



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

Archive ouverte UNIGE

<https://archive-ouverte.unige.ch>

Master

2017

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

La responsabilité de la banque dépositaire en cas de gestion fautive par
un gestionnaire de fortune indépendant

Vignieu, Benjamin Michel Clément

How to cite

VIGNIEU, Benjamin Michel Clément. La responsabilité de la banque dépositaire en cas de gestion fautive par un gestionnaire de fortune indépendant. Master, 2017.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:96192>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Gestion privée, gestion institutionnelle :
Droit suisse et droit européen
Printemps 2017
Professeur Luc THÉVENOZ
Yvan Mario PLATINO, assistant

La responsabilité de la banque dépositaire en cas de gestion fautive par un gestionnaire de fortune indépendant

Mai 2017

Benjamin VIGNIEU

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	II
I. INTRODUCTION	1
II. Qualification juridique des relations.....	1
A. Relations entre la banque dépositaire et le client	1
B. Relations entre le client et le gérant indépendant.....	4
1. Le contrat de gestion de fortune.....	4
2. La gestion fautive du gérant indépendant	4
3. La représentation du client auprès de la banque dépositaire.....	6
C. Relations entre la banque dépositaire et le gérant indépendant	6
III. Responsabilité de la banque dépositaire	7
A. Obligation d'information et de surveillance de la banque dépositaire.....	8
1. Responsabilité contractuelle de la banque dépositaire.....	8
2. Responsabilité quasi-contractuelle de la banque dépositaire	15
3. Responsabilité extracontractuelle de la banque dépositaire.....	16
B. Ordres exécutés par la banque dépositaire non couverts par la procuration.....	17
C. Le gérant indépendant agit en tant qu'organe de fait ou auxiliaire de la banque	20
D. Responsabilité de la banque selon la théorie de la réalité économique	21
E. Sanctions administratives	22
F. Responsabilité de la banque dépositaire en matière de rétrocessions.....	23
IV. Prévention des risques et moyens de défense de la banque dépositaire	24
A. Clause de limitation de responsabilité	24
B. Limitation des risques à travers le contrat de collaboration	24
C. Preuve de l'information donnée et délégation au gérant.....	25
V. CONCLUSION.....	26
VI. BIBLIOGRAPHIE.....	28
A. Réglementations, documents officiels et autoréglementations	28
B. Répertoire des arrêts cités et des autres décisions.....	30
C. Doctrine	32
D. Sites internet	35
VII. ANNEXE	36
VIII. DÉCLARATION ANTI-PLAGIAT	38

LISTE DES ABRÉVIATIONS

ACJC	Arrêt de la Cour de Justice cantonale genevoise
al.	Alinéa(s)
art.	Article(s)
ASB	Association suisse des banquiers
ASG	Association Suisse des gérants de fortune
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral (recueil officiel)
BE	Berne
BS	Bâle
BsK	Basler Kommentar (Commentaire bâlois)
Bull. CFB	Bulletin de la Commission fédérale des banques
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CDB 16	Convention relative à l'obligation de diligence des banques de l'ASB du 1 ^{er} juin 2015
cf.	Confer
CFB	Commission fédérale des banques
ch.	Chiffre(s)
Circ. 2009/1	Circulaire de la FINMA 2009/1 Règles-cadres pour la reconnaissance de l'autorégulation en matière de gestion de fortune comme standard minimal du 18 décembre 2008
Circ. 2013/8	Circulaire de la FINMA 2013/8 Règles de conduite sur le marché concernant le négoce de valeurs mobilières du 29 août 2013
cm.	Chiffre marginal/chiffres marginaux
CO	Code suisse des obligations du 30 mars 1911 (RS 220)
code de conduite ASG	Code suisse de conduite de l'ASG relatif à l'exercice de la profession de gérant de fortune indépendant de 2017
consid.	Considérant
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CR	Commentaire romand
Directives ASB 2008	Règles de conduite de l'ASB pour négociants en valeurs mobilières applicables à l'exécution d'opérations sur titres de 2008
Directives ASB 2017	Directives de l'ASB concernant le mandat de gestion de fortune de 2017
éd.	édition
édit.	Éditeur(s)

FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers/Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FOREX	Foreign exchange market
GE	Genève
JdT	Journal des Tribunaux
KYC	Know Your Customer
LBA	Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme du 10 octobre 1997 (RS 955.0)
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (RS 952.0)
LBVM	Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (RS 954.1)
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241)
LIMF	Loi fédérale sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés du 19 juin 2015 (RS 958.1)
LPCC	Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.31)
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive
n.	Note de bas de page
N	Numéro marginal
n°	Numéro
NRCP	Nuova rivista di diritto commerciale e processuale
OAR	Organisme d'autorégulation
OAR-G	Organisme d'Autorégulation des Gérants de Patrimoine
OB	Ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne du 30 avril 2014 (RS 952.02)
OBVM	Ordonnance sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 2 décembre 1996 (RS 954.11)
p.	Page(s)
PJA/AJP	Pratique juridique actuelle/Aktuelle Juristische Praxis
P-LEFin	Projet de Loi fédérale sur les établissements financiers
P-LSFin	Projet de Loi fédérale sur les services financiers
RPS/ZStrR	Revue Pénale Suisse/Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
RS	Recueil systématique des lois fédérales suisses
SJ	La Semaine judiciaire
s	Et suivant(e)

ss	Et suivant(e)s
SZW/RSDA	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht/Revue suisse de droit des affaires
TF	Tribunal fédéral suisse
TI	Tessin
ZH	Zurich

I. INTRODUCTION

La gestion de fortune indépendante occupe une place particulièrement importante dans le secteur financier suisse. Selon des estimations, la part des avoirs gérés par un gérant de fortune indépendant représente entre 10% et 14% des actifs déposés auprès des banques suisses¹. Les avantages de confier la gestion de son portefeuille auprès d'un gestionnaire de fortune indépendant, plutôt qu'à une banque, sont multiples. Parmi ces facteurs nous pouvons relever l'indépendance, la proximité à la clientèle ou encore la flexibilité². Ces avantages résultent principalement des structures à taille humaine des gérants indépendants offrant un conseil personnalisé, contrairement aux banques. N'étant pas soumise à une surveillance prudentielle³, l'activité de gérant indépendant est plus souple que si elle est exercée par une banque. De même, le fait que le gestionnaire indépendant assume personnellement les risques auxquels il s'expose, suscite la confiance du client. Cependant, en cas de gestion fautive, la surface financière du gérant de fortune indépendant peut être insuffisante pour couvrir les pertes subies par le titulaire des avoirs. Dans ce dernier cas, le client essaie souvent de se retourner contre la banque dépositaire qui est le seul débiteur solvable (*deep pocket theory*).

Lorsque le client opte pour une gestion de fortune auprès d'un gestionnaire indépendant, les rapports juridiques sont organisés autour d'une relation tripartite entre la banque dépositaire, le gestionnaire de fortune indépendant (ci-après « le gérant indépendant » ou « le gérant externe ») et le titulaire des fonds (ci-après « le client »). La qualification juridique de ces rapports sera déterminante pour délimiter les obligations de la banque dépositaire et les conditions d'une éventuelle responsabilité. Afin d'analyser l'étendue de la responsabilité de la banque dépositaire en cas de gestion fautive par un gestionnaire indépendant, nous procéderons tout d'abord à la qualification juridique des relations entre les parties (*infra* II) afin de déterminer précisément les devoirs de la banque dépositaire et d'aborder les différentes sources de responsabilité de celle-ci (*infra* III). Enfin nous présenterons quelques mesures de prévention des risques et de défense à disposition de la banque dépositaire (*infra* IV).

II. QUALIFICATION JURIDIQUE DES RELATIONS

A. Relations entre la banque dépositaire et le client

En matière de gestion de fortune, le client dispose en principe de trois constructions juridiques, le simple dépôt bancaire (ou activité d'*execution only*), le conseil en placement, ou le mandat de gestion⁴. Ces trois options présentent des degrés de devoirs différents en matière d'information, de suivi des placements et de diligence. Lorsque la banque agit uniquement en tant que banque dépositaire et se limite à exécuter les transactions décidées par le client ou son gérant de fortune,

¹ DFF, Analyse d'impact LSF in et LEFin, p. 32 ; BERNET/HOFFMANN/MATTIG, p. 32.

² BÜHRER, p. 106.

³ Le gérant de fortune est toutefois considéré comme un intermédiaire financier au sens de l'art. 2 al. 3 let. e LBA. Le projet LEFin prévoit d'introduire une surveillance prudentielle et une obligation d'autorisation pour les gestionnaires de fortune (art. 2 al. 1 let. a et 4 P-LEFin).

⁴ ATF 133 III 97, consid. 7.1, JdT 2008 I 84 ; GE Cour de justice, ACJC/660/2015, 5 juin 2015, consid. 5.1 ; GE Cour de justice, ACJC/1612/2014, 19 décembre 2014, consid. 2.1 ; LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, p. 415.

le client est lié à celle-ci par une relation dite d'*execution only*. La jurisprudence retient systématiquement dans cette situation que les règles du mandat sont applicables⁵.

Afin de mettre en œuvre cette relation, les parties peuvent conclure différents contrats (contrat de dépôt, contrat de compte, contrat de giro bancaire et contrat de commission). Pour exercer l'activité de banque dépositaire et recevoir les dépôts du public (art. 5 OB), la banque doit être au bénéfice d'une autorisation au sens de l'art. 1 al. 2 et 3 LB. Dans le cadre de la gestion de fortune, les actifs déposés se limiteront en règle générale aux placements ordinaires en matière bancaire à savoir « les placements à terme fixe et placements fiduciaires, les opérations sur métaux précieux, les placements en valeurs mobilières du marché monétaire et du marché des capitaux sous la forme de papiers-valeurs et de droits-valeurs (p. ex. actions, obligations, Notes, créances comptables) »⁶. Ainsi, l'objet de ces relations contractuelles peut être la garde de certains avoirs (titres, métaux précieux, argent), l'administration courante des dépôts (titres et argent) et l'exécution d'opérations boursières. Ces activités ne sont pas régies par un contrat bancaire général⁷, mais par des contrats bancaires distincts qui se forment lors d'opérations ou de relations déterminées⁸. Le droit suisse ne contient pas de disposition spécifique relative au contrat bancaire, de sorte que la relation bancaire s'inscrit dans le cadre d'une constellation de contrats, que nous présenterons brièvement et d'une manière non exhaustive. La qualification juridique du contrat pertinent dépendra de la volonté des parties ou de son objet.

Tout d'abord, la banque et le client peuvent être liés par un contrat de compte courant et de giro bancaire afin d'assurer le trafic des paiements liés aux opérations sur les valeurs mobilières. Les transactions sur les titres intermédiés s'effectuent notamment à travers un compte de giro bancaire couplé par une convention de compte courant⁹. Le contrat de compte courant est un contrat innommé auquel sont applicables les règles sur le mandat¹⁰, en vertu duquel les prétentions et contre-prétentions s'éteignent par compensation et donnent naissance à une nouvelle créance par novation à concurrence du solde¹¹. Les parties seront également liées par un contrat de dépôt ouvert, complété par des conditions générales et un règlement des dépôts, qui peut fait l'objet d'argent¹² ou de titres. L'activité de dépôt comporte des prestations de services de la banque en matière de garde et de gestion d'avoirs ou d'objets précieux (métaux)¹³. En principe, le dépôt ouvert est un contrat mixte pouvant présenter les caractéristiques du mandat et du

⁵ TF, 4C.97/1997, 29 octobre 1997, consid. 6a, SJ 1998 p. 198 ; Tribunal cantonal GE, ACJC/1047/2010, 17 septembre 2010, consid. 3.1 et 5.4 ; GE Cour de justice, ACJC/660/2015, 5 juin 2015, consid. 5.2.

⁶ Directives ASB 2017, cm. 23.

⁷ En droit allemand, la doctrine admet la notion de contrat bancaire général (GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 76 et les références citées).

⁸ GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 79.

⁹ ZOBL/FISCHER, p. 517.

¹⁰ TF, 4C.205/2002, 9 décembre 2002, consid. 2.1 ; Tribunal cantonal GE, ACJC/1047/2010, 17 septembre 2010, consid. 3.1 et 5.4 ; BURG, N 312.

¹¹ ATF 127 III 147, consid. 2b ; ATF 130 III 694, consid. 2.2.2.

¹² Le contrat de dépôt d'argent fait l'objet d'une controverse doctrinale quant à savoir si le contrat qui lie les parties est un contrat de prêt ou de dépôt (LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, p. 683 et les références citées n. 2 et 3). Afin de qualifier ce contrat, il conviendrait de se référer à l'objectif du client déposant, à savoir soit la perception d'intérêts (contrat de prêt), soit la conservation en lieu sûr des avoirs déposés (contrat de dépôt irrégulier). Sur ce sujet cf. ATF 118 II 348, JdT 1993 I 550.

¹³ EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 729 ; BURG, N 313.

dépôt¹⁴. Cette qualification juridique découle du fait que les obligations se composent, d'une part, d'une prestation de dépôt soumis à restitution et, d'autre part, de services de comptabilité et de reddition de compte¹⁵. Avec l'accroissement des dépôts globaux et collectifs par l'intermédiation des titres, la banque ne reçoit ou ne garde en général aucune chose mobilière, elle fournit simplement un service à son client en assurant une comptabilité et une collaboration avec des tiers tels que SIX SIS SA ou une banque correspondante¹⁶.

Il résulte de la relation de dépôt trois obligations principales de la banque dépositaire à savoir, un devoir de garde, de restitution des avoirs et d'administration courante¹⁷. En effet, par un contrat de dépôt de titres, « la banque s'engage uniquement à garder des titres et à les administrer, c'est-à-dire accomplir les actes techniques nécessaires à l'encaissement des gains réalisés et à la mise à jour des titres »¹⁸. L'obligation de garde implique une obligation de conserver la substance du portefeuille, afin de pouvoir restituer un portefeuille d'une valeur identique ou supérieure¹⁹. De même, par l'obligation d'administrer techniquement les avoirs en compte, la banque s'engage concrètement à encaisser les coupons, renouveler les feuilles de coupons, encaisser les titres remboursés, factionner ou échanger des titres²⁰. Dans tous les cas, la banque dépositaire n'est pas autorisée à entreprendre le moindre acte de gestion sans instruction du client²¹. Contrairement au contrat de conseil en placement ou au mandat de gestion, la banque ne doit, en principe pas formuler des recommandations ou prendre les décisions relatives aux investissements ou désinvestissements. En conséquence, la banque dépositaire s'oblige à garder les biens qui lui sont remis, sans devoir les gérer. La jurisprudence estime d'ailleurs qu'en l'absence d'un mandat de gestion ou de conseil, la banque qui s'engage uniquement à exécuter les transactions ponctuelles de son client n'est pas tenue à une sauvegarde générale des intérêts du mandant²². Cependant, il conviendra de délimiter les devoirs d'information, de conseil, de mise en garde et de surveillance de la banque dépositaire qui peuvent trouver leur fondement dans plusieurs sources.

A chaque instruction de la part du client ou de son représentant portant sur le négoce de titres, la banque et le client sont liés par un contrat de commission au sens des art. 425 ss CO. La banque doit exécuter les ordres reçus selon les instructions du client en particulier quant au type de transaction (achat, vente ou échange), à l'instrument financier concerné et aux éventuelles limites concernant le prix. Afin d'exécuter les ordres d'achat et de vente de valeurs mobilières pour le compte de ses clients, la banque dépositaire doit obtenir une autorisation de la FINMA pour exercer l'activité de négociant en valeurs mobilières (art. 2 let. d et 10 LBVM et art. 3 OBVM).

¹⁴ BURG, N 313 ; ZOBL/FISCHER, p. 516 ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 577 s ; GUTZWILLER, Rechtsfragen, p. 12 ; SCHALLER, p. 241 n. 1241 *contra* BAUEN/ROUILLER (p. 193) qui estiment que le contrat de dépôt bancaire ayant pour objet des papiers-valeurs et des métaux précieux est régi par les dispositions sur le dépôt (art. 472 à 491 CO).

¹⁵ GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 577.

¹⁶ GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 577.

¹⁷ BRETTON-CHEVALLIER, Gérant indépendant, p. 123.

¹⁸ TF, 4C.97/1997, 29 octobre 1997, consid. 6a, SJ 1998 p. 198.

¹⁹ BRETTON-CHEVALLIER, Gérant indépendant, p. 125.

²⁰ LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, p. 704 s.

²¹ LOMBARDINI, Responsabilité, p. 418.

²² TF, 4A_369/2015, 25 avril 2016, consid. 2.3 ; ATF 133 III 97, consid. 7.1.1, JdT 2008 I 84 ; TF, 4C.97/1997, 29 octobre 1997, consid. 6a, SJ 1998 p. 198 ; TF, 4A_189/2007, 31 juillet 2007, consid. 2.3 ; TF, 4C.205/2006, 21 février 2007, consid. 3.4.2 ; GE Cour de justice, ACJC/660/2015, 5 juin 2015, consid. 9.2 ; GE Cour de justice, ACJC/999/2014, 29 août 2014, consid. 4.2.

B. Relations entre le client et le gérant indépendant

1. Le contrat de gestion de fortune

Les relations entre le client et le gestionnaire de fortune indépendant se concrétisent par « la gestion professionnelle des avoirs du client » auprès de la banque dépositaire²³. Le client reste titulaire de ses avoirs tout en confiant la gestion à un tiers qui agit pour le compte et aux risques du client. Il faut entendre par contrat de gestion de fortune indépendante tout contrat dans lequel le gérant est une personne physique ou morale qui ne dispose pas d'une autorisation en tant que banque ou en tant que négociant en valeurs mobilières²⁴. Le contrat de gestion de fortune se définit comme « le contrat par lequel une personne, appelée le gérant, s'oblige, généralement contre rémunération, envers une autre personne, appelée le client, à gérer professionnellement tout ou une partie de la fortune de celui-ci »²⁵, en déterminant lui-même les opérations boursières à effectuer dans les limites fixées par le client²⁶. La gestion de fortune se distingue du contrat de conseil en placement par le degré de contrôle exercé par le client sur les choix et la mise en œuvre de la stratégie de placement. Le gestionnaire de fortune exerce les choix de placements d'une manière discrétionnaire dans un cadre défini contrairement au conseiller en placement. A la différence de la banque dépositaire, le gérant de fortune indépendant ne s'engage pas à devoir garder la fortune du client mais seulement la gérer²⁷.

Le gérant indépendant n'étant pas soumis à la loi sur les banques (art. 1 al. 3 let. b LB), il n'est pas autorisé à accepter les dépôts du public. En revanche, le gestionnaire peut exercer la fonction de négociant en valeurs mobilières s'il obtient une autorisation en cette qualité (art. 10 LBVM)²⁸. Si le gérant n'a pas la qualité de négociant en valeurs mobilières ou de gestionnaire de placements collectifs (art. 18 ss LPCC) il ne fait l'objet, pour le moment, d'aucune surveillance prudentielle. En revanche le gestionnaire indépendant est considéré comme un intermédiaire financier (art. 2 al. 3 let. e LBA). Par ce statut, il doit s'affilier à un organisme d'autorégulation reconnu (art. 12 let. c ch. 1 et 24 LBA)²⁹ ou, à défaut, être assujéti à la FINMA (art. 12 let. c ch. 2 LBA) s'il exerce cette activité à titre professionnel.

2. La gestion fautive du gérant indépendant

Le contrat de gestion de fortune est un contrat de mandat³⁰ par lequel le gestionnaire s'engage à exécuter avec soin la mission qui lui était confiée et à sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de son mandant, conformément à l'art. 321a al. 1 CO applicable par renvoi de l'art. 398

²³ BRETTON-CHEVALLIER, *Gérant indépendant*, p. 70.

²⁴ BURG, N 9 ; EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1839 ; BÜHRER, p. 10.

²⁵ BIZZOZERO, *Contrat*, p. 10.

²⁶ TF, 4A_336/2014, 18 décembre 2014, consid. 4.1 ; TF, 4A_90/2011, 22 juin 2011, consid. 2.2.1 ; GE Cour de justice, ACJC/444/2015, 24 avril 2015, consid. 3.1.1.

²⁷ BIZZOZERO, *Contrat*, p. 15.

²⁸ Le gérant de fortune souhaitant obtenir une autorisation en tant que négociant en valeurs mobilières doit se conformer aux règles-cadres pour la gestion de fortune (Circ. 2009/1) édictées par la FINMA.

²⁹ Sont notamment considérés comme OAR par la FINMA, l'Association Suisse des Gérants de Fortune (ASG) et l'Organisme d'Autorégulation des Gérants de Patrimoine (OAR-G). Pour la liste des organismes reconnus par la FINMA cf. <https://www.finma.ch/fr/autorisation/organisme-d-autoregulation-oar/> (18.04.17).

³⁰ ATF 138 III 755, consid. 4.2, JdT 2014 II 241 ; TF, 4A_351/2007, 15 janvier 2008, consid. 2.2 ; BIZZOZERO, *Contrat*, p. 55 ; EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1852.

al. 1 CO³¹. Le gérant de fortune a une obligation de fidélité et de diligence envers son client (art. 398 al. 2 CO). De l'obligation de fidélité découle l'obligation d'informer, de conseiller et d'éviter les conflits d'intérêts pouvant porter préjudice au mandant³². L'appréciation de ces obligations dans le domaine de la gestion de fortune doit tenir compte des règles d'autoréglementation dans le domaine. Au sens de la circulaire 2009/1 de la FINMA, l'autoréglementation doit être considérée comme étant « la description des usages régissant toute l'activité de gestion de fortune et vaut standard minimum en matière de gestion de fortune »³³. Bien que ces règles ne lient pas le juge civil, celles-ci pourront s'avérer utiles lors de l'appréciation de la diligence requise pour l'exécution du contrat³⁴.

Nous pouvons distinguer plusieurs situations de gestion fautive³⁵ pertinentes pour apprécier la responsabilité de la banque dépositaire, sans toutefois prétendre à l'exhaustivité. Tout d'abord, le gérant de fortune est tenu d'informer spontanément le client sur les risques des investissements envisagés, sur les différentes possibilités de placement et sur sa rémunération, y compris les avantages patrimoniaux résultant de bonification³⁶. Le gestionnaire viole son obligation de diligence, d'une part, s'il accepte le mandat alors qu'il ne dispose pas des compétences nécessaires³⁷, et d'autre part, s'il omet d'établir un profil de risque ou une stratégie de placement³⁸. Le profil de risque et la stratégie de placement doivent être adéquates à la situation personnelle du client et en particulier de sa capacité objective et subjective à absorber les risques³⁹. En outre, le devoir de diligence impose au gérant de suivre les investissements effectués et le cas échéant adapter les investissements à la stratégie de placement ou aux marchés afin prendre les mesures nécessaires pour limiter les pertes⁴⁰.

Le gestionnaire de fortune viole également ses obligations lorsqu'il ne respecte pas les instructions données par le client (art. 397 al. 1 CO). Une telle violation peut résulter de la mise en œuvre d'une stratégie de placement non conforme à la stratégie acceptée par le client⁴¹, l'investissement dans des instruments financiers inhabituels⁴² ou interdits par le client, ou encore du manque de diversification des investissements par une concentration excessive dans un titre particulier⁴³ ou dans une classe d'actifs⁴⁴. Par ailleurs, le gérant de fortune est tenu par son

³¹ TF, 4A_351/2007, 15 janvier 2008, consid. 2.2.

³² TERCIER/BIERI/CARRON, N 4808 ss.

³³ GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 870 ; cf. notamment code de conduite ASG.

³⁴ GE Cour de justice, ACJC/444/2015, 24 avril 2015, consid. 3.1.3 et les références citées.

³⁵ A noter que l'absence de diligence, c'est à dire la violation du contrat, se confond avec la notion de faute lorsque que le contrat a pour objet une obligation de moyen (CR CO-WERRO, CO 398 N 38).

³⁶ GE Cour de justice, ACJC/444/2015, 24 avril 2015, consid. 4.1 ; Circ. 2009/1, cm. 23 ; Art. 6 code de conduite ASG.

³⁷ TF, 4C.126/2004, 15 septembre 2004, consid. 2.2 ; SCHALLER, N 316 ss.

³⁸ TF, 4A_364/2013, 5 mars 2014, consid. 6.5.1. La jurisprudence estime toutefois que l'omission de l'établissement d'un profil de risque n'a pas de portée propre (TF, 4A_436/2016, 7 février 2017, consid. 3.2).

³⁹ TF, 4A_364/2013, 5 mars 2014, consid. 6.5.1 ; TF, 4A_436/2016, 7 février 2017, consid. 3.2 ; Circ. 2009/1, cm. 7.1 et 7.2 ; cf. également art. 11 LSFIn.

⁴⁰ SCHALLER, N 321 ss.

⁴¹ La stratégie de placement est considérée par le Tribunal fédéral comme une instruction dont le non respect constitue une violation du contrat (TF, 4A_351/2007, 15 janvier 2008, consid. 2.3).

⁴² Annexe B code de conduite ASG.

⁴³ GE Cour de justice, ACJC/444/2015, 24 avril 2015, consid. 6.1.

⁴⁴ TF, 4A_351/2007, 15 janvier 2008, consid. 2.3.5.

obligation de fidélité d'éviter les conflits d'intérêts dans l'exécution de son mandat⁴⁵. Le gérant viole son devoir de fidélité lorsqu'il favorise systématiquement certains clients⁴⁶ ou lorsqu'il s'adonne à la pratique du barattage (*churning*), pratique ayant pour but de fonder uniquement des commissions⁴⁷. Le gestionnaire de fortune est aussi tenu à une obligation de confidentialité⁴⁸ même à l'égard de la banque dépositaire, sauf disposition contraire⁴⁹.

3. La représentation du client auprès de la banque dépositaire

Lorsque le client décide de confier la gestion de son portefeuille à un gérant indépendant, le client l'autorise à le représenter auprès de la banque dépositaire. Cette autorisation découle de l'art. 396 al. 2 CO qui établit une présomption selon laquelle le mandat comprend « une procuration générale » pour tous les actes juridiques nécessaires pour l'accomplissement du mandat⁵⁰. Ainsi, l'octroi des pouvoirs internes résulte du mandat de gestion conféré au gérant⁵¹. Le mandataire peut agir, soit comme représentant indirect, s'il agit en son propre nom, soit en tant que représentant direct (art. 31 al. 1 et 2 CO), s'il le fait au nom du client⁵². En matière de gestion de fortune indépendante, le client reste en règle générale propriétaire de ses avoirs et les instructions données à la banque par le gestionnaire se font au nom du client⁵³. Ainsi, à travers la représentation directe, le représenté accepte dans une superficie définie comme siens, les actes juridiques effectués par le représentant⁵⁴. Le représentant direct doit disposer d'une procuration au sens des art. 32 ss CO, qui est distinct du contrat de mandat, pour pouvoir valablement lier le mandant par ses actes⁵⁵. Ainsi, la procuration bancaire déploie ses effets même si le rapport de base n'est pas valable.

C. Relations entre la banque dépositaire et le gérant indépendant

La banque et le gérant de fortune indépendant sont très souvent liés par un contrat ou accord de collaboration (*Zusammenarbeitsvereinbarung*)⁵⁶. L'accord de collaboration est défini comme « un contrat par lequel le gérant indépendant, qui n'est pas dans une situation de subordination, s'engage pour une certaine durée (déterminée ou indéterminée) à présenter à la banque tout ou partie de ses clients actuels ou futurs afin qu'ils utilisent les services de cette dernière en tant que dépositaire et commissionnaire »⁵⁷. Toutefois, le gérant ne s'engage pas en pratique à recourir

⁴⁵ Art. 3 cm. 2 code de conduite ASG ; CR CO-WERRO, CO 398 N 26 ss.

⁴⁶ BRETTON-CHEVALLIER, *Gérant indépendant*, p. 196.

⁴⁷ TF, 6B_967/2013, 21 février 2014, consid. 3.2.1.

⁴⁸ Art. 3 cm. 2 code de conduite ASG ; CR CO-WERRO, CO 398 N 22 ss.

⁴⁹ Une exception à ce devoir de confidentialité existe lorsque la banque délègue au gérant indépendant l'exécution des devoirs d'identification du client et de l'ayant droit économique.

⁵⁰ CR CO-WERRO, CO 396 N 9.

⁵¹ BRETTON-CHEVALLIER, *Gérant indépendant*, p. 230.

⁵² CR CO-WERRO, CO 396 N 7.

⁵³ BURG, N 59 ; CRESPI-HOHL, p. 12 ; GUTZWILLER, *Rechtsfragen*, p. 13.

⁵⁴ HUGGENBERGER, p. 48.

⁵⁵ CR CO-WERRO, CO 396 N 8 et la référence citée ; BAUEN/ROUILLER, p. 223.

⁵⁶ Environ 78% des gérants indépendants déclaraient en 2005 être liés avec une banque dépositaire par un accord de collaboration (BÜHRER, p. 101).

⁵⁷ TF, 4C.447/2004, 31 mars 2005, consid. 3.2 ; BRETTON-CHEVALLIER, *Gérant indépendant*, p. 56.

d'une manière exclusive à une seule banque dépositaire⁵⁸. L'accord de collaboration n'est pas conclu pour chaque client mais pour toutes les relations entre la banque et le gestionnaire pour les clients actuels ou futurs⁵⁹. La jurisprudence qualifie le contrat de collaboration de contrat de services et plus précisément de « contrat innommé, à la fois mixte et sui généré, présentant certains éléments du mandat »⁶⁰.

Ce type d'accord permet à la banque, d'une part, de recevoir à moindre coût des nouveaux fonds en dépôt, et d'autre part, de développer les transactions sur les valeurs mobilières⁶¹. Par ailleurs, le gérant indépendant n'étant pas autorisé à recevoir des dépôts du public (art. 1 al. 2 et 3 LB et 5 OB) est dans l'obligation de collaborer avec la banque dépositaire pour l'exécution de son mandat. Le gérant de fortune est rémunéré soit sous la forme de rétrocessions (*volume discount*) soit sous la forme de commissions d'apport (*finder's fees*)⁶². En contrepartie, le gérant de fortune pourra bénéficier des sources d'information de la banque dans le domaine fiscal ou financier par la conclusion d'un tel accord⁶³. La banque peut aussi permettre au gérant de passer directement depuis ses locaux des ordres de bourse ou d'avoir accès aux comptes de ses clients⁶⁴.

Enfin, la banque peut profiter de cet accord pour remplir son obligation d'information au sens de l'art. 11 let. a LBVM et déléguer cette obligation au gérant indépendant, qui est le plus à même d'évaluer le besoin d'information du client⁶⁵. L'accord de collaboration lui permettra de formaliser et de documenter le fait qu'elle a informé le gestionnaire de fortune sur les risques liés aux transactions boursières ou encore de convenir avec le gestionnaire de la manière dont le client sera informé sur ces risques.

III. RESPONSABILITÉ DE LA BANQUE DÉPOSITAIRE

La responsabilité de la banque dépositaire en cas de gestion fautive par le gérant indépendant peut intervenir dans plusieurs cas de figure. Tout d'abord, lorsque la gestion du portefeuille entraîne des pertes sur le compte du client, on pourrait reprocher à la banque dépositaire de n'avoir pas informé le client ou de n'avoir pas suffisamment surveillé la gestion pratiquée (*infra A.*). Une éventuelle responsabilité de la banque dépositaire peut également intervenir lorsque le gérant outrepassé ses pouvoirs de représentation (*infra B.*), lorsqu'il agit en tant qu'organe de fait ou

⁵⁸ BRETTON-CHEVALLIER, *Gérant indépendant*, p. 35. L'absence en pratique d'une telle clause d'exclusivité est corroborée par le fait que les gérants de fortune affiliés à l'ASG comptent en moyenne 2,5 relations avec des banques dépositaires (Rapport annuel 2016 de l'ASG, p. 16 ; cf. également BÜHRER, p. 98).

⁵⁹ CRESPI-HOHL, p. 16.

⁶⁰ TF, 4C.447/2004, 31 mars 2005, consid. 3.2 ; BRETTON-CHEVALLIER, *Gérant indépendant*, p. 66. A noter que le Tribunal fédéral a confirmé l'application de l'art. 404 al. 1 CO au contrat de collaboration (TF, 4C.447/2004, 31 mars 2005, consid. 3.2). Cette solution peut paraître inéquitable sachant que le gérant et la banque resteront liés dans les faits aussi longtemps que le gérant aura des clients dont les avoirs à gérer sont déposés auprès de la banque (BRETTON-CHEVALLIER, *Relation*).

⁶¹ BURG, N 356 ; BRETTON-CHEVALLIER, *Clauses de confidentialité*, p. 108.

⁶² CRESPI-HOHL, p. 15 ; BRETTON-CHEVALLIER, *Gérant indépendant*, p. 40. Pour la distinction entre ces deux notions voir BURG, N 361 ss et BÜHRER, p. 53 ss.

⁶³ BURG, N 357 ; CRESPI-HOHL, p. 14 ; BRETTON-CHEVALLIER, *Gérant indépendant*, p. 42 ; pour un exemple concret de ces services cf. MIRABAUD, *Brochure les gérants de fortune indépendants (GFI) 2016*.

⁶⁴ BRETTON-CHEVALLIER, *Clauses de confidentialité*, p. 109.

⁶⁵ BRETTON-CHEVALLIER, *Clauses de confidentialité*, p. 110 n. 12.

auxiliaire de la banque (*infra* C.) ou lorsque la banque et le gérant se confondent d'un point de vue économique (*infra* D.). Il convient également de présenter brièvement les éventuelles sanctions à disposition des autorités administratives lorsque la banque viole ses devoirs (*infra* E.) et de se pencher sur la responsabilité de la banque en matière de rétrocessions (*infra* F.).

A. Obligation d'information et de surveillance de la banque dépositaire

Lorsque le gérant exerce une gestion fautive sur le portefeuille du client, nous pouvons dégager trois sources de responsabilité de la banque dépositaire pour défaut d'information donnée au client et de surveillance des actes du gérant externe. Ces sources peuvent être de nature contractuelle (*infra* 1.), quasi-contractuelle (*infra* 2.) et enfin extracontractuelle (*infra* 3.).

1. Responsabilité contractuelle de la banque dépositaire

La responsabilité contractuelle de la banque dépositaire peut être engagée si quatre conditions cumulatives sont remplies, à savoir l'inexécution d'une obligation, une faute qui est présumée, un dommage et un rapport de causalité entre l'inexécution et le dommage (art. 97 CO). En principe, même si la banque ne devrait pas être responsable en cas de pertes sur le portefeuille du client, faute d'un mandat de gestion ou de conseil, il convient de déterminer l'étendue des devoirs contractuels de la banque dépositaire.

a. Les obligations de la banque dépositaire découlant de l'art. 11 LBVM

En pratique, toutes les banques actives dans le domaine de la gestion de fortune ont une autorisation d'exercer une activité bancaire au sens de la LB et une autorisation en tant que négociant au sens de la LBVM⁶⁶. Ainsi, la banque dépositaire en tant que négociant en valeurs mobilières est soumise à certaines règles de conduite édictées par l'art. 11 LBVM⁶⁷. Selon le Tribunal fédéral, cette norme ne s'applique qu'aux négociants assujettis à la LBVM⁶⁸. Le négociant en valeurs mobilières doit respecter les normes de comportement de l'art. 11 LBVM – en tant que norme impérative⁶⁹ – indépendamment de la relation juridique avec ses clients, qu'il ait ou non effectué des transactions en bourse pour le compte d'un client⁷⁰. En conséquence, la banque bénéficiant d'une double autorisation en tant que banque dépositaire et négociant en valeurs mobilières devra respecter l'art. 11 LBVM dans l'exercice de toutes ses activités, sous peine de ne plus présenter les garanties d'une activité irréprochable.

L'art. 11 LBVM étant une norme de droit public, déploie également, selon la jurisprudence, des effets de droit civil⁷¹. La reconnaissance de cette double nature implique que tant la FINMA que

⁶⁶ LOMBARDINI, Responsabilité, n. 4 ; BURG, N 320 ; EMMENEGGER, p. 71.

⁶⁷ Cette disposition est la concrétisation de la garantie d'une activité irréprochable (art. 10 al. 2 let. d LBVM), nécessaire pour l'obtention et le maintien de l'autorisation de pratiquer en tant que négociant en valeurs mobilières.

⁶⁸ TF, 4A_213/2010, 28 septembre 2010, consid. 4, pour un résumé de cet arrêt cf. CONRAD HARI.

⁶⁹ GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 43.

⁷⁰ TF, 4C.205/2006, 21 février 2007, consid. 3.5.1.

⁷¹ TF, 4A_213/2010, 28 septembre 2010, consid. 4 ; ATF 133 III 97, consid. 5.2, JdT 2008 I 84 ; TF, 4C.205/2006, 21 février 2007, consid. 3.3.

l'investisseur peuvent invoquer cette disposition en cas de violation de celle-ci⁷². Ainsi, les normes de comportement de l'art. 11 LBVM sont applicables d'une manière autonome et directe dans les relations contractuelles et dont la violation permet de fonder une action en dommage et intérêts (art. 97 ss CO)⁷³. Plus précisément, l'art. 11 LBVM concrétise les obligations contractuelles de diligence, de loyauté et de fidélité dans le domaine du négoce de titres résultant du contrat de mandat et du contrat de commission⁷⁴. Par ailleurs, l'art. 11 LBVM ayant pour but la protection de l'investisseur, sa violation constitue un acte illicite au sens de l'art. 41 CO lorsqu'elle est commise par un négociant en valeurs mobilières⁷⁵. L'art. 11 LBVM distingue trois obligations incombant au négociant en faveur de ses clients, à savoir un devoir d'information (let. a), un devoir de diligence (let. b) et un devoir de loyauté (let. c). Ces devoirs sont successivement concrétisés dans les règles de conduite pour négociants en valeurs mobilières établies par l'ASB. Même si les règles de conduite de l'ASB ne lient pas le juge civil, elles peuvent le guider dans l'appréciation des modalités de ces devoirs⁷⁶.

Le devoir d'information (*Informationspflicht*) concerne les risques liés à un type de transactions donné et tient compte de la complexité de l'instrument financier en question. En revanche, le négociant n'est tenu ni de conseiller ou de mettre en garde le client⁷⁷, ni de l'informer sur les risques spécifiques à une transaction portant sur un titre particulier sur cette base⁷⁸. L'art. 11 al. 2 LBVM précise que dans l'accomplissement de ces devoirs, le négociant prend en compte l'expérience des clients et l'état de leurs connaissances dans les domaines concernés. Cependant, cette individualisation du comportement ne concerne que le devoir d'information sachant que les qualités personnelles du client ne sauraient atténuer la diligence et la loyauté dues par le négociant⁷⁹. En cas de gestion de fortune indépendante, les connaissances du gérant sont imputées à son client de sorte que l'obligation d'information incombe au gérant externe plutôt qu'à la banque dépositaire⁸⁰. Cela découle du fait que l'art. 11 LBVM a pour but d'assurer la compréhension par le client des risques liés aux transactions qu'il décide d'initier et que ce problème ne se pose pas lorsqu'un tiers prend cette décision⁸¹. Toutefois, la banque devrait simplement attirer l'attention du gérant sur son devoir d'information à l'égard du client et documenter ce fait⁸² sans toutefois vérifier que le client a finalement été informé⁸³. Ainsi, la banque dépositaire n'a pas le devoir d'informer son client sur la base de l'art. 11 LBVM lorsque celui-ci est représenté par un gérant de fortune⁸⁴.

⁷² ATF 133 III 97, consid. 5.2, JdT 2008 I 84 ; BEHG BsK-BAHAR/STUPP, LBVM 11 N 6 ; EMMENEGGER, p. 71.

⁷³ ATF 133 III 97, consid. 5.2, JdT 2008 I 84 ; TF, 4A_271/2011, 16 août 2011, consid. 4 ; BEHG BsK-BAHAR/STUPP, LBVM 11 N 12 ; EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 114 ; LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, p. 766.

⁷⁴ BEHG BsK-BAHAR/STUPP, LBVM 11 N 6.

⁷⁵ TF, 4A_213/2010, 28 septembre 2010, consid. 4 ; CONRAD HARI ; BIZZOZERO/MAILLARD, p. 38 *contra* BEHG BsK-BAHAR/STUPP, LBVM 11 N 96 ; BRETTON-CHEVALLIER, Gérant indépendant, p. 258.

⁷⁶ CHAPPUIS/WERRO, p. 569 et les références citées ; ROMY/BLOCH, p. 650.

⁷⁷ THÉVENOZ, Information, p. 40 ; BEHG BsK-BAHAR/STUPP, LBVM 11 N 43 ; BURG, N 333.

⁷⁸ ATF 133 III 97, consid. 5.3, JdT 2008 I 84 ; TF, 4C.205/2006, 21 février 2007, consid. 3.2 ; THÉVENOZ, Information, p. 30 ; Art. 3 al. 3 Directives ASB 2008.

⁷⁹ THÉVENOZ, Règles de conduite, p. 22 *contra* BEHG BsK-BAHAR/STUPP, LBVM 11 N 61.

⁸⁰ GE Cour de justice, ACJC/660/2015, 5 juin 2015, consid. 7.2 ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 906.

⁸¹ LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, p. 747.

⁸² Art. 3 al. 5 let. b Directives ASB 2008.

⁸³ BEHG BsK-BAHAR/STUPP, LBVM 11 N 59 ; BRETTON-CHEVALLIER, Gérant indépendant, p. 183.

⁸⁴ Du même avis, BURG, N 334 ; CRESPI-HOHL, p. 15 ; BEHG BsK-BAHAR/STUPP, LBVM 11 N 49.

L'art. 11 LBVM impose également au négociant en valeurs mobilières un devoir de diligence (*Sorgfaltspflicht*) et de loyauté (*Treuepflicht*). Le devoir de diligence (let. b) se compose entre autres de deux devoirs, à savoir d'offrir la meilleure exécution possible (*best execution*) des ordres et un devoir de transparence⁸⁵. Concernant le devoir de loyauté (let. c), celui-ci impose au négociant de ne pas léser le client en raison d'éventuels conflits d'intérêts. Concrètement, le négociant doit défendre les intérêts de ses clients lorsque ceux-ci sont en conflits avec ses propres intérêts ou ceux de ses autres clients⁸⁶. Nous partageons l'avis que l'art. 11 LBVM, et en particulier le devoir de loyauté, pourraient imposer à la banque un devoir d'avertissement (*Warnpflicht*) directement auprès du client lorsque celle-ci reconnaît clairement que le gestionnaire viole ses obligations ou qu'il agit à l'encontre des intérêts du client⁸⁷. En effet, lorsque les ordres donnés apparaissent comme contraires au mandat de gestion de fortune, il est possible dans des situations exceptionnelles, sur la base de l'art. 11 LBVM, de renforcer le devoir de fidélité de la banque dépositaire⁸⁸.

Contrairement à la réglementation européenne, l'art. 11 LBVM ne contient pas, pour le négociant en valeurs mobilières, l'obligation d'examiner l'adéquation (*suitability*) du placement envisagé avec les besoins et l'objectif d'investissement du client ou le caractère approprié du produit envisagé (*appropriateness*)^{89/90}. Selon le Tribunal fédéral, ces devoirs ne découlent pas directement de l'art. 11 LBVM, mais pourraient s'imposer en vertu d'un contrat de conseil conclu par actes concluants ou par une adaptation postérieure de la LBVM au droit de la Communauté européenne⁹¹. Cependant, le projet de loi sur les services financiers (P-LSFin), qui s'inspire de la réglementation européenne, prévoit une exception de l'obligation de vérifier le caractère approprié ou l'adéquation en cas de relation d'*execution only*⁹². Ainsi, de telles obligations ne sauraient découler d'une adaptation postérieure au droit de la Communauté européenne. A notre avis, une obligation de vérifier le caractère adéquat ou approprié d'un produit financier pourrait être déduite d'un contrat de conseil conclu par actes concluants⁹³ lorsque les parties se trouvent dans un rapport de confiance particulier ou si la banque devait s'apercevoir que de tels placements ne sont pas adaptés à la situation financière de son client. Cependant, l'admission d'un contrat conclu par actes concluants doit rester l'exception et être admis d'une manière restrictive.

Ainsi, l'art. 11 LBVM ne devrait en principe pas imposer à la banque dépositaire d'informer le client ni de surveiller ou de contrôler la gestion pratiquée par le gérant de fortune. Même si

⁸⁵ BEHG BsK-BAHAR/STUPP, LBVM 11 N 59.

⁸⁶ BEHG BsK-BAHAR/STUPP, LBVM 11 N 81.

⁸⁷ BURG, N 334.

⁸⁸ GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 906.

⁸⁹ ATF 133 III 97, consid. 5.4, JdT 2008 I 84 ; GE Cour de justice, ACJC/999/2014, 29 août 2014, consid. 4.4.1 ; THÉVENOZ, Information, p. 30 et 32 ss ; BEHG BsK-BAHAR/STUPP, LBVM 11 N 32.

⁹⁰ L'art. 19 (5) MiFID qui sera remplacé par l'art. 25 (3) MiFID II prévoit que si entreprise d'investissement fournit des services d'investissement, tels que l'exécution d'ordres au nom de clients (cf. Annexe I MiFID et MiFID II), elle doit « déterminer si le service ou le produit d'investissement envisagé convient au client ».

⁹¹ ATF 133 III 97, consid. 5.4, JdT 2008 I 84.

⁹² L'art. 14 al. 1 P-LSFin prévoit que « Les prestataires de services financiers dont les services se limitent exclusivement à l'exécution ou à la transmission d'ordres des clients ou sont fournis à la demande des clients ne doivent pas en vérifier le caractère approprié ni l'adéquation ».

⁹³ Du même avis, ROMY/BLOCH, p. 651 ; SCHENKER, p. 29.

certain auteurs estiment que le Tribunal fédéral admet que le standard minimal de l'art. 11 LBVM va au-delà des devoirs d'information en l'absence d'un contrat de conseil ou de gestion⁹⁴, il convient toutefois d'analyser si de telles obligations pourraient s'imposer en vertu des règles de droit privé qui peuvent requérir des devoirs plus étendus.

b. Les obligations contractuelles de la banque dépositaire d'informer le client

Les devoirs d'information de la banque découlent non seulement de l'art. 11 LBVM mais aussi des obligations de diligence et de fidélité ancrées dans les règles du mandat (art. 398 al. 2 CO) et du principe de la confiance (art. 2 CC)⁹⁵. De tels devoirs doivent être appréciés en fonction de l'activité qui est en cause⁹⁶. Une responsabilité fondée sur la violation des règles sur le mandat peut constituer une voie alternative pour le client lésé sachant que les règles sur le mandat peuvent requérir un devoir d'information plus important que l'art. 11 LBVM. En effet, l'art. 11 LBVM ne fonde aucune obligation de renseigner sur un produit particulier contrairement aux obligations contractuelles en fonction des relations qui lient les parties⁹⁷. D'une manière générale, le mandataire doit renseigner le mandant des risques et des avantages des actes envisagés et de l'exécution du mandat⁹⁸. De telles obligations peuvent s'imposer lorsque la banque recommande spontanément et ponctuellement le client sur la gestion de ses avoirs⁹⁹.

Cependant, en l'absence d'un mandat de gestion ou de conseil, la banque qui s'engage uniquement à exécuter les transactions ponctuelles de son client ne doit le renseigner que s'il le demande¹⁰⁰. En effet, si le client transmet une instruction ciblée, il affirme implicitement qu'il n'a pas besoin d'information de la banque, ni ne les souhaite¹⁰¹. Ces principes s'appliqueront encore plus strictement lorsque la gestion est confiée à un gérant indépendant¹⁰². A ce titre, le Tribunal fédéral a admis qu'en présence d'une procuration large en faveur du gérant de fortune, la banque n'est pas tenue de rendre le client attentif des risques qu'il encourt¹⁰³, même si le gérant n'est pas un gérant de fortune professionnel¹⁰⁴. Les juges de Mon-Repos estiment que le banquier n'est pas « le tuteur » de son client¹⁰⁵. La justification de ce raisonnement découle du fait que le client a décidé de confier la gestion de ses avoirs à un tiers et que le devoir de fidélité et d'information qui incombait à la banque a été transféré à ce tiers¹⁰⁶. Toutefois, la jurisprudence admet une

⁹⁴ EMMENEGGER, p. 77 ; CHAPPUIS/WERRO, p. 568.

⁹⁵ TF, 4C.410/1997, 23 juin 1998, consid. 3a, SJ 1999 I 205 ; TF, 4C.205/2006, 21 février 2007, consid. 3.2 ; TF 4C.385/2006, 2 avril 2007, consid. 2.2.

⁹⁶ CR CO-WERRO, CO 398 N 16 et les références citées.

⁹⁷ TF, 4C.205/2006, 21 février 2007, consid. 3.3.

⁹⁸ CR CO-WERRO, CO 398 N 16 ; CRESPI-HOHL, p. 32 ; ZOBL/FISCHER, p. 528.

⁹⁹ TF, 4C.205/2006, 21 février 2007, consid. 3.4.1.

¹⁰⁰ TF, 4A_369/2015, 25 avril 2016, consid. 2.3 ; ATF 133 III 97, consid. 7.1.1, JdT 2008 I 84 ; TF, 4C.97/1997, 29 octobre 1997, consid. 6a, SJ 1998 p. 198 ; TF, 4A_189/2007, 31 juillet 2007, consid. 2.3 ; TF, 4C.205/2006, 21 février 2007, consid. 3.4.2 ; GE Cour de justice, ACJC/660/2015, 5 juin 2015, consid. 9.2 ; GE Cour de justice, ACJC/999/2014, 29 août 2014, consid. 4.2.

¹⁰¹ TF, 4A_189/2007, 31 juillet 2007, consid. 2.3 ; TF, 4C.385/2006, 2 avril 2007, consid. 2.2.

¹⁰² TF, 4C.97/1997, 29 octobre 1997, consid. 6a, SJ 1998 p. 198 ; TF, 4C.205/2002, 9 décembre 2002, consid. 2.1 ; GE Cour de justice, ACJC/999/2014, 29 août 2014, consid. 4.2.

¹⁰³ TF, 4C.97/1997, 29 octobre 1997, consid. 6a, SJ 1998 p. 198.

¹⁰⁴ TF, 4C.97/1997, 29 octobre 1997, consid. 6a, SJ 1998 p. 198.

¹⁰⁵ TF, 4A_369/2015, 25 avril 2016, consid. 2.3 ; TF, 4C.97/1997, 29 octobre 1997, consid. 6a, SJ 1998 p. 198 ; TF, 4C.410/1997, 23 juin 1998, consid. 3c, SJ 1999 I 205 ; TF, 4C.366/2004, consid. 3.1.

¹⁰⁶ HUGGENBERGER, p. 129.

exception à ces principes et estime que « lorsque le client adresse à la banque des ordres précis et inconditionnels, la banque n'a un devoir d'information que dans des situations exceptionnelles, soit lorsqu'en faisant preuve de l'attention requise, elle doit reconnaître que le client n'a pas identifié un danger lié au placement »¹⁰⁷. Ainsi, la banque peut violer son devoir de fidélité lorsqu'elle s'aperçoit ou devait s'apercevoir qu'un investissement représente un danger pour le client¹⁰⁸. Cette approche est confirmée par le Tribunal fédéral qui estime que « le seul fait que des collaborateurs de la banque aient constaté un manque de diversification dans la gestion pratiquée par la gérante externe peut concourir au fondement d'un devoir d'information et de mise en garde »¹⁰⁹. Il convient également d'exiger un devoir d'information de la banque lorsque le client ne spéculé pas seulement avec sa fortune, mais avec des crédits octroyés par la banque¹¹⁰ même en présence d'un gérant externe¹¹¹.

En conséquence, la banque dépositaire ne devrait pas être tenue d'informer le client sur les risques liés aux transactions ni sur la base de l'art. 11 al. 1 let. a LBVM ni sur la base des dispositions sur le contrat de mandat sauf si le client demande des informations, si la banque reconnaît que le client n'a pas identifié un risque lié au placement ou s'il existe un devoir accru d'information au cas où la banque consent au client un crédit pour financer l'investissement. Ainsi, si le gérant, contrairement à ses obligations, n'informe pas le client sur les risques liés aux placements, la banque ne saurait être responsable de ce manquement. A notre avis, cette solution doit être retenue pour plusieurs raisons. Tout d'abord, les devoirs d'information du négociant sont moins étendus que ceux du gérant et ce dernier est souvent plus proche du client. Le gérant est ainsi le mieux placé pour offrir une information adéquate aux connaissances et à l'expérience du client tout en offrant simultanément des services de conseils. Si la banque devait informer son client sur les risques liés aux transactions, cela n'aurait de toute manière pas de sens car l'étendue de ce devoir dépend avant tout de la stratégie de placement envisagée et la décision d'investissement ne revient pas au client mais à son gestionnaire de fortune. Enfin, le client bénéficiera d'une seule source d'information ce qui lui évite la difficulté de concilier ou de comparer les indications reçues¹¹². Cela pourrait permettre de responsabiliser le gestionnaire de fortune qui ne pourra plus se reposer sur les informations données par la banque au client. Au final, le client bénéficiera d'une information personnalisée et d'une meilleure qualité tout en assurant une certaine sécurité juridique pour chaque partie et en particulier pour la banque.

Il convient d'opposer le devoir d'information, qui concerne les risques liés aux transactions, au devoir de surveillance, de conseil et de mise en garde. Les devoirs de surveillance, de conseil et de mise en garde se distinguent également d'un point de vue temporel. Alors que le devoir d'information devrait avoir lieu au début de la relation ou à tout le moins avant toute transaction, ces autres devoirs s'inscrivent d'une manière durable dans les relations entre les parties.

¹⁰⁷ TF, 4A_369/2015, 25 avril 2016, consid. 2.3 ; TF, 4C.166/2000, 8 décembre 2000, consid. 5b/dd ; TF, 4A_189/2007, 31 juillet 2007, consid. 2.3 ; GE Cour de justice, ACJC/1612/2014, 19 décembre 2014, consid. 3.1.1 ; ATF 133 III 97, consid. 7.1.2, JdT 2008 I 84 ; TF, 4A_271/2011, 16 août 2011, consid. 3.

¹⁰⁸ RUSCH/MAISSEN, p. 1400.

¹⁰⁹ TF, 4A_369/2015, 25 avril 2016, consid. 4.3.

¹¹⁰ TF, 4C.270/2006, 4 janvier 2007, consid. 7.1.1 ; ATF 133 III 97, consid. 7.1.1, JdT 2008 I 84.

¹¹¹ BRETTON-CHEVALLIER, Gérant indépendant, p. 251.

¹¹² BRETTON-CHEVALLIER, Gérant indépendant, p. 187.

c. *Les obligations contractuelles de surveillance, de conseil et de mise en garde de la banque dépositaire*

En principe, l'art. 11 LBVM n'impose pas au négociant de conseiller le client sur d'éventuels investissements ou désinvestissements ni de suivre l'évolution de tous les titres détenus en dépôt¹¹³. Cependant, certains auteurs déduisent de la relation de dépôt une obligation positive de maintenir la valeur des avoirs déposés par un devoir de prévention d'un éventuel dommage (*Schadenabwendungspflicht*), un devoir de surveillance (*Überwachungspflicht*) et un devoir d'avertissement (*Abmahnungspflicht*)¹¹⁴. Ces obligations peuvent résulter du devoir de fidélité et de diligence découlant des relations contractuelles entre les parties auxquelles les règles sur le mandat sont applicables. En outre, un devoir de surveillance peut incomber à la banque lorsqu'elle suggère des placements à son client. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, une éventuelle action en responsabilité contre la banque se basera sur le contrat de conseil en placement conclu à tout le moins ponctuellement¹¹⁵.

Lorsque le client et la banque sont liés uniquement par une relation dite d'*execution only*, celle-ci n'est pas tenue de surveiller l'évolution du portefeuille, de formuler des recommandations au client ou encore de contrôler la gestion pratiquée par le gérant¹¹⁶. Son devoir de fidélité n'impose pas à la banque de conseiller spontanément le client sur l'évolution des investissements ou même sur les mesures à prendre pour limiter les risques¹¹⁷. De même, un devoir général de maintenir la valeur du dépôt (*Werterhaltungspflicht*) ou de surveillance est nié par la doctrine et la jurisprudence¹¹⁸. Ainsi, au même titre que ce qui prévaut pour le devoir d'information, la banque dépositaire n'est pas « le tuteur de son client » et elle doit en principe exécuter les ordres licites qui lui sont régulièrement donnés¹¹⁹. Dans ce sens, la Cour de justice genevoise a nié la responsabilité de la banque dépositaire dans un cas où le gestionnaire s'était livré à du barattage (*churning*)¹²⁰. Les juges ont considéré que même si la banque était la contrepartie des opérations demandées par le gérant externe, elle ne disposait pas d'éléments suffisants pour admettre que celui-ci agissait au détriment du client sachant que « le *churning* se détermine en premier lieu en fonction des objectifs de placement convenus avec le client »¹²¹. Ainsi, la banque dépositaire n'a aucune obligation de s'immiscer dans les relations entre le client et son gestionnaire¹²² et elle n'est pas tenue de vérifier la qualité de la gestion exercée par celui-ci¹²³. La banque devra toutefois exercer une surveillance suffisante sur les activités du gérant afin de détecter les ordres frauduleux. En cas de débit du compte en faveur d'une personne non autorisée, tel que le gérant, la banque supporte ce risque et s'expose à la restitution de l'avoir en compte par une action en

¹¹³ TF, 4C.205/2006, 21 février 2007, consid. 3.5.2 ; BEHG BsK-BAHAR/STUPP, LBVM 11 N 43.

¹¹⁴ DE BEER, p. 127 s ; HUGGENBERGER, p. 129.

¹¹⁵ GE Cour de justice, ACJC/1612/2014, 19 décembre 2014, consid. 2.

¹¹⁶ LOMBARDINI, Responsabilité, p. 418.

¹¹⁷ TF, 4A_369/2015, 25 avril 2016, consid. 2.3 ; GE Cour de justice, ACJC/1612/2014, 19 décembre 2014, consid. 3.1.1 ; GE Cour de justice, ACJC/999/2014, 29 août 2014, consid. 4.4.1 et 4.4.2.

¹¹⁸ BURG, N 316 ; CRESPI-HOHL, p. 20 et p. 42 ; DE BEER, p. 127 ss ; ZOBL/FISCHER, p. 529.

¹¹⁹ TF, 4A_369/2015, 25 avril 2016, consid. 2.3 et la référence citée.

¹²⁰ GE Cour de justice, ACJC/999/2014, 29 août 2014.

¹²¹ GE Cour de justice, ACJC/999/2014, 29 août 2014, consid. 4.4.3.

¹²² TF, 4C.97/1997, 29 octobre 1997, consid. 6b.

¹²³ BIZZOZERO/MAILLARD, p. 150.

exécution du contrat de la part du client¹²⁴. Pour ces motifs, la banque effectue certains contrôles sur les comptes des clients afin de vérifier le respect des limites de la procuration¹²⁵.

Reconnaître un devoir général de surveillance, de conseil ou de mise en garde de la part de la banque imposerait à celle-ci d'être active afin de détecter toute anomalie. De toute façon, la banque n'est pas en mesure de surveiller la gestion pratiquée sachant qu'elle ne connaît généralement pas la stratégie de placement établie par le gérant et son client¹²⁶. Hormis les cas de détection de fraude, il serait excessif d'imposer à la banque de tels devoirs sachant que d'une part, le client a préféré recourir à un prestataire indépendant, et d'autre part, qu'elle n'est pas rémunérée pour cette activité. La reconnaissance d'un devoir de surveillance de la part de la banque aurait également pour conséquence d'entraver le pouvoir discrétionnaire du gérant et le soumettre à la dépendance de la banque dépositaire ce que les parties ne souhaitent pas. En l'absence d'une clause topique dans le contrat de dépôt ou d'un mandat de contrôle¹²⁷, la banque n'est pas tenue de surveiller activement l'évolution des avoirs du client et doit surveiller les actes du gestionnaire que dans des situations exceptionnelles¹²⁸. Dans ce sens, certains auteurs estiment que lorsque les intérêts du client sont manifestement mis en danger ou que le gérant pratique une gestion incompréhensible et que cela est reconnaissable pour la banque, cette dernière doit refuser les instructions du gérant ou à tout le moins avertir son client¹²⁹. Ces obligations découlent du devoir de fidélité de la banque mais également du principe de la bonne foi. Cependant, si une instruction du gérant contrevient aux intérêts du client de façon évidente pour la banque, elle ne sera pas couverte par les pouvoirs internes du gérant et la banque ne peut de bonne foi se prévaloir des termes de la procuration¹³⁰. A tout le moins, on pourrait exiger de la banque lorsqu'elle comptabilise les opérations effectuées par le gérant lors de l'établissement des relevés périodiques qu'elle avertisse le client en cas de diminution importante du portefeuille.

d. La problématique de la causalité par omission

Si l'on admet dans un cas particulier la violation du devoir d'information ou de surveillance, le client reproche à la banque une omission, à savoir le fait de n'avoir pas été informé ou averti. Pour que le dommage soit réparable, celui-ci doit s'inscrire dans un rapport de causalité naturelle et adéquate avec la violation contractuelle. Pour retenir un lien de causalité naturelle en cas d'omission, il faut admettre par hypothèse que le dommage ne serait pas survenu si la banque avait agi conformément à la loi ou au contrat¹³¹. Or, lorsque la banque viole son devoir d'information ou de surveillance, il sera souvent difficile pour le client de démontrer un lien de

¹²⁴ ATF 132 III 449, consid. 2, pour un résumé de cet arrêt cf. DE GOTTRAU.

¹²⁵ BIZZOZERO/MAILLARD, p. 150.

¹²⁶ La banque peut également préciser dans la documentation contractuelle qu'elle ne connaît pas le contenu de l'accord conclu entre le gérant et le client et qu'elle n'a pas connaissance de la stratégie d'investissement convenue (pour un exemple cf. clause 5.2 de la procuration limitée à la gestion de Swissquote en annexe).

¹²⁷ Le client et la banque peuvent convenir d'un mandat de contrôle dont le contenu serait d'obliger la banque d'exercer une surveillance sur la gestion exercée par le gérant externe contre une rémunération (BIZZOZERO/MAILLARD, p. 26).

¹²⁸ Du même avis, GUTZWILLER, Rechtsfragen, p. 17 ; BURG, N 316 et 338 ; SCHALLER, N 666 ; CRESPI-HOHL, p. 20.

¹²⁹ GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 905 ; SCHALLER, N 657 ss ; GUTZWILLER, Rechtsfragen, p. 17 ; BIZZOZERO, Situation juridique, p. 126 ; DE BEER, p. 130 s.

¹³⁰ BRETTON-CHEVALLIER, Gérant indépendant, p. 244.

¹³¹ TF, 4C.45/2001, 31 août 2008, consid. 4c.

causalité naturelle entre le fait de n'avoir pas été informé et le dommage subi. En effet, cela reviendrait à démontrer que le client aurait renoncé aux placements litigieux si la banque l'avait dûment informé ou averti alors même qu'il ne revient pas au client mais au gestionnaire de prendre les décisions d'investissement.

2. Responsabilité quasi-contractuelle de la banque dépositaire

a. La responsabilité fondée sur une relation d'affaires durable

La jurisprudence admet que « lorsque le client adresse à la banque des ordres précis et inconditionnels, la banque n'a un devoir d'information que dans des situations exceptionnelles, soit [...] lorsqu'un rapport particulier de confiance s'est développé dans le cadre d'une relation d'affaires durable entre le client et la banque, en vertu duquel le premier peut, sur la base des règles de la bonne foi, attendre conseil et mise en garde même s'il ne le demande pas explicitement »¹³². Ainsi, une relation d'affaires durable fait naître un rapport de confiance et de fidélité qualifié¹³³. Une telle relation de confiance n'engage pas la responsabilité contractuelle de la banque, mais représente un cas particulier de la responsabilité fondée sur la confiance¹³⁴ déduit de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC).

A titre d'exemple, il incombe à la banque un devoir de mise en garde lorsque les parties sont liées par un rapport durable de confiance dépassant la conclusion du seul contrat, soit par exemple que la banque recommande au client la conclusion d'un contrat de crédit lié à certains placements financiers ou qu'il soit reconnaissable qu'un client inexpérimenté se fie aux renseignements, conseils et informations de la banque¹³⁵. Un tel devoir peut également se présenter dans une situation de conflit d'intérêts¹³⁶. Sur cette base, le Tribunal fédéral a admis que la délivrance d'une lettre de recommandation en faveur du gérant indépendant et la participation à une réunion avec celui-ci et le client est susceptible de créer un rapport de confiance accru avec la banque dont le client peut se prévaloir¹³⁷. Ainsi, en raison de ce rapport de confiance, la banque est tenue de transmettre les informations qu'elle détient et qui sont « dignes d'être communiquées »¹³⁸. On peut notamment envisager que le manque de professionnalisme et/ou la mauvaise réputation du gérant connus par la banque peuvent constituer des informations dignes d'être communiquées au client. Un tel rapport de confiance peut également exister lors de la période précontractuelle. Cependant, conformément au principe de l'absorption, si les négociations débouchent sur la conclusion d'un contrat, la totalité de la relation entre les parties doit être analysée sous l'angle de la responsabilité contractuelle¹³⁹. Enfin, le Tribunal fédéral a nié l'existence d'un rapport particulier de confiance dans un cas où le gérant externe exerçait des fonctions dirigeantes au sein

¹³² TF, 4A_369/2015, 25 avril 2016, consid. 2.3 ; TF, 4C.166/2000, 8 décembre 2000, consid. 5b/dd ; TF, 4A_189/2007, 31 juillet 2007, consid. 2.3 ; GE Cour de justice, ACJC/1612/2014, 19 décembre 2014, consid. 3.1.1 ; ATF 133 III 97, consid. 7.1.2, JdT 2008 I 84 ; TF, 4A_271/2011, 16 août 2011, consid. 3.

¹³³ Le fait que le Tribunal fédéral admette des devoirs particuliers en cas de relation d'affaires durable peut constituer les prémices d'une reconnaissance de la théorie d'un contrat bancaire général.

¹³⁴ ZOB/FISCHER, p. 532 ; DE BEER, p. 126.

¹³⁵ TF, 4C_205/2006, 21 février 2007, consid. 3.4.2.

¹³⁶ TF, 4C.410/1997, 23 juin 1998, consid. 3c, SJ 1999 I p. 205.

¹³⁷ TF, 4A_369/2015, 25 avril 2016, consid. 2.3.

¹³⁸ TF, 4A_369/2015, 25 avril 2016, consid. 2.5.

¹³⁹ GE Cour de justice, ACJC/660/2015, 5 juin 2015, consid. 6.

de la société de gestion et de la banque sachant qu'il gérait les avoirs du client d'une manière reconnaissable en sa qualité de directeur de la société de gestion¹⁴⁰. Cette situation pourra en revanche être appréhendée sous l'angle d'une responsabilité fondée sur l'art. 55 CC (*infra C.*).

La reconnaissance d'une responsabilité fondée sur une relation d'affaires durable semble se confondre avec la responsabilité fondée sur la confiance. Cette création jurisprudentielle est une manière de contourner l'avis majoritaire de la doctrine qui refuse de reconnaître une obligation contractuelle de la banque dépositaire de surveiller les actes du gérant et le cas échéant d'avertir le client¹⁴¹. La création de ces devoirs dépassant les obligations contractuelles de la banque permet certes de rétablir une situation choquante lorsqu'elle laisse agir le gérant d'une manière négligente mais génère une certaine insécurité juridique. Toutefois, dans la pratique, une telle relation de confiance devrait être exceptionnelle en présence d'un gérant de fortune sachant que les relations entre la banque dépositaire et son client sont souvent limitées. Il serait préférable que les devoirs de la banque en matière d'information, de conseil et de mise en garde reposent sur les règles relatives à la représentation ou sur les relations contractuelles entre les parties plutôt que sur une disposition générale telle que les règles de la bonne foi et de la confiance. Nous partageons d'ailleurs l'avis qu'une relation d'affaires durable susceptible de créer un rapport de confiance devrait parfois être assimilée à un contrat ponctuel de conseil conclu tacitement entre les parties, lorsque cette relation fait naître une attente légitime de conseils et de mise en garde¹⁴².

b. La responsabilité fondée sur la confiance

Le client lésé tente parfois de fonder une responsabilité de la banque dépositaire découlant de la bonne foi et sur un rapport spécial de confiance et de fidélité qui se serait créé en parallèle des rapports contractuels existants¹⁴³. La responsabilité fondée sur la confiance éveillée et déçue suppose que les parties se trouvent dans une « relation juridique spéciale » qui justifie l'application des devoirs de protection et d'information qui découlent des principes de la bonne foi (art. 2 CC)¹⁴⁴. La responsabilité fondée sur la confiance pourrait s'appliquer lorsque la banque adopte un certain comportement en ayant conscience que cela suscite une attente auprès du client que celle-ci surveille les agissements du gérant indépendant¹⁴⁵. Cependant, le Tribunal fédéral considère que la responsabilité fondée sur la confiance ne peut constituer une source indépendante de responsabilité lorsque la relation de confiance s'est développée dans le cadre d'un rapport contractuel valable, tel qu'un contrat de dépôt ; dans ce cas, la responsabilité contractuelle est seule en cause¹⁴⁶.

3. Responsabilité extracontractuelle de la banque dépositaire

Pour engager la responsabilité extracontractuelle de la banque il faudrait que celle-ci commette un acte illicite, soit par une atteinte à des droits absolus (tels que la vie, la personnalité ou la

¹⁴⁰ TF, 4C.366/2004, 4 novembre 2005, consid. 3.2.

¹⁴¹ ZOBL/FISCHER, p. 532.

¹⁴² THÉVENOZ, Information, p. 46 ; EMMENEGGER, p. 71 ; RUSCH/MAISSEN, p. 1402.

¹⁴³ Cf. notamment, GE Cour de justice, ACJC/660/2015, 5 juin 2015.

¹⁴⁴ ATF 134 III 390, consid. 4.3.2, JdT 2010 I 143.

¹⁴⁵ BURG, N 345.

¹⁴⁶ TF, 4A_213/2010, 28 septembre 2010, consid. 7.

propriété), soit par la violation d'une norme de comportement ayant pour but de protéger le bien juridique en cause. Les règles de la bonne foi (art. 2 CC), les normes de comportement de l'art. 10 al. 2 let. d LBVM, l'art. 11 LBVM et l'art. 3 al. 2 let. c LB pourraient éventuellement constituer des normes de comportement pouvant fonder un acte illicite¹⁴⁷. Toutefois, même si l'on devait reconnaître que ces normes peuvent fonder un acte illicite, ces dispositions ne devraient pas offrir une protection supplémentaire au client¹⁴⁸.

Cependant, même si les obligations contractuelles de la banque en matière d'information et de surveillance sont limitées, la banque doit faire preuve d'une grande vigilance lorsqu'elle s'aperçoit que certaines transactions sont suspectes. En effet, le Tribunal fédéral reconnaît que la pratique du barattage (*churning*) est un cas de gestion déloyale (art. 158 CP) dans certains cas qualifiés¹⁴⁹. Ainsi, lorsque la banque remarque que le gérant s'adonne à la pratique du barattage et qu'elle décide quand même d'exécuter les ordres de celui-ci alors même qu'elle sait ou devait savoir que de telles opérations ne sont pas justifiées par la stratégie de placement du client, elle peut se rendre coupable de gestion déloyale par complicité (art. 25 CP). Cependant, il faudra faire preuve d'une grande retenue dans l'appréciation de la faute de la banque sachant que celle-ci n'est en principe pas tenue de surveiller la gestion pratiquée par le gérant externe. De même, la banque pourrait être impliquée dans des actes de gestion déloyale lorsque dans des « situations manifestement abusives » le gestionnaire prélève des commissions de gestion alors même qu'il n'entreprend aucun acte de gestion¹⁵⁰. Ainsi, un défaut de vigilance de la part de la banque peut avoir des conséquences sur le plan pénal mais également engager sa responsabilité extracontractuelle (art. 41 CO).

B. Ordres exécutés par la banque dépositaire non couverts par la procuration

L'étendue des pouvoirs internes (*interne Bevollmächtigung*) dépend des rapports entre le client et son gérant. Il convient ainsi de se référer au contrat de gestion de fortune afin de déterminer les gérants autorisés par le client. L'étendue des pouvoirs se limitera dans le cadre de la gestion de fortune à un pouvoir de gérance¹⁵¹. Les actes de disposition sur les avoirs (transfert d'actifs, nantissement de titres ou prélèvement d'honoraires) ou le fait de contracter des obligations au nom du client (crédit lombard) seront ainsi prohibés, sauf autorisation expresse. Le gérant ne dispose donc pas des pouvoirs de représentation lorsqu'il viole le contrat de gestion de fortune ou lorsqu'il abuse de ses pouvoirs. L'abus de pouvoirs intervient lorsque le représentant agit de façon apparemment conforme à ses pouvoirs mais au détriment des intérêts du client, voire même dans son intérêt propre¹⁵².

¹⁴⁷ ZOBEL/FISCHER, p. 532 ; BRETTON-CHEVALLIER, Gérant indépendant, p. 187.

¹⁴⁸ ZOBEL/FISCHER, p. 532.

¹⁴⁹ TF, 6B_967/2013, 21 février 2014 ; TF, 1A_247/1999, 24 janvier 2000 ; ATF 120 IV 190.

¹⁵⁰ BIZZOZERO/MAILLARD, p. 155.

¹⁵¹ BAUEN/ROUILLER, p. 233.

¹⁵² BRETTON-CHEVALLIER, Gérant indépendant, p. 227.

En matière bancaire, l'octroi des pouvoirs externes s'effectue généralement par un formulaire standardisé de la banque¹⁵³ dans lequel l'étendue des pouvoirs du gérant est décrite (*externe Bevollmächtigung*)¹⁵⁴. L'utilisation d'un formulaire standardisé pour l'ensemble des clients permet à la banque de s'assurer plus facilement que le gérant ne sort pas du cadre des pouvoirs octroyés¹⁵⁵. En conséquence, la procuration sera souvent large¹⁵⁶ et le dépassement des pouvoirs par la banque devrait facilement être reconnaissable. En principe, la banque n'est pas responsable des actes du gérant indépendant, pour autant que celui-ci n'agisse pas en dehors des pouvoirs qui lui sont conférés¹⁵⁷. La banque ne doit pas se soucier des rapports internes entre le client et le gestionnaire de fortune. Selon l'art. 33 al. 3 CO, un acte du gérant non couvert par le contrat de gestion de fortune, autrement dit un dépassement des pouvoirs internes, peut lier le client lorsque la communication des pouvoirs par le client à la banque va au-delà des pouvoirs effectivement conférés au gérant et que la banque est de bonne foi¹⁵⁸. En conséquence, la banque n'est responsable que si l'acte litigieux n'est couvert ni par les pouvoirs internes ni par les pouvoirs communiqués, qui vont par hypothèses au-delà des pouvoirs conférés, tels que la banque pouvait de bonne foi les comprendre. De même, lorsque la banque peut ou doit reconnaître que le gestionnaire dépasse le cadre interne des pouvoirs octroyés, nonobstant le respect du cadre délimité de la procuration communiquée à la banque, elle doit s'abstenir d'exécuter l'ordre du gérant. La jurisprudence est relativement stricte pour nier la bonne foi du tiers et estime qu'en cas de « simple dépassement des pouvoirs de représentation, seuls des doutes sérieux sur les réels pouvoirs du représentant peuvent conduire à nier la bonne foi du tiers cocontractant, en cas d'abus, des doutes d'une intensité relativement faible suffisent »¹⁵⁹.

La banque doit par exemple faire preuve d'une attention particulière et même demander l'accord du client lorsque le gestionnaire effectue des retraits ou des virements en sa faveur ou en faveur de tiers¹⁶⁰. Si le gérant contracte un crédit auprès de la banque dépositaire, sans que la procuration ne lui donne cette compétence, la banque dépositaire sera tenue responsable à côté du gérant¹⁶¹. La banque doit également faire preuve d'une attention accrue lorsque la gestion est habituellement conservatrice et que le gérant opère un changement de stratégie soudain en faveur d'une gestion spéculative¹⁶². De telles exigences s'imposent lorsque le changement de stratégie met en péril les intérêts du client¹⁶³. Toutefois, le seul fait de procéder à des opérations spéculatives ne serait pas suffisant à imposer un tel devoir à la banque dépositaire sachant que celle-ci ignore la plupart du temps la stratégie de placement décidée par le client¹⁶⁴. En effet, les banques refusent généralement de consulter ou de conserver dans leurs dossiers les mandats de

¹⁵³ Pour un exemple cf. procuration limitée à la gestion de Swissquote en annexe.

¹⁵⁴ HUGGENBERGER, p. 128 ; CRESPI-HOHL, p. 12 ; GUTZWILLER, Rechtsfragen, p. 12.

¹⁵⁵ BRETTON-CHEVALLIER, Gérant indépendant, p. 139 n. 553.

¹⁵⁶ BURG, p. 30.

¹⁵⁷ TF, 4C.97/1997, 29 octobre 1997, consid. 7, SJ 1998 p. 198.

¹⁵⁸ CR CO-CHAPPUIS, CO 33 N 19.

¹⁵⁹ ATF 131 III 511, consid. 3.2.2.

¹⁶⁰ ATF 132 III 449, consid. 3 ; CRESPI-HOHL, p. 28.

¹⁶¹ HUGGENBERGER, p. 128 ; CRESPI-HOHL, p. 28 ; EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1877.

¹⁶² Dans le même sens, BRETTON-CHEVALLIER, Gérant indépendant, p. 233.

¹⁶³ GE Cour de justice, ACJC/1357/045, 12 novembre 2004, consid. 5.2, in: NRCP 2004 258, pour un résumé de cet arrêt cf. MEREGALLI DO DUC ; BRETTON-CHEVALLIER, Gérant indépendant, p. 233.

¹⁶⁴ GE Cour de justice, ACJC/1357/045, 12 novembre 2004, consid. 5, in: NRCP 2004 258 ; GE Cour de justice, ACJC/999/2014, 29 août 2014, consid. 4.3.1 ; CRESPI-HOHL, p. 25.

gestion conclus entre le gérant indépendant et leurs clients communs¹⁶⁵. Une telle mesure permet de limiter la responsabilité de la banque en cas d'actes de gestion interdit par le client mais ignorés par celle-ci. De même, la banque se décharge en partie d'une éventuelle obligation de surveiller ou de contrôler la conformité de la gestion pratiquée sur le portefeuille du client. En revanche, si la banque a connaissance de l'acceptation du client dans une gestion spéculative, celle-ci ne peut refuser d'exécuter une instruction du gérant couverte par sa procuration sous peine d'être tenue pour responsable du gain manqué sur les transactions non exécutées¹⁶⁶.

La banque ne doit intervenir « que si le représenté agit clairement et volontairement au détriment du représentant et qu'elle perçoit la situation sans aucun doute »¹⁶⁷. De tels agissements peuvent intervenir lorsque le gestionnaire se livre à du barattage (*churning*) afin de générer des commissions en sa faveur¹⁶⁸. Cependant, le barattage se détermine en fonction des objectifs de placement convenus avec le client¹⁶⁹, ce que la banque ignore dans la majorité des cas. Le Tribunal fédéral a notamment admis qu'en cas de « transactions opérées en nombre excessif, propre à augmenter sans justification le montant des commissions à acquitter par les clients concernés » la banque doit faire preuve de plus de réserve¹⁷⁰. Elle devrait d'autant plus être vigilante sachant qu'elle se trouve dans une situation de conflit d'intérêts par l'augmentation des frais de courtage en sa faveur. Ainsi, dans le doute, la banque devrait informer le client de la gestion pratiquée sous peine de violer d'une part son devoir de fidélité et d'autre part d'être de mauvaise foi¹⁷¹. A tout le moins, nous partageons l'avis que la banque doit clarifier le bien-fondé des pouvoirs internes entre le client et son gérant lorsqu'elle dispose de doutes sérieux sur la non conformité de la gestion pratiquée aux intérêts du client¹⁷².

La bonne foi de la banque ne devrait pas être admise lorsque le gestionnaire investit pour le compte du client dans des instruments de placement non habituels ou atypiques alors même que celui-ci ne possède pas d'autorisation pour ce genre d'investissement¹⁷³. Cependant, en pratique la procuration rédigée par la banque confère au gérant indépendant des pouvoirs très étendus qui vont généralement au-delà des opérations bancaires ordinaires^{174 / 175}. Ainsi, si le gérant indépendant procède à certains investissements interdits par le client mais autorisés par la procuration, la banque n'encourt aucune responsabilité en cas de pertes liées à ces investissements¹⁷⁶.

¹⁶⁵ BRETTON-CHEVALLIER, *Gérant indépendant*, p. 44.

¹⁶⁶ GE Cour de justice, dans la cause Banque X. c. T., 13 février 2004, consid. 4b et 6, in: NRCP 2004 274.

¹⁶⁷ GE Cour de justice, ACJC/1612/2014, 19 décembre 2014, consid. 3.1.1.

¹⁶⁸ BIZZOZERO/MAILLARD, p. 34.

¹⁶⁹ GE Cour de justice, ACJC/999/2014, 29 août 2014, consid. 4.4.3.

¹⁷⁰ ATF 132 III 449, consid. 4.

¹⁷¹ Du même avis, CRESPI-HOHL, p. 27.

¹⁷² ZOBL/FISCHER, p. 521.

¹⁷³ L'annexe B du code de conduite de l'ASG énumère les instruments de placement habituels en cas de gestion de fortune discrétionnaire et précise que l'utilisation d'autres instruments financiers doit être prévue dans une clause du contrat de gestion de fortune.

¹⁷⁴ GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 904.

¹⁷⁵ Pour un exemple cf. notamment la clause 1.2 de la procuration limitée à la gestion de Swissquote en annexe.

¹⁷⁶ HUGGENBERGER, p. 128.

Si la banque sait ou devait savoir que le représentant dépasse ou abuse de ses pouvoirs, la banque ne devrait pas exécuter l'ordre de celui-ci sans obtenir une confirmation de la part du représenté¹⁷⁷. La banque peut s'écarter des instructions reçues par le gérant s'il est nécessaire qu'elle agisse ainsi pour ne pas mettre en péril les intérêts du client, que celle-ci ne puisse pas requérir des instructions complémentaires de la part du client et que le comportement choisi par la banque corresponde à la volonté hypothétique du client¹⁷⁸. En cas de clause de banque restante, la banque ne peut considérer que le client approuve tacitement une opération interdite par la procuration lorsque celui-ci est injoignable¹⁷⁹. Dans cette situation, la banque peut être confrontée à un véritable dilemme sachant que si elle n'arrive pas à contacter le client et qu'elle bloque les transactions, elle pourrait être tenue responsable des pertes liées à ce blocage.

Il convient de réserver la situation où le client ratifie les transactions non autorisées effectuées par le gérant (art. 38 al. 1 CO). Une ratification peut également intervenir d'une manière tacite lorsque le client prend connaissance des transactions effectuées par le biais de ses relevés de compte et ne proteste pas¹⁸⁰ ou par la signature des biens-trouvés. Lorsque le gérant agit auprès de la banque sans en avoir les pouvoirs et lorsque le client ne ratifie pas l'acte, l'effet de représentation ne se produit pas, c'est-à-dire que l'acte est nul¹⁸¹ et le client n'est pas obligé par les actes accomplis par le gérant (art. 38 CO). Ainsi, cela n'ouvre pas au client une action en responsabilité contre la banque, mais une action en exécution du contrat¹⁸² qui n'est pas subordonnée à l'existence d'une faute de celle-ci¹⁸³. La limite entre un acte autorisé ou non par les pouvoirs octroyés au gérant sera souvent difficilement déterminable. Pour cette raison, les motifs dénotant la mauvaise foi de la banque doivent rester rares. Nous pouvons retenir que la banque ne doit pas intervenir lorsque la décision de placement relève de l'examen de l'opportunité, d'une fréquence admissible et des choix des placements effectués par le gérant. La représentation du client est une source non négligeable de responsabilité pour la banque qui peut toutefois la limiter en adoptant une organisation interne adéquate et une procédure de contrôle efficace.

C. Le gérant indépendant agit en tant qu'organe de fait ou auxiliaire de la banque

La banque dépositaire répond également des actes du gérant indépendant lorsque celui-ci agit en tant qu'organe de fait (art. 55 CC) ou auxiliaire de la banque (art. 101 CO)¹⁸⁴. Pour que le gérant indépendant soit considéré comme un organe de fait, il doit avoir la compétence de prendre des décisions d'une manière indépendante et de participer d'une manière effective sur la direction¹⁸⁵. Tel sera le cas lorsque la banque et la société de gestion « se confondent ou sont étroitement liées

¹⁷⁷ HUGGENBERGER, p. 51.

¹⁷⁸ GE Cour de justice, dans la cause Banque X. c. T., 13 février 2004, consid. 4a, in: NRCP 2004 274.

¹⁷⁹ TI Tribunale d'appello, dans la cause AFP c. Banca X., 23 mai 2007, in: SZW/RSDA, 4/2008, p. 418 ss, 422.

¹⁸⁰ TF, 4C.115/2001, 6 juillet 2001, consid. 3a.

¹⁸¹ TERCIER/PICHONNAZ, N. 432 ss.

¹⁸² BRETTON-CHEVALLIER, Gérant indépendant, p 225.

¹⁸³ ATF 132 III 449, consid. 2.

¹⁸⁴ GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 902 ; BIZZOZERO, Situation juridique, p. 119.

¹⁸⁵ BURG, N 341 et les références citées.

d'un point de vue économique »¹⁸⁶. La CFB considérait qu'il découle de l'art. 3 al. 2 let. a LB que lorsque la banque collabore avec d'anciens organes devenus gérants indépendants, elle doit prendre toutes les mesures nécessaires sur le plan de l'organisation pour éviter une erreur des clients sur le statut de ces gérants de fortune¹⁸⁷. Afin d'éviter de telles confusions pour le client, les gérants externes doivent exercer leurs activités dans des locaux totalement indépendants de ceux de la banque et il leur est interdit de recevoir leur clientèle à la banque¹⁸⁸. Toutefois, la conclusion entre la banque et le gérant d'un accord visant à organiser leurs relations, tel qu'un accord de collaboration, ne permet pas d'affirmer que le gérant se voit attribuer une position d'organe de fait au sein de la banque dépositaire¹⁸⁹.

Une responsabilité de la banque lorsque le gérant agit en tant qu'auxiliaire pourra être retenue lorsqu'elle délègue certains de ses devoirs au gérant¹⁹⁰. Cette situation peut se présenter lorsque la banque délègue son devoir d'information au gérant sur les risques liés aux placements financiers ou sur l'existence de rétrocessions et que celui-ci omet de le faire ou l'effectue d'une manière lacunaire. Si la banque a réglé conventionnellement avec le gérant et le client les modalités de la délégation il s'agit d'une substitution autorisée (art. 399 al. 2 CO). Dans ce dernier cas, la banque ne répond que du soin avec lequel elle a évalué le professionnalisme du gérant (*cura in eligendo*) et instruit celui-ci (*cura in instruendo*)¹⁹¹. A ce titre, la banque peut effectuer une *due diligence* initiale sur le gérant indépendant afin de limiter ses risques juridiques¹⁹². En revanche, lorsque la banque s'est indûment substituée, c'est-à-dire sans autorisation, elle répond des actes du gérant comme s'ils étaient siens (art. 399 al. 1 CO et 101 CO). Ainsi, la banque répond de la mauvaise information donnée au client par le gérant indépendant comme si elle en était l'auteure lorsqu'elle ne délègue pas formellement ces devoirs au gérant. En revanche, la banque ne répond pas de la surveillance du gérant (*cura in custodiendo*) car celui-ci agit de façon indépendante¹⁹³.

Enfin, la banque peut pour limiter ces risques informer le client par le biais de sa documentation contractuelle que le gérant indépendant ne représente pas la banque, qu'il n'est ni employé ou agent de la banque et qu'il est indépendant de celle-ci, de ses sociétés affiliées, dirigeants et employés¹⁹⁴.

D. Responsabilité de la banque selon la théorie de la réalité économique

La théorie de la réalité économique ou de la transparence (*Durchgriffstheorie*) permet de faire abstraction de l'indépendance juridique des parties et de prendre en considération la réalité économique au lieu de la réalité juridique en cas d'abus de droit (art. 2 CC)¹⁹⁵. Le Tribunal

¹⁸⁶ BIZZOZERO, Situation juridique, p. 119.

¹⁸⁷ Bull. CFB n° 14 (1984), p. 9 ss.

¹⁸⁸ Bull. CFB n° 14 (1984), p. 9 ss.

¹⁸⁹ BRETTON-CHEVALLIER, Gérant indépendant, p. 218.

¹⁹⁰ BURG, N 342.

¹⁹¹ BRETTON-CHEVALLIER, Gérant indépendant, p. 184.

¹⁹² Sur cette question voir BIZZOZERO/MAILLARD, p. 69 ss.

¹⁹³ BRETTON-CHEVALLIER, Gérant indépendant, p. 184.

¹⁹⁴ Cf. clause 7.1 de la procuration limitée à la gestion de Swissquote en annexe.

¹⁹⁵ BIZZOZERO, Situation juridique, p. 120.

fédéral a d'ailleurs reconnu la responsabilité de la banque dépositaire sur cette base¹⁹⁶. Les juges ont considéré que la banque devait supporter le risque que les agissements du gérant puissent être imputés comme s'ils étaient les siens sachant qu'elle a créé à l'égard du client l'apparence d'une entité unique¹⁹⁷. L'apparence d'une entité unique peut notamment résulter d'une structure commune ou d'une collaboration exclusive. Cependant, le critère déterminant en faveur d'une entité unique résulte de l'absence d'indépendance, réelle ou apparente tant sur le plan économique que dans le cadre de la gestion¹⁹⁸. Ainsi, la conclusion d'un accord de collaboration, même exclusif¹⁹⁹, ne permet pas de retenir que le gérant indépendant est dans une situation de dépendance par rapport à la banque²⁰⁰. Il convient toutefois de retenir que si la banque dispose d'une participation au capital de la société de gestion, ou de plusieurs sièges au sein de son conseil d'administration, et que la société de gestion de fortune n'est qu'un instrument de la banque ; dans ce cas, une indépendance économique entre ces deux parties pourrait être retenue²⁰¹.

E. Sanctions administratives

Outre les risques civils, la banque s'expose à des sanctions administratives de la part de la FINMA lorsqu'elle viole ses obligations prudentielles. La banque doit notamment déterminer, limiter et contrôler les risques de crédit, les risques de pertes, les risques liés au marché et à l'exécution des transactions, les risques opérationnels et juridiques ainsi que les risques susceptibles de ternir sa réputation (art. 12 al. 2 OB). Ces obligations découlent des principes de la séparation des fonctions et de la gestion des risques énoncés à l'art. 3 al. 2 let. a LB²⁰². De même, la violation de la garantie d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 let. c LB et 10 al. 2 let. d LBVM)²⁰³ peut être sanctionnée par la FINMA. Une violation grave et irrémédiable du principe de la séparation des fonctions et de la gestion des risques ou de la garantie d'une activité irréprochable devrait conduire la FINMA à un retrait de l'autorisation d'exercer en tant que banque dépositaire ou en tant que négociant en valeurs mobilières (art. 37 LFINMA)²⁰⁴.

En cas de gestion fautive de la part du gérant indépendant occasionnant des pertes importantes pour le client, on pourrait imaginer que la banque, en ne reconnaissant pas les irrégularités commises par le gestionnaire, ne dispose pas d'une structure adéquate pour une gestion efficace des risques et pourrait être sanctionnée par la FINMA. La garantie d'une activité irréprochable impose également à la banque de ne pas participer à des affaires illicites ou immorales. Ainsi, elle

¹⁹⁶ TF, 4C.432/1994, 30 mars 1995.

¹⁹⁷ TF, 4C.432/1994, 30 mars 1995, p. 7.

¹⁹⁸ BRETTON-CHEVALLIER, Gérant indépendant, p. 224.

¹⁹⁹ GE Cour de justice, dans la cause B. c. Société Financière M. SA, 21 février 1997, consid. 3d.

²⁰⁰ BRETTON-CHEVALLIER, Gérant indépendant, p. 225 ; ZOBL/FISCHER, p. 521.

²⁰¹ BRETTON-CHEVALLIER, Gérant indépendant, p. 225.

²⁰² Une responsabilité civile au sens de l'art. 41 CO sur la base de l'obligation d'adopter une organisation satisfaisante est pour l'instant niée par la jurisprudence (TF, 4A_54/2008, 29 avril 2008, consid. 5.3.4 ; Cf. également GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 197).

²⁰³ Au même titre que pour la violation de l'obligation d'adopter une organisation satisfaisante, la violation de l'obligation d'une garantie irréprochable ne constitue pas une norme de comportement et de ce fait sa violation ne peut fonder une responsabilité extracontractuelle de la banque (TF, 4A_54/2008, 29 avril 2008, consid. 5.3.4) *contra* BIZZOZERO/MAILLARD, p. 39.

²⁰⁴ BIZZOZERO/MAILLARD, p. 55.

pourrait être amenée à effectuer une *due diligence* initiale ou procéder à des éclaircissements en cas de doutes sur les activités du gérant indépendant lorsqu'elle conclut avec lui un contrat de collaboration²⁰⁵.

F. Responsabilité de la banque dépositaire en matière de rétrocessions

En principe, la banque doit fournir spontanément un décompte détaillé des transactions et notamment, les indications relatives aux coûts des transactions (art. 11 al. 1 let. b, art. 400 CO, et art. 7 al. 1 Directives ASB 2008)²⁰⁶. En conséquence, la banque dépositaire a le devoir de renseigner spontanément le client sur les rétrocessions²⁰⁷. D'autres auteurs estiment que la banque peut, sans être obligée et sous réserve d'un accord de confidentialité, informer le client sur l'existence des rétrocessions dans la mesure où les rétrocessions ne sont pas des coûts de transactions mais un avantage octroyé au gérant externe²⁰⁸. Cependant, dans la pratique la banque décide systématiquement d'informer le client par le biais de la procuration du versement de rétrocessions au gérant²⁰⁹ et délègue le devoir d'information sur l'existence des rétrocessions au gérant²¹⁰. En revanche, sachant que la banque dépositaire n'est pas tenue à une sauvegarde générale des intérêts du client²¹¹, celle-ci ne devrait pas être tenue de veiller à la remise des rétrocessions par le gérant au client²¹².

Lorsque le gestionnaire reçoit des rétrocessions de la part de la banque sans informer son client sur leurs existences ou sans obtenir une renonciation claire relative à celles-ci, le gérant peut se rendre coupable d'abus de confiance (art. 138 CP)²¹³, de gestion déloyale (art. 158 CP)²¹⁴, de corruption privée passive (art. 4a al. 1 let. b LCD et art. art. 322^{novies} CP)²¹⁵ voire même en cas de tromperie sur l'existence ou l'étendue des rétrocessions d'escroquerie (art. 146 CP)²¹⁶. L'*Obergericht* du canton de Zurich a rendu une décision dans laquelle il n'exclut pas que la banque puisse se rendre coupable de gestion déloyale ou d'abus de confiance lorsqu'elle garde sous silence l'existence de rétrocessions²¹⁷. On peut également imaginer que lorsque la banque encourage le gestionnaire à multiplier les transactions par une rémunération incitative par le biais

²⁰⁵ BIZZOZERO/MAILLARD, p. 51 et p. 69 ss.

²⁰⁶ BEHG BsK-BAHAR/STUPP, LBVM 11 N 77.

²⁰⁷ BRETTON-CHEVALLIER, *Gérant indépendant*, p. 165.

²⁰⁸ ZOBL/FISCHER, p. 539.

²⁰⁹ Pour un exemple cf. clause 4.3 et 4.4 de la procuration limitée à la gestion de Swissquote en annexe.

²¹⁰ SCHWOB, p. 142.

²¹¹ TF, 4A_369/2015, 25 avril 2016, consid. 2.3 ; ATF 133 III 97, consid. 7.1.1, JdT 2008 I 84 ; TF, 4C.97/1997, 29 octobre 1997, consid. 6a, SJ 1998 p. 198 ; TF, 4A_189/2007, 31 juillet 2007, consid. 2.3 ; TF, 4C.205/2006, 21 février 2007, consid. 3.4.2 ; GE Cour de justice, ACJC/660/2015, 5 juin 2015, consid. 9.2.

²¹² ZOBL/FISCHER, p. 540.

²¹³ Certains auteurs estiment qu'un gérant ne devrait pas se rendre coupable d'abus de confiance car « la condition des valeurs patrimoniales confiées fait défaut » (GALLIANO/MOLO, p. 1778) *contra* SCHWOB (p. 130) qui estime que lorsque le gérant reçoit des rétrocessions, il doit les remettre à son client donc il s'agit de valeurs confiées.

²¹⁴ L'*Obergericht* de Berne a admis qu'un gestionnaire de fortune peut se rendre coupable de gestion déloyale en violant ses devoirs d'information et de restitution en lien avec des rétrocessions reçues de la part de la banque (BE Obergericht, SK2012/218, 4 juillet 2013, consid. 2.4).

²¹⁵ Une infraction sous l'angle de l'art. 4a al. 1 let. b LCD peut être commise en cas de violation de l'obligation de restitution des rétrocessions ou si une banque dépositaire a été choisie uniquement pour son offre rémunératrice (GALLIANO/MOLO, p. 1779 ; CR LCD-PERRIN/DE PREUX, LCD 4a N 37).

²¹⁶ TF, 6P.23/2005, 22 juillet 2005, consid. 7.3.

²¹⁷ ZH Obergericht, UE150065-O/U/HON, 20 novembre 2015, in: SZW/RSDA 2/2016, p. 207 ss, 217.

de rétrocessions, celle-ci pourrait se rendre coupable de gestion déloyale par instigation (art. 24 et 26 CP)²¹⁸. Par ailleurs, lorsqu'une banque offre des rétrocessions élevées au gestionnaire de manière à ce que celui-ci choisisse cet établissement bancaire en raison de l'attractivité de l'offre, elle pourra commettre un acte de corruption privée active (art. 322^{octies} CP)²¹⁹ et être punie par une peine d'entreprise si elle n'a pas pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction (art. 102 al. 2 CP *cum* art. 322^{octies} CP). La banque peut également être tenue de réparer le dommage subi par le client (art. 4a al. 1 let. a LCD *cum* art. 9 al. 3 LCD et 41 ss CO). Le montant des rétrocessions offert devra toutefois être particulièrement conséquent sachant que le versement des rétrocessions est usuel en matière bancaire et constitue un usage social (art. 4a al. 2 LCD).

IV. PRÉVENTION DES RISQUES ET MOYENS DE DÉFENSE DE LA BANQUE DÉPOSITAIRE

A. Clause de limitation de responsabilité

La banque peut insérer dans les documents contractuels (conditions générales ou procuration) une clause qui prévoit qu'elle se décharge de toute obligation de surveillance concernant les actes de gestion licites opérés par le gérant²²⁰ ou une clause d'exclusion ou de limitation de responsabilité résultant de la violation de son devoir d'information. Tout d'abord une telle clause pourrait se heurter au caractère impératif de l'art. 11 LBVM qui est soustrait à la libre disposition des parties²²¹. De même, une clause prévoyant la décharge totale de la banque reviendrait à exclure la responsabilité pour faute grave ou légère de la banque et serait à notre avis inopérante. Cela découle du fait que l'exploitation d'une banque est une industrie concédée selon la jurisprudence et que le juge pourra selon les règles du droit et de l'équité déclarer la nullité d'une clause excluant la responsabilité des organes de la banque pour faute légère ou de ses auxiliaires pour dol ou faute grave²²². Bien que le formulaire de procuration soit un acte unilatéral, il serait à notre avis admissible qu'une clause de limitation de responsabilité puisse y être intégrée et valable, pour autant qu'elle soit visible et que la banque attire l'attention du client sur son contenu. Nous partageons à ce titre l'avis que la procuration complète les clauses de conditions générales et que le contenu de la procuration, dûment signée par le client, pourrait être invoqué dans un litige²²³. La banque peut également ajouter dans les contrats conclus avec son client une clause d'intégration en précisant que la procuration fait partie intégrante de la documentation contractuelle.

B. Limitation des risques à travers le contrat de collaboration

Afin de limiter sa responsabilité, la banque peut introduire dans l'accord de collaboration avec le gestionnaire de fortune une clause de limitation de responsabilité. Par conséquent, la plupart des

²¹⁸ Dans le même sens, LOMBARDINI/MACALUSO, p. 192.

²¹⁹ Dans le même sens, GALLIANO/MOLO, p. 1779 ; SCHWOB, p. 136 s.

²²⁰ Pour un exemple cf. clause 5.4 de la procuration limitée à la gestion de Swissquote en annexe.

²²¹ THÉVENOZ, Règles de conduite, p. 24.

²²² TF, 4A_54/2009, 20 avril 2009, consid. 1.

²²³ BIZZOZERO/MAILLARD, p. 28.

accords de collaboration affirment que la banque n'encourt aucune responsabilité pour les actes de gestion effectués par le gérant indépendant²²⁴. Cette exclusion de responsabilité peut englober la documentation de la banque que le gestionnaire reçoit comme support de gestion²²⁵. Cependant, une telle clause ne déploie aucun effet envers les clients dans la mesure où ceux-ci ne sont pas partie au contrat de collaboration²²⁶. A tout le moins, la banque pourrait se libérer d'une éventuelle responsabilité lorsque le gestionnaire se fie aux analyses et documents financiers de la banque entraînant une perte sur le portefeuille du client. La banque introduira également une clause spécifique incombant au gestionnaire d'informer le client sur les rétrocessions reçues²²⁷.

Nous pouvons également relever que les clauses de confidentialité présentes dans les accords de collaboration permettent d'éviter de donner des arguments aux clients dans le cadre d'une action en responsabilité contre la banque dépositaire pour les actes de gestion du gérant²²⁸. La banque peut aussi se prémunir de certains risques juridiques en prévoyant qu'elle peut mettre fin à la collaboration en cas de « spéculations hasardeuses du gérant au détriment de ses clients »²²⁹. Le contrat de collaboration peut également préciser que le contrat de gestion de fortune conclu entre le gérant et le client n'engage pas la banque. Une telle clause permet à la banque de se prémunir face aux risques que le gérant soit considéré comme un organe de fait. Enfin, afin de réduire tout risque civil, la banque pourrait prévoir dans le contrat de collaboration une clause lui donnant le droit de ne pas exécuter les ordres du gérant indépendant lorsque ses obligations réglementaires s'y opposent²³⁰.

C. Preuve de l'information donnée et délégation au gérant

En principe, le fardeau de la preuve incombe au demandeur (art. 8 CC). Le client lésé devra ainsi prouver un fait négatif qui est l'absence d'information²³¹. En matière bancaire, la preuve du défaut d'information doit être apportée par le client et il n'y a pas de renversement du fardeau de la preuve²³². Cependant, la banque serait bien inspirée de documenter les informations données au client afin d'apporter la preuve qu'elle a exécuté son devoir d'information et de se libérer d'une éventuelle responsabilité sur cette base.

En pratique, la banque remplit son devoir d'information par la remise d'une brochure standardisée sur les risques du négoce de titres lorsque le client possède un degré d'expérience et

²²⁴ BRETTON-CHEVALLIER, *Gérant indépendant*, p. 44 ; CRESPI-HOHL, p. 15.

²²⁵ BRETTON-CHEVALLIER, *Gérant indépendant*, p. 44.

²²⁶ BIZZOZERO/MAILLARD, p. 125.

²²⁷ EMCH/RENZ/ARPAGAU, N 1679.

²²⁸ BRETTON-CHEVALLIER, *Clauses de confidentialité*, p. 112 s. L'auteure relève que ce type de clause trouve ses limites en matière de rétrocessions.

²²⁹ LOMBARDINI, *Droit bancaire suisse*, p. 744.

²³⁰ A ce titre, la banque dépositaire doit notamment refuser d'exécuter l'ordre en bourse du gérant lorsqu'elle dispose d'indices manifestes d'ordres abusifs qui pourraient ne pas être compatibles avec les exigences visées aux art. 142 et 143 LIMF (Circ. 2013/8, cm. 47). De même, la banque pourrait refuser d'exécuter les ordres du gérant suite à un blocage interne des comptes du client lorsqu'elle ne dispose pas de la documentation KYC après un certain délai en cas de délégation de la vérification de l'identité du cocontractant et de l'identification de l'ayant droit économique (art. 45 CDB 16).

²³¹ Pour un aperçu de cette problématique cf. GUTZWILLER, *Beweis*, p. 411 ss.

²³² GUTZWILLER, *Beweis*, p. 414 ; cf. également GE Cour de justice, ACJC/660/2015, 5 juin 2015, consid. 9.3.

de connaissances relativement bas²³³ ou par des explications individualisées²³⁴. Le client peut également déclarer qu'il connaît les risques liés aux opérations sur valeurs mobilières et renoncer à recevoir des informations supplémentaires (cf. art. 3 al. 5 Directives ASB). Selon certains auteurs, l'art. 11 LBVM constitue un « noyau dur » et que l'on ne peut pas renoncer à ce droit²³⁵. Ainsi, une telle déclaration ne saurait constituer la renonciation au droit d'être informé²³⁶. Si la banque a des doutes sur les connaissances effectives du client, elle doit se montrer prudente et remplir son devoir d'information. Une telle prudence est de mise en cas de placement sophistiqué ou opaque (produits structurés ou dérivés) ou entraînant un plus grand risque pour l'investisseur (négoce d'instruments FOREX). Dans tous les cas, il serait prudent pour la banque d'obtenir une confirmation écrite de la part du client indiquant que celui-ci a bien reçu les informations et qu'il comprend les risques découlant des transactions sur valeurs mobilières.

Lorsque le portefeuille est géré par un gérant indépendant, la banque doit s'assurer que celui-ci connaît les risques liés au négoce de titres et qu'il a dûment informé le client sur ces risques²³⁷. En principe, la banque doit documenter le fait d'avoir informé le gérant de fortune professionnel de son devoir d'information à l'égard du client²³⁸. La banque dépositaire se voit ainsi impartir une obligation prudentielle du rappel des obligations contractuelles du gérant vis-à-vis du client²³⁹. De telles modalités peuvent être réglées dans l'accord de collaboration liant la banque et le gestionnaire indépendant²⁴⁰. Lorsque la banque délègue au gérant le devoir d'informer le client, celle-ci ne doit en principe pas fournir d'autres informations²⁴¹.

V. CONCLUSION

La responsabilité de la banque dépositaire ne devrait être engagée que dans des situations exceptionnelles lorsque le client décide de confier la gestion de son portefeuille à un gérant indépendant. Ces situations doivent rester exceptionnelles dans la mesure où la banque dépositaire ne connaît pas la stratégie de placement mise en place par le client à travers son gérant et qu'il serait disproportionné d'imposer un devoir d'information, de surveillance et de conseil trop large alors que celle-ci n'est pas rémunérée pour ces activités. Ainsi, le gérant indépendant devrait répondre seul de ses manquements et le client, en choisissant de confier la gestion à un gérant externe, ne peut compter sur la vigilance de sa banque afin de le prévenir d'éventuelles pertes. Cependant, dans certaines situations reconnaissables la banque doit à tout le moins prévenir son client afin qu'il puisse prendre les mesures nécessaires pour limiter les pertes. Ces

²³³ THÉVENOZ, *Information*, p. 30 ; ROMY/BLOCH, p. 653 ; Art. 3 al. 4 Directives ASB 2008 ; Pour un exemple cf. la brochure risques particuliers dans le négoce de titres de 2008 de l'ASB.

²³⁴ Art. 3 al. 4 Directives ASB 2008.

²³⁵ BRETTON-CHEVALLIER, *Gérant indépendant*, p. 185 ; CHAPPUIS/WERRO, p. 570 ; BEHG BsK-BAHAR/STUPP, LBVM 11 N 12.

²³⁶ CHAPPUIS/WERRO, p. 564.

²³⁷ Art. 3 al. 5 let. b Directives ASB 2008.

²³⁸ Cf. art. 3, cm. 10 Directives ASB 2008.

²³⁹ BIZZOZERO/MAILLARD, p. 116.

²⁴⁰ Dans ce cas, la banque pourra se retourner contre gérant si elle est condamnée à dédommager le client à l'issue d'une action intentée par ce dernier pour violation de l'art. 11 al. 1 let. a LBVM (BRETTON-CHEVALLIER, *Gérant indépendant*, p. 186).

²⁴¹ Dans le même sens, BS Zivilgericht, P 2007 61, 4 décembre 2008, in: SZW/RSDA 4/2011, p. 372 ss, 380.

obligations découlent du devoir de diligence, de fidélité et de bonne foi que la banque doit mettre en œuvre dans l'exécution de ses prestations.

En pratique, la banque pourra le plus souvent être tenue pour responsable lorsque le gérant dépasse les pouvoirs qui lui sont octroyés. Les limites de ces pouvoirs peuvent parfois être floues mais la banque se protège face à ce genre de situations à l'aide d'une procuration standardisée donnant des pouvoirs relativement larges au gérant indépendant. La problématique des rétrocessions qui occupe particulièrement les tribunaux ces dernières années est également une source de risques pour la banque lorsque le client ignore leur existence. La banque dépositaire devra faire preuve d'une grande prudence en informant le client de l'existence de rétrocessions et déléguer cette tâche au gérant externe par le biais du contrat de collaboration. L'activité de dépositaire est source de risques qui peuvent toutefois être nuancés à l'aide d'une organisation interne efficace et d'une collaboration étroite avec le gérant indépendant.

VI. BIBLIOGRAPHIE

A. Réglementations, documents officiels et autoréglementations

1. Lois fédérales, ordonnances du Conseil fédéral et projet de loi

Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311).

Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 – Code des obligations (CO ; RS 220).

Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme du 10 octobre 1997 (LBA ; RS 955.0).

Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD ; RS 241).

Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (LB ; RS 952.0).

Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (LBVM ; RS 954.1).

Loi fédérale sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés du 19 juin 2015 (LIMF ; RS 958.1).

Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux du 23 juin 2006 (LPCC ; RS 951.31).

Ordonnance du Conseil fédéral sur les banques et les caisses d'épargne du 30 avril 2014 (OB ; RS 952.02).

Ordonnance du 2 décembre 1996 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (OBVM ; 954.11).

Projet de Loi fédérale sur les établissements financiers (P-LEFin).

Projet de Loi fédérale sur les services financiers (P-LSFin).

2. Directives européennes

Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, JOUE 2004 145, p. 1 (cité : MiFID).

Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE, JOUE 2014 173, p. 349 (cité : MiFID II).

3. Circulaires de la FINMA

Circulaire de la FINMA 2009/1, Règles-cadres pour la reconnaissance de l'autorégulation en matière de gestion de fortune comme standard minimal du 18 décembre 2008 (cité : Circ. 2009/1).

Circulaire de la FINMA 2013/8, Règles de conduite sur le marché concernant le négoce de valeurs mobilières du 29 août 2013 (cité : Circ. 2013/8).

4. Document officiel

DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES (DFF), Analyse d'impact de la loi sur les services financiers (LSFin) et de la loi sur les établissements financiers (LEFin) du 26 juin 2014, in: Confédération Suisse (www.admin.ch), Berne 2014, p. « <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/35403.pdf> » (20.04.2017) (cité : DFF, Analyse d'impact LSFin et LEFin).

5. Normes d'autorégulation

ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS (ASB), Directives concernant le mandat de gestion de fortune, 2017 (cité : Directives ASB 2017).

ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS (ASB), Règles de conduite pour négociants en valeurs mobilières applicables à l'exécution d'opérations sur titres, 2008 (cité : Directives ASB 2008).

ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS (ASB), Convention relative à l'obligation de diligence des banques du 1^{er} juin 2015 (cité : CDB 16).

ASSOCIATION SUISSE DES GÉRANTS DE FORTUNE (ASG), Code suisse de conduite relatif à l'exercice de la profession de gérant de fortune indépendant, 2017 (cité : Code de conduite ASG).

B. Répertoire des arrêts cités et des autres décisions

1. Arrêts publiés du Tribunal fédéral

ATF 118 II 348, JdT 1993 I 550.
ATF 120 IV 190.
ATF 127 III 147.
ATF 130 III 694.
ATF 131 III 511.
ATF 132 III 449.
ATF 133 III 97, JdT 2008 I 84.
ATF 134 III 390, JdT 2010 I 143.
ATF 138 III 755, JdT 2014 II 241.

2. Arrêts non publiés du Tribunal fédéral

Arrêt du Tribunal fédéral 4C.432/1994 du 30 mars 1995.
Arrêt du Tribunal fédéral 4C.97/1997 du 29 octobre 1997, SJ 1998 198.
Arrêt du Tribunal fédéral 4C.410/1997 du 23 juin 1998, SJ 1999 I 205.
Arrêt du Tribunal fédéral 1A_247/1999 du 24 janvier 2000.
Arrêt du Tribunal fédéral 4C.166/2000 du 8 décembre 2000.
Arrêt du Tribunal fédéral 4C.115/2001 du 6 juillet 2001.
Arrêt du Tribunal fédéral 4C.45/2001 du 31 août 2001, SJ 2002 I 274.
Arrêt du Tribunal fédéral 4C.205/2002 du 9 décembre 2002.
Arrêt du Tribunal fédéral 4C.126/2004 du 15 septembre 2004.
Arrêt du Tribunal fédéral 4C.366/2004 du 4 novembre 2005.
Arrêt du Tribunal fédéral 4C.447/2004 du 31 mars 2005.
Arrêt du Tribunal fédéral 6P.23/2005 du 22 juillet 2005.
Arrêt du Tribunal fédéral 4C.270/2006 du 4 janvier 2007.
Arrêt du Tribunal fédéral 4C.205/2006 du 21 février 2007.
Arrêt du Tribunal fédéral 4C.385/2006 du 2 avril 2007.
Arrêt du Tribunal fédéral 4A_189/2007 du 31 juillet 2007.
Arrêt du Tribunal fédéral 4A_351/2007 du 15 janvier 2008.
Arrêt du Tribunal fédéral 4A_54/2008 du 29 avril 2008.
Arrêt du Tribunal fédéral 4A_54/2009 du 20 avril 2009.
Arrêt du Tribunal fédéral 4A_213/2010 du 28 septembre 2010.
Arrêt du Tribunal fédéral 4A_90/2011 du 22 juin 2011.
Arrêt du Tribunal fédéral 4A_271/2011 du 16 août 2011.
Arrêt du Tribunal fédéral 6B_967/2013 du 21 février 2014.
Arrêt du Tribunal fédéral 4A_364/2013 du 5 mars 2014.
Arrêt du Tribunal fédéral 4A_336/2014 du 18 décembre 2014.
Arrêt du Tribunal fédéral 4A_369/2015 du 25 avril 2016.
Arrêt du Tribunal fédéral 4A_436/2016 du 7 février 2017.

3. Arrêts des tribunaux cantonaux

Arrêt de la Cour de justice de Genève dans la cause B. c. Société Financière M. SA du 21 février 1997.

Arrêt de la Cour de justice de Genève dans la cause Banque X. c. T. du 13 février 2004, in: NRCP 2004 274.

Arrêt de la Cour de justice de Genève ACJC/1357/045 du 12 novembre 2004, in: NRPC 2004 258.

Arrêt du Tribunale d'appello du Tessin dans la cause AFP c. Banca X. du 23 mai 2007, in: SZW/RSDA, 4/2008, p. 418 ss.

Arrêt du Zivilgericht de Bâle P 2007 61 du 4 décembre 2008, in: SZW/RSDA 4/2011, p. 372 ss, 380.

Arrêt de la Cour de justice de Genève ACJC/1047/2010 du 17 septembre 2010.

Arrêt de l'Obergericht de Berne SK2012/218 du 4 juillet 2013.

Arrêt de la Cour de justice de Genève ACJC/999/2014 du 29 août 2014.

Arrêt de la Cour de justice de Genève ACJC/1612/2014 du 19 décembre 2014.

Arrêt de la Cour de justice de Genève ACJC/444/2015 du 24 avril 2015.

Arrêt de la Cour de justice de Genève ACJC/660/2015 du 5 juin 2015.

Arrêt de l'Obergericht de Zurich UE150065-O/U/HON du 20 novembre 2015, in: SZW/RSDA, 2/2016, p. 207 ss.

4. Bulletin de la Commission fédérale des banques (CFB)

Bulletin de la Commission fédérale des banques n° 14 (1984).

C. Doctrine

BAHAR Rashid/STUPP Eric, in: WATTER Rolf/VOGT Nedim Peter (édit.), Basler Kommentar, Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2^e éd., Bâle (Helbing) 2011, art. 11 LBVM (cité : BsK BEHG-BAHAR/STUPP).

BAUEN Marc/ROUILLER Nicolas, Relations bancaires en Suisse, Zurich (Schulthess) 2011.

BERNET Beat/HOFFMANN Matthias/MATTIG Andreas, Der Schweizer Parabankenbereich, Bestandesaufnahme und strategische Herausforderungen, in: Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen (www.vqf.ch), Zoug 2008, p. « <https://www.vqf.ch/de/dokumente/244-hsg-studie-uni-st-gallen> » (20.04.2017).

BIZZOZERO Alessandro, Le contrat de gérance de fortune, Fribourg 1992 (cité : BIZZOZERO, Contrat).

BIZZOZERO Alessandro, Situation juridique de la banque relativement à l'activité d'un gérant indépendant, in: Journée 1996 de droit bancaire et financier, p. 117 ss (cité : BIZZOZERO, Situation juridique).

BIZZOZERO Alessandro/MAILLARD Sophie, Gérants indépendants – Gestion des risques par la banque dépositaire, Fribourg (Saint-Paul) 2013.

BRETTON-CHEVALLIER Claude, Le gérant de fortune indépendant : rapports avec le client, la banque dépositaire, obligations et responsabilités, Zurich (Schulthess) 2002 (cité : BRETTON-CHEVALLIER, Gérant indépendant).

BRETTON-CHEVALLIER Claude, Relation entre le gérant indépendant et la banque dépositaire: arrêt du Tribunal fédéral 4C.447/2004, in: Centre de droit bancaire et financier (www.cdbf.ch), Genève 24 juin 2010, p. « <https://www.cdbf.ch/333/#.WLgZkLF7RIA> », (20.04.2017) (cité : BRETTON-CHEVALLIER, Relation).

BRETTON-CHEVALLIER Claude, Les clauses de confidentialité dans les accords de collaboration, in: FOËX Bénédicte/HIRSCH Laurent (édit.), Transparence et secret dans l'ordre juridique, Liber Amicorum pour Me Vincent Jeanneret, Genève (Slatkine) 2010 (cité : BRETTON-CHEVALLIER, Clauses de confidentialité).

BÜHRER Christian, Unabhängige Vermögensverwalter in der Schweiz, Zurich 2006.

BURG Benedict, Kundenschutz bei externer Vermögensverwaltung – Geltendes Recht, Schwachstellen und Handlungsbedarf, Zurich 2013.

CHAPPUIS Benoît/WERRO Franz, Le devoir d'information de l'article 11 LBVM et son rôle en droit civil à la lumière des Règles de conduite de l'ASB, in: Pratique juridique actuelle (PJA/AJP) 2005, p. 560 ss.

CHAPPUIS Christine, in: THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), Commentaire Romand, Code des obligations I, 2^e éd., Genève, Bâle, Munich (Helbing) 2012, art. 32-39 CO (cité : CR CO-CHAPPUIS).

CONRAD HARI Aurélie, LBVM: L'art. 11 LBVM ne s'applique qu'aux « négociants », in: Centre de droit bancaire et financier (www.cdbf.ch), Genève 10 novembre 2010, p. « <https://www.cdbf.ch/707/> » (20.04.2017).

CRESPI-HOHL Irene, Neuere Tendenzen im Bereich der Verantwortlichkeit der Depotbank gegenüber ihrem Kunden beim Beizug eines externen Vermögensverwalters, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2003.

DE BEER Alexander I, Die Verantwortlichkeit der Bank gegenüber einem Kunden für Handlungen eines von diesem eingesetzten Vermögensverwalters – eine Replik, in: Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (SZW/RSDA) 1998, p. 125 ss.

DE GOTTRAU Nicolas, Responsabilité de la banque pour exécution d'ordres frauduleux d'un gérant externe, in: Centre de droit bancaire et financier (www.cdbf.ch), Genève 13 septembre 2006, p. « <https://www.cdbf.ch/460/> » (20.04.2017).

EMCH Urs/RENZ Hugo/ARPAGAU Reto, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7^e éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2011.

EMMENEGGER Susan, Le devoir d'information du banquier, in: CHAPPUIS Christine/WINIGER Bénédict, La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Journée de la responsabilité civile 2008, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2009, p. 67 ss.

GALLIANO Daniele/MOLO Giovanni, Les rétrocessions dans le domaine de la gestion patrimoniale, in: Pratique juridique actuelle (PJA/AJP) 2012, p. 1766 ss.

GUGGENHEIM Daniel/ GUGGENHEIM Anath, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5^e éd., Berne (Stämpfli) 2014.

GUTZWILLER Christoph, Der Beweis der Verletzung von Sorgfaltspflichten, insbesondere der Aufklärungspflicht, im Anlagengeschäft der Banken, in: Pratique juridique actuelle (PJA/AJP) 2004, p. 411 ss (cité : GUTZWILLER, Beweis).

GUTZWILLER Christoph, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2008 (cité : GUTZWILLER, Rechtsfragen).

HUGGENBERGER Eric, in: ABEGG Philipp/GEISSBÜHLER Alex/HAEFELI Kurt/HUGGENBERGER Eric (édit.), Schweizerisches Bankenrecht, Handbuch für Finanzfachleute, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2012, p. 17 ss et p. 81 ss.

LOMBARDINI Carlo, Droit bancaire suisse, 2^e éd., Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2008.

LOMBARDINI Carlo, Responsabilité de la banque dans le domaine de la gestion de fortune: état de la jurisprudence et questions ouvertes, in: Semaine Judiciaire (SJ) 2008 II p. 415 ss (cité : LOMBARDINI, Responsabilité de la banque).

LOMBARDINI Carlo/MACALUSO Alain, Rétrocessions et rétributions dans le domaine bancaire: une nécessaire mise en perspective, in: Pratique juridique actuelle (PJA/AJP) 2008, p. 180 ss.

MEREGALLI DO DUC Samantha, Gérant indépendant et banque dépositaire: nouvel arrêt de la Cour de Justice de Genève, in: Centre de droit bancaire et financier (www.cdbf.ch), Genève 13 janvier 2005, p. « <https://www.cdbf.ch/289/> » (20.04.2017).

PERRIN Bertrand/DE PREUX Pascal, in: MARTENET Vincent/PICHONNAZ Pascal (édit.), Commentaire Romand, Loi contre la concurrence déloyale, Bâle (Helbing) 2017, art. 4a LCD (cité : CR LCD-PERRIN/DE PREUX).

TERCIER Pierre/BIERI Laurent/CARRON Blaise, Les contrats spéciaux, 5^e éd., Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2016.

TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, Le droit des obligations, 5^e éd., Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2012.

THÉVENOZ Luc, Les règles de conduite des négociants, in: Revue suisse de droit des affaires (SZW/RSDA), Numéro spécial 1997, p. 20 ss (cité : THÉVENOZ, Règles de conduite).

THÉVENOZ Luc, Information, conseil, mise en garde: risques et responsabilité dans les opérations sur valeurs mobilières, in: Journée 2007 de droit bancaire et financier, p. 19 ss (cité : THÉVENOZ, Information).

ROMY Isabelle/BLOCH Olivier, Les devoirs d'information du banquier à la lumière de la jurisprudence fédérale récente, in: GAUCH Peter/WERRO Franz/PICHONNAZ Pascal (édit.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2008, p. 647 ss.

RUSCH Arnold/MAISSEN Eva, Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_369/2015 vom 25. April 2016, A. Ltd. gegen Banque B., Auftrag und Informationspflichten, in: Pratique juridique actuelle (PJA/AJP) 2016, p. 1395 ss.

SCHALLER Jean-Marc, Handbuch des Vermögens- Verwaltungsrechts, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2013.

SCHENKER Urs, in: HEIM Kathrin (édit.), Suitability & Appropriateness, Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2012, p. 1 ss.

SCHWOB Renate, Retrozessionen: Betrachtungen zur strafrechtlichen Relevanz für eine Bank, in: Revue pénale suisse (RPS/ZStrR) 130/2012, p. 121 ss.

WERRO Franz, in: THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), Commentaire Romand, Code des obligations I, 2^e éd., Genève, Bâle, Munich (Helbing) 2012, art. 394-406h CO (cité : CR CO-WERRO).

ZOBL Dieter/FISCHER Damian, Haftung der Depotbank bei externer Vermögensverwaltung, in: VOGT Nedim Peter/STUPP Eric/DUBS Dieter (édit.), Unternehmen – Transaktion – Recht, Liber Amicorum für Rolf Watter, Zurich, Saint-Gall (Dike) 2008, p. 513 ss.

D. Sites internet

ASSOCIATION SUISSE DES BANQUIERS (ASB), Risques particuliers dans le négoce de titres de 2008, in: Association suisse des banquiers (www.swissbanking.org), Bâle 2008, p. « <http://www.swissbanking.org/fr/services/bibliotheque/directives> » (20.04.2017).

ASSOCIATION SUISSE DES GÉRANTS DE FORTUNE (ASG), Rapport annuel 2016 du 31 décembre 2016, in: Association suisse des gérants de fortune (www.vsv-asg.ch), Genève 2016, p. « <http://www.vsv-asg.ch/fr/publications?katid=4> » (20.04.2017).

MIRABAUD, Brochure les gérants de fortune indépendants (GFI), in: Mirabaud (www.mirabaud.com), Genève 2016, p. « <https://www.mirabaud.com/fr/wealth-management/gerants-de-fortune-independants/> » (20.04.2017).

VII. ANNEXE



INFORMATIONS DE BASE

Client

Prénom et nom / Raison sociale:

Date de naissance / Date de constitution:

Gérant de fortune

Prénom et nom / Raison sociale:

Date de naissance / Date de constitution:

Compte(s) concerné(s)

La présente Procuration limitée à la gestion s'applique à tous les comptes et sous-comptes existants et futurs du Client (ci-après les «Comptes») détenus par le Client auprès de Swissquote Bank SA (ci-après la «Banque»), tant et aussi longtemps qu'une communication écrite contraire n'ait été adressée par le client à la banque.

CONDITIONS DE LA PROCURATION LIMITÉE À LA GESTION

1. Objectif et champ d'application

- 1.1 Par la présente, le Client confère au Gérant de fortune le pouvoir de gérer et d'administrer les comptes, y compris les sommes et actifs déposés sur les Comptes, conformément aux conditions stipulées dans la Procuration limitée à la gestion.
- 1.2 Sous réserve de la clause 1.4, le pouvoir de gérer et d'administrer les Comptes confié au Gérant de fortune est aussi étendu que possible et inclut tout acte ou omission que le Gérant de fortune juge approprié pour exercer ses pouvoirs conformément à la Procuration limitée à la gestion.
- 1.3 Le Gérant de fortune est en particulier autorisé:
 - en général, à représenter le Client dans ses relations actuelles et futures avec la Banque;
 - à négocier des Instruments Financiers, notamment des Instruments Forex (tels que devises, métaux précieux et «contracts for differences»), et à donner des instructions par voie électronique et tout autre moyen (y compris par téléphone ou fax);
 - à choisir et/ou modifier certains paramètres, tels que l'effet de levier;
 - à recevoir par quelque moyen que ce soit (y compris par e-mail) ou à consulter, revoir et accepter des rapports (tels que relevés de compte), de la correspondance, des confirmations, des modifications de contrat, des renoncements au secret bancaire requises pour l'exécution de transactions, et d'autres documents et informations.
 - à ouvrir et établir des comptes supplémentaires au nom du Client (p. ex. dans le but d'appliquer des stratégies reposant sur plusieurs devises de base. Ces comptes supplémentaires seront considérés comme des Comptes au sens de la présente Procuration limitée à la gestion.
- 1.4 Le Gérant de fortune n'a pas le pouvoir de disposer des Comptes et/ou d'en retirer des sommes ou des actifs, à moins que la présente Procuration limitée à la gestion ne le permette ou que le Client ne l'y autorise.
- 1.5 Le Client confirme qu'il a sollicité le Gérant de fortune et qu'il a engagé le Gérant de fortune de sa propre initiative. Le Client reconnaît et accepte que la Banque n'a pas recommandé le Gérant de fortune au Client et qu'elle n'a donné ni ne donne aucun avis ni aucune garantie concernant le Gérant de fortune.

2. Renoncement au secret bancaire

- 2.1 Le Client libère la Banque de son devoir de confidentialité (y compris du secret bancaire) envers le Gérant de fortune dans la mesure requise par le but de la présente Procuration limitée à la gestion. Le Client comprend et accepte en particulier que le Gérant de fortune ait le droit d'accéder aux informations concernant le Client (incluant sans s'y limiter l'adresse, le numéro de téléphone et l'adresse e-mail) et ses Comptes (incluant sans s'y limiter les transactions et les soldes de compte).
- 2.2 Le Client reconnaît et accepte que le Gérant de fortune est seul responsable de la sécurité des données que la Banque lui envoie ou met à sa disposition.

3. Risques

- 3.1 Le Client reconnaît et comprend que le négoce d'Instruments Forex est hautement spéculatif, comporte un degré de risque extrême et ne convient généralement qu'aux personnes capables d'assumer et supporter un risque de perte supérieur à leur Marge Forex. Les Transactions Forex peuvent, de par leur nature, générer des pertes en théorie illimitées. En l'absence d'intervention préalable, la perte peut largement excéder tous les avoirs du Client en dépôt auprès de la Banque. Dans certaines circonstances (p. ex. en cas d'illiquidité des marchés), une telle intervention préalable n'est pas possible.
- 3.2 Les Transactions Forex sont en particulier hautement spéculatives en raison de l'effet de levier important qu'il est possible d'utiliser dans le cadre de ces transactions.
- 3.3 Le marché des changes, le marché des métaux précieux et les marchés pour les autres actifs sous-jacents des instruments Forex sont extrêmement volatils. Les fluctuations sur ces marchés sont imprévisibles. Ces marchés peuvent également connaître des périodes de baisse de liquidité, voire d'illiquidité.

- 3.4 La seule contrepartie du Client pour toutes les Transactions Forex est la Banque. Les Transactions Forex ne sont pas effectuées par l'intermédiaire d'un système de change, d'un système multilatéral de négociation ou de toute autre organisation similaire.
- 3.5 Pour le Client, les Transactions Forex sont associées au risque de perte très rapide de tous les avoirs en dépôt auprès de la Banque et, dans certains cas, d'un montant supérieur aux avoirs en dépôt auprès de la Banque, créant ainsi un engagement du Client envers la Banque pour le montant non couvert.
- 3.6 Le Client confirme qu'il a lu et compris les informations sur le site Internet de la Banque concernant l'effet de levier, les exigences de marge et la liquidation automatique des positions.
- 3.7 Les risques relatifs à la transmission des ordres tels que décrits dans les Conditions générales s'appliquent aux ordres donnés par le Gérant de fortune. Le Client confirme qu'il accepte ces risques.
- 3.8 Pour de plus amples informations sur les risques, le Client est prié de consulter les Conditions Générales, les Conditions Spéciales Forex et la Notice d'Avertissement sur les Risques liés au Forex qui décrivent certains des risques liés au négoce des Instruments Financiers, en particulier des Instruments Forex.

4. Rémunération du Gérant de fortune

- 4.1 Le Client accepte de rémunérer le Gérant de fortune conformément à la section Rémunération du Gérant de fortune ci-après.
- 4.2 Dans l'éventualité où un nouvel Instrument Financier devient disponible pour le négoce et où le Gérant de fortune envisage d'utiliser cet Instrument Financier dans le cadre de la stratégie de placement convenue avec le Client, la Banque est autorisée à accepter les paramètres et autres éléments fournis par le Gérant de fortune en termes de rémunération.
- 4.3 Le Client est prié de consulter les Conditions Générales pour ce qui est des autres honoraires, commissions, rétrocessions, indemnités et autres avantages que la Banque peut verser au Gérant de fortune au titre de ses services d'introduction ou d'autres services fournis le cas échéant à la Banque.
- 4.4 Le Client comprend et reconnaît que la rémunération ainsi que les honoraires, commissions, rétrocessions, indemnités et autres avantages dépendent du nombre de transactions, des volumes traités ou d'autres facteurs variables sont de nature à créer des conflits avec les intérêts du Client et/ou à induire des risques de «churning». Le Client reconnaît et accepte que la Banque ne surveille pas ni n'évalue l'adéquation de la rémunération versée au Gérant de fortune, ni les facteurs qui déterminent cette rémunération (transactions, volumes, etc.). Le Client assume seul la responsabilité de surveiller et d'évaluer l'adéquation de la rémunération versée au Gérant de fortune ou des facteurs qui déterminent cette rémunération (transactions, volumes, etc.).
- 4.5 Le Client reconnaît et accepte que la rémunération versée au Gérant de fortune puisse avoir un impact sur la performance des transactions et, dans certaines circonstances, avoir pour effet que la marge sur le Compte devienne insuffisante et, en conséquence, provoque la liquidation automatique de tout ou partie des positions du Client.
- 4.6 Lorsque les fonds disponibles sur le Compte ne permettent pas de verser la rémunération due au Gérant de fortune, la Banque est autorisée, sauf disposition contraire de la présente Procuration limitée à la gestion, à ne pas verser ladite rémunération au Gérant de fortune ou à n'en verser qu'une partie.
- 4.7 Si les circonstances l'exigent, la Banque est autorisée à calculer la rémunération à verser au Gérant de fortune prorata temporis.

5. Rôle et responsabilité de la Banque

- 5.1 Le Client autorise et charge expressément la Banque d'exécuter toutes les instructions que le Gérant de fortune lui donne en vertu de la présente Procuration limitée à la gestion. Toutes les instructions données par le Gérant de fortune en vertu de la présente Procuration limitée à la gestion, toutes les transactions ou opérations exécutées à la suite de ces instructions, de même que tout acte ou omission du Gérant de fortune découlant de la présente Procuration limitée à la gestion engagent pleinement le Client.

- 5.2 Le Client accepte et reconnaît que la Banque n'est pas partie à l'accord passé entre le Client et le Gérant de fortune, que le contenu dudit accord n'est pas connu de la Banque et qu'elle n'assume aucune responsabilité à cet égard. La Banque n'a pas connaissance des instructions que le Client donne au Gérant de fortune ni de la stratégie d'investissement convenue entre le Client et le Gérant de fortune.
- 5.3 La Banque n'est pas tenue de vérifier les instructions du Gérant de fortune (y compris leur caractère approprié et leur adéquation), de surveiller les activités du Gérant de fortune ni de fournir des conseils, clarifications ou avertissements de quelque nature que ce soit en rapport avec les actes et omissions commis par le Gérant de fortune dans le cadre de la présente Procuration limitée à la gestion. Le Client s'engage à surveiller régulièrement les activités du Gérant de fortune, en particulier les transactions exécutées sur les instructions de celui-ci. Le Client reçoit des codes d'accès à ses Comptes et à toutes les plateformes de négoce sur lesquelles le Gérant de fortune traite au nom et pour le compte du Client; si, pour une raison quelconque, le Client devait ne pas recevoir ses codes d'accès, il doit en informer immédiatement la Banque en vue de les obtenir.
- 5.4 Le Client dégage la Banque de toute responsabilité quelle qu'elle soit pour tous les actes et omissions du Gérant de fortune.
- 5.5 Si le Client reçoit une information ou un conseil en négoce d'un Gérant de fortune, la Banque ne sera en aucune manière tenue pour responsable des dommages découlant de l'utilisation d'une telle information ou d'un tel conseil par le Client. Les promesses effectives ou implicites faites par le Gérant de fortune au sujet des futurs profits ou pertes générés par les Comptes font partie sans limite aucune de l'information et du conseil. Le Client confirme qu'il est conscient que la performance passée ne présente aucune garantie quant à la performance future.
- 5.6 Le Client accepte d'indemniser et de dégager la Banque, ainsi que ses sociétés affiliées, dirigeants, employés et agents, de toute responsabilité quant aux dommages de toute nature pouvant découler ou en rapport avec la gestion ou l'administration des Comptes par le Gérant de fortune.
- 6. Révocation**
- 6.1 La présente Procuration limitée à la gestion restera valable jusqu'à ce que la Banque ait été pratiquement en mesure de traiter la révocation que le Client lui aura adressée par écrit.
- 6.2 En cas de révocation de la présente Procuration limitée à la gestion, le Client reconnaît que la Banque est autorisée à clore et réouvrir (sous forme consolidée si nécessaire) toute position détenue sur les Comptes, de façon à ce que le Client puisse gérer ses Comptes lui-même.
- 6.3 La présente Procuration limitée à la gestion reste en vigueur en cas de décès, de faillite ou d'incapacité légale du Client ou du Gérant de fortune.
- 7. Divers**
- 7.1 Le Client reconnaît et accepte que le Gérant de fortune ne représente pas la Banque et n'agit pas au nom ou pour le compte de celle-ci. Le Gérant de fortune est indépendant de la Banque comme de ses sociétés affiliées, dirigeants, employés et agents; le Gérant de fortune n'est ni un agent ni un employé de la Banque. Aucun accord de «joint venture» ou de partenariat n'existe entre la Banque et le Gérant de fortune.
- 7.2 La Banque ne contrôle pas et ne peut pas vérifier ou garantir l'exactitude et l'exhaustivité des informations et conseils de toute nature que le Gérant de fortune a fournis ou fournira à l'avenir au Client.
- 7.3 Le Client comprend qu'il se peut que les gérants de fortune ne soient réglementés et/ou supervisés par aucune autorité.
- 7.4 Le Client reconnaît et accepte que le Gérant de fortune ne doit détenir ou collecter des sommes ou des actifs au nom de la Banque ou pour le compte du Client. Les sommes et actifs doivent, en lieu et place, être envoyés par virement ou par un autre moyen directement à la Banque pour y être déposés sur les Comptes.
- 7.5 Le Client reconnaît qu'il n'est pas en mesure de passer des ordres sur son Compte via la plateforme de négoce tant que la Procuration limitée à la gestion reste en vigueur; de tels ordres ne peuvent être donnés que par téléphone ou en utilisant d'autres moyens acceptés par la Banque.
- 7.6 Les définitions contenues dans les Conditions Générales, les Conditions Spéciales Forex et la Notice d'Avertissement sur les Risques liés au Forex s'appliquent à la présente Procuration limitée à la gestion.
- 8. Droit applicable et juridiction compétente**
- 8.1 La Procuration limitée à la gestion est exclusivement régie par et interprétée conformément au droit matériel suisse.
- 8.2 Le lieu de réalisation, le lieu d'exécution à l'encontre des Clients demeurant à l'étranger et le for exclusif pour tout litige découlant de ou lié à la présente Procuration limitée à la gestion sont le siège de la Banque à Gland (canton de Vaud, Suisse). La Banque se réserve toutefois le droit d'engager une procédure devant les juridictions compétentes du lieu de résidence ou de domicile du Client ou devant toute autre juridiction compétente, auquel cas le droit matériel suisse demeurera exclusivement applicable.

Rémunération du Gérant de fortune

En sélectionnant **une ou plusieurs** des options ci-dessous, le Client autorise et charge la Banque de débiter les Comptes et de verser au Gérant de fortune le montant correspondant à la rémunération choisie.

Spread externe (élargissement du spread)

Selon ce type de rémunération, le Gérant de fortune recevra la différence entre le spread standard généralement offert par la Banque à ses clients et les taux fixés pour le Compte. Cet élargissement du spread est généralement mentionné dans l'accord passé entre le Client et le Gérant de fortune et/ou dans d'autres communications adressées au Client par le Gérant de fortune. Dans tous les cas, le Client peut demander à la Banque de lui fournir des informations à cet égard.

Commission de gestion

Selon ce type de rémunération, le Gérant de fortune reçoit une commission de gestion pour chaque Compte suivant la fréquence fixée.

Type de commission de gestion (Veuillez ne cocher qu'une seule case)	Fréquence (Veuillez ne cocher qu'une seule case)
<input type="checkbox"/> Montant:	<input type="checkbox"/> Mensuellement (dernier jour du mois)
OU	OU
<input type="checkbox"/> Pourcentage de la valeur du Compte* concerné:	<input type="checkbox"/> Trimestriellement (dernier jour du trimestre civil)
	OU
	<input type="checkbox"/> Annuellement (dernier jour de l'année)

* La valeur du Compte concerné correspond à l'«equity» dudit Compte, qui inclut en particulier les profits et les pertes réalisés et non réalisés sur le Compte en question.

Commission fixe

Selon ce type de rémunération, le Gérant de fortune reçoit une commission en monnaie du Compte sur la base des transactions exécutées au nom du Client.

Pour Advanced Trader: par transaction «round-turn» pour chaque montant de base traité sur les Comptes

Pour MT4 et MT5: par lot traité sur les Comptes.

Commission à la performance

Selon ce type de rémunération, le Gérant de fortune reçoit, suivant la fréquence fixée, un pourcentage du profit net cumulé (le cas échéant) sur un seul Compte. La commission liée à la performance est soumise au principe du «High Watermark». A ce titre, elle ne sera versée au Gérant de fortune que si, à la date spécifiée, la valeur du Compte concerné (dite «equity») est supérieure à la valeur historique la plus élevée dudit Compte. Le calcul de la performance exclut les mouvements résultant des dépôts et des retraits.

Pourcentage:	%	Fréquence (ne cocher qu'une seule case)
<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/> Mensuellement (dernier jour du mois)
		OU
<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/> Trimestriellement (dernier jour du trimestre civil)
		OU
<input type="checkbox"/>		<input type="checkbox"/> Annuellement (dernier jour de l'année)

Date

Signature(s) du ou des Titulaire(s) du compte

VIII. DÉCLARATION ANTI-PLAGIAT

J'atteste que dans ce texte toute affirmation qui n'est pas le fruit de ma réflexion personnelle est attribuée à sa source et que tout passage recopié d'une autre source est en outre placé entre guillemets.

Benjamin Vignieu