



Article scientifique

Article

2016

Published version

Open Access

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

Le droit bancaire privé suisse 2015 = Das schweizerische Bankprivatrecht 2015

Thévenoz, Luc; Emmenegger, Susan; Poda, Endrit; Kissling, Michael

How to cite

THÉVENOZ, Luc et al. Le droit bancaire privé suisse 2015 = Das schweizerische Bankprivatrecht 2015.
In: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2016, vol. 88, n° 2, p. 207–231.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:89494>

Le droit bancaire privé suisse 2015 Das schweizerische Bankprivatrecht 2015

Luc Thévenoz et Susan Emmenegger, avec l'aide de Endrit Poda et Michael Kissling*

Table des matières – Inhaltsübersicht

Remarques introductives – Vorbemerkungen

- I. Activités bancaires – Bankgeschäfte
- II. Activités d'investissement – Anlagegeschäfte
- III. Sûreté et réalisation – Sicherheiten und Verwertung
- IV. Renseignements, reddition de comptes – Auskünfte, Rechenschaftsablegung
- V. Procédure civile et entraide internationale – Zivilverfahren und internationale Rechtshilfe
- VI. Conformité fiscale du client et blocage de comptes – Steuerkonformität der Kunden und Kontoblockierung
- VII. Transmission de données sur les collaborateurs – Lieferung von Mitarbeitendendaten
- VIII. Divers – Diverses

Remarques introductives – Vorbemerkungen

Cette chronique paraît six mois après la précédente (RSDA 2015 386) et figurera désormais chaque année dans le 2^e cahier de notre Revue. On aurait pu espérer que cette livraison-ci s'en trouverait allégée. Ce n'est pas le cas puisque 37 décisions sont résumées ci-dessous.

Gestion de fortune, Madoff

Cinq décisions cantonales présentent un intérêt particulier sans bouleverser la matière.

Les deux premières (**r7**, **r8**) examinent de près le «profil du client», ou plutôt la stratégie d'investissement (*Anlagestrategie*) convenue avec lui. Dans la première affaire, le gérant propose un profil «conservateur» mais une allocation d'actifs qui ne l'est pas. Le client, qui était en contact fréquent avec le gérant, n'a jamais soulevé d'objection. La Cour de justice de Genève n'en déduit pas qu'il a ratifié la stratégie effectivement suivie par le gérant : le client avait l'expérience des affaires, mais pas d'expérience financière

et le gérant n'avait pas attiré son attention sur les risques élevés de sa stratégie d'investissement par rapport à l'objectif «conservateur» convenu. A propos d'un autre client qui avait choisi une stratégie conservatrice, le Tribunal de commerce de Zurich rappelle qu'il appartient au gérant de prouver quand, lors de quel entretien ou de quelle manière, le client a consenti à un changement de cette stratégie et à une plus grande exposition aux risques de marché.

Les deux arrêts notent la controverse relative au moment du calcul du dommage et retiennent, conformément à la jurisprudence fédérale, qu'il s'agit du moment de la résiliation du mandat. Dans l'affaire zurichoise, cette résiliation n'était pas formulée en termes juridiques, mais résultait d'un courriel indiquant «NEIN NO NADA – ohne unsere Anweisung dreht [der Vermögensverwalter] ab sofort nichts mehr». La prétention en dommages-intérêts est rejetée parce que l'avocat du demandeur n'a pas prouvé le dommage à ce moment-là (**r8**). Dans l'affaire genevoise, la Cour calcule le dommage en comparant la performance effective du portefeuille avec la performance moyenne de plusieurs fonds de placement suivant une stratégie similaire pendant la même période et dans la même monnaie (–14,8%). Ce dommage n'est pas corrigé pour tenir compte de la présence dans le portefeuille de fonds Madoff (sans valeur) dès lors que la responsabilité résulte d'une faute du gérant concernant l'allocation d'actifs de l'ensemble du portefeuille et non du choix de ces fonds en particulier (**r7**).

Au chapitre Madoff, on notera une autre décision genevoise (**r10**). La stratégie d'investissement choisie par le client («croissance») était la plus exposée aux risques de marché parmi celles proposées par le gérant. La Cour relève à ce propos que plus la stratégie est risquée, plus rigoureux est le devoir d'information ; ce devoir porte sur les risques (et profits) de la stratégie dans son ensemble, et non sur les placements particuliers. Le client reprochait à son gérant d'avoir investi indirectement dans un fonds Madoff. La Cour rejette le grief en constatant les mesures de diligence prises par le gérant et par d'autres sociétés de son groupe. Elle rejette également le grief d'une concentration excessive dans cet actif en estimant que le portefeuille restait suffisamment diversifié (13 positions) pour une stratégie fortement exposée au risque de marché («croissance»), et que l'augmentation de la part de ce fonds (de 4,8% à 16,6% en octobre 2008) «n'était pas inapte, au vu des éléments

* Luc Thévenoz est professeur à l'Université de Genève et directeur du Centre de droit bancaire et financier. Susan Emmenegger est professeure à l'Université de Berne et directrice du Institut für Bankrecht. Endrit Poda est titulaire d'une maîtrise en droit et assistant au Centre de droit bancaire et financier. Michael Kissling est titulaire d'une maîtrise en droit et assistant au Institut für Bankrecht.

connus à l'époque, à protéger le client contre le risque de faillites bancaires». Cet arrêt offre une belle illustration de la manière dont il convient d'apprécier la responsabilité du gérant : il examine les circonstances et les informations disponibles au moment de la décision prise par le gérant, sans se laisser influencer par les circonstances postérieures.

Au chapitre Madoff toujours, un autre arrêt de la Cour de justice de Genève du 28 août 2015 (**r21**) prend le contrepied du Tribunal de commerce de Zurich, dont la décision a été confirmée avec des motifs légèrement différents par le Tribunal fédéral le 20 juillet 2015.¹ La banque est-elle en droit de retenir les avoirs de son client dans la mesure nécessaire à couvrir les montants qu'elle pourrait être condamnée à restituer au liquidateur des fonds Madoff dans le cadre des actions révocatoires (*claw-back claims*) pendantes à New York ? La juridiction zurichoise juge que l'art. 402 al. 1 CO est une base légale suffisante, même si l'existence et l'étendue des remboursements est encore incertaine. Le Tribunal fédéral² confirme ce droit de rétention personnel ; sans se prononcer sur l'art. 402 al. 1 CO, il le fonde sur les accords contractuels liant la banque et le client. A l'inverse, la Cour de justice juge que la banque ne peut pas retenir les avoirs du client. Elle exclut l'application de l'art. 402 al. 1 CO au motif que le droit du mandataire de requérir la libération n'entre en considération que « lorsque l'obligation est fixée, notamment quant à son montant, et inconditionnelle ». Reste le droit de gage fondé sur les conditions générales de la banque. La Cour l'écarte également en considérant qu'il ne garantit que les créances auxquelles les parties pouvaient raisonnablement penser lors de la constitution de gage. Elle estime que les parties ne pouvaient pas imaginer que l'investissement dans le fonds Madoff se révélerait être le fruit d'une escroquerie.

La Cour genevoise, qui probablement n'avait pas encore connaissance de l'arrêt du Tribunal fédéral au moment où elle rend sa décision, souligne une différence qui lui paraît « fondamentale » entre les états de fait. Ici, le remboursement des parts est intervenu 30 mois avant la découverte des fraudes ; là, il est intervenu quelques jours auparavant. Cette distinction

est-elle vraiment pertinente pour la répartition de la perte entre la banque et le client ? Plus fondamentalement, faut-il vraiment limiter le droit du mandant à être libéré de ses obligations envers les tiers que si l'obligation est certaine et son montant déjà déterminé ? Cela limite singulièrement la portée de l'art. 402 al. 1 CO sans que cette limitation résulte du texte de cette disposition. La cause est maintenant pendante devant le Tribunal fédéral.

Rétrocessions

Deux décisions zurichoises, l'une civile déjà mentionnée et l'autre pénale, enrichissent la jurisprudence relative aux rétrocessions.

Le Tribunal de commerce (**r8**) retient la nullité de la renonciation du client en raison d'une information imprécise du client sur la nature et l'ampleur des rétrocessions. Se pose ensuite la question de la prescription, dont la base légale et la durée sont controversées. Le Tribunal ne tranche pas du fait que la prescription est une exception (art. 142 CO) et qu'il appartient au défendeur de la soulever en alléguant tous les faits nécessaires pour établir la durée et le *dies a quo*. Le défendeur ayant manqué à cette incombance, l'exception est rejetée.

Dans la deuxième affaire (**r9**), le client avait déposé une plainte pénale pour abus de confiance (art. 158 CP), escroquerie (art. 146 CP) et corruption privée (art. 4a LCD) contre la banque, ses dirigeants (*leitende Mitarbeiter*) et contre inconnu. Le Ministère public avait refusé d'entrer en matière. Le Tribunal supérieur annule la décision. Il fait sienne l'idée qu'une renonciation valable du client doit faire l'objet d'une déclaration séparée du client (*separate Verzichtserklärung*) et que cette exigence devait être connue de la banque au plus tard depuis l'arrêt du Tribunal fédéral de 2006 (ATF 132 III 460). Il n'exclut pas qu'un abus de confiance puisse résulter du simple silence du mandataire tenu à la reddition de comptes ou même de l'affirmation abstraite de l'existence de rétrocessions. Face aux informations lacunaires et imprécises reçues par le client, le Tribunal supérieur ordonne une instruction de la plainte.

Conformité fiscale du client et rétention des avoirs

Lorsqu'elle n'est pas convaincue que son client est en situation fiscale régulière, et notamment lorsque le

¹ TF, 4A_429/2014 du 20 juillet 2015, confirmant Handelsgericht Zürich, HG120079-O du 27 mai 2014, tous deux résumés dans RSDA 2015 399 r13.

² Dont l'arrêt n'était probablement pas encore connu au moment où la Cour prit sa décision.

client refuse de confirmer par écrit sa conformité fiscale, une banque (ou un négociant en valeurs mobilières) peut-elle refuser de lui restituer ses avoirs en espèces ? Peut-elle invoquer pour cela son propre risque pénal et celui de ses collaborateurs (complicité ou blanchiment du produit d'une infraction fiscale) dans l'Etat du domicile du client, et peut-être même en Suisse depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2016, de l'art. 305^{bis} CP révisé ? Contrairement aux décisions tessinoises relatées dans notre précédente chronique,³ la justice genevoise a jugé à deux reprises que la situation juridique n'est pas claire de sorte que l'action en paiement du client ne peut pas être jugée en procédure sommaire (art. 257 CPC, **r28**).

Le 28 octobre 2015, le Tribunal fédéral a cependant donné raison à la Cour d'appel du Tessin, confirmé que l'action des deux clients pouvait être tranchée en procédure sommaire (cas clair), et que la banque devait ici remettre en espèces EUR 75 000 à l'un et EUR 570 000 à l'autre (**r27**). Il a écarté les arguments de la banque fondés sur la *Position de la FINMA à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités transfrontières* du 22 octobre 2010, sur l'impossibilité objective de l'art. 119 CO, ou encore sur la prise en considération de normes impératives italiennes (art. 19 LDIP). En effet, la banque n'avait pas démontré que les deux dispositions du code pénal italien qu'elle invoque lui sont applicables. En outre, elle n'avait pas produit ses conditions générales ni ses directives internes destinées à mettre en œuvre les exigences formulées par la FINMA en 2010. Enfin, la banque ne pouvait pas se prévaloir de la version révisée de l'art. 305^{bis} CP, qui n'était pas en vigueur et pour lequel, de toute façon, elle n'avait pas montré que l'impôt soustrait dépasserait CHF 300 000 par exercice fiscal.

Cet arrêt, le premier du Tribunal fédéral sur la question, balise les futurs débats judiciaires plus qu'il ne tranche les questions de fond. Plusieurs questions importantes restent ouvertes. A supposer que la banque démontre spécifiquement que la restitution des avoirs la met dans le champ d'application d'une norme pénale étrangère, l'art. 119 CO la libère-t-il de son obligation de restituer ? Ou le tribunal se fondera-t-il sur l'art. 19 LDIP pour aménager les obligations de la banque ? Si la banque produit les directives internes pertinentes, peut-elle s'en prévaloir

pour refuser un paiement en espèces ? D'une manière plus générale (et peut-être moins convaincante, **r29**), la banque peut-elle invoquer la garantie d'une activité irréprochable pour se libérer d'une partie de ses obligations contractuelles ? Ces questions-là n'ont pas été tranchées par le Tribunal fédéral parce qu'elles avaient été insuffisamment documentées et argumentées par la banque au cas d'espèce. On attend donc avec intérêt des décisions subséquentes où ces questions de fond seront discutées et tranchées.

Dans un autre contexte procédural, la Cour de justice genevoise a prononcé la mainlevée provisoire dans la poursuite introduite par un client, qui avait refusé de confirmer par écrit sa conformité fiscale, contre sa banque, qui avait en conséquence résilié les rapports d'affaires (**r29**). Le tribunal de la mainlevée se prononce d'abord sur un titre, ici le relevé du compte clôturé valant reconnaissance de la dette de la banque (EUR 300 000). Il refuserait la mainlevée si les objections du débiteur étaient vraisemblables. La Cour de justice a jugé que ce n'était ici pas le cas. En particulier, la garantie de l'activité irréprochable relève du droit public ; la banque ne peut pas s'en prévaloir pour s'opposer aux prétentions de son client.

S'il souhaite éviter la procédure civile ordinaire, le client peut envisager trois approches qui relèvent de la procédure sommaire : le cas clair, la mainlevée de l'opposition, et les mesures provisionnelles. Cette troisième approche a été tentée sans succès (**r30**). Les clients demandent la clôture de leur compte et le virement du solde (env. USD 1.1 mio) à un autre compte auprès de leur banque en Turquie. La banque refuse d'exécuter. Craignant de ne pouvoir régler le prix d'achat de leur appartement en temps utile, et donc de perdre leur acompte, les clients requièrent que le tribunal ordonne par voie de mesures provisionnelles l'exécution du virement. La Cour de justice qualifie le virement demandé comme une « prestation en argent » et non une « prestation en nature » au sens de l'art. 262 CPC. Or la condamnation à exécuter une prestation en argent ne peut être ordonnée par voie de mesures provisionnelles que « lorsque la loi le prévoit ». Les juges constatent qu'il n'existe pas une telle base légale pour le client qui demande le paiement du solde de son compte bancaire (art. 402 ou 475 CO). Si l'on suit cette motivation, la situation est toute différente pour le client qui demande à ce qu'on transfère ses titres intermédiés à un autre compte ou qu'on les lui remette en nature (s'ils existent encore sous la forme de papiers-valeurs, cf. art. 8 LTI). En

³ RSDA 2015 387–388 et r33 à r35.

effet, la remise de titres intermédiés est une prestation en nature, et non en argent ; toutes autres conditions réunies, son exécution par voie de mesure provisionnelle ne se heurte pas à l'objection ici retenue par la Cour de justice.

Entraide judiciaire civile

Il est fréquent qu'un conjoint ou un héritier cherche à obtenir des informations sur des comptes bancaires en Suisse par la voie de l'entraide internationale. Il est plus rare que ce soit le cas dans un contexte commercial. C'est la situation qui s'est présentée dans une affaire espagnole où le paiement du prix d'une vente était en jeu, effectué par un virement entre deux comptes bancaires en Suisse (**r26**). Deux parties à la procédure espagnole demandent à connaître l'ayant droit économique du compte suisse dont elles ont reçu un paiement. Les parties adverses ne s'y opposent pas et renoncent à la protection de leur sphère privée dans la mesure où elles seraient concernées. Le titulaire du compte visé n'est pas partie à la procédure espagnole et il n'est pas entendu. Le juge espagnol transmet aux autorités suisses une commission rogatoire pour obtenir de la banque l'identité du titulaire du compte et de son ayant droit économique. La banque invoque le secret bancaire, le tribunal admet l'intérêt prépondérant à la manifestation de la vérité (art. 166 al. 2 CPC) et octroie l'entraide sans avoir entendu le titulaire du compte. Recours de celui-ci et de l'ayant droit économique à la Cour de justice, sans succès, puis au Tribunal fédéral, qui reçoit les deux recours, donne raison au titulaire du compte et rejette l'entraide.

Cet arrêt est intéressant parce qu'il accorde une importance déterminante au droit d'être entendu du titulaire du compte, et de l'ayant droit économique si celui-ci accepte de comparaître. Ce droit ne s'exerce pas seulement dans la procédure d'entraide en Suisse. Il doit pouvoir être exercé devant le juge du fond avant l'ordonnance d'une commission rogatoire. En effet, seul le tribunal étranger peut apprécier le bien-fondé de la requête et de ses objections dans le contexte de la procédure de fond. Le déni du droit d'être entendu par le tribunal espagnol n'est pas réparé par l'exercice de ce même droit devant les tribunaux suisses chargés de l'exécution.

Accessoirement, l'arrêt résume bien la portée et les limites du secret bancaire (art. 47 LB, art. 43 LBVM) en procédure civile.

Transmission aux USA de données de collaborateurs

La transmission au *US Department of Justice* d'informations relatives aux collaborateurs des banques qui font l'objet d'une procédure pénale ou qui ont décidé de participer au *Program for non-prosecution agreements or for non-target letters* ne relève pas de l'entraide. Elle se situe dans un univers parallèle, aux frontières de deux infractions pénales (art. 271 et 273 CP) et sous l'empire direct de la loi sur la protection des données personnelles, qui confère des droits subjectifs aux employés concernés.

On remarquera cette fois deux décisions, l'une de la Cour de justice de Genève concernant une banque de catégorie I (**r31**), l'autre du Tribunal de district de Horgen relative à une banque de la catégorie II (**r32**, appel pendant). Les deux interdisent à la banque de procéder à cette transmission et suivent des raisonnements assez parallèles.

Certes, les tâches des deux collaboratrices étaient différentes. L'une travaillait au *desk* nord-américain, comme stagiaire d'abord, puis comme assistante de gestion. Elle entretenait des contacts par téléphone et par courriel avec cette clientèle, mais elle ne s'occupait que de questions administratives et ne donnait pas de conseils. Ses activités étaient donc subalternes. La collaboratrice de la deuxième banque donnait des conseils à la clientèle, mais elle n'avait ouvert qu'une seule relation d'affaires avec une *US Person*, un client qui s'était rendu de sa propre initiative dans les locaux de la succursale.

Dans les deux décisions, les juges partent du principe que les Etats-Unis ne disposent pas d'une législation offrant un niveau de protection adéquat, de sorte que la transmission des données n'est licite qu'aux conditions restrictives de l'art. 6 al. 2 de la loi sur la protection des données. Dans les deux cas, les juges relèvent que les données à transmettre pourraient être utilisées par le DoJ contre les salariées et leur causer des inconvénients considérables ; sur l'autre plateau de la balance, les deux tribunaux ne se laissent pas convaincre que l'interdiction de transmettre les données relatives à deux personnes ayant finalement joué un rôle mineur compromette les intérêts de la banque dans les procédures pendantes. Les deux décisions retiennent l'existence d'un intérêt public au règlement du différend avec les Etats Unis, mais estiment que cet intérêt n'est pas prépondérant,

de sorte que la transmission des informations doit être interdite.

Sûretés personnelles

Trois arrêts examinent la qualification de trois sûretés personnelles émises par des personnes physiques qui, appelées à honorer leur engagement, invoquent qu'il s'agit en réalité d'un cautionnement nul pour vice de forme (art. 493 CO).

La première garantit l'authenticité des billets de banque remis en paiement du prix de vente d'un diamant (**r13**). Elle est donnée à titre personnel par l'administrateur de la société qui achète le diamant. Le Tribunal fédéral retient qu'il s'agit d'une garantie indépendante au sens de l'art. 111 CO. En effet, l'engagement du garant porte exclusivement sur un fait spécifique, et non sur le paiement du prix d'achat ; le bénéficiaire pouvait de bonne foi comprendre que, si les billets s'avéraient contrefaits, il pouvait s'adresser directement au garant, sans devoir rechercher l'acheteur préalablement. C'est l'autonomie de la sûreté qui caractérise une garantie indépendante, dont la validité n'est soumise à aucune exigence de forme.

Dans le contexte du leasing d'une voiture, l'administrateur de la société preneur de leasing signe un document distinct du contrat de leasing par lequel il déclare s'engager solidairement avec celle-ci (**r14**). L'engagement était libellé en des termes précis caractéristiques d'une solidarité passive au sens des art. 143 ss CO, il était signé par une personne rompue aux affaires qui avait un intérêt personnel à la transaction garantie. Le Tribunal fédéral prend la déclaration au pied de la lettre dans le sens d'une reprise cumulative de dette (*Schuldbeitritt*).

Dans le troisième cas, un ancien conseiller à la clientèle bancaire à la retraite, conseille l'emprunteur de deux prêts et ajoute à la main son engagement en ces termes : «Für die Rückzahlung dieses Vermögens hafte ich mit meinem ganzen Vermögen» (**r15**). Le Tribunal supérieur de Zurich admet sans grande hésitation qu'il s'agit là d'une garantie accessoire, et donc d'un cautionnement nul pour vice de forme. Il condamne néanmoins la caution à payer le montant garanti au motif que celle-ci commet un abus de droit manifeste en invoquant le vice de forme pour se soustraire à son engagement. En raison de sa profession, la caution ne pouvait pas ignorer les exigences de forme applicables à ce genre d'engagements et elle s'est bien gardée d'en informer les autres parties,

dans l'intention probable de s'en prévaloir le cas échéant.

Ces trois décisions présentent un tableau assez cohérent de la jurisprudence, qui voit dans les règles et formalités du cautionnement une forme de protection sociale pour les personnes inexpérimentées. C'était d'ailleurs la motivation du législateur lors de la réforme de 1941. Cette protection est justifiée pour la personne qui, de manière désintéressée, cautionne un ami ou un membre de sa famille. Elle ne se justifie généralement pas pour celui qui a un intérêt économique à la transaction garantie, surtout lorsqu'il est rompu aux affaires.

Crédits

Aucun développement fracassant sur le front des crédits. On remarque la fin d'une longue saga judiciaire, qui portait sur des détournements massifs commis au Koweït pendant l'occupation irakienne (**r3**), et rappelle les dangers des crédits fiduciaires, c'est-à-dire des crédits accordés par une banque à un tiers sur mandat (et aux risques) d'un client. Un arrêt cantonal retient, à juste titre, que l'interdiction de l'anatocisme⁴ s'applique à la convention, que les intérêts futurs s'ajouteront au capital, mais n'affecte pas la validité du contrat de novation où les parties ajoutent au capital dû les intérêts échus (**r5**).

Un arrêt du Tribunal du commerce zurichois mérite une mention particulière (**r4**). Il concerne les intérêts dus par une banque ukrainienne à un créancier suisse pendant la durée du moratoire ordonné par la banque centrale ukrainienne. Le contrat était soumis au droit suisse. Les dispositions du droit ukrainien sur les effets d'un moratoire bancaire peuvent être prises en considération en application de l'art. 19 LDIP, «lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception du droit l'exigent». Cette disposition confère au juge civil un large pouvoir d'appréciation. Comme le rappelle ici le tribunal, la pesée ne se limite pas aux intérêts privés en présence. Elle met en jeu les valeurs fondamentales «de la conception suisse du droit», et notamment la sécurité juridique, la fidélité contrac-

⁴ Cf. art. 314 al. 3 CO, qui réserve cependant les règles du commerce pour le calcul des intérêts composés dans les comptes courants de même que les autres usages analogues, admis notamment dans les opérations des caisses d'épargne ».

tuelle et l'harmonie internationale des décisions. Au cas d'espèce, le tribunal zurichois a considéré que l'art. 19 LDIP ne permettait pas de donner effet à la loi ukrainienne et que le débiteur devait supporter les conséquences de sa demeure pendant la durée du moratoire.

I. Activités bancaires – Bankgeschäfte

1. Procuration, légitimation – Vollmacht, Legitimation

r1 SED-Gelder. Treuhänderische Verwaltung. Erfüllungsanspruch gegen die Bank. Sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts. *Fonds du Parti socialiste unitaire allemand. Administration fiduciaire. Demande en paiement contre la banque. Compétence du tribunal de district.*

Klage der Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BvS, vormals Treuhandanstalt Berlin) gegen eine schweizerische Bank auf Zahlung von über CHF 100 Mio. (in verschiedenen Währungen). Die BvS entstand in der Zeit der deutschen Wiedervereinigung der 1990er Jahre. Ihr obliegt insbesondere die treuhänderische Verwaltung des SED-Parteivermögens und der weiteren staatsnahen Parteien und Massenorganisationen. Die sich in Liquidation befindende B. Handelsgesellschaft mit Sitz in Berlin untersteht gemäss rechtskräftigen deutschen Entscheiden der treuhänderischen Verwaltung der BvS. Die BvS macht geltend, die B. Handelsgesellschaft in Liq. habe bei der Bank Guthaben gehabt und die Bank habe 1994 mehrere Überweisungsanweisungen einer nicht ermächtigten Person ausgeführt. Die Bank bestreitet die Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich und behauptet die zwingende Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich.

1. Die B. Handelsgesellschaft ist zwar im deutschen Handelsregister eingetragen. Über sie wurde aber die Verwaltungstreuhand der BvS angeordnet. Nach deutschem Recht wird im Rahmen der Verwaltungstreuhand das Treugut unmittelbar auf den Treuhänder übertragen, es gehört rechtlich zum Vermögen des Treuhänders. Das deckt sich mit der schweizerischen Auffassung, wonach ein Treuhänder das volle Eigentum am Treugut erlangt. Ihre Stellung ist also nicht mit derjenigen einer schweizerischen Konkursverwaltung vergleichbar, bei der im Aktivprozess die Konkursmasse Partei ist, und nicht die Konkursverwaltung. – 2. Die BvS ist eine Anstalt

des öffentlichen Rechts, sie ist nicht im deutschen Handelsregister eingetragen. Somit fehlt es an einer der Voraussetzungen für eine zwingende Zuständigkeit des Handelsgerichts Zürich. Das Bezirksgericht Zürich hat zu Recht seine sachliche Zuständigkeit bejaht.

BGer, 4A_242/2015 vom 19. August 2015, Bank A. AG c. Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BvS) [vormals Treuhandanstalt Berlin]. Übersicht über die Streitigkeit in Handelszeitung 4. November 2015 (Julius Bär: Streit um DDR-Vermögen vor Gericht). Siehe schon BGer 4A_258/2012 vom 8. April 2013, SZW 2013 315 f. r2.

r2 Legitimationsmangel. Schadensabwälzung auf den Kunden (nein). *Défaut de légitimation. Transfert du dommage au client (non).*

Gefälschter elektronischer Überweisungsauftrag in Höhe von USD 200 000 zugunsten eines unberechtigten Dritten. Belastung des Kontos. Erfüllungsklage der beiden kontoberechtigten Kunden gegen die Bank.

1. Verlangt der Kunde als Gläubiger die Rückerstattung seines Kontoguthabens, so macht er einen Anspruch auf Vertragserfüllung geltend. Leistet die Bank an einen Dritten, so erfüllt sie nach schweizerischem Recht grundsätzlich nicht, selbst wenn sie gutgläubig ist, es sei denn, die Leistung an den Dritten sei vertraglich vereinbart, entspreche einer Weisung oder Ermächtigung des Gläubigers, werde von diesem nachträglich genehmigt oder erfolge aufgrund einer allgemeinen Verkehrsübung, kraft Gesetzes oder in Befolgung einer behördlichen Anordnung. Liegen diese Gründe nicht vor, so muss die Bank bei Leistung an einen Unberechtigten ein zweites Mal erfüllen. Anders verhält es sich nur, wenn zwischen den Parteien die Überwälzung des Risikos vereinbart wurde. – 2. Hat der Gläubiger – z.B. durch treuwidriges Erwecken des Scheins der Empfangszuständigkeit des Dritten – die Bank zur Leistung an den Dritten verleitet, ist sein Anspruch erloschen. Hat er die Fehlleistung zumindest mitverschuldet, steht der Bank gegen die Erfüllungsklage des Gläubigers ein Schadenersatzanspruch zu. – 3. Der Nachweis der richtigen Erfüllung obliegt der Bank. Anhand der Ermittlung des Computers, von welchem aus die streitgegenständlichen elektronischen Überweisungsaufträge erfolgt sind, lässt sich nicht ableiten, dass die beiden kontoberechtigten Bankkunden effektiv die Empfänger der überwiesenen Summe von USD 200 000 waren. Auch lässt sich anhand der Internetprotokolle nicht feststel-

len, dass der kontoberechtigte Bankkunde 1 persönlich der Absender des Überweisungsantrags war. Der Bank gelingt der Nachweis somit nicht, dass die Überweisung an die kontoberechtigten Kunden erfolgte oder dass eine Ermächtigung zur Leistung an einen Dritten vorlag. – 4. Im AGB-Formular haben die Kläger unter «Declaration for Discharge valid for email» weder das Kästchen «ja» noch das Kästchen «nein» angekreuzt. Auf die Nachfrage des Kundenbearbeiters hielt der Bankkunde 1 fest, dass für Zahlungen über USD 15 000, die nicht auf andere Konten der Kläger gehen, die unterschriftliche Bestätigung des Bankkunden 1 notwendig sei. Für Zahlungen an unberechtigte Dritte über USD 15 000 hat die Bank folglich das Risiko nicht auf die Kunden überwältzt. – 5. Eine Tilgungswirkung gestützt auf die Rechts-scheinhafung liegt nicht vor. Die Bank kann sich nicht auf ihren guten Glauben berufen, da sie sich bei der Überweisung über die zwischen ihr und den Kunden geltende Vereinbarung hinweggesetzt hat. Zudem lagen ernstzunehmende Indizien hinsichtlich eines gefälschten Überweisungsantrags vor; so war die Summe ungewöhnlich hoch, frühere Überweisungsaufträge zugunsten Dritter betrafen ausschliesslich einen bestimmten Empfänger, und es erfolgte eine Nachfrage über den Kontostand. – 6. Der Bank steht gegenüber den Kunden keine Schadenersatzforderung zur Verrechnung zu. Zwischen den Parteien bestand eine klare Vereinbarung bezüglich des Vorgehens bei elektronischen Überweisungsaufträgen. Hätte die Bank sich daran gehalten, wäre ihr der Schaden nicht entstanden. Für einen Schadenersatzanspruch fehlt es am adäquaten Kausalzusammenhang. Es geht nicht an, mit dem Bankkunden eine Vereinbarung zu treffen, sich nicht daran zu halten und ihm dann vorzuwerfen, er hätte für die Sicherheit seines E-Mail-Kontos sorgen sollen.

ZH Handelsgericht, HG130087-O vom 29. Januar 2015 (rechtskräftig).

2. Crédits – Kredite

r3 Prêt fiduciaire. Abus des pouvoirs de représentation (non). Treuhänderisches Darlehen. Missbrauch der Vertretungsmacht (nein).

Une agence de l'État du Koweït procède, à travers deux sociétés, à des investissements en Europe. Pendant l'occupation du Koweït par l'Irak, les dirigeants et les organes des deux sociétés détournent à leur

profit des centaines de millions de USD au moyen, notamment, d'un prêt fiduciaire octroyé par la banque sur mandat de la société. Action en responsabilité contractuelle contre la banque rejetée. Liée avec la banque par une convention de fiducie-gestion et un contrat de prêt fiduciaire, les sociétés invoquent la responsabilité contractuelle de la banque en se prévalant d'un abus de pouvoir de représentation, d'un conflit d'intérêts des organes, d'une violation des art. 397 et 398 CO, ainsi que de l'ordonnance du Conseil fédéral du 10 août 1990 sur la protection des valeurs patrimoniales du Koweït. Action rejetée à chaque instance.

1. La restriction des pouvoirs du représentant au sens de l'art. 718a al. 2 CO peut intervenir tacitement, lorsque l'acte envisagé est contraire à la volonté présumable de la société. En ce cas, la bonne ou la mauvaise foi du tiers qui traite avec le représentant doit être prise en compte pour juger si l'acte lie ou non la société. En l'espèce, la question de savoir si la banque était de mauvaise foi ou n'aurait pas prêté l'attention que les circonstances exigeaient d'elle pour se prévaloir de sa bonne foi n'est pas examinée par le Tribunal, faute d'allégués de la société à propos de la nullité du mandat. – 2. Contrairement à ce qui vaut pour le contrat avec soi-même ou la double représentation, où les pouvoirs font en principe défaut et n'existent qu'exceptionnellement en raison de circonstances particulières, l'existence d'un conflit d'intérêts n'exclut pas les pouvoirs, sauf si le tiers le connaissait ou aurait dû le connaître. Le conflit d'intérêts a pour conséquence la nullité du contrat. En l'espèce, le grief n'est pas examiné faute de motivation et d'allégués de la société en ce qui concerne la nullité. – 3. En l'espèce la banque a pu de bonne foi suivre les instructions données par les représentants de la société dès lors que (a) les indications des représentants donnaient l'apparence de légalité et n'avaient rien de fictif et (b) la banque aurait-elle demandé auprès de la société des explications sur les instructions reçues ainsi que sur les pouvoirs de représentants, que celles-ci auraient été sans effet puisque tous les organes dirigeants de la société étaient impliqués dans ces détournements. – 4. Dès lors que l'opération paraissait légale et non fictive et que la banque a été trompée par les propres organes de la société, il y a lieu de considérer que la banque qui se prévaut de l'art. 2 de l'Ordonnance (permission de disposer des valeurs patrimoniales lorsque celles-ci demeurent entièrement sous le contrôle des

mêmes ayants droit et lorsqu'il n'existe aucun indice donnant à penser que l'Irak ou un régime contrôlé par ce dernier pourrait disposer desdites valeurs) n'a pas violé ses obligations contractuelles.

TF, 4A_474/2014 du 9 juillet 2015 SJ 2016 I 93. *Recension*: Bärtschi, *ius.focus* 9/2015 9.

r4 Darlehen. Moratorium. Zwingende Bestimmung ausländischen Rechts (Art. 19 IPRG). Crédit. Moratoire bancaire. Dispositions impératives du droit étranger (art. 19 LDIP).

Schweizer Finanzgesellschaft gewährt ukrainischer Bank mehrere Darlehen. Die Bank kommt ihrer Pflicht zur Rückzahlung aller Darlehen inkl. Zinsen nicht nach. Sie macht insbesondere geltend, dass sie für die Zeit zwischen Februar 2009 und Februar 2010 keine (Verzugs-)Zinsen schulde, da die ukrainische Nationalbank während dieser Dauer ein Moratorium über sie angeordnet hat und gemäss Art. 85 des ukrainischen Bankengesetzes einer Bank während des Moratoriums keine finanziell nachteiligen Folgen für die Nicht- oder Schlechterfüllung schuldrechtlicher Verpflichtungen auferlegt werden dürfen. 1. Auf die Darlehensverträge gelangt aufgrund Rechtswahl schweizerisches Recht zur Anwendung. Art. 85 des ukrainischen Bankengesetzes kann gemäss Art. 19 IPRG nur unter der Grundvoraussetzung berücksichtigt werden, dass «schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei es gebieten». – 2. Das Interesse der Bank, während des Moratoriums nicht mit finanziellen Forderungen belastet zu werden, um sich schneller erholen zu können, ist nicht offensichtlich höher zu gewichten als das Interesse der Finanzgesellschaft, auch während der Dauer des Moratoriums Zinsen geltend machen zu können – insbesondere weil die Parteien die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts vereinbart haben und vor diesem Hintergrund die Gesellschaft nicht damit rechnen muss, dass plötzlich ausländische Normen zur Anwendung gelangen, die ihren Zinsanspruch schmälern.

ZH Handelsgericht, HG110179-O vom 13. Mai 2015 (*rechtskräftig*).

r5 Prêt de consommation. Intérêts moratoires. Interdiction de l'anatocisme. Darlehensvertrag. Verzugszinsen. Verbot von Zinseszinsen.

Prêt de consommation s'élevant à EUR 1 400 000 destiné à permettre à l'emprunteur d'acquérir des parts dans une société dont il est gérant. Contrat pré-

voyant une durée du prêt de 12 mois, des intérêts conventionnels de 5,5% par année, des intérêts moratoires de 8%, ainsi que des frais de transaction. Avenant au contrat qui prolonge l'échéance du prêt et qui fixe le montant à EUR 1 509 796.80 prenant ainsi en compte des frais et intérêts. L'emprunteur conteste le taux d'intérêt moratoire de 8% et les frais de transaction.

1. Conformément à l'art. 104 al. 1 CO le débiteur qui est en demeure pour le paiement d'une somme d'argent doit l'intérêt moratoire à 5% l'an. Cette disposition étant de nature dispositive, les parties peuvent convenir d'un taux d'intérêt plus élevé ou plus bas. En l'espèce, les parties ont expressément stipulé un intérêt moratoire de 8%, dérogeant ainsi à l'art. 104 al. 1 CO. En considérant que le taux de 5,5% (applicable avant la mise en demeure) devait également s'appliquer à l'intérêt moratoire, l'emprunteur méconnaît la portée de l'art. 104 al. 2 CO. –

2. En intégrant les intérêts et frais échus dans leur avenant, qui porte désormais sur la somme de EUR 1 509 796.80, les parties ne violent pas l'art. 314 al. 3 CO. Cette disposition prévoit la nullité d'un accord qui porte sur une dette future, mais n'interdit pas aux parties de stipuler, par novation, un nouveau montant du prêt en intégrant par exemple au capital les intérêts échus. – 3. Les frais de transaction fixés à EUR 2000 par mois, liés à l'exercice du droit de regard du prêteur, sont dus dès lors que le prêteur, nommé cogérant de la société, a effectivement exercé une surveillance sur les décisions importantes de la société.

GE Cour de justice, ACJC/946/2015 du 28 août 2015. *Confirmé* par TF, 4A_538/2015 du 15 janvier 2016.

II. Activités d'investissement – Anlagegeschäfte

r6 Effektenhandel (execution only). Genehmigungs- und Zustellungsfiktion. Banklagernd-Vereinbarung. Négocie de valeurs mobilières (execution only). Fiction de réception et de ratification. Convention de banque restante.

Zwei Offshore-Gesellschaften (Kundin 1 und 2) unterhalten eine Konto- und Depotbeziehung mit einer Schweizer Bank. C. ist wirtschaftlich Berechtigter an beiden Gesellschaften. Er trifft die Anlageentscheide und ist zur Vertretung gegenüber der Bank

bevollmächtigt. Die Gesellschaften erheben Klage auf Schadenersatz gegen die Bank mit der Begründung, der für sie zuständige Kundenberater habe selbständig und ohne Ermächtigung riskante Kundengeschäfte getätigt. Gemäss dem Handelsgericht Zürich haben die Kundinnen die fraglichen Transaktionen jedoch durch ihr Verhalten nachträglich genehmigt. Das Bundesgericht differenziert und heisst die Beschwerde der Kundin 2 teilweise gut.

1. Die gültig vereinbarten AGB der Bank enthalten eine Genehmigungsfiktionsklausel. Die Berufung der Bank auf diese ist unstatthaft, wenn sie ihr obliegende Aufklärungs- und Warnpflichten verletzt hat. Sofern nicht aussergewöhnliche Umstände vorliegen, muss die Bank bei einer Konto-/Depotbeziehung den Kunden nicht über die möglichen Folgen der gewählten Anlagen aufklären, sondern lediglich die in Auftrag gegebenen Transaktionen ausführen. Die Berufung der Bank auf die Genehmigungsfiktion ist vorliegend grundsätzlich zulässig. – 2. Wer als Kunde in einer reinen Konto-/Depotbeziehung in den Bankauszügen Transaktionen findet, die er nicht in Auftrag gegeben hat und nicht gegen sich gelten lassen will, darf sich nicht mit einer einmaligen telefonischen Reklamation beim Kundenbetreuer begnügen, es bei einem mündlichen «Verbot» zukünftiger unautorisierter Transaktionen bewenden lassen und die weitere Entwicklung abwarten, um dann mehrere Monate später ausserhalb der Rügefrist gemäss den AGB, wenn Verluste eingetreten sind, sämtliche angeblich nicht autorisierten Transaktionen zu beanstanden. Soweit die Kundin 1 die Transaktionen durch ihr Verhalten nicht ohnehin bewusst genehmigt hat, muss sie jedenfalls mangels guten Glaubens die Genehmigungsfiktion gegen sich gelten lassen, unabhängig davon, ob sich der Kundenbetreuer absichtlich nicht an die Kundeninstruktionen gehalten hat. – 3. Die Bank und die Kundin 2 haben gültig eine Banklagernd-Vereinbarung abgeschlossen, nach welcher die banklagernde Korrespondenz als zugestellt gilt, sobald sie physisch oder elektronisch im Kundendossier abgelegt ist. Ab dem Zeitpunkt der Ablage wird die Frist zur Beanstandung ausgelöst. Die Anwendung der in den AGB vereinbarten Genehmigungsfiktion setzt somit die Feststellung voraus, wann die Bankkundin die relevanten Bankunterlagen erhalten hat respektive hätte erhalten müssen. Aus den Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz geht nicht hervor, wann die Bank welche Kontoauszüge im Dossier der Kundin 2 abge-

legt hat. Die Beschwerde ist somit in diesem Punkt gutzuheissen und zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

BGer, 4A_42/2015 vom 9. November 2015. Besprechung: Bärtschi, *ius.focus* 1/2016 10.

r7 Mandat de gestion. Interprétation du contrat. Profils conservateur et dynamique. Calcul du dommage. Responsabilité du gérant (oui). Restitution des commissions (non). Vermögensverwaltung. Vertragsauslegung. Konservative und dynamische Kundenprofile. Schadensberechnung. Verantwortlichkeit des Verwalters (ja). Rückerstattung der Kommissionen (nein).

Le gérant propose au client un profil conservateur réalisé au moyen d'un portefeuille composé de 13% de produits structurés, 50% de fonds alternatifs, 25% d'actions, 7,5% d'or et 4,5% de cash. Investissement dans un fonds Madoff à hauteur de 16%. Suite à des pertes, le client intente une action en responsabilité contractuelle à l'encontre du gérant de fortune.

1. Dans le mandat de gestion, le gérant s'oblige à gérer, dans les termes du contrat, tout ou partie de la fortune du mandant, en déterminant lui-même les opérations boursières à effectuer, dans les limites fixées par le client. Le mandataire a le fardeau de la preuve pour démontrer que la politique de gestion suivie correspond à celle demandée par le client. – 2. Sous l'étiquette de «profil conservateur», associé à un degré de risque faible et un potentiel de croissance limité, le gérant a proposé à son client une gestion dynamique, plus risquée. Le client a voulu et accepté un profil conservateur, et n'a pas compris que le portefeuille proposé ne répondait pas à cet objectif. Or, le client n'a pas de formation particulière en matière d'instruments financiers et aucun élément du dossier ne permet de penser qu'il pourrait et devait comprendre à la seule lecture de la proposition du gérant, que la gestion proposée était dynamique, contrairement à ce qu'elle indiquait. Par ailleurs, le mandataire n'apporte pas la preuve d'une modification des instructions du mandant, voire de la ratification de la gestion non conforme aux instructions initiales, le mandataire n'ayant jamais attiré l'attention du mandant sur le fait que les risques pris correspondaient à ceux d'un profil dynamique. – 3. Lorsque la gestion n'est pas conservatrice et que des pertes ont été subies, le mandant peut démontrer quelle aurait été la situation avec une gestion conservatrice sur la base d'indices (période, titres) relevant

d'une telle gestion. Le juge pourra réduire l'obligation de réparer calculée sur la base du différentiel purement arithmétique entre une performance conservatrice et une performance non conservatrice sachant que le procédé doit se faire en tenant compte de la globalité du portefeuille et non pour chaque investissement poste par poste. – 4. En l'espèce il convient de calculer le dommage subi en se fondant sur la performance moyenne de –14,8% de plusieurs fonds conservateurs en dollars américains (monnaie du portefeuille litigieux). Le dommage est ici la différence entre la valeur effective du portefeuille à la fin du mandat et la valeur qu'il aurait s'il avait obtenu la performance moyenne des fonds de référence. – 5. Il n'y a pas lieu de retirer du calcul du dommage l'investissement effectué dans un fonds Madoff (env. 20% du portefeuille), qui a perdu sa valeur en raison d'une fraude. – 6. Malgré les critiques doctrinales, il n'y a pas lieu de déroger à la règle que le dommage est calculé à la date de la résiliation du mandat de gestion. – 7. Dans la mesure où un gestionnaire diligent aurait également prélevé des honoraires ou commissions pour son activité, il n'y a pas lieu d'allouer au client de montant supplémentaire, à ce titre, puisqu'il obtient une indemnisation correspondant au résultat de l'activité dont il aurait bénéficié si ses instructions avaient été respectées.

GE Cour de justice, ACJC/1030/2015 du 11 septembre 2015, arrêt entré en force.

r8 Vermögensverwaltung. Genehmigung der Änderung der Anlagestrategie durch den Kunden. Kündigung. Zeitpunkt, Berechnung und Beweis des Schadens. Voraussetzungen für den Vorausverzicht auf Retrozessionen. Gestion de fortune. Approbation d'un changement de stratégie d'investissement par le client. Révocation du mandat. Moment, calcul et preuve du dommage. Renonciation anticipée au versement des retrocessions.

Anpassung der Anlagestrategie durch Vermögensverwalterin (Beklagte) von «konservativ» über «ausgewogen» zu «aggressiv, gewinnorientiert». Umstritten, ob eigenmächtig oder auf Anweisung der Kundin (Klägerin). Nachdem die Beklagte einen Verlust gemeldet, macht die Klägerin geltend, dieser sei aufgrund des Wechsels der Anlagestrategie entstanden. Sie löst den Vertrag auf und verlangt Schadenersatz aus unsorgfältiger Vermögensverwaltung sowie die Herausgabe von Retrozessionen.

1. Um zu beweisen, dass der Wechsel der Anlagestrategie auf Weisung der Kundin erfolgt ist, muss ein Vermögensverwalter darlegen können, an welchen Besprechungen genau die Kundin aus welchen Gründen welche Weisungen erteilt haben soll, aggressiver zu investieren. Im vorliegenden Fall gelingt dies der Beklagten nicht. – 2. Die E-Mail der Kundin, welche folgende Passage enthält: «NEIN NO NADA – ohne unsere Anweisung dreht [der Vermögensverwalter] ab sofort nichts mehr» stellt einen Entzug der Verwaltungsbefugnis durch die Klägerin dar. Da die Beklagte ohne diese Verwaltungsbefugnis ihre vertragliche Hauptpflicht nicht mehr erfüllen kann, wurde mit dieser E-Mail der Vermögensverwaltungsvertrag widerrufen. – 3. Relevanter Endzeitpunkt für die Schadensberechnung ist in Übereinstimmung mit einem Teil der Lehre und der Rechtsprechung der Tag der Beendigung des Vermögensverwaltungsvertrages. – 4. Geht die anwaltlich vertretene Klägerin in ihrer Schadensberechnung von einem falschen Endzeitpunkt aus, obwohl sie von der Beklagten in der Klageantwort auf den richtigen, vom Bundesgericht geschützten und in der Lehre ausführlich diskutierten Endzeitpunkt aufmerksam gemacht wurde, trägt sie das Risiko dafür, dass das Gericht, wie im vorliegenden Fall, aufgrund fehlender zahlenmässigen Grundlage den Schaden nicht berechnen kann. Das Gericht ist in diesem Fall auch nicht verpflichtet, im Vorfeld des Urteils Substantiierungshinweise anzubringen. – 5. Die Klägerin hat nicht gültig im Voraus auf Retrozessionen verzichtet. Die Angabe, dass die Vermögensverwalterin «von gewissen Anbietern von Anlageprodukten» Vergütungen erhält und die Vergütungen «der Erfahrung nach» i.d.R. etwa EUR 2000 bis 3000 betragen, genügt den bundesgerichtlichen Anforderungen an eine genügende Aufklärung zum Vorausverzicht auf Retrozessionen nicht (BGE 132 III 460; BGE 137 III 393, SZW 2012 335 f. r24), insbesondere weil der Umfang des verwalteten Vermögens über die Jahre schwankte. – 6. Die umstrittenen Fragen der Dauer der Verjährungsfrist und des Beginns des Fristenlaufs im Hinblick auf Retrozessionen wurden offengelassen, da die Beklagte es unterlassen hatte, genügend substantiierte Behauptungen dazu aufzustellen. Somit hatte die Klägerin Anspruch auf Herausgabe der Retrozessionen.

ZH Handelsgericht, HG110135-O vom 27. Mai 2015 (rechtskräftig).

r9 Retrozessionen. Kein gültiger Vorausverzicht. Art. 158 StGB und andere strafrechtliche Qualifikation. *Rétrocessions. Pas de renonciation valable. Art. 158 CP et autres qualifications pénales.*

Bankkunde erstattet Strafanzeige gegen die Bank und ihre Mitarbeitenden wegen Privatbestechung, ungetreuer Geschäftsführung und Betrugs. Die Bank habe erhaltene Retrozessionen gegenüber dem Kunden über Jahre nicht offengelegt bzw. ihn darüber getäuscht und diese auch nicht weitergeleitet. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich erlässt eine Nichtanhandnahmeverfügung. Das Obergericht heisst die dagegen erhobene Beschwerde des Kunden gut.

1. Die Bank erhielt im Zeitraum von 2005 bis 2007 und 2009 bis 2013 Retrozessionen von externen Vermögensverwaltern und Vertriebsentschädigungen von Fondsanbietern, welche sie nicht an den Kunden weiterleitete. Dass diese Vergütungen der auftragsrechtlichen Rechenschafts- und Herausgabepflicht unterliegen, musste der Bank spätestens seit dem Bundesgerichtsentscheid vom 22. März 2006 (BGE 132 III 460) klar sein. – 2. Ein rechtsgültiger Herausgabeverzicht des Kunden ist nicht aktenkundig. Im Übrigen ist ein solcher Verzicht in den AGB nur gültig, wenn der Kunde explizit darauf aufmerksam gemacht wird. Die erfolgreiche Berufung auf den Herausgabeverzicht ist nur bei Vorliegen einer separaten Verzichtserklärung sichergestellt. Auch dies hätte der Bank spätestens seit dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid bewusst sein müssen. – 3. Ob das blosses Zurückhalten von Retrozessionen und vergleichbaren Vergütungen eine strafbare Verletzung i.S.v. Art. 158 StGB darstellt, ist höchststrichterlich noch nicht geklärt. Immerhin hat aber das Bundesgericht seine frühere Rechtsprechung (Verneinung des Straftatbestandes) im jüngsten Entscheid offengelassen und die Strafbarkeit des Vermögensverwalters, der gleichzeitig als Vormund amtierte, bejaht. Die neuere Lehre scheint das Zurückbehalten von Retrozessionen insbesondere im Hinblick auf Art. 4a UWG als tatbestandsmässig zu erachten. Zumindest aber erachtet es die Mehrheit der Lehre als strafbar, wenn erhaltene Retrozessionen gegenüber dem Kunden nicht offengelegt werden. – 4. Die Bank hat in einem ersten Schreiben vom 13. Dezember 2006 mitgeteilt, sie erhalte keine Retrozessionen, sondern nur Vertriebsentschädigungen von Fondsanbietern, die von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht erfasst seien. Ihr Schreiben vom

26. November 2013 enthält eine Aufstellung der «erhaltenen Retrozessionen (im weitesten Sinne)». Die unterschiedliche Wortwahl könnte sich daraus erklären, dass die Bank zusätzlich zu den Vertriebsentschädigungen Retrozessionen bezog, die sie in ihrem ersten Schreiben nicht deklarierte. Im Übrigen muss aufgrund der unklaren Rechtslage ohnehin offenbleiben, ob das blosses Erwähnen, es würden Retrozessionen bezogen, den Anforderungen an die Rechenschaftspflicht aus strafrechtlicher Sicht genügen würde. – 5. Es erscheint durchaus möglich, dass ein Sachgericht den Sachverhalt als i.S.v. Art. 158 StGB tatbestandsmässig erachten könnte. Es gilt eine Verjährungsfrist von zehn Jahren (Art. 97 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 158 Ziff. 1 StGB), womit die Vorwürfe noch nicht verjährt sind. Unter diesen Umständen erübrigt sich die Frage, ob das angezeigte Verhalten auch die Tatbestände der Privatbestechung und des Betrugs erfüllen könnte.

ZH Obergericht, UE150065-O/U/HON vom 20. November 2015 (A. c. Unbekannte Täterschaft, Leitende Mitarbeiter der Bank B., Bank B., Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich, rechtskräftig). Sonntagszeitung 3. Januar 2016 34 f. (Rachefeldzug von deutschen Steuersündern gegen Schweizer Banken).

r10 Gérant de fortune indépendant. Obligations d'information, de diligence et de diversification. [Madoff]. Unabhängiger Vermögensverwalter. Informations-, Sorgfalts- und Diversifikationspflicht. [Madoff].

Mandat de gestion discrétionnaire avec une société de gestion de fortune. Investissement important, via un fonds de placement géré par une autre société du même groupe, dans un compte géré par Madoff. Rejet de l'action en responsabilité.

1. Les règles de l'art généralement reconnues et les règles déontologiques servent de référence pour définir la diligence requise, étant précisé que, les parties ont la liberté d'y déroger. On peut en particulier se référer au Code suisse de conduite de l'Association suisse des gérants de fortune. – 2. Lors de la conclusion du mandat, le gérant doit expliquer au client la situation qui sera la sienne, en particulier les risques de la stratégie de gestion envisagée, son coût et la rémunération qu'il entend percevoir. Plus la stratégie est risquée, plus le devoir de renseigner est rigoureux. Durant le mandat, le gérant doit répéter l'information s'il s'aperçoit que le client ne l'a pas comprise. Pour le surplus, il doit le renseigner sur les éléments qui peuvent l'amener à modifier ses instructions, voire à résilier le mandat. – 3. Le devoir d'informa-

tion du gérant ne s'étend pas, en cours de mandat, aux détails de chaque investissement, en particulier à l'identité précise du gérant du fonds dans lequel il est investi, pour autant que l'investissement en cause ne dépasse pas le cadre du mandat. – 3. Le demandeur n'a pas démontré que le gérant aurait manqué à son obligation de diligence en choisissant d'investir dans ce fonds. – 4. L'augmentation de l'investissement dans le fonds litigieux de 4,8% à 16,6% en octobre 2008 n'était pas inapte, au vu des éléments connus à l'époque, à protéger le client contre le risque de faillites bancaires. – 5. L'étendue du principe de la répartition des risques dépend notamment du type de gestion choisie. Dans la mesure où le portefeuille comportait 13 autres positions, de nature variée, et que le client avait choisi un profil de gestion fortement exposé au risque de marché (« croissance »), l'augmentation à 16,6% de l'investissement dans le fonds ne violait pas le principe de diversification.

GE Cour de justice, ACJC/444/2015 du 24 avril 2015, arrêt entré en force.

r11 Gérant de fortune indépendant. Responsabilité de la banque dépositaire. *Unabhängiger Vermögensverwalter. Haftung der Depotbank.*

Mandat de gestion externe suite à l'établissement par la banque dépositaire d'un document attestant de ses relations avec le gérant externe. Investissements d'environ 60% des avoirs confiés dans un fonds de placement créé par le gérant externe et dont la valeur est nulle après un certain laps de temps. Le client reproche à la banque une violation de l'obligation de mise en garde; la banque, d'une part, étant au courant des mauvaises performances d'autres fonds créés par le gérant auparavant et de certains articles de presse à l'encontre de l'administrateur du gérant externe et, d'autre part, ayant refusé d'être le dépositaire du fonds de placement.

1. Lorsque les clients sont gérés par un gérant professionnel indépendant, l'obligation d'information découlant de l'art. 11 LBVM incombe au gérant externe plutôt qu'à la banque dépositaire, celle-ci devant toutefois attirer l'attention du gérant sur le devoir d'information de ce dernier à l'égard du client et documenter ce fait. En tout état de cause, la banque a respecté l'obligation d'information résultant de l'art. 11 LBVM en faisant savoir à son client qu'il risquait de perdre l'intégralité de ses fonds en investissant dans le type de produits financiers proposés par le gérant externe. – 2. Tant la question de savoir

si l'art. 12 al. 2 OB (mise en place des mesures de contrôle des risques) peut être invoquée par le client pour fonder une responsabilité civile que celle de savoir si la banque a satisfait aux exigences de cette disposition peuvent rester indécises dans la mesure où la mise en œuvre de la responsabilité de la banque, invoquée par le client, ne résulte pas d'un éventuel défaut d'identification de risques, mais de la supposée omission de transmettre des informations dont disposait la banque. – 3. Liée par un rapport d'*execution only*, la banque mandataire n'est en principe pas tenue à un devoir d'information spontanée à l'égard de son client. Un rapport de confiance accrue s'est toutefois créé entre les parties en raison de la rédaction par la banque, à la demande du client, d'un document attestant ses relations avec le gérant externe et ses administrateurs. Toutefois, la violation par la banque d'un éventuel devoir de mise en garde suppose *in casu* que la banque ait disposé d'éléments qu'elle aurait dû communiquer au client. – 4. Il n'appartient pas à la banque de fournir au client des renseignements précis sur le fonctionnement du fonds, ce d'autant plus que ces renseignements ressortaient *in casu* du descriptif du fonds et étaient censés être connus. – 5. La mauvaise performance d'un fonds créé auparavant par le gérant et la liquidation d'un autre en raison du fait qu'il n'avait pas atteint la taille critique pour être opérationnel n'étaient pas de nature à mettre en doute le professionnalisme du gérant. En effet, il est notoire, dans le monde de la finance que certains fonds de placement sont performants alors que d'autres ne le sont pas et engendrent des pertes plus ou moins importantes pour les investisseurs. – 6. Les articles de presse, visant la vie personnelle de l'administrateur du gérant et une transaction financière qui avait mis du temps à se finaliser et qui avait finalement échoué (étrangère à son activité de gérant) n'étaient pas de nature à entacher le professionnalisme de l'administrateur du gérant. – 7. On ne saurait reprocher à un collaborateur de la banque de ne pas avoir fait part au client du fait qu'il n'avait pas compris le montage financier du fonds litigieux et que, sur la base de ses recommandations, la banque avait refusé d'être la banque dépositaire du fonds.

GE Cour de justice, ACJC/660/2015 du 5 juin 2015. Recours pendant au TF.

III. Sûretés et réalisation – Sicherheiten und Verwertung

r12 Bauhandwerkerpfandrecht. Formulierung einer Bankgarantie als hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB. *Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Formulation d'une garantie bancaire en tant que sûreté suffisante (art. 839 al. 3 CC).*

Verfahren zur vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Beitritt einer Nebenintervenientin, welche eine Bankgarantie als Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB einreichte. Beanstandung einzelner Klauseln der Garantie.

1. «Wir können unter dieser Garantie nur 1 (ein) Mal in Anspruch genommen werden. Eine Korrektur einer nicht konformen Beanspruchung gilt nicht als zusätzliche Inanspruchnahme. Somit verfällt unsere Garantie automatisch und vollumfänglich, sobald wir Zahlung in der Höhe des von Ihnen geltend gemachten Betrages geleistet haben.» Die Klausel ist zu beanstanden, da es zumindest nicht als abwegig erscheint, dass es aufgrund der Eigenheiten des Zwangsverwertungsverfahrens eines Baupfandrechts zu einer vollständigen Befriedigung der pfandgesicherten Forderung im Zwangsverwertungsverfahren kommen könnte, auch wenn ursprünglich die Betreibung auf Pfandverwertung nur für einen Teil der Forderung eingeleitet worden war. – 2. «Die vorliegende Garantie erlischt automatisch und vollumfänglich [...] vier Monate nach Eintritt der Rechtskraft des SICHERUNGS-URTEILS [...]» Wird bloss eine Klage auf definitive Bestellung der Sicherheit angehoben, so kann der nicht unwahrscheinliche Fall eintreten, dass zuerst der Prozess auf definitive Bestellung der Sicherheit erledigt und rechtskräftig würde, ohne dass dabei über die Forderung rechtskräftig entschieden worden wäre. In diesem Fall wäre es der Klägerin nicht möglich, die Zahlung der Garantie zu verlangen. – 3. Aus diesen beiden Gründen stellt die Bankgarantie keine hinreichende Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB dar. Das Bauhandwerkerpfandrecht ist vorläufig einzutragen.

ZH Handelsgericht, HE140512-O vom 26. Mai 2015 (A. AG c. B. Immobilien AG, sowie C. AG, Nebenintervenientin, rechtskräftig).

1. Sûretés personnelles – Persönliche Sicherheiten

r13 Rechtliche Qualifikation: Garantie, Art. 111 OR. *Qualification juridique: garantie, art. 111 CO.* Im Zuge eines Barkaufs von Diamanten in der Höhe von CHF 530 521 unterzeichnet ein Verwaltungsrat der Käufergesellschaft, nachdem er als einzige Person an einem separaten Ort die Banknoten auf Echtheit überprüft hatte, folgende Erklärung: «Herr [A.] haftet persönlich für die Echtheit der Banknoten!» Die Banknoten stellen sich später als gefälscht heraus. Der Verwaltungsrat macht im Rechtsöffnungsverfahren geltend, es liege keine Garantie, sondern eine formungültige Bürgschaft und damit kein gültiger Rechtsöffnungstitel vor.

1. Wesentliches Unterscheidungskriterium der Garantie zur Bürgschaft ist die fehlende Akzessorität. – 2. Das Charakteristische der Vereinbarung ist darin zu erblicken, dass der Verwaltungsrat das spezifische Risiko der Unechtheit der Banknoten übernimmt und nicht etwa in einem akzessorischen Einsehen für eine allfällige Verpflichtung der Käufergesellschaft. Die Verkäuferin durfte die Erklärung des Verwaltungsrates nach Treu und Glauben so verstehen, dass dessen Haftung unmittelbar dann ausgelöst wird, wenn sich die übergebenen Banknoten als gefälscht herausstellen. Keinesfalls musste sie die Erklärung über deren Wortlaut hinaus dahingehend interpretieren, dass sie sich vorgängig an die Käufergesellschaft halten muss. – 3. Die für eine Garantie wesentliche Selbständigkeit der Verpflichtung kam in der abgegebenen Erklärung ausreichend zum Ausdruck und die Verkäuferin durfte nach Treu und Glauben von der Abgabe einer Garantieerklärung ausgehen.

BGer, 5A_205/2015 vom 22. Oktober 2015.

r14 Rechtliche Qualifikation: Schuldbeitritt. Geschäftsgewandte Vertragspartei. *Qualification juridique: reprise de dette. Personne expérimentée en affaires.*

Leasingvertrag zwischen Leasing- und Finanzgesellschaft, wobei ein Verwaltungsrat der Finanzgesellschaft folgende Solidaritätserklärung unterzeichnet: «Der/die Unterzeichnete, [B.], bestätigt hiermit der [A.] AG, dass er/sie sich neben dem nachstehend genannten Leasingnehmer als Solidarschuldner zu folgenden Bedingungen erklärt. [...] Die vorliegende Erklärung beinhaltet ausdrücklich die Begründung

eines Solidarschuldnerverhältnisses mit selbständiger Schuldpflicht des Erklärenden und stellt nicht bloss eine Bürgschaft dar.» Gegen die Inanspruchnahme wehrt sich der Verwaltungsrat mit dem Argument, er habe keinen Schuldbeitritt, sondern eine Solidarbürgschaftserklärung unterzeichnet, die jedoch mangels öffentlicher Beurkundung ungültig sei.

1. Die akzessorische Bürgschaft unterscheidet sich von der Schuldübernahme als selbständiger Verpflichtung indiziell darin, dass der sich Verpflichtende bei der Schuldübernahme regelmässig ein erkennbares eigenes Interesse am Hauptgeschäft hat, während es sich bei der Bürgschaft um ein uneigennütziges Geschäft handelt. – **2.** Kann kein übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille festgestellt werden, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip objektiviert auszulegen, wobei ein klarer Wortlaut Vorrang vor anderen Auslegungsmitteln hat. Geschäftsgewandte Vertragsparteien müssen einen klaren Wortlaut einer Sicherungsabrede, in welcher präzise juristische Bezeichnungen verwendet werden, gegen sich gelten lassen. – **3.** Vom Verwaltungsrat einer Gesellschaft, welche u.a. Versicherungs-, Steuer-, Vorsorge-, Finanz- und Unternehmensberatung anbietet, darf im Geschäftsverkehr erwartet werden, dass er sich wenigstens in den Grundzügen mit gängigen Instrumenten der Kreditsicherung auskennt. Damit muss sich der Unterzeichnete beim klaren Wortlaut der Erklärung behaften lassen und es liegt eine Schuldübernahme vor. – **4.** Dies gilt umso mehr, als beim Unterzeichneten als Verwaltungsrat der Gesellschaft ein potentielles Eigeninteresse am Leasinggeschäft erkennbar ist. Allein die Stellung als einzelzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied musste unter den gegebenen Umständen genügen, damit die Leasinggeberin auf ein gewisses Eigeninteresse des Beschwerdegegners schliessen durfte.

BGer, 4A_310/2015 vom 29. Oktober 2015. Besprechung: Bärtschi, *ius.focus* 12/2015 10.

r15 Rechtliche Qualifikation: Bürgschaft. Rechtsmissbräuchliche Geltendmachung eines Formmangels. Qualification juridique: cautionnement. Invocation abusive du vice de forme.

Darlehensgeberin gewährt mit Abstand von fünf Monaten zwei Darlehen an dieselbe Person. Auf der ersten Seite des zweiten Darlehensvertrags ver-

pflichtet sich der Schuldner «dieses Darlehen zusammen mit dem früher gewährten Darlehen inklusive Zins und Gewinnanteil mit insgesamt USD 900 000.00 [...] zurückzubezahlen». Am Ende des Vertrags findet sich unter den Unterschriftsfeldern folgende handschriftliche Erklärung des ehemaligen Bankkundenberaters der Darlehensgeberin: «Für die Rückzahlung dieses Vermögens hafte ich mit meinem ganzen Vermögen.» Der Kundenberater macht geltend, die Erklärung sei eine formungültige Bürgschaft und beziehe sich nur auf das zweite Darlehen.

1. Die Abhängigkeit (Akzessorietät) ist das massgebliche Kriterium für die Abgrenzung der formgebundenen Bürgschaft von der formfreien bürgschaftsähnlichen Garantie. Eine Reihe von Anhaltspunkten unterstreicht die Akzessorietät der Sicherungserklärung von der Hauptschuld: die Verortung der Erklärung auf dem Darlehensvertrag, die Umschreibung des Leistungsversprechens («die Rückzahlung dieses Vermögens») und die Tatsache, dass sich die Leistungspflicht nur unter Rückgriff auf den Darlehensvertrag festlegen lässt. Qualifikation als Bürgschaft. – **2.** Es darf vorausgesetzt werden, dass dem Kläger als pensioniertem Kundenberater einer Bank die Formvorschriften einer Bürgschaft bekannt waren. Ihm musste somit bewusst sein, dass seine Erklärung so nicht durchsetzbar war und er hätte die Darlehensgeberin darüber aufklären müssen. Es ist ihm daher die Berufung auf den Formmangel wegen Rechtsmissbrauchs zu versagen. – **3.** Die Verwendung des bestimmten Artikels im Ausdruck «dieses Vermögen» erinnert an die Formulierung auf der ersten Seite des Vertrags, wo «dieses Darlehen» vom «früher gewährten Darlehen» unterschieden wird. Dies legt den Schluss nahe, dass sich die Erklärung des Kundenberaters nur auf den zweiten Darlehensvertrag bezieht. – **4.** Weiter kann sich der Begriff «Rückzahlung» begriffslogisch nur auf einen Betrag beziehen, der vorher in die andere Richtung geflossen ist, was lediglich für die Darlehenssumme zutrifft und den Zins und Gewinnanteil ausschliesst. Die Erklärung des Kundenberaters umfasst also nur das zweite Darlehen ohne Zins- und Gewinnanteil. – **5.** Gutheissung der Aberkennungsklage, da er diese Leistungsverpflichtung nachweislich bereits vor der Einleitung des Betreibungsverfahrens erfüllt hat.

ZH Obergericht, LB140077-O/U vom 31. März 2015; bestätigt durch BGer, 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015.

2. Sûretés réelles – Dingliche Sicherheiten

r16 Cédula hypothécaire au porteur. Pas d'indication du débiteur. Poursuite en réalisation du gage immobilier. Mainlevée provisoire. *Inhaberschuldbrief. Keine Nennung des Schuldners. Betreibung auf Grundpfandverwertung. Provisorische Rechtsöffnung.*

1. La cédula hypothécaire au porteur est une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 al. 1 LP et vaut titre de mainlevée pour la créance incorporée à l'encontre du débiteur figurant dans ce titre, mais seulement dans la mesure où le débiteur est inscrit. En l'espèce, certes, la cédula hypothécaire produite par la banque ne mentionne pas le nom du débiteur, mais la banque a tout de même produit un acte de «transfert de propriété à fin de garantie» par lequel l'intimée a reconnu être débitrice de la cédula puisqu'elle a expressément signé ce document en qualité de débitrice et donneuse de sûreté et qu'en outre ce contrat prévoit expressément que pour les cas où les titres hypothécaires transférés à titre de sûreté ne le désignant pas comme débiteur, le preneur du crédit, soit l'intimée, déclare reprendre les dettes que constatent ces mêmes titres hypothécaires. Dès lors, l'identité entre le poursuivi et le débiteur de la cédula hypothécaire est établie de sorte que la cédula hypothécaire vaut titre de mainlevée. – 2. Lorsque la créance causale et la créance abstraite coexistent, le poursuivant ne saurait obtenir la mainlevée dans la poursuite en réalisation de gage immobilier si la créance causale n'est pas exigible. La créance causale n'est pas la créance en poursuite de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'avoir un titre de mainlevée pour cette créance. Le poursuivant ne peut invoquer le capital et les intérêts de la créance abstraite qu'à concurrence du capital et des intérêts de la créance causale.

GE Cour de justice, ACJC/515/2015 du 8 mai 2015, arrêt cantonal entré en force.

r17 Cédula hypothécaire. Poursuite en réalisation du gage. Mainlevée provisoire (non). *Schuldbrief. Betreibung auf Pfandverwertung. Provisorische Rechtsöffnung (nein).*

Crédit garanti par des cédulas hypothécaires au porteur sur papier. Dénonciation du crédit et des créances cédulaires. Poursuite en réalisation de gage.

1. La poursuite en réalisation du gage immobilier est fondée sur la créance abstraite incorporée dans la cédula (créance cédulaire). – 2. La cédula hypothé-

caire au porteur est une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 al. 1 LP et vaut titre de mainlevée pour la créance cédulaire. – 3. La mainlevée provisoire suppose la production de la cédula hypothécaire ou de tout autre document attestant l'existence de la créance cédulaire et du gage immobilier (condition ici pas réalisée). La production du contrat de crédit ne permet pas d'accorder la mainlevée provisoire à la poursuite en réalisation de gage immobilier. – 4. Cet arrêt se distingue par un exposé méthodique clair des rapports entre créance causale et créance cédulaire selon le nouveau droit.

GE Cour de justice, ACJC/955/2015 du 28 août 2015, arrêt cantonal entré en force.

r18 Zulässigkeit einer Blankopfandbestellung. (Keine) Aktivlegitimation des wirtschaftlich Berechtigten. Validité d'un contrat de nantissement en blanc. *Légitimation active de l'ayant droit économique (non).*

Die Direktoren einer Offshore-Gesellschaft unterzeichnen blanko eine Drittpfandbestellung. Die Kundenberaterin, welche die Offshore-Gesellschaft für ihre Kundin als wirtschaftlich Alleinberechtigte aufgesetzt hat, ergänzt den Pfandvertrag um den Namen des drittpfandbegünstigten Bankschuldners. Die Direktoren der Offshore-Gesellschaft amten gleichzeitig als Direktoren des Bankschuldners. Die Kundenberaterin ist Teilhaberin des Bankschuldners. Streitgegenstand ist unter anderem die Gültigkeit des Pfandvertrags.

1. Die Tatsache allein, dass eine Person wirtschaftliche Alleinberechtigte bzw. Organ einer Gesellschaft ist, legitimiert sie nicht zur selbständigen Klageerhebung. – 2. Dass die auf Seiten der Bank unterzeichnende Kundenberaterin nur Kollektivunterschrift zu zweien besass, tangiert die Gültigkeit der Drittpfandbestellung nicht, da die Bank vom Abschluss des Vertrags wusste (Duldungsvollmacht). – 3. Blankounterschriften sind gesetzlich nicht verboten und stellen eine übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung grundsätzlich nicht in Frage. Aus dem Formular für die Drittpfandbestellung geht klar hervor, dass sämtliche Wertschriften zugunsten der Bank verpfändet werden. Ergänzt werden musste anschliessend nur noch der Name des entsprechenden Drittschuldners durch die Bank. Die Direktoren der Offshore-Gesellschaft haben das Formular unterzeichnet. Der Pfandvertrag ist unter diesem Gesichtspunkt gültig. – 4. Eine Doppelvertretung sei-

tens der Kundenberaterin liegt nicht vor; sie war einzig Bevollmächtigte der Bank, nicht auch Bevollmächtigte der Offshore-Gesellschaft. Dass die Direktoren möglicherweise nur auf Instruktion der Bank (bzw. der Kundenberaterin) handelten, führt nicht zu einer Doppelvertretung seitens der Kundenberaterin. Allfällige Pflichtverletzungen seitens der Direktoren sind in einem Verantwortlichkeitsprozess zu klären. – 5. Die Ergänzung der Drittpfandbestellung um den Namen des Bankschuldners stellt keine Geschäftsführung ohne Auftrag seitens der Bankmitarbeiterin dar. Die Situation war nicht «auftragslos», vielmehr bestand die Ermächtigung zur nachträglichen Vertragsergänzung. – 6. Die Ergänzung der Drittpfandbestellung führt auch nicht zu einem Eigengeschäft. Der Pfandvertrag wurde zwischen den Direktoren als Vertreter der Offshore-Gesellschaft und von der Kundenberaterin als Vertreterin der Bank geschlossen. – 7. Der Pfandvertrag ist nicht deshalb ungültig, weil die an der Offshore-Gesellschaft wirtschaftlich Berechtigten nicht zugestimmt hat. Ein Durchgriff durch die willentlich geschaffene Gesellschaftsstruktur zugunsten der (wirtschaftlich berechtigten) Gesellschafterin ist nicht zulässig. Gesellschafter müssen die von ihnen geschaffenen Strukturen gegen sich gelten lassen. – 8. Die Kundenberaterin kann der wirtschaftlich Berechtigten nicht bindend zusichern, sie behalte die volle Kontrolle über ihre Vermögenswerte. Ein solcher Genehmigungsvorbehalt müsste zwischen der Bank und der Offshore-Gesellschaft als Vertragspartnerin der Bank vereinbart werden. – 9. Eine interne Beschränkung der Vertretungsbefugnis der Direktoren der Offshore-Gesellschaft ist nicht erstellt, ebenso wenig das Wissen der Bank um eine solche Beschränkung. – 10. Die Klägerseite hat keinen Editionsanspruch im Hinblick auf das Kreditverhältnis zwischen der Bank und der drittpfandbegünstigten Bankschuldnerin, da sie nicht Partei dieses Vertragsverhältnisses ist.

ZH Handelsgericht, HG120067-O vom 24. März 2015 (Beschwerde vor Bundesgericht hängig).

r19 Verwertung vom Eigenpfand oder Drittpfand. Wahl des Gläubigers (ja). Zinsen bei Arrestlegung. Réalisation de gage constitué par le débiteur ou par un tiers. Choix du créancier (oui). Intérêts après le séquestre.

Schweizer Bank gewährt dem Direktor einer saudischen Gesellschaft einen Lombardkredit zu Lasten seines Kreditkontos. Zur Sicherung dieses Kredits

räumt er der Bank ein Pfandrecht am Konto der Gesellschaft bei der Bank ein. Später belegt eine Darlehensgeberin der Gesellschaft deren Konto bei der Bank mit Arrest für eine Forderung aus Darlehensrückzahlung. Die Bank macht einen vorrangigen Drittanspruch in Form eines Pfandrechts am Gesellschaftskonto geltend, worauf die Darlehensgeberin Widerspruchsklage gegen die Bank erhebt.

1. Sind mehrere Sicherheiten für dieselbe Forderung bestellt, kann die Bank als Gläubigerin auswählen, ob sie zuerst Eigen- oder Drittpfänder verwerten will. Da das Pfandrecht der Bank im Zeitpunkt der Arrestlegung bestanden hat, ist es in der Zwangsvollstreckung zu berücksichtigen. – 2. Wurde im Pfandvertrag vereinbart, dass das Gesellschaftskonto nicht nur für die ausstehende Darlehensforderung der Bank haften soll, sondern auch für zukünftige Forderungen, einschliesslich Zinsen und Kommissionen, kann die Bank eine Pfandsicherung auch für Zinsen geltend machen, welche erst nach Arrestlegung entstanden sind.

BGer, 5A_702/2014 vom 31. August 2015.

r20 Crédit lombard. Obligation de diligence. Réalisation par vente hors bourse. Preuve du dommage. Lombardkredit. Sorgfaltspflicht. Ausserbörsliche Verwertung. Schadensnachweis.

En l'absence de réponse à un appel de marge adressé au client, la banque vend de gré à gré des obligations Kazkommertsbank et Astana Finance et obtient 40,5% respectivement 50% de leur valeur nominale. Le client invoque que des ventes à meilleur prix étaient possibles sur les bourses pertinentes (Francfort et Astana).

1. Selon la jurisprudence, lorsque le créancier gagiste est autorisé par contrat à se payer en vendant de gré à gré la chose remise en gage, il est tenu de respecter les règles de la bonne foi dans la mesure compatible avec ses propres intérêts, et il doit épargner au constituant du gage tout dommage évitable. La responsabilité du créancier suppose que celui-ci ait violé son devoir de diligence par un comportement fautif et que ce comportement se trouve en relation de causalité avec un dommage subi par le constituant; la preuve du dommage incombe à ce dernier. – 2. Pour mettre en évidence une vente au-dessous de la valeur vénale et, simultanément, mettre en évidence le dommage résultant de cette vente, le client doit alléguer et prouver que sur les places boursières concernées entre le lendemain du délai imparti par la

banque et la veille de la vente hors bourse des titres, des ordres d'achat à des prix supérieurs à ceux obtenus hors bourse se sont trouvés pendants. – 3. En l'espèce, faute d'indication par le client des volumes vendus et achetés des titres en bourse, des graphiques révélant des transactions à un cours excédant celui obtenu hors bourse ne satisfont pas aux exigences relatives à la preuve d'une vente au-dessous de la valeur vénale.

TF, 4A_71/2015 du 10 septembre 2015.

r21 Droit de rétention du mandataire sur les avoirs bancaires. [Madoff]. *Retentionsrecht des Beauftragten an Bankguthaben*. [Madoff].

En mai 2006 le client instruit sa banque mandataire de vendre pour un montant de USD 75 000 des parts d'un fonds ayant investi auprès de Madoff. En 2010, les liquidateurs du fonds ouvrent action contre la banque en réclamant la restitution des remboursements effectués au titre des ventes des parts du fonds. La banque bloque les avoirs du client en garantie de la créance qui pourrait naître du résultat de la procédure aux Etats-Unis en invoquant l'art. 402 CO, ses conditions générales et un acte de nantissement signé par le client.

1. L'obligation dont la banque demande à être libérée par son client résulterait d'un enrichissement illégitime du mandant suite à une condamnation éventuelle en paiement de la banque par un tribunal américain dans une procédure intentée par un tiers. Selon son texte (français), l'art. 402 al. 1 CO vise l'obligation du mandant de libérer le mandataire des « obligations contractées » ; ce n'est pas évident qu'il vise également des obligations résultant d'un acte illicite ou d'un enrichissement illégitime. La Cour de justice ne tranche pas cette question. – 2. Le droit du mandataire de requérir la libération n'entre en considération que lorsque l'obligation est fixée, notamment quant à son montant, et inconditionnelle. Ce n'est pas le cas en l'espèce dans la mesure où l'issue de l'action intentée contre la banque aux Etats-Unis est inconnue et pour le moins incertaine. – 3. Le droit de gage d'une banque en relation avec des créances futures envers son client n'existe que dans la mesure où le contrat de gage se rapporte clairement aux créances auxquelles les parties pouvaient raisonnablement penser lors de la constitution du droit de gage. *In casu*, les parties n'ont pas pu imaginer, au moment de la constitution de l'acte de nantissement que l'investissement opéré par le client sur le conseil

de la banque par le biais du compte ouvert auprès d'elle se révélerait être le fruit d'une escroquerie amenant le liquidateur du véhicule dans lequel le client avait investi à ouvrir l'action contre la banque, respectivement contre les investisseurs dans ledit produit.

GE Cour de justice, ACJC/972/2015 du 28 août 2015. Recours pendant au TF.

IV. Renseignements, reddition de comptes – Auskünfte, Rechenschaftsablegung

r22 Distinction entre reddition de compte (art. 400 CO) et preuve à futur (art. 158 CPC). [Madoff]. *Unterschied zwischen Rechenschaftsablegung (Art. 400 OR) und vorsorglicher Beweisabnahme (Art. 158 ZPO)*. [Madoff].

Par une demande de preuve à futur en mesure provisionnelle, le titulaire requiert que la banque produise un grand nombre de documents internes afin de lui permettre d'estimer les chances de succès d'une action en responsabilité.

1. Le mandant cherche à recueillir des informations sur la manière dont la banque a accompli ses activités en rapport avec lui, plus particulièrement lors du choix et du suivi des investissements dans les fonds Madoff. Ce faisant, il exerce le droit à la reddition de compte découlant de l'art. 400 CO. – 2. Le droit à la reddition de compte fondé sur l'art. 400 al. 1 CO est une prétention de droit matériel, et non un droit de nature procédurale. En tant que droit accessoire indépendant, il peut faire l'objet d'une action en exécution. En ordonnant au mandataire de fournir l'information ou les documents requis, le juge règle définitivement le sort de la prétention, qui « s'épuise » avec la communication des renseignements ou des pièces. Le jugement, revêtu de l'autorité de la chose jugée, doit être rendu après un examen complet en fait et en droit. – 3. Ce droit ne peut être exercé ni par la voie de mesure provisionnelle ni par la voie de la preuve à futur.

ATF 141 III 564. Recension: N. Ollivier, www.cdbf.ch/938.

r23 Von der FINMA eingesetzte Liquidatorin. Auskunftserteilung nach DSG. Amtsgeheimnis nach FINMAG. Liquidateur nommé par la FINMA. Droit d'accès aux données selon la LPD. Secret de fonction selon la LFINMA.

Liquidation eines Rückversicherers (Beklagte) durch eine von der FINMA eingesetzte Liquidatorin. Auskunftsbegehren seitens einer ehemaligen Vertragspartnerin (Versicherung) hinsichtlich aller Daten, die der Rückversicherer in Liq. über sie gespeichert hat. Gutheissung des Auskunftsbegehrens durch die Vorinstanz gestützt auf das Datenschutzgesetz, mit Ausnahme der «amtlichen Angelegenheiten der FINMA bzw. Personendaten, welche die Beklagte bzw. die Liquidatorin von der FINMA erhalten hat.» Die Versicherung (Klägerin) beantragt die Aufhebung der Ausnahme. Das Bundesgericht heisst den Antrag gut.

1. Das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG kann grundsätzlich ohne Nachweis eines Interesses geltend gemacht werden. Ein Auskunftsbegehren ist nicht schon deshalb rechtsmissbräuchlich, weil die Datenüberprüfung auch im Hinblick auf einen allfälligen Schadenersatzprozess erfolgt (Bestätigung von BGE 138 III 425, SZW 2012 339 r30). – 2. Die Anordnung zur Auskunftserteilung richtet sich an die Beklagte und diese ist nach privatrechtlichen Grundsätzen verpflichtet, darüber Auskunft zu geben, ob Daten über die Klägerin bearbeitet werden. Es geht nicht an, unter Berufung auf das Amtsgeheimnis der Liquidatorin (Art. 14 Abs. 1 und 4 FINMAG) sämtliche Informationen von der zivilrechtlichen Pflicht zur Auskunftserteilung auszunehmen, welche die Beklagte bzw. ihr Organ, *der Liquidatorin*, von der FINMA erhalten hat, oder gar – wie von der Beklagten verlangt – die Auskunftspflicht noch weiter einzuschränken respektive sogar ganz zu verneinen. – 3. Gleichzeitig versteht sich von selbst, dass die Auskunftspflicht sich bloss auf Daten erstreckt, welche die Organe des Rückversicherers *in ihrer Organfunktion* für den Rückversicherer gesammelt haben und die Teil seiner Datensammlung geworden sind. Daten, welche der Liquidatorin im Rahmen ihrer amtlichen Tätigkeit im Auftrag der FINMA und nicht im Namen des Rückversicherers zugekommen sind, fallen demgegenüber nicht unter dessen Auskunftspflicht. Dazu gehört die Korrespondenz, in der die Liquidatorin von der FINMA Instruktionen erhalten oder sie umgekehrt der FINMA rapportiert hat, einschliesslich der Berichte betreffend die Passiven des Rückversicherers (Informationen betreffend die Gläubiger und deren Forderungen), weil solche nicht Teil der Datensammlung des Rückversicherers sind.

BGer, 4A_506/2014; 4A_524/2014 vom 3. Juli 2015.

V. Procédure civile et entraide internationale – Zivilverfahren und internationale Rechtshilfe

r24 For au domicile du consommateur (art. 15 ss CLug). *Verbrauchergerichtsstand (Art. 15 ff. LugÜ).* Relation bancaire avec un client domicilié en France. Achat d'actions et d'options. Action contre la banque pour violation de l'obligation d'information, rejetée par le TF en 2011 (4A_271/2011 du 16 août 2011, RSDA 2012 326 r3). Action de la banque contre son client à Genève pour le remboursement du découvert du compte.

1. Les règles de compétence spéciales en matière de contrats conclus par les consommateurs sont applicables (a) si la banque exerce ses activités dans l'Etat où le consommateur a son domicile ou (b) si elle «dirige» ses activités vers cet Etat (art. 15 al. 1 lit. c CL). – 2. La première hypothèse n'est pas réalisée lorsque la relation bancaire est nouée directement par la banque en Suisse (et non par une société ou un établissement français du même groupe bancaire). – 3. La deuxième hypothèse n'est pas réalisée lorsque le juge du fait n'a constaté aucune forme de publicité ou de prospection pratiquée par la banque spécialement destinée à induire des consommateurs résidant hors de Suisse à prendre contact avec l'établissement de la banque en Suisse. On ne peut pas déduire de la forte réputation à l'étranger des banques suisses que l'activité de celles-ci est «dirigée» vers l'étranger au sens de l'art. 15 al. 1 lit. c CL.

TF, 4A_430/2015 du 9 février 2016 (publication prévue aux ATF). Confirme GE Cour de justice, ACJC/770/2015 du 26 juin 2015.

r25 Kontosperre. Vorrang Sicherungsmassnahmen nach SchKG. *Blocage d'un compte. Priorité des mesures conservatoires prévues par la LP.*

Ältere Person, welche zuvor per Kontoüberweisung eine Schenkung über CHF 1 Mio. an ihre Pflegehilfe vorgenommen hat, stellt ein Begehren um eine Kontosperre als vorsorgliche Massnahme nach der ZPO.

1. Geht es um die Sicherung der Vollstreckung einer Geldforderung, so ist für den Erlass von Sicherungsmassnahmen ausschliesslich das SchKG anwendbar. – 2. Die Klägerin ist auf die Möglichkeiten einer Arrestlegung nach Art. 271 ff. SchKG zu verweisen. Ist kein Arrestgrund gegeben, kann es nicht angehen, über den Weg einer vorsorglichen Mass-

nahme nach der ZPO einen «verkappten Arrest» zu erwirken.

OGer ZH, LF150028-O/U vom 3. September 2015 (rechtskräftig).

r26 Commission rogatoire. Secret bancaire. Qualité pour recourir du titulaire du compte et de l'ayant droit économique. Violation du droit d'être entendu. Rechtshilfeersuchen. Bankgeheimnis. Beschwerdelegitimation des Kontoinhabers und des wirtschaftlich Berechtigten. Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör.

Contentieux commercial en Espagne, portant sur le paiement du prix d'une vente. Virements effectués en provenance d'un compte A. ouvert en Suisse sur celui dont une des parties (le vendeur) est l'ayant droit économique. Commission rogatoire requérant la production par la banque d'une attestation de l'identité de l'ayant droit économique des avoirs déposés sur le compte A. Ni A. ni l'ayant droit économique du compte n'ont été entendus dans la procédure espagnole avant la commission rogatoire. La banque remet les pièces demandées et ne fait pas recours contre l'exécution de la commission rogatoire. Le TF rejette la demande d'entraide sur recours de A. et de l'ayant-droit économique.

1. Le secret bancaire est visé par l'art. 166 al. 2 CPC. Un banquier peut refuser de collaborer à l'administration des preuves s'il rend vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. Le TF rappelle que la banque ne peut pas opposer le secret bancaire dans les litiges entre époux (art. 179 al. 3 CC) ou entre héritiers (art. 607 al. 3 et art. 610 al. 2 CC), ni dans certains autres domaines du droit, notamment en matière de poursuite pour dettes et de séquestre (art. 91 al. 4 LP). – 2. Il y a atteinte à la souveraineté ou à la sécurité de la Suisse, propre à fonder un refus d'une commission rogatoire au sens de l'art. 12 al. 1 let. b CLaH 70, lorsque l'exécution de la requête porte atteinte aux principes fondamentaux de la procédure civile suisse, notamment au droit d'être entendu. Il s'ensuit que le titulaire du compte, qui est un tiers touché par la mesure d'entraide doit avoir eu l'occasion de s'exprimer dans le procès au fond à l'étranger, puisqu'il ne peut pas l'être au stade de l'exécution devant le tribunal de première instance, à défaut de quoi la requête d'entraide doit être refusée. – 3. En cas d'entraide judiciaire en matière civile, le tribunal suisse compétent applique la procédure sommaire des art. 248 CPC, conformément à l'art. 339 al. 2

CPC. Il s'agit toutefois d'une procédure sommaire atypique, la décision qui sera rendue étant définitive.

4. La décision admettant ou rejetant la demande d'entraide judiciaire internationale peut faire l'objet d'un recours limité au droit sans autre condition en vertu des art. 319 let. a CPC et 309 let. a CPC. – 5. Le titulaire du compte, qui n'est ici pas visé par la commission rogatoire et qui n'est pas partie au procès au fond à l'étranger doit pouvoir recourir pour faire valoir ses droits. L'ayant droit économique d'un compte doit également se voir reconnaître la qualité pour recourir, si ses intérêts sont touchés, ce qui est le cas lorsque la mesure d'entraide vise à la production d'une attestation indiquant son identité. 5. En l'espèce, le recours du titulaire de compte est recevable et fondé, et la demande d'entraide est rejetée, puisque le titulaire du compte n'a pas été entendu sur la commission rogatoire dans la procédure au fond pendante à l'étranger. 6. Le recours de l'ayant droit économique est recevable mais il n'est pas fondé : l'ayant droit économique ne saurait être admis à invoquer qu'il n'a pas été entendu dans la procédure étrangère au fond, puisque, précisément, il ne voulait pas l'être et tient à demeurer inconnu.

TF, 4A_340/2015 du 21 décembre 2015, publication prévue aux ATF.

Recours contre GE Cour de justice, ACJC/604/2015 du 22 mai 2015.

VI. Conformité fiscale du client et blocage de comptes – Steuerkonformität der Kunden und Kontoblockierung

r27 Refus de transférer les fonds en l'absence de la preuve de leur conformité fiscale. Obligation de restitution de la banque admise. Cas clair. Transferbeschränkung bei fehlendem Nachweis der Steuerkonformität. Herausgabepflicht der Bank bejaht. Klarer Fall.

Le TF confirme deux arrêts tessinois rendus en procédure sommaire fondée sur un cas clair (art. 257 CPC) et condamnant une banque à restituer les avoirs du client en espèces et au comptant.

1. Après avoir rappelé la jurisprudence sur la notion de cas clair (art. 257 CPC), le Tribunal fédéral confirme son application à la situation présente. Le principe juridique qu'un client a le droit d'obtenir, sur la base de son rapport contractuel avec la banque,

le versement au comptant de ses avoirs à la clôture du rapport bancaire n'est pas douteux, et une justification préalable de sa conformité fiscale n'est pas une condition d'exercice de ce droit. Restent à examiner les objections présentées par la banque pour déterminer si elles peuvent être facilement écartées, ce qui est le cas ici. – **2.** La question de savoir si les conditions générales de la banque permettaient à celle-ci de refuser le versement au comptant des avoirs en l'absence de preuve de conformité fiscale ne mérite pas d'être examinée étant donné que les conditions générales de la banque n'ont fait l'objet d'aucune constatation de fait en appel. – **3.** Conformément à la Position de la FINMA du 22 octobre 2010 à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontalières, la banque doit procéder à une analyse approfondie des risques et adopter des directives internes définissant des normes de comportement. En ne produisant pas ses directives internes, la banque n'a pas réussi en l'espèce à démontrer que le paiement au comptant demandé par le client serait contraire à sa politique de gestion des risques. Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire d'examiner si les directives internes à propos des risques juridiques et de réputation peuvent limiter ou totalement exclure le droit du client à un versement au comptant à la fin du rapport bancaire. – **4.** La banque ne peut pas se prévaloir de l'art. 19 LDIP car elle n'a pas démontré l'existence de normes de droit italien interdisant un versement au comptant qui lui seraient applicables. – **5.** La banque ne peut pas se prévaloir d'une impossibilité objective subséquente (art. 119 CO) en raison des sanctions prévues par le code pénal italien (art. 648^{bis} et art. 648^{ter}) car elle n'a pas démontré que ces normes lui sont applicables et qu'elles lui feraient interdiction d'exécuter les instructions du client. – **6.** Le nouvel art. 305^{bis} CP, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 ne s'applique pas *in casu*. En tout état de cause, la banque n'a pas démontré que le seuil de CHF 300 000 prévu par cette disposition était atteint dans le cas d'espèce. – **7.** La banque omet d'expliquer la raison pour laquelle les normes suisses anti-blanchiment seraient applicables lorsque le client souhaite entrer en possession de ses fonds, alors qu'elle gère le compte du client depuis plusieurs années sans pour autant faire usage de ces dispositions auparavant.

TF, 4A_168/2015 et 4A_170/2015 du 28 octobre 2015.

Recours contre TI Tribunal cantonal, 12 février 2015, RSDA 2015 408 r35. Recensions : Hodara El Bez, www.cdbf.ch/935; Amadò, *Novità fiscali* 12/2015, 40.

r28 Risque de conformité fiscale. Restitution des avoirs bancaires. Cas clair (non). Risiko der Steuerkonformität. Rückerstattung von Bankguthaben. Klarer Fall (nein).

Rejet de la demande en procédure sommaire (cas clair) du client contre la banque en restitution de ses avoirs. La banque invoque que l'ordre de transfert l'aurait conduit à enfreindre le droit fiscal et pénal français, ce qui constituerait une violation de la garantie d'une activité irréprochable au sens de l'art. 3 al. 2 let. c LB.

1. Selon l'art. 257 CPC, la procédure sommaire pour cas clair est ouverte si (i) l'état de fait n'est pas litigieux ou il est susceptible d'être immédiatement prouvé et si (ii) la situation juridique est claire. En l'espèce, la seule question qui se pose est celle, juridique, de déterminer si la banque doit exécuter l'ordre de transfert, sans pouvoir formuler aucune objection ou condition. – **2.** Sur la base de la jurisprudence, développée en matière pénale et réglementaire, qui oblige la banque à s'abstenir de tout comportement illicite ou contraire à l'éthique, on ne peut pas d'emblée exclure que la garantie d'une activité irréprochable permette à la banque de refuser l'exécution d'un ordre de virement problématique. – **3.** En outre, le litige soulève des questions relatives au caractère abusif du comportement des parties, pour lesquelles la protection des cas clairs est exclue. – **4.** Enfin, la situation juridique n'est pas claire dès lors que le client ne répond pas expressément à l'argument de la banque selon lequel elle s'est réservée la possibilité, dans ses conditions générales, de refuser d'exécuter les instructions du client, objection n'apparaissant pas d'emblée vouée à l'échec.

GE Cour de justice, ACJC/512/2015 du 8 mai 2015, entré en force.

Même avis GE Cour de justice, ACJC/1248/2015 du 16 octobre 2015, arrêt cantonal entré en force.

r29 Risque de conformité fiscale. Compte courant. Mainlevée provisoire (oui). Garantie d'une activité irréprochable. Risiko der Steuerkonformität. Kontokorrent. Provisorische Rechtsöffnung (ja). Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit.

Le client refuse de signer une déclaration de conformité fiscale. La banque résilie la relation d'affaires. Le client donne un ordre de virement à hauteur du solde créancier de son compte courant (env. EUR 300 000), que la banque refuse d'exécuter. La

banque fait opposition à la poursuite du client. La Cour de justice accorde la mainlevée provisoire.

1. En envoyant un extrait de compte dont le solde est positif en faveur du client, la banque émet une reconnaissance de dette et renonce à faire valoir les exceptions et objections connues. La banque ayant résilié le contrat de compte courant, le client dispose d'une créance en restitution des avoirs déposés et d'un titre justifiant le prononcé de la mainlevée de l'opposition. – **2.** Le débiteur n'a pas à apporter la preuve absolue ou stricte de ses moyens libératoires, mais seulement leur simple vraisemblance, en principe par titre. Des moyens tels que la nullité pour violation de règles impératives, un objet illicite ou contraire aux mœurs doivent être soulevés d'office par le juge de la mainlevée. – **3.** Le principe du respect de la garantie de l'activité irréprochable reste fondamentalement circonscrit au droit public, de sorte que seule l'autorité de surveillance peut invoquer la violation de ce principe. La banque ne peut s'opposer aux instructions du client en invoquant simplement ce principe. – **4.** La banque n'a pas rendu vraisemblable qu'elle serait fondée à refuser l'exécution de sa prestation. En effet, **a)** elle n'a pas produit les directives internes qu'elle invoque pour motiver son impossibilité d'exécuter sa prestation (art. 119 CO) ; **b)** ses conditions générales, où elle « se réserve le droit, en tout temps et sans avoir à motiver sa décision de ne pas accepter des actifs, de refuser des opérations, de limiter certaines opérations ou d'imposer des conditions particulières à des opérations [...] » sont insuffisantes à motiver son refus ; **c)** le Tribunal fédéral n'a pas encore tranché la question de savoir si la banque pouvait bloquer des avoirs de clients, en l'absence d'une déclaration de conformité fiscale.

GE Cour de justice, ACJC/1430/2015 du 20 novembre 2015, arrêt cantonal entré en force.

r30 **Risque de conformité fiscale. Paiement du solde du compte. Pas d'exécution par voie de mesures provisionnelles. Risiko der Steuerkonformität. Auszahlung des Kontosaldos. Keine Ausführung im Rahmen vorsorglicher Massnahmen.**

1. Selon l'art. 262 CPC, le tribunal peut ordonner toute mesure propre à prévenir ou faire cesser le préjudice, notamment la fourniture d'une prestation en nature (let. d) ou le versement d'une prestation en argent, lorsque la loi le prévoit. En dehors des cas où la loi le prévoit, l'exécution anticipée des prestations

en argent est exclue et ne peut être déduite des dispositions générales sur les mesures provisionnelles. – **2.** L'argent déposé sur un compte bancaire ouvert au nom du client est la propriété de la banque. Ainsi, lorsque la banque verse ou vire de l'argent depuis ce compte en exécution d'un ordre du client, elle acquiert une créance en remboursement (art. 402 al. 1 CO). – **3.** En requérant qu'il soit ordonné à la banque de transférer l'intégralité des avoirs sur un autre compte, le client tend à obtenir de manière provisionnelle le versement d'une somme d'argent, prétention pour laquelle il n'existe aucune base légale expresse telle que requise par l'art. 262 let. e CPC.

GE Cour de justice, ACJC/1479/2015 du 4 décembre 2015. Recours irrecevable, TF 4A_7/2016 du 8 février 2016.

VII. Transmission de données sur les collaborateurs – Lieferung von Mitarbeitendendaten

r31 **Transmission de données au DoJ. Intérêt public prépondérant (non). Datenübermittlung an das DoJ. Überwiegendes öffentliches Interesse (nein).**

La Cour de justice confirme un jugement interdisant à la banque (catégorie 1 au sens du US DoJ Program) de transmettre aux autorités américaines des données identifiant ou permettant d'identifier le demandeur, stagiaire, puis assistant relationship manager au département Amérique du Nord.

1. Dans le cadre du droit du travail, les principes généraux de protection de la personnalité découlant des art. 28 ss. CC sont repris et concrétisés par les art. 328 al. 1 et 328b CO, ce dernier renvoyant aux dispositions de la LPD. Le renvoi à la LPD s'étend à l'ensemble des principes généraux de cette loi. – **2.** En raison de l'absence aux USA d'une législation assurant un niveau de protection adéquat, la personnalité de l'employé se trouve gravement menacée au sens de l'art. 6 LPD. – **3.** Une telle communication des données est néanmoins autorisée si une des conditions alternatives et exhaustives de l'art. 6 al. 2 LPD est remplie. La banque, à qui incombe la preuve d'un motif justificatif, se prévaut ici uniquement de la let. d. – **4.** La banque ne peut pas faire valoir que les documents communiqués aux autorités américaines seront exclusivement utilisés par celles-ci dans le cadre de la procédure dirigée à son encontre

(let. d 2^{ème} hyp.). Plusieurs faits indiquent que les documents communiqués vont servir également dans des procédures à l'encontre des employés. – 5. La communication est également autorisée lorsqu'elle est indispensable à la sauvegarde d'un intérêt public prépondérant (let. d 1^{ère} hyp.). En l'espèce, il existe un intérêt public à ce que les accords conclus avec les banques mises en cause par les Etats Unis soient respectés, afin de mettre un terme définitif au conflit fiscal impliquant lesdites banques et d'assurer la stabilité juridique et économique de la place financière suisse. Il existe également un intérêt public à ce que les employeurs suisses protègent la personnalité et la sphère privée de leurs employés autant que possible, afin d'assurer un climat de confiance réciproque dans les relations de travail et de préserver la paix sociale. Pour sa part, l'employé dispose d'un intérêt à ne pas être entravé dans sa liberté de déplacement ensuite de la communication de ses données personnelles. Il conserve un intérêt légitime à s'opposer à la transmission, ne serait-ce que pour éviter d'attirer davantage l'attention des autorités américaines sur sa personne. – 6. La banque ne démontre pas quel risque elle encoure concrètement si elle ne transmet pas la documentation litigieuse dans le cas d'espèce, de sorte qu'elle n'établit pas le caractère prépondérant de l'intérêt public qu'elle invoque. En particulier, elle ne cite l'exemple d'aucune autre banque dont les négociations avec les autorités américaines auraient échoué, ou à l'encontre de laquelle des poursuites pénales auraient repris, parce qu'elle n'aurait pas été en mesure de transmettre la documentation relative à l'activité d'employés subalternes.

GE Cour de justice, ACJC/1529/2015 du 11 décembre 2015, Credit Suisse c. K. (arrêt cantonal entré en force). Confirme Tribunal de première instance, JTPI/6136/2015 du 28 mai 2015, RSDA 2015 407 r32.

r32 Datenübermittlung an das DoJ. Überwiegen des öffentlichen Interesse (nein). Transmission de données au DoJ. Intérêt public prépondérant (non). Ehemalige Bankmitarbeiterin verlangt Verbot der Übermittlung personenbezogener Daten an das DoJ gestützt auf Art. 15 i.V.m. Art. 6 DSG. Sie nahm keine Funktion wahr, bei welcher sie US-Related Accounts strukturierte, betrieb oder beaufsichtigte.

1. Da die Gesetzgebung in den USA keinen genügenden, mit dem schweizerischen Recht vergleichbaren Datenschutz gewährleistet, liegt bei einer Übermittlung von Personendaten an US-Behörden eine

schwerwiegende Gefährdung der Persönlichkeit nach Art. 6 Abs. 1 DSG vor. Eine Datenübermittlung ist somit nur zulässig, wenn ein Rechtfertigungsgrund nach Art. 6 Abs. 2 DSG, insbesondere ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Datenübermittlung besteht. – 2. Es besteht ein öffentliches Interesse der Schweiz, den Zusammenbruch der Bank zu verhindern. Dieses liegt im Funktionieren und internationalen Ansehen des Finanzplatzes Schweiz, der Erhaltung der Arbeitsplätze und der Wertschöpfung und Marktbereicherung durch die Tätigkeit der Bank. Die Wahrscheinlichkeit einer Anklageerhebung gegen die Bank ist aber gering, insbesondere wenn, wie vorliegend, nur Daten von Personen nicht herausgegeben werden, die im US-Geschäft eine unbedeutende Rolle gespielt haben. Ebenfalls zu beachten ist, dass es sich bei der Beklagten um keine systemrelevante Bank handelt. – 3. Die Klägerin riskiert bei einer Datenherausgabe die unkontrollierte Weiterverwendung zu jedem in den USA gesetzlich erlaubten Zweck. Sie muss damit rechnen, dass sie irgendwo auf der Welt, wo die USA ihre Zwangsmittel durchsetzen können, zu Auskünften über die Person des Kontoinhabers gezwungen werden könnte, womit sie sich nach Schweizer Recht strafbar machen würde. Sie wäre zudem in ihrem beruflichen Fortkommen erheblich behindert, da Personen, die in den Steuerstreit involviert sind, auf dem Finanzplatz Schwierigkeiten haben, eine neue Stelle zu finden. Die Gefahr einer Strafverfolgung der Klägerin ist hingegen als gering einzustufen, da sie keine wichtige Rolle im US-Geschäft einnahm. – 4. Die Klägerin hätte im Fall einer Datenübermittlung erhebliche und unverhältnismässige konkrete Nachteile zu tragen. Demgegenüber ist die Gefahr einer Anklage gegen die Bank bei der Datenherausgabeverweigerung über einen «kleinen Fisch» sehr gering. Somit überwiegen die Interessen der Mitarbeiterin und die Datenübermittlung ist nicht zulässig. – 5. Die USA haben zu akzeptieren, dass die Schweizer Judikative im Sinne der Durchsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips mit einer «de minimis»-Regelung eingreift. Das DoJ soll nur Daten von Mitarbeitern erhalten, welche Steuerdelikte in erheblicher Höhe substantiell, aktiv und systematisch förderten – sogenannte «grosse Fische». Nachdem die bisher bekannt gewordenen Verurteilungen von Bankmitarbeitern unversteuertes Vermögen von gesamthaft mehr als CHF 100 Mio. betrafen, ist die Grenze zwischen «grossem und kleinem Fisch» im

Rahmen des richterlichen Ermessens bei CHF 50 Mio. anzusetzen. – 6. Die Bank kann sich nicht auf den Rechtfertigungsgrund der Datenherausgabe für die Verwendung in einem Gerichtsverfahren berufen, da das DoJ kein Gericht, sondern eine Verwaltungsbehörde ist. – 7. Die Datenübermittlung kann neben dem Datenschutzrecht auch die Persönlichkeit des Arbeitnehmers (Art. 28 ZGB, Art. 328 und Art. 328b OR) verletzen. Sie kann zum einen nach Teilen der Lehre aufgrund eines fehlenden arbeitsrechtlichen Bezugs (Art. 328b OR) unzulässig sein. Andererseits kann sie gegen die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers verstossen, da die Klägerin in ihrer Tätigkeit als Arbeitnehmerin bloss in Übereinstimmung mit den damals geltenden Regularien Weisungen ihres Arbeitgebers befolgte.

ZH Bezirksgericht Horgen, CG140026-F vom 9. Juli 2015 (Beschwerde vor dem Obergericht Zürich hängig). NZZ 18. Juli 2015 15 («Reines Powerplay der USA»). Besprechung: Ceregato, *ius.focus* 10/2015 19; Cuendet, *AJP* 2015 1608 ff.

r33 Datenübermittlung an das DoJ. Vorsorgliche Massnahmen. Einlenken der Bank. Transmission d'informations au DoJ. Mesures provisionnelles. Acquiescement de la banque.

Ein ehemaliger Bankmitarbeiter will mittels vorsorglicher Massnahme die Übermittlung personenbezogener Daten durch die Bank an das DoJ verhindern. Die Bank macht unter anderem geltend, eine vorsorgliche Massnahme sei nicht notwendig, da eine individuell an sie gerichtete Verfügung des Bundesrates, welche inhaltlich der Musterverfügung vom 3. Juli 2013 entspricht, ihrer Ansicht nach eine Datenübermittlung verbietet, wenn der Betroffene Zivilklage eingereicht hat.

1. In der Verfügung wird kein Verbot der Datenübermittlung ausgesprochen. Es handelt sich lediglich um einen Vorbehalt in dem Sinne, dass eine trotz Klageeinleitung erfolgte Datenübermittlung nicht von der bundesrätlichen Bewilligung umfasst wird und somit unter den Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 StGB fallen kann. Die Verfügung hat für diesen Fall also keine Auswirkungen. – 2. Der Umstand, dass ein bestimmtes Verhalten durch eine Strafnorm bereits generell verboten ist, macht ein individuelles Verbot nicht überflüssig. Darüber hinaus ist der Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 StGB eine politische Straftat, deren Strafverfolgung eine Ermächtigung des Bundesrates voraussetzt (Art. 66 StBOG). Ob der Bundesrat bei einer Missachtung der individuellen

Verfügung die Ermächtigung zur Strafverfolgung erteilen würde, ist aufgrund der politischen Brisanz der Datenherausgabe an US-Behörden ungewiss. – 3. Eine vorsorgliche Massnahme erweist sich unter anderem dann nicht als notwendig, wenn die Gesuchsgegnerin glaubhaft machen kann, in den Standpunkt der gesuchstellenden Partei eingelenkt zu haben. Die vorbehaltlose Erklärung, sich an die Verfügung des Bundesrats zu halten, vermag diesem Anspruch nur dann zu genügen, wenn sie in einem frühen Stadium des Konflikts abgegeben wurde. Da eine solche Erklärung im vorliegenden Fall erst mit Einreichen der Schutzschrift erfolgte, also wenn die Bank schon ernsthaft mit einem Massnahmeverfahren rechnen musste, gelingt es der Bank nicht, eine Einlenkung glaubhaft zu machen.

ZH Obergericht, LF150003-O/U vom 14. April 2015 (rechtskräftig).

r34 Mitteilungsverbot in Verfügung der FINMA. Interdiction de communiquer le contenu d'une décision de la FINMA.

Die FINMA erlässt gegenüber Bank eine Verfügung in Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft und verbietet dieser darin, die Verfügung ohne Zustimmung der FINMA Dritten zugänglich zu machen. Damit soll verhindert werden, dass von der FINMA bearbeitete Personendaten Dritten zur Kenntnis gebracht werden.

1. Die FINMA ist gemäss datenschutzrechtlichen Bestimmungen zwar verpflichtet, dafür zu sorgen, dass keine von ihr bearbeiteten Personendaten ohne Einwilligung oder gesetzliche Grundlage an Dritte weitergegeben werden. Sie hat diesem Umstand aber unter anderem dadurch Rechnung zu tragen, dass sie soweit möglich keine besonders schützenswerten Personendaten in ihre Verfügungen aufnimmt. Dabei ist auch zu beachten, dass die Verfügungsadressatin ebenfalls an die zivilrechtlichen Bestimmungen zum Datenschutz gebunden ist und keine besonders schützenswerten Personendaten ohne Rechtfertigungsgrund an Dritte weitergeben darf. – 2. Für ein totales Mitteilungsverbot an den Verfügungsadressaten findet sich somit keine genügende gesetzliche Grundlage, es verstösst gegen das informationelle Selbstbestimmungsrecht (Art. 13 BV) und die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV) der Verfügungsadressatin.

BGE 141 I 201, Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA c. B. AG [vormals Bank A. AG]. Besprechung: Arpagaus/Leuzinger, *ius.focus* 11/2015 19; Bahar, <www.cdbf.ch/933>.

r35 Datenübermittlung an das DOJ. Zuständigkeit. *Transmission d'informations au DoJ. Compétence judiciaire.*

Begehren eines Filialleiters um Erlass eines gerichtlichen Verbots an die Adresse der Bank bezüglich der Übermittlung seiner Personendaten an das US-amerikanische Department of Justice. Geltendmachung einer vermögensrechtlichen Streitigkeit, die im vereinfachten Verfahren gemäss Art. 243 ff. ZPO zu führen sei. Das Arbeitsgericht tritt auf die Klage nicht ein, das Obergericht bestätigt den Entscheid.

1. Für die Beurteilung einer Streitsache als vermögens- oder nicht vermögensrechtlich ist massgebend, ob mit der Klage letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Klagen natürlicher Personen gestützt auf Art. 15 Abs. 1 DSG zum Schutz der Persönlichkeit sind grundsätzlich nicht vermögensrechtlicher Natur. – 2. Der Kläger behauptet nicht, dass er in seiner Tätigkeit als Filialleiter mit US-amerikanischen Kunden in Kontakt gekommen wäre oder gar gegen US-amerikanische Gesetze verstossen hätte. Insofern bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass eine Datenlieferung an das DOJ in einer Anklage gegen den Kläger münden könnte. Weshalb konkret eine allfällige Strafuntersuchung gegen den Kläger in den USA seine Weiterbeschäftigung im hiesigen Finanzsektor massiv erschweren, wenn nicht gar verunmöglichen sollte, ist nicht ersichtlich. Im Vordergrund steht somit die Verhinderung der Datenlieferung an einen fremden Staat aus ideellen Gründen, weshalb die Streitigkeit eine nicht vermögensrechtliche ist. – 3. Nach der Rechtsprechung der erkennenden Kammer in OGer ZH, RA150008-O/U vom 7. Mai 2015 (Nichteintretensentscheid in BGer, 4A_307/2015 vom 17. Juli 2015) ist die Befreiung von den Gerichtskosten gemäss Art. 114 lit. c ZPO nur auf vermögensrechtliche Streitigkeiten anwendbar, weshalb das vorliegende Verfahren kostenpflichtig zu führen ist.

ZH Obergericht, LA150009-O/U vom 9. Juni 2015 (rechtskräftig). Vgl. aber BGer, 4A_237/2014; 4A_239/2014 und 4A_191/2014 vom 2. Juli 2014 (Qualifikation als vermögensrechtlich bei Begehren auf Übermittlungsverbot seitens von juristischen Personen).

VIII. Divers – Diverses

r36 (Keine) Vertrauenshaftung der ISO-Zertifizierungsstelle. *Pas de responsabilité de la société de certification ISO fondée sur la confiance.*

Schweizer Investmentgesellschaft ist als Vermittlerin tätig, leitet erhaltene Kundengelder an spanische Brokergesellschaft weiter, welche ein Schneeballsystem betreibt. Zertifizierungsstelle stellt der Investmentgesellschaft eine Zertifizierung für Qualitäts-Managementsystem aus. Klage einer Anlegerin gegen die Zertifizierungsstelle unter anderem gestützt auf Vertrauenshaftung.

1. Die Anlegerin hat die AGB der Zertifizierungsstelle zur Begründung der örtlichen Zuständigkeit eingereicht und scheint von deren Geltung auszugehen. Sie kannte also auch die darin enthaltene Enthaltungsklausel, wonach die Zertifizierungsstelle nicht verantwortlich ist für jede Art von Handlungen, welche auf der Grundlage von Berichten und/oder Zertifikaten getroffen werden. Ob eine solche Haftungsbeschränkung in allen Fällen zulässig ist, kann offengelassen werden. Jedenfalls verhindert sie aber gegenüber einem vertragsfremden Dritten, welcher diese Beschränkung aufgrund einer früheren Vertragsbeziehung mit der Zertifizierungsstelle kannte oder hätte kennen müssen, das Entstehen eines schutzwürdigen Vertrauens. – 2. Auch im Hinblick auf die weiteren Anleger, welche die AGB möglicherweise nicht kannten, kann nicht ohne weiteres von einer rechtlichen Sonderverbindung zur Zertifizierungsstelle ausgegangen werden. Eine ISO-Zertifizierung entbindet den Anleger nicht von der Obliegenheit, einen Investitionsentscheid sorgfältig zu prüfen – 3. Das Gericht sieht auch die anderen Haftungs Voraussetzungen (schützenswertes Vertrauen, Schaden, Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden) als nicht gegeben an.

ZH Handelsgericht, HG110215-O vom 27. April 2015 (Beschwerde vor Bundesgericht hängig).

r37 Kündigung des Arbeitsvertrages unter sofortiger Freistellung. Arbeitszeugnis. *Résiliation du contrat de travail avec libération immédiate. Certificat de travail.*

1. Die ordentliche Kündigung eines höheren Kadermitarbeiters unter sofortiger Freistellung und Räumung des Büros unter Aufsicht ist im Bankenbereich

üblich und begründet für sich alleine keine missbräuchliche Kündigung. – **2.** Der Bankangestellte hat nicht Anspruch auf ein exakt gleich positives Arbeitszeugnis, wie es ihm zuvor vom Vorgänger des Ausstellenden (Zwischenzeugnis) ausgefertigt wurde. Jedem Vorgesetzten steht eine eigene Wahr-

nehmung und subjektive Bewertung der Leistungen seiner Mitarbeiter zu, solange diese nicht in einem erheblichen und objektiv nicht nachvollziehbaren Widerspruch zu vorhergehenden Beurteilungen steht.

ZH Obergericht, LA140034-O vom 16. März 2015 (rechtskräftig).