Folge der Finanzkrise 2008 erlitt die Familie einen hohen Verlust. Diesen klagte sie bei einem Gericht in Dubai ein. Nach Auffassung des Gerichts hat die Bank über die Mitarbeiter der E. («de-facto») ohne Bewilligung Finanzdienstleistungen in Dubai erbracht. Gemäss dem Recht von Dubai ermöglicht eine Verletzung der Bewilligungspflicht dem Anleger die Rückforderung bereits getätigter Zahlungen sowie die Geltend-

machung einer Entschädigung. Aus diesem Grund wurde die Bank zur Zahlung von USD 35 Mio. verpflichtet. Streitig ist u.a., ob die Versicherung B. AG den Schaden der Bank zu decken hat. Das Bundesgericht lehnt eine Deckungspflicht der Versicherung und damit die Beschwerde der Bank ab.

1. Gemäss Police war die Bank für «*die auf schweizerischen gesetzlichen Haftpflichtbestimmungen oder anwendbare, vergleichbare, rechtsgültige nationale Vorschriften beruhende Haftpflicht [...]*» versichert. Demnach hat die Bank u.a. dann Anspruch auf Deckung, wenn ihre Haftpflicht aus Vorschriften erwuchs, die mit schweizerischen Bestimmungen «vergleichbar» sind. – **2.** Eine Auslegung dieser Klausel ergibt, dass die Voraussetzung der «Vergleichbarkeit» von der Versicherung hinzugefügt wurde, um die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadensfalls ausschliesslich nach Schweizer Recht beurteilen zu können. An-

sonsten müsste die Versicherung zur Abwägung ihres Risikos sämtliche Rechtsordnungen der Welt und dabei z.B. auch Rechtsinstitute wie die «punitiv damages» berücksichtigen. – **3.** Im vorliegenden Fall erwuchs die Zahlungspflicht der Bank im Zusammenhang mit der Verletzung einer Bewilligungsvorschrift im Recht von Dubai. Sinn und Zweck dieser Haftungsgrundlage ist, vor einem Verstoss gegen die Bewilligungspflicht abzuschrecken – sie hat mithin Strafcharakter und ist nicht mit den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen «vergleichbar». Eine Deckung ist damit ausgeschlossen.

BGer 4A_440/2022 vom 16. November 2023 (I. zivilrechtliche Abteilung, Bank A. AG gegen B. AG). **Vorinstanz:** ZH Handelsgericht, HG 180036-O vom 24. August 2022. Siehe auch die Entscheidung des Court of Appeal, Dubai International Financial Centre, Al Khorafi v Bank Sarasin-Alpen (ME) Ltd and Bank J. Safra Sarasin Ltd [2015] DIFC CA 003. **Besprechung:** Dupuis, <cdbf.ch/1329/>.