



Article scientifique

Article

2021

Published version

Public access

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

Les effets des nouvelles règles sur la prescription en droit bancaire et financier

Thévenoz, Luc; Liegeois, Fabien

How to cite

THÉVENOZ, Luc, LIEGEOIS, Fabien. Les effets des nouvelles règles sur la prescription en droit bancaire et financier. In: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2021, vol. 93, n° 2, p. 121–133.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:154012>

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

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 12.06.2025 12:26

Les effets des nouvelles règles sur la prescription en droit bancaire et financier

Luc Thévenoz* | Fabien Liégeois**

The partial reform of limitation rules in the Code of obligations, effective since 2020, has limited impact on the banking and financial sector. Yet specific matters call for renewed attention. We analyse the consequences of the new 3-year and 10-year limitation rule for claims based on torts and unjust enrichment, specifically in connection with defective transfers of funds, intermediated securities and crypto-assets. We also consider investment funds in the event of a claim brought by an investor after the redemption of her units. The

interruption of the limitation period for claims against joint debtors and sureties (cautions; Bürgen) has partially changed but without significant impact for creditors. We revisit the effects of criminal limitation rules on civil claims in respect of inducements (retrocessions). The Financial Services Act deals with prospectus liability and the right of a client to obtain documents from its financial services provider but does not address limitation issues. We fill in these gaps before discussing an interesting case of bank customer data leak.

Table des matières

« Règle des trois P »

- I. Particularités du droit bancaire en matière de prescription
 - II. Virements non autorisés ou mal adressés
 1. Action en exécution
 2. Action en responsabilité contractuelle
 3. Action en enrichissement illégitime
 - III. Transferts de titres intermédiés
 - IV. Cryptoactifs : transferts de droits-valeurs inscrits
 - V. Placements collectifs de capitaux
 - VI. Comptes joints, débiteurs solidaires, cautions et garants
 - VII. Rétrocessions
 1. Arrêt de principe
 2. Analyse
 3. Effets de la prescription délictuelle
 - VIII. Remise de documents
 1. Principe et règles applicables
 2. *Dies a quo*
 3. Limites légales à l'obligation de conserver les documents
 - IX. Prospectus et feuille d'information de base
 - X. Fuite de données bancaires
 1. Position du problème
 2. Connaissance du dommage
 3. Absence d'unité du dommage
- Conclusion

« Règle des trois P »

L'ouverture d'un dossier judiciaire obéit à la « règle des trois P » que forment la procuration, la provision et la prescription. Nous nous concentrons sur le troisième de ces réflexes presque pavloviens de l'avocat, l'écoulement du temps. Il préoccupe le défenseur quelle que soit la position de son client : l'un se presse pour éviter la paralysie du droit d'action, l'autre soulève cette exception que le juge ne relèvera pas d'office. L'allongement de certains délais, objectif central de la révision entrée en vigueur en 2020, a donc de quoi réjouir une bonne moitié de mandants et de mandataires¹.

Le problème du dommage différé (ou tardif; *Spätschaden*) en est à l'origine². Il était en particulier temps d'améliorer la situation des personnes exposées à des substances nocives et dont le préjudice se manifeste tardivement³. Le délai relatif des articles 60

¹ Message relatif à la modification du Code des obligations du 29 novembre 2013, FF 2014 246, p. 227 (ci-après : Message Droit de la prescription).

² Pour une illustration du problème, cf. en particulier ATF 137 II 16; ég. ATF 100 II 343; 87 II 155.

³ A ce sujet, cf. *Donatiello Giuseppe*, Prescription des droits du travailleur exposé à l'amiante : entre sécurité du droit et justiciabilité des droits subjectifs, RDS 2015 I, p. 281 ss; *Chappuis Benoît/Werro Franz*, Délais de prescription et dommages différés : réflexions sur l'ATF 137 III 16 et la motion parlementaire 07.3763, REAS 2011, p. 139 ss; *Fellmann Walter*, Verkürzung der Verjährungsfrist aus Vertragsverletzung bei Körperverletzung oder Tötung, REAS 2014, p. 73 ss; *Husmann David/Aliotta Massimo*, Die Regelung der Verjährungsproblematik von Schadenersatzforderungen für sogenannte Spätschäden, REAS 2014, p. 89 ss; *Müller Christoph*, Der Europäische Gerichtshof für Men-

* Professeur à l'Université de Genève, directeur du Centre de droit bancaire et financier (CDBF).

** Membre du CDBF, Chargé de cours à l'UNIFR (programme de LL.M.) et d'enseignement à l'UNINE, avocat.

al. 1 et 67 al. 1 CO a ainsi été porté à 3 ans. En cas de lésions corporelles ou de mort d'homme, le délai absolu s'élève désormais à 20 ans (art. 60 al. 1^{bis} et 128a CO). Cela suffit-il? Cette contribution ne répond pas à cette question. La mauvaise exécution d'un service bancaire ou financier ne cause heureusement ni lésion corporelle ni mort d'homme.

Nous laissons à d'autres, qui l'ont très bien fait, le soin de présenter cette réforme dans son ensemble⁴. Nous résumons les principales règles et bases légales dans le tableau qui suit, en mettant en gras les délais et les bases légales qui ont été modifiés ou introduits.

Mine de rien, la révision entraîne aussi son lot de questions concernant le secteur bancaire et financier: dans quel délai contester un virement ou un transfert? Quels sont les effets sur les débiteurs solidaires ou les cautions? Qu'en est-il des rétrocessions? Nous essayons de répondre à ces questions délicates. Poursuivant cette cartographie sélective, nous abordons ensuite le sujet sous l'angle des actions en responsabi-

lité de la loi sur les placements collectifs de capitaux et de la loi sur les services financiers⁵, avant de l'illustrer avec la responsabilité d'une banque exposée aux conséquences d'une fuite de données.

I. Particularités du droit bancaire en matière de prescription

Les rapports entre un client et une banque (ou une maison de titres) se caractérisent par deux traits particuliers: les créances réciproques ne se prescrivent pas tant qu'elles sont inscrites en compte courant; cependant, en cas de perte de contact, tous les actifs déposés (créances, titres intermédiés, métaux précieux ...) se prescrivent environ 62 ans après le dernier contact.

Les créances réciproques ne se prescrivent pas car, selon l'usage constant des banques et des maisons de titres, elles sont portées en compte courant.

Créance	Délai de prescription (années)		Base légale (CO)
	relatif	absolu	
Responsabilité extracontractuelle	3	10	Art. 60 al. 1
• Si acte punissable: délai selon art. 97 Code pénal; en outre, 3 ans depuis jugement		7, 10, 15 ou 30	Art. 60 al. 2
• En cas de mort d'homme ou de lésions corporelles	3	20	Art. 60 al. 1^{bis}
Exécution du contrat	–	10	Art. 127
Prestations périodiques, intérêts	–	5	Art. 128 al. 1
Responsabilité contractuelle		10	Art. 127
• En cas de mort d'homme ou de lésions corporelles	3	20	Art. 128a
Enrichissement illégitime	3	10	Art. 67 al. 1

schenrechte verurteilt die Schweiz wegen der absoluten Verjährung der Ansprüche von Asbest-Opfern [...], Jusletter 24 mars 2014.

⁴ Cf. not. *Carron Blaise*, Le nouveau droit suisse de la prescription: Présentation et analyse critique au regard des objectifs visés, Sui generis, vol. I, 2019, p. 318 ss; ég. *Pichonnaz Pascal*, Le nouveau droit de la prescription: éléments choisis, DC 2019, p. 249 ss; *Bohnet François/Dupont Anne-Sylvie*, Le nouveau droit de la prescription, Bâle 2019; *Moser Nicola*, Verjährungsfristen der vertraglichen und ausservertraglichen Haftung, in: Krauskopf Frédéric (édit.), Die Verjährung – Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht, Zurich 2018, p. 17 ss; *Piotet Denis*, Pourquoi seules les créances peuvent-elles se prescrire? Essai sur la systématique des droits subjectifs, Not@lex 2019, p. 150 ss, en particulier p. 164 et s.

⁵ Loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux du 23 juin 2006 (LPCC; RS 951.31); loi fédérale sur les services financiers du 15 juin 2018 (LSFin; RS 950.1).

Par l'effet cumulé du sursis à l'exigibilité (*Stundung*)⁶, de la compensation et de la novation, elles perdent leur individualité et produisent à période fixe un nouveau solde qui est reporté à nouveau⁷. La prescription n'entre en jeu qu'au moment où l'une ou l'autre partie résilie le rapport de compte courant. Le solde du compte, qui est une créance contractuelle, devient alors exigible, de sorte que le délai de 10 ans de l'art. 127 CO peut commencer à courir⁸.

Les avoirs en déshérence⁹, en revanche, se «prescrivent» un peu plus de 60 ans après que la banque ou la maison de titres¹⁰ a perdu le contact avec son client. Ces avoirs comprennent les créances contre la banque, les titres intermédiés, les instruments financiers et toute autre valeur déposée, y compris le contenu des coffres-forts qui n'a pas été réclamé pendant cette période. Les avoirs dont la valeur est supérieure à CHF 500 font l'objet d'une publication 50 ans après qu'ils ont été identifiés comme étant en déshérence, soit en principe 60 ans après le dernier contact ; leur liquidation intervient en principe 2 ans plus tard¹¹, ce qui éteint définitivement les prétentions des ayants droit (art. 37m al. 2 LB). Le produit de liquidation est remis à la Confédération.

On l'aura compris, la liquidation des avoirs en déshérence ne relève pas des règles sur la prescription au sens du Code des obligations. Elle correspond plutôt à une forme de péremption, une déchéance des droits d'autant plus efficace qu'elle n'est susceptible ni d'interruption ni de suspension, sinon bien sûr par le rétablissement du contact.

II. Virements non autorisés ou mal adressés

1. Action en exécution

Le problème du virement non autorisé ou mal dirigé occupe les tribunaux à intervalles réguliers¹². Il exige du défenseur du lésé qu'il refreine ses velléités d'intenter une action en responsabilité. Seule l'action en exécution servira les intérêts de son client (*Erfüllungsklage*)¹³. Généralement, elle a pour objet la correction du compte bancaire débité à tort, c'est-à-dire l'extourne (contre-passation) du débit. Lorsque la banque exécute un ordre qui n'émane pas de son client (ou de son représentant autorisé), la loi ne lui est d'aucun secours : l'art. 402 al. 1 CO, qui permet au mandataire d'obtenir le remboursement de ses avances, n'est pas pertinent lorsque la banque agit «sans mandat»¹⁴. Celle-ci supporte, par défaut, le dommage résultant d'un virement hasardeux. La clause de transfert de risque, qu'elle intègre au contrat pour renverser la vapeur, ne la protège pas toujours. Le juge *doit* l'ignorer en cas de faute grave¹⁵ ; il *peut* l'ignorer en cas de faute légère qui ne soit pas imputable à un auxiliaire¹⁶. Faute de pouvoir élever une créance en compensation, la banque qui paie mal paie donc deux fois.

Concrètement, une extourne suffirait à réparer l'erreur si la banque pouvait «contre-passer l'écriture»¹⁷. Avec ce procédé comptable, le client retrouve sa position antérieure, sous réserve d'un éventuel dommage que lui a causé l'indisponibilité temporaire de la somme, dommage dont l'indemnisation relève de la responsabilité contractuelle (art. 97 al. 1, 103 ou

⁶ CR CO I-Piotet, art. 117 N 13 ; *Etter Laurent*, Le contrat de compte courant, Zurich 1994, p. 139 ss.

⁷ Ou au fur et à mesure des écritures, suivant la conception à laquelle on se rattache, comp. *Martin Céline*, Das Kontokorrent im schweizerischen Bankgeschäft, Zurich/Saint-Gall 2020, p. 124 (partisan de la théorie de la compensation en continu).

⁸ ATF 91 II 442, JdT 1966 I 337, *Thorwart c. X* ; confirmé dernièrement par ATF 133 III 37 consid. 3.

⁹ Des avoirs sont réputés en déshérence lorsque l'établissement n'est plus parvenu, depuis 10 ans après le dernier contact, à joindre le client, ses successeurs légaux ou un fondé de procuration (art. 45 al. 1 OB).

¹⁰ A qui ces règles sont également applicables, cf. art. 67 al. 2 LEFin.

¹¹ Cf. art. 37m LB et 49–59 OB.

¹² Cf. not. ATF 146 III 121 ; 146 III 326 ; TF 4A_161/2020 du 6 juillet 2020 ; 4A_337/2019 du 18 décembre 2019.

¹³ Cf. not. ATF 146 III 121 consid. 3.1.2.

¹⁴ Sur l'utilisation de cette formule, cf. not. ATF 146 III 121 consid. 3.

¹⁵ Sur la notion de faute grave, cf. TF 4A_379/2016 du 15 juin 2017 consid. 3.3.2 ; 4A_386/2016 du 5 décembre 2016 consid. 2.2.5 ; sur le «transfert des risques sur la tête du client», cf. *Guggenheim Daniel/Guggenheim Anath*, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5^e éd., Berne 2014, p. 125 et s.

¹⁶ Sur la notion, cf. ATF 146 III 326 consid. 6.2 ; TF 4A_386/2016 du 5 décembre 2016 consid. 2.2.5 ; 4A_398/2009 du 23 février 2010 consid. 6.1 ; ég. CR CO I-Thévenoz, art. 100 N 15.

¹⁷ ATF 146 III 121 consid. 3.1.2 ; 146 III 326 consid. 5.1 ; TF 4A_337/2019 du 18 décembre 2019 consid. 2.2.

106 CO)¹⁸. Il arrive toutefois que le client ne parvienne pas à convaincre la banque de recrediter son compte. Dans quel délai faut-il alors agir en justice? *En apparence*, le client n'a pas à redouter l'écoulement du temps puisque sa créance échappe à la prescription tant que dure la relation contractuelle¹⁹. Le délai absolu de 10 ans ne commence à courir qu'au jour de la résiliation du contrat (art. 127 CO)²⁰. La récente révision n'affecte pas ce régime. *En réalité*, le client doit se montrer prudent, car la clause de réclamation, intégrée au contrat par la banque, lui impose de contester à temps toute irrégularité qu'il peut constater. Le délai de réclamation s'élève généralement à 30 jours. S'il ne se conforme pas à cette exigence, le client risque de s'entendre dire qu'il a ratifié l'ordre. Mais cela est une autre histoire.

2. Action en responsabilité contractuelle

En réponse à l'action en exécution du client, la banque peut lui rétorquer qu'elle dispose elle-même d'une prétention à son égard, au motif que le client aurait violé l'une de ses obligations contractuelles (art. 97 al. 1 CO)²¹. C'est une autre façon pour la banque de faire valoir la compensation en cas de virement contesté. A l'instar du client qui agit en exécution, la banque doit intenter son action en responsabilité contractuelle dans un délai de prescription de 10 ans (art. 127 CO). Le point de départ du délai n'est cependant pas le même pour les deux parties: le délai de la banque ne court pas à compter de la résiliation du mandat, mais de la violation du contrat par le client²². Cette asymétrie implique que l'action en exécution du client

pourrait rester envisageable, tandis que la contre-prétention de la banque serait déjà prescrite. La clause de réclamation devrait néanmoins refroidir les partisans d'une telle stratégie.

3. Action en enrichissement illégitime

Quelle que soit l'issue de l'action en justice, l'une des deux parties se trouvera appauvrie. C'est mathématique. La banque ou le client peut se tourner vers la personne qui a bénéficié du virement contesté. Surgit alors l'action en enrichissement illégitime.

La réforme du droit de la prescription a allongé le délai relatif de prescription de l'art. 67 al. 1 CO. Celui-ci s'élève désormais à 3 ans. Il court à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit de répétition²³. Plus précisément, l'appauvri doit disposer de suffisamment d'éléments pour pouvoir fonder et motiver son action en justice²⁴. Il doit ainsi connaître cumulativement:

- La mesure approximative de l'atteinte à son patrimoine;
- L'absence de cause du déplacement de patrimoine, et;
- La personne de l'enrichi²⁵.

En revanche, le délai absolu de 10 ans demeure inchangé. Il commence à courir dès la naissance du droit²⁶.

Les mêmes délais s'appliquent en cas d'action fondée sur un acte illicite (art. 41 CO), sauf si le lésé parvient à invoquer le délai plus long de l'action pénale au motif que la personne tenue à réparation a commis un acte punissable. Ce «délai extraordinaire» de prescription civile a d'ailleurs été précisé: si la prescription de l'action pénale ne court plus parce qu'un jugement pénal de première instance a été rendu, l'action civile se prescrit au plus tôt 3 ans à compter de la notification du jugement (art. 60 al. 2 CO). Lors-

¹⁸ En cas de virement interne, cf. ATF 132 III 609 consid. 5.3.6; sur la portée juridique de l'extourne, cf. ATF 127 III 147 consid. 3; sur la justification, cf. TF 4C.480/1994 du 18 avril 1995 consid. 4 publié in SJ 1995 p. 727.

¹⁹ *Guggenheim/Guggenheim* (n. 15), p. 207 et s. avec référence à l'ATF 91 II 442 consid. 5b traduit au JdT 1966 I 337, p. 346 et s.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Sur ce que le Tribunal fédéral présente comme «la troisième étape» du raisonnement, cf. ATF 146 III 121 consid. 5. p. 134 et s.; 146 III 326 consid. 4.2 p. 331 (où le TF relève que «lorsque les parties ont conclu une clause de transfert de risque, il n'y a pas de troisième étape comme c'est le cas lorsque le système légal s'applique»); TF 4A_161/2020 du 6 juillet 2020 consid. 3.2; 4A_337/2019 du 18 décembre 2019 consid. 2.1.

²² *Guggenheim/Guggenheim* (n. 15), p. 326; CR CO I-Pichonnaz, art. 130 N 5j.

²³ La connaissance de la prétention doit être «effective», CR CO I-Chappuis, art. 67 N 4; CR CO I-Pichonnaz, art. 127 N 40; cf. not. ATF 129 III 503 consid. 3.4; 109 II 433 consid. 2.

²⁴ Cette précision, issue de la jurisprudence, demeure valable, cf. TF 4A_586/2018 du 5 septembre 2019 consid. 2.5.1.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Pour une illustration récente du point de départ de la prescription décennale, cf. not. TF 4A_495/2019 du 28 février 2020 consid. 4.3 (droit du bail) et les réf. citées.

qu'aucun jugement pénal n'est rendu, l'action civile se prescrit au plus tôt à l'échéance du délai de prescription de l'action pénale²⁷.

III. Transferts de titres intermédiés

Les comptes de titres peuvent, comme les comptes libellés en monnaie, être affectés d'une écriture erronée, le plus souvent parce qu'elle reflète une instruction défectueuse. L'instruction de transfert qui n'émane ni du titulaire de compte ni de son représentant illustre le problème. Pour y remédier, la loi sur les titres intermédiés instaure un régime des extournes qui diffère de celui des comptes monétaires. Les art. 27 et 28 LTI règlent les hypothèses dans lesquelles un débit ou une bonification peut ou doit être extourné, le fardeau de la preuve et les exceptions.

Une prescription plus courte s'applique à ce régime particulier des extournes : 1 an depuis la découverte du défaut, 5 ans depuis la date de l'écriture défectueuse. La nature commerciale des transactions justifie en effet une réduction du délai de prescription par rapport au délai ordinaire de 10 ans de l'art. 127 CO. Le délai absolu de 5 ans répond par ailleurs à une double préoccupation : d'une part, il arrive que les écritures soient repérées tardivement. D'autre part, les clarifications qui s'ensuivent peuvent elles-mêmes s'avérer fastidieuses²⁸. On notera que le message ne se réfère pas aux règles sur l'enrichissement illégitime en rapport avec les extournes²⁹.

Il était inévitable que la révision du droit de la prescription amenât à reconsidérer ces délais. Malheureusement, la prescription des extournes semble avoir échappé à un examen spécifique. Le message lui applique le lit de *Procruste* conçu pour les lois spé-

ciales : « [i]l y a lieu d'unifier la durée des délais de prescription des actions similaire[s] à celles visées par les art. 60 et 67 CO. Il n'y aura à l'avenir que trois délais pour les actions extracontractuelles : trois, dix et trente [réduit à vingt par les Chambres] ans. »³⁰ On retrouve désormais les délais de 3 et 10 ans aux art. 27–29 LTI.

Cette harmonisation mérite approbation en ce qui concerne les prétentions contre les tiers (art. 29 LTI). L'éventuelle prescription plus longue de l'action pénale est d'ailleurs réservée (art. 29 al. 4, 2^e phrase, LTI).

La même harmonisation est en revanche critiquable dans les rapports entre dépositaire et titulaire de compte, de même qu'entre dépositaire et sous-dépositaire. Le crédit en compte de titres (la « bonification » selon la terminologie suisse) a un effet constitutif. Bonifications et débits visent à garantir une sécurité juridique élevée et à favoriser la finalité des transactions sur titres intermédiés. Il est donc paradoxal que des corrections puissent intervenir jusqu'à 10 ans après que les transactions correspondantes ont été inscrites en comptes de titres. Un tel agencement manque de cohérence. En outre, le délai relatif de 3 ans paraît très long dans le contexte des systèmes de règlement-livraison : il permet et légitime un attentisme indolent inconciliable avec les nécessités de cette activité et la stabilité des marchés financiers.

IV. Cryptoactifs : transferts de droits-valeurs inscrits

Entrée en vigueur en 2010, la loi sur les titres intermédiés consacrait un régime juridique complet pour des infrastructures de marchés et des pratiques développées 40 ans auparavant.

Il en va autrement de la loi sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués (« loi TRD »)³¹. La *blockchain* et les registres électroniques distribués représentent aujourd'hui un immense terrain d'exploration où l'on peine encore à discerner les technologies et les pratiques commerciales susceptibles de

²⁷ Pichonnaz (n. 4), p. 250, observe la modification textuelle et relève qu'elle reprend au fond les apports de la jurisprudence et les modifications du droit pénal ; ég. Carron (n. 4), p. 322, qui rappelle que le délai de l'action pénale n'est lui plus « interruptible » ; cf. ég. Conti Morel Emilie, Le nouveau délai de prescription pénale de plus longue durée, Revue de l'Avocat 6/2020, p. 262 ss, en particulier p. 265 et s.

²⁸ Message relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiés et à la Convention de La Haye sur les titres intermédiés du 15 novembre 2006, FF 2006 8817, p. 8873 s.

²⁹ Les prétentions contre un tiers qui n'est pas protégé comme acquéreur de bonne foi relèvent, elles, de l'enrichissement illégitime (art. 29, al. 2 à 4) et leur prescription est alignée sur l'art. 67 CO.

³⁰ Message Droit de la prescription (n. 1), p. 249.

³¹ Loi du 25 septembre 2020, RO 2021 33. Les modifications du Code des obligations citées ci-après sont entrées en vigueur le 1^{er} février 2021.

pérennité. On peut parler sans mauvaise conscience d'une technologie en recherche d'usages durables !

Pour fournir une assise de droit privé à ces développements fascinants, mais au succès incertain, la loi plaque le cadre conceptuel des papiers-valeurs à des droits-valeurs qui ne sont pas incorporés dans un titre, mais inscrits dans un registre (art. 973d al. 2 CO). Le régime leur confère une négociabilité fonctionnellement équivalente à celle que la double clause de présentation et de légitimation, la purge des exceptions et la foi publique des inscriptions confèrent aux papiers-valeurs (cf. Art. 973e CO).

Ce dispositif législatif nouveau ne contient pas de règle de prescription, ce qui ne surprend guère: la prescription des droits personnels (créance et droits sociaux), voire réels, qui sont inscrits dans ces registres suit les règles propres à chacun de ces droits.

Les nouvelles dispositions ne disent rien non plus des prétentions du titulaire d'un droit-valeur inscrit à l'encontre d'un acquéreur qui n'est pas protégé dans son acquisition parce que l'aliénateur n'avait pas le pouvoir de disposer et que l'acquéreur a agi de mauvaise foi ou par négligence grave (art. 973e al. 3 CO).

Le message suggère que le titulaire dépossédé recoure à l'action en annulation du droit-valeur inscrit, pour laquelle il lui suffit de rendre plausible qu'il avait le pouvoir de disposer et qu'il l'a perdu (art. 973h CO). Cette action n'est soumise à aucun délai; la procédure et les effets de l'annulation sont réglés aux art. 982–986 CO applicables par analogie; la convention d'inscription peut réduire le nombre de sommations publiques et raccourcir les délais (art. 973h al. 2 CO).

L'action en annulation n'est pas ouverte si l'ancien titulaire du droit-valeur inscrit en réclame la restitution parce que l'aliénation repose sur une cause nulle, entachée d'un vice du consentement, résolue ou autrement défectueuse. La question d'une revendication (au sens de l'art. 641 al. 2 CC) ne se pose pas dès lors que les droits-valeurs inscrits ne sont pas des choses mobilières et que le législateur n'a pas voulu les y assimiler. En outre, hormis le cas d'annulation précitée, la loi ne prévoit pas d'action en rectification du registre.

Ainsi, lorsqu'un transfert de droits-valeurs est défectueux et que ses effets doivent être défaites, les prétentions relèvent des règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ou 63 CO). L'ayant droit est exposé au

risque d'insolvabilité du débiteur³². Il doit agir en restitution contre le nouveau titulaire en respectant le double délai de prescription (3 et 10 ans) de l'art. 67 CO. La prescription peut être interrompue de diverses manières (art. 135 CO), mais pas par un commandement de payer puisque la créance en restitution ne porte pas sur une somme d'argent.

V. Placements collectifs de capitaux

Le chef de responsabilité en matière de placements collectifs de capitaux se situe à l'art. 145 LPCC. Cette *lex specialis* permet aux investisseurs, créanciers ou à la société de demander réparation à la personne qui viole ses obligations découlant de la LPCC. La légitimation passive est étendue: elle inclut la direction de fonds (respectivement la SCPC, la SIGAV ou la SICAF), la banque dépositaire, le gestionnaire de fortune collective ou encore la société d'audit³³.

L'art. 147 LPCC fixe le délai de prescription de la créance découlant de l'action en responsabilité. Cette disposition, calquée sur le modèle de l'art. 760 CO, prévoit un délai relatif de 5 ans et absolu de 10 ans³⁴. Dans une optique d'uniformisation, le délai relatif aurait pu être raccourci de 5 ans à 3 ans. Une telle modification se serait néanmoins inscrite en contradiction avec le but de la réforme, dont nous savons qu'il consistait à allonger les délais de prescription, non à les raccourcir³⁵. Le délai relatif de 5 ans, qui court à compter de la connaissance effective et concrète du dommage³⁶, demeure donc inchangé.

³² Contrairement à la restitution de titres intermédiés, cf. art. 29 al. 3 LTI. Le nouveau privilège de faillite de l'art. 242a LP s'applique lorsque le failli s'est engagé à tenir des cryptoactifs en tout temps à la disposition de tiers et que ces cryptoactifs sont attribués individuellement aux tiers ou qu'ils sont attribués à une communauté et que la part de chacun est clairement déterminée. Cette disposition s'applique donc à des situations assimilables au dépôt (*custody*; cf. ég. nouvel art. 16 ch. 1^{bis} LB, qui traite des valeurs déposées), différentes de la situation visée ici.

³³ Pour une présentation détaillée, cf. BSK KAG-Bärtschi/von Planta, art. 145 LPCC N 12–22.

³⁴ Cf. Message concernant la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux du 23 septembre 2005, FF 2005 5993, p. 6082.

³⁵ Message Droit de la prescription (n. 1), p. 249 et p. 260 et s.

³⁶ BSK KAG-Bärtschi/von Planta, art. 147 LPCC N 5.

En revanche, le point de départ du délai absolu a été aligné sur l'art. 60 al. 1 CO³⁷. Le délai commence à courir le jour où le fait dommageable se produit ou cesse.

Enfin, l'art. 147 al. 1 LPCC contient un délai de prescription « spécial » qui vient se substituer au délai relatif et général de 5 ans. Ce délai spécial de 3 ans s'applique lorsque l'investisseur a demandé le remboursement de ses parts. Il repose donc sur un élément objectif: le délai court en effet dès que l'investisseur reçoit le paiement du prix de rachat (*die Auszahlung des Rückkaufpreises*)³⁸. Conformément au but de la réforme, ce délai est passé d'un an à 3 ans³⁹.

VI. Comptes joints, débiteurs solidaires, cautions et garants

Sans qu'il s'agisse de nouveautés majeures, quelques modifications relatives à la prescription des rapports avec les débiteurs solidaires et avec les cautions méritent d'être signalées.

La solidarité passive (au sens de l'art. 143 CO) caractérise tous les comptes bancaires dont plusieurs clients sont titulaires, que ceux-ci puissent en disposer seuls (signature individuelle) ou à plusieurs (p. ex. signature collective à deux).

Tant que le compte est tenu par la banque et qu'il n'a pas été résilié, on rappellera que les créances inscrites en compte ne sont pas exigibles et ne se prescrivent donc pas. Ce n'est qu'à la résiliation (clôture) du compte qu'une éventuelle créance de la banque contre ses clients commence à se prescrire selon les art. 127 et 130 CO. Quel est l'effet de la solidarité passive sur la prescription de la créance de solde de la banque contre chaque débiteur ?

Un ajout à la fin de l'art. 136 al. 1 CO a permis au législateur de corriger une jurisprudence controversée⁴⁰. Désormais, seuls les actes du créancier (et non ceux d'un débiteur) interrompent la prescription à l'égard de tous les débiteurs solidaires, ou du moins à l'égard de ceux dont la dette n'est pas déjà prescrite.

Ainsi, lorsque la banque peut faire valoir ses droits à l'encontre de plusieurs débiteurs solidaires, une réquisition de poursuite, une requête de conciliation, une action ou une exception devant un tribunal ou un tribunal arbitral, ou encore une intervention dans la faillite d'un codébiteur interrompt la prescription à l'égard de tous (art. 135 ch. 2 CO).

En revanche, une reconnaissance de dette (expresse ou par acte concluant) ou la renonciation unilatérale à soulever l'exception de prescription ne valent qu'à l'égard du ou des débiteurs qui ont consenti (art. 135 ch. 1 CO). De même, la suspension conventionnelle écrite de la prescription pendant les discussions en vue d'une transaction, pendant une médiation ou tout autre procédure de résolution des litiges ne vaut qu'à l'égard du débiteur qui a consenti (art. 134 al. 1 ch. 8 CO).

Bien que cela concerne les rapports internes entre les débiteurs – qui sont en principe indifférents à la banque – on notera que lorsqu'un débiteur a payé au-delà de sa part, son recours contre un codébiteur solidaire se prescrit désormais par 3 ans depuis le moment où il a payé et où il connaît le codébiteur (art. 139, 148 et 149 CO).

La banque dispose parfois d'un débiteur et d'une caution pour répondre de ses créances. Ici aussi, lorsque la prescription à l'égard du débiteur principal est interrompue par un acte du créancier, elle vaut également à l'égard de la caution (art. 136 al. 2 et 135 ch. 2 CO). En revanche, un acte du débiteur principal (art. 135 ch. 1 CO) n'a pas cet effet pour la caution. En outre, mais ce n'est pas un changement, la prescription interrompue contre la caution ne l'est point contre le débiteur principal (art. 136 al. 3 CO).

Les garanties indépendantes sont fréquentes dans les relations bancaires. Leur but est de garantir l'exécution d'obligations d'un débiteur à l'égard d'un créancier. Juridiquement cependant, leur indépendance signifie que la garantie n'est pas l'accessoire des créances garanties, que sa validité, son existence, sa durée, son extinction sont indépendantes du sort de celles-ci.

Ce raisonnement explique que les alinéas 2 et 3 de l'art. 136 CO s'appliquent aux cautionnements, qui sont des sûretés personnelles accessoires, mais pas aux garanties indépendantes. Comme aupara-

³⁷ Message Droit de la prescription (n. 1), p. 260.

³⁸ BSK KAG-Bärtschi/von Planta, art. 147 LPCC N 7.

³⁹ Message Droit de la prescription (n. 1), p. 260 et s.

⁴⁰ ATF 89 II 415 consid. 2 (par ses paiements au lésé, l'assureur RC automobile interrompt la prescription des prétentions du lésé contre le détenteur). Controverse: CR CO I-Pichonnaz, art. 136 N 2a, et Message Droit de la prescription (n. 1), p. 245 s.

vant, garantie indépendante et obligation garantie se prescrivent indépendamment l'une de l'autre⁴¹.

VII. Rétrocessions

A première vue, les nouvelles dispositions sur la prescription ne semblent pas avoir d'effet sur les prétentions des clients contre leurs prestataires de services financiers en matière de rétrocession, qui relèvent du droit du mandat. La révision de l'art. 60 al. 2 CO n'est cependant pas sans conséquence sur la question. Celle-ci mérite par conséquent d'être reconsidérée.

1. Arrêt de principe

Dans son arrêt de principe, qui concernait un courtier en assurance, le Tribunal fédéral a jugé que, lorsque le mandant n'y a pas renoncé après avoir été suffisamment informé⁴², le droit à la remise des avantages que le mandataire reçoit de tiers se prescrit par 10 ans depuis leur exigibilité (art. 127 et 130 al. 1 CO)⁴³. La créance est exigible à compter du jour où le mandataire reçoit l'avantage (art. 75 CO). Il en découle que la prescription court séparément pour chaque versement reçu.

Contrairement au *dies a quo* des actions extracontractuelles ou de l'enrichissement illégitime, la prescription du droit à la remise des rétrocessions est indépendante de la *connaissance* que le mandant peut avoir de ce droit. Par ailleurs, il importe peu que la relation d'affaires soit durable.

2. Analyse

La révision de l'art. 60 al. 2 CO clarifie les conditions auxquelles l'existence d'un acte pénalement punissable de la personne tenue à réparation prolonge la prescription civile des prétentions extracontractuelles. Or le Tribunal fédéral a jugé à plusieurs reprises que le mandataire qui conserve des rétrocessions sans en avoir préalablement informé son mandant et sans avoir obtenu son consentement éclairé se rend cou-

pable de gestion déloyale au sens de l'art. 158 CP⁴⁴. Il considère que la gestion déloyale ne consiste pas dans la rétention induite des sommes reçues de tiers, mais dans le silence du mandataire sur l'existence de ces versements. Il s'agit donc d'une violation de son obligation de rendre compte⁴⁵.

La gestion déloyale est commise par omission, et cette omission dure aussi longtemps que le mandataire reçoit des rétrocessions sans en rendre compte. La gestion déloyale ne cesse donc qu'avec la révélation des rétrocessions ou la résiliation du mandat.

Ces considérations emportent, nous semble-t-il, une double conséquence sur la prescription de l'action pénale.

- D'abord, le mandataire (gestionnaire de fortune, conseiller en placement, banque, courtier en assurance...) réalise généralement la circonstance aggravante du dessein d'enrichissement illégitime; il encourt alors une peine privative de liberté de 5 ans, de sorte que l'action pénale se prescrit par 15 ans (art. 158 ch. 1 al. 2, et 97 al. 1 lit. b CP).
- Ensuite, puisqu'il s'agit d'une infraction commise par l'omission d'informer le mandant de l'existence de rétrocessions⁴⁶, et cette omission étant durable, la prescription ne commence à courir qu'à partir du moment «où les agissements coupables ont cessé» (art. 98 lit. c CP), c'est-à-dire au moment où le mandataire a informé son mandant des rétrocessions ou, s'il ne l'a jamais fait, lors de la résiliation du mandat⁴⁷.

Le *dies a quo* de la prescription pénale (pertinent pour l'application de l'art. 60 al. 2 CO) semble donc coïncider avec celui du délai absolu de la prescription délictuelle, qui court «à compter du jour où le fait dommageable [ici le silence du mandataire et la ré-

⁴¹ CR CO I-Pichonnaz, art. 136 N 7 i.f.; BSK-Däppen, art. 136 N 5; ZK-Berti, art. 136/141 N 15.

⁴² A ce propos, voir TF 4A_355/2019 du 13 mai 2020, commenté notamment par Fischer, cdbf.ch/1145, qui confirme et précise les exigences en matière d'information qui résultent déjà de ATF 137 III 393, SJ 2012 I 137, consid. 2.4.

⁴³ ATF 143 III 348.

⁴⁴ ATF 144 IV 294 (à propos d'un gestionnaire de fortune qui était aussi le tuteur de sa cliente); TF 6B_54/2019 du 3 mai 2019; sur l'ensemble des rapports entre droit civil et droit pénal en matière de rétrocessions, voir dans ce cahier, Reber Martina Andrea/Emmenegger Susan/Lehmkuhl Marianne Johanna, Retro-Strafbarkeit nach Art. 158 StGB: Questions and (some) Answers, RSDA 2021, p. 144 ss.

⁴⁵ ATF 144 IV 294, consid. 3.3, critiquée par une partie de la doctrine; cf. Reber/Emmenegger/Lehmkuhl (n. 44), p. 145.

⁴⁶ ATF 144 IV 294 consid. 3 et consid. 3.3; Cour suprême du canton de Berne, SK.2012.218 du 4 juillet 2013, rés. RSDA 2014 430 r27.

⁴⁷ TF 6B_90/2014 du 29 janvier 2015 consid. 6.2.

tention des avantages reçus] ... a cessé» (art. 60 al. 1 CO). Si elles existent, les prétentions délictuelles du client se prescrivent bien après son droit à la remise des rétrocessions reçues par le mandataire.

3. Effets de la prescription délictuelle

Privé de la possibilité de réclamer la remise des rétrocessions dont l'existence lui a été tue de manière illícite, le mandant subit un dommage. C'est ce que dit clairement le Tribunal fédéral: «faute de l'information nécessaire, [le client] n'est pas en mesure de réclamer au gérant la restitution à laquelle il peut prétendre, et il subit de ce fait un dommage par non-augmentation de son actif.»⁴⁸

Si la gestion déloyale devait être retenue, le client pourrait exiger la réparation de son dommage selon l'art. 41 CO. Indépendamment de son droit à la remise de tout ce que le mandataire reçoit du chef de sa gestion (art. 400 al. 1 CO), le client subit en effet un dommage à hauteur des avantages que l'établissement financier retient par devers lui. A la différence des prétentions fondées sur l'art. 400 CO, le délai absolu de la prétention délictuelle du client (10 ans) commence à courir depuis le moment où la gestion déloyale a cessé (art. 60 al. 1 CO), soit le plus souvent depuis la résiliation du mandat. Dans un tel cas, le client pourrait par conséquent exiger au titre de dommage la valeur des avantages dont la gestion déloyale l'aurait privé même si son droit contractuel à leur remise devait être déjà prescrit.

Si la gestion déloyale est aggravée par le dessein d'enrichissement illégitime, l'action pénale se prescrit par 15 ans depuis la fin de la gestion déloyale, ce qui empêche en soi la prescription de l'action délictuelle (art. 60 al. 2 CO).

L'art. 60 al. 2 CO est soumis à la condition que «le fait dommageable résulte d'un acte punissable de la personne tenue à réparation». L'établissement financier dont le client exige la remise des rétrocessions ou à qui il réclame l'indemnisation de son dommage est en principe une personne morale. Conformément au principe de la responsabilité individuelle, le «répondant» pénal est la personne physique qui a commis – par omission – la gestion déloyale. Le Tribunal fédéral a depuis longtemps jugé que le délai plus long de

la prescription pénale est opposable à la personne morale lorsque l'acte punissable est le fait d'un organe au sens de l'art. 55 al. 2 CC⁴⁹, mais ne s'applique pas aux actes punissables commis par des auxiliaires au sens de l'art. 55 CO⁵⁰.

L'information du client sur les rétrocessions et l'obtention de son consentement relèvent de la politique d'affaires de l'établissement et des procédures d'ouverture de compte (*onboarding*). La mise en place d'un processus d'information, comme le prescrit désormais aussi le droit de la surveillance (art. 26 LSFIn), est donc une responsabilité relevant de la direction de l'établissement financier et son défaut directement imputable aux organes de l'établissement. Il n'est donc pas nécessaire d'identifier des responsables à titre individuel.

Indépendamment du raisonnement qui précède, il est justifié de considérer que l'art. 99 CO appelle une application «par analogie» de l'art. 60 al. 2 CO à la prescription de l'action contractuelle en dommages-intérêts⁵¹. En effet, le silence du mandataire sur l'existence de rétrocessions relève de la gestion déloyale précisément parce qu'il manque à son obligation contractuelle d'informer et de rendre compte (art. 400 CO), et ainsi à son obligation de fidélité (art. 398 al. 2 CO). Comme elle est fondée sur la violation des obligations du mandataire, l'action en réparation du dommage que subit le client bénéficie, par conséquent, du délai de prescription plus long de la poursuite pénale.

VIII. Remise de documents

1. Principe et règles applicables

La loi sur les services financiers clarifie et renforce les obligations de reddition de comptes des prestataires de services financiers. Son art. 15 prévoit une obligation de documentation étendue, que l'art. 16 complète de «comptes rendus» à la demande du client.

⁴⁸ ATF 149 IV 49 consid. 3.2, confirmant TF 6B_54/2019 du 3 mai 2019 consid. 4.3.

⁴⁹ ATF 125 III 339 consid. 3b, JdT 1999 I 859; ATF 111 II 429 consid. 2d, confirmé par l'ATF 112 II 172 consid. II/2b, JdT 1986 I 574.

⁵⁰ ATF 133 III 6 consid. 5.1; 122 III 225, JdT 1997 I 195, consid. 5.

⁵¹ BK-Weber/Emmenegger, art. 99 CO N 266 ss; CR CO I-Thévenoz (3^e éd., 2021), art. 99 N 25; Brunner Hans-Ulrich, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, thèse Fribourg, 1991, N 405.

Ces deux règles de comportement relèvent du droit de la surveillance (art. 7 LSFIn). L'art. 72 LSFIn ajoute la touche finale à ce dispositif: il confère un droit au client d'obtenir *en tout temps* « la remise d'une copie de son dossier, ainsi que de tout document le concernant établi par le prestataire de services financiers dans le cadre de la relation d'affaires ». Ce droit se cumule à ceux qui résultent de l'art. 400 CO (lorsqu'il existe) et de l'art. 8 LPD (droit d'accès aux données personnelles).

Le droit à la remise des documents découlant de la LSFIn est plus étendu que celui qui résulte du mandat, notamment parce qu'il s'applique à un service, l'octroi de crédits pour exécuter des opérations sur instruments financiers⁵², que l'art. 400 CO ne couvre pas⁵³. Surtout, la LSFIn clarifie l'étendue des informations et documents que le client peut exiger du prestataire.

L'art. 72 LSFIn confère un droit subjectif privé au client, ce que l'art. 73 LSFIn confirme en prévoyant les conditions de saisine du tribunal. En revanche, la loi ne dit rien sur la prescription. A défaut d'une règle spéciale, l'art. 127 CO s'applique⁵⁴.

2. *Dies a quo*

La question plus délicate est celle du *dies a quo*: quand le droit à la remise du dossier est-il exigible? L'exigibilité est-elle soumise à un *avertissement* (*Kündigung, disdetta*) au sens de l'art. 130 al. 2 CO? Dans un arrêt isolé, le Tribunal fédéral a jugé que puisqu'un prêt de consommation de durée indéterminée peut, sauf stipulation contraire, être résilié en tout temps moyennant un préavis de 6 semaines, la créance en restitution de la chose se prescrit par 10 ans depuis le jour de la remise de la somme à l'emprunteur⁵⁵. Appliquer le même raisonnement au droit à la remise du dossier, qui peut être exercé « en tout temps » et donc

depuis le premier jour de fourniture de services financiers, amènerait à la conclusion absurde que si la fourniture du service dure plus de 10 ans, le droit à la remise du dossier est prescrit.

Faudrait-il plutôt distinguer chaque service financier fourni et calculer le délai de 10 ans pour chacun? On pourrait le concevoir pour des services dont l'exécution est ponctuelle (exécution ou transmission d'ordres), mais pas pour la gestion de fortune ou une prestation de conseil durable.

On pourrait encore imaginer que le délai de prescription ait pour effet de limiter la portée dans le temps du droit à la remise de documents: le client ne pourrait exiger que les documents qui ont été établis moins de 10 ans avant la demande. Pour la période antérieure, son droit serait prescrit. Cette hypothèse aurait ceci d'absurde qu'elle impliquerait la prescription du droit à la remise des documents contractuels de base à chaque fois que la relation de conseil ou de gestion dure plus de 10 ans. Il nous semble plutôt que, dans la droite de ligne de l'arrêt *Thorwart*⁵⁶ et de la jurisprudence subséquente, la prescription du droit à la remise du dossier commence à courir avec la résiliation de la relation d'affaires à l'instar de la reddition de compte et de la restitution des valeurs dans le mandat (art. 400 al. 1 CO).

3. Limites légales à l'obligation de conserver les documents

Cette prescription longue (en raison de la tardiveté du *dies a quo*) du droit à la remise du dossier est atténuée, pour le prestataire, par les limites légales à ses obligations de conserver les documents. Ces obligations de rétention résultent notamment des interactions entre les exigences de la comptabilité commerciale (958f CO), de la législation contre le blanchiment d'argent (art. 7 LBA), de la préservation des avoirs en déshérence⁵⁷, et celles plus générales liées à l'organisation appropriée des banques et autres établissements financiers⁵⁸. Comme l'écrivaient *C. Bovet* et *A. Guggenheim*: « [e]n principe, la durée de conser-

⁵² Art. 3 lit. c ch. 5 LSFIn.

⁵³ Cf. GE Cour de justice, ACJC/348/2017 du 24 mars 2017, confirmé par TF 4A_263/2017 du 6 juin 2018, et commenté par *Fischer*, <www.cdbf.ch/1020>.

⁵⁴ « Toutes les actions se prescrivent par dix ans lorsque le droit civil fédéral n'en dispose pas autrement. »

⁵⁵ TF 4A_699/2011 du 22 décembre 2012, se fondant sur l'art. 318 CO. Cet arrêt s'écarte sans justification de la jurisprudence antérieure, qui fait courir le délai depuis le jour de la dénonciation au remboursement, cf. TF 4A_513/2010 du 30 août 2011 consid. 3 non reproduit in ATF 137 III 153.

⁵⁶ Cf. supra n. 8.

⁵⁷ Cm 51 des Directives de l'Association suisse des banquiers relatives au traitement des avoirs sans contact et en déshérence auprès de banques suisses (Directives Narilo). Cette directive est reconnue comme un standard minimum par la FINMA.

⁵⁸ Art. 3 al. 2 lit. a LB; art. 12 al. 3 OB; art. 9 LSFIn.

vation des documents est de 10 ans. Mais ce délai ne commence pas à courir au même moment pour tous les documents.»⁵⁹

Si donc, tant que l'obligation de l'art. 72 LSFIn n'est pas prescrite, le prestataire doit remettre au client qui le demande toutes les pièces visées par cette disposition, il est libéré de cette obligation pour les documents qu'il a détruits dans le respect de ses obligations légales (art. 119 al. 1 CO).

IX. Prospectus et feuille d'information de base

Le chef de responsabilité pour « indications inexactes, trompeuses ou non conformes aux exigences légales au moyen du prospectus, de la feuille d'information de base ou de communications semblables » se situe à l'art. 69 LSFIn. L'acquéreur, primaire ou subséquent⁶⁰, d'un instrument financier peut chercher à obtenir réparation du dommage que lui aura causé, *quiconque*, aura agi sans la diligence requise dans l'élaboration de cette documentation. L'utilisation du pronom indéfini « quiconque » exclut toute ambiguïté sur le caractère étendu de la légitimation passive. L'avocat qui tient la plume dans la rédaction du prospectus est entre autres susceptible d'être mis en cause. La faute est par ailleurs présumée dans cette action qui reste de nature délictuelle⁶¹.

L'entrée en vigueur de la LSFIn a entraîné l'abrogation des deux dispositions qui réglaient auparavant la question de la responsabilité du fait du prospectus, à savoir les articles 752 et 1156 CO. Par le passé, le délai relatif de prescription s'élevait à 5 ans lorsqu'une société anonyme avait émis le prospectus. Ce délai résultait sans ambiguïté de l'art. 760 CO qui s'appliquait aux actions en responsabilité « que ré-

gissent les dispositions qui précèdent »⁶². En revanche, la loi était muette pour les émetteurs dont la responsabilité était régie par l'art. 1156 CO⁶³. La donne a changé depuis que la responsabilité du fait du prospectus a été « excisée » du Code des obligations pour être intégrée à la LSFIn⁶⁴. Cette dernière ne contient curieusement aucune disposition sur les délais de prescription. La question se pose donc du délai de prescription applicable à la créance découlant de l'art. 69 LSFIn. Cette disposition relève, précisons-le, du droit privé⁶⁵.

En l'absence de disposition spéciale dans la LSFIn, il faut recourir aux règles générales. L'art. 60 CO fixe le délai de prescription des responsabilités aquilienne et objective⁶⁶. Comme l'art. 69 LSFIn instaure un régime de responsabilité de nature délictuelle, l'art. 60 CO trouve application, par défaut. Le problème que pose l'absence de disposition sur la prescription dans la LSFIn peut ainsi sembler résolu. Ce raisonnement connaît néanmoins une faiblesse : comme la LSFIn ne renvoie ni directement ni indirectement au CO, certains pourraient prendre la position que la loi contient une véritable lacune. Pourquoi alors ne pas la combler à l'aide de l'art. 760 CO qui réglait la question jusqu'à l'adoption de la LSFIn ? A teneur de cette disposition, le délai relatif est de 5 ans, on l'a vu. S'appuyer sur une telle disposition pour répondre au silence du législateur offrirait *a priori* un double avantage : éviter de raccourcir le délai de prescription (conformément au but de la révi-

⁵⁹ Bovet Christian/Guggenheim Anath, Surveillance des marchés financiers, in Journée 2009 de droit bancaire et financier, Genève 2010, p. 110 s. Voir aussi Dommer Nicolas, Die Auskunftspflichten der Bank gegenüber Vermögensverwaltungskunden, Zurich 2018, p. 28–57.

⁶⁰ L'acquéreur subséquent devra démontrer que la documentation litigieuse a joué un rôle causal dans sa décision d'investir, cf. Gericke Dieter/Schifferle Gregor, Die Prospekthaftung nach FIDLEG, GesKR 2020 p. 189, 191 et 193 ; sous l'ancien droit, cf. ATF 131 III 306 consid. 2.1 publié à la SJ 2005 I 385 p. 387 et les références citées.

⁶¹ Gericke/Schifferle (n. 60), p. 195 ; sur la nature délictuelle de la responsabilité du fait du prospectus sous l'ancien droit, cf. ATF 129 III 71 consid. 2.5.

⁶² L'art. 752 CO précédait sur le plan systématique l'art. 760 CO. Dans sa version antérieure à la révision du droit de la SA, l'art. 760 CO prévoyait un relatif de prescription de 5 ans et un délai absolu de 10 ans.

⁶³ Dans une approche convaincante, Zufferey (CR CO II, art. 1156 N 73) proposait d'appliquer le délai de prescription de l'art. 760 CO également aux autres émetteurs « dans une optique de cohérence au sein du droit des marchés primaires » avant l'abrogation de l'art. 1156 CO.

⁶⁴ Les art. 35–71 LSFIn (Titre 3) régissent la matière. Ces dispositions se sont substituées aux art. 652a et 752 CO (émission des actions) et 1156 CO (emprunts par obligations), cf. Message concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin) du 4 novembre 2015, FF 2015 8101, p. 8169.

⁶⁵ Message LSFIn/LEFin (n. 64), p. 8191.

⁶⁶ En ce sens, BSK OR I-Däppen, art. 60 N 2 ; CR CO I-Werro, art. 60 N 5. Ce dernier auteur précise que l'art. 60 CO s'applique soit parce que les lois spéciales y renvoient expressément, soit parce qu'elles renvoient de manière générale aux règles du CO.

sion) et préserver la cohérence entre les différentes actions du droit de la société anonyme. Une telle démarche n'aurait toutefois pas vocation à durer, car la révision du droit de la société anonyme vient précisément de raccourcir le délai relatif de l'art. 760 CO à 3 ans⁶⁷. A l'entrée en vigueur de cette réforme, l'argument tiré de la cohérence se retournera donc contre son « émetteur »⁶⁸. Pour ces deux raisons (application par défaut et cohérence), nous proposons d'appliquer l'art. 60 CO aux actions en responsabilité de l'art. 69 LSF⁶⁹.

X. Fuite de données bancaires

1. Position du problème

A l'ère numérique, la « fuite de données » constitue un risque majeur pour la banque⁷⁰. Lorsqu'il se matérialise, la banque doit s'atteler à en minimiser les conséquences⁷¹. Il n'empêche, la dissémination de l'information peut devenir incontrôlable. L'affaire qui suit l'illustre.

Entre 2007 et 2008, *Hervé Falciani* dérobe à la banque qui l'emploie comme informaticien des « données clients » avant de les transmettre entre autres à des journalistes. Cette fuite de données affecte en particulier un homme d'affaires grec, ayant droit économique d'un compte, dont la presse s'empresse de révéler le nom. La publicité lui vaut l'ouverture d'une procédure fiscale dans son État de résidence.

Le personnage visé par cette campagne de presse n'est pas directement client de la banque mais l'ayant droit économique d'une société de domicile cliente de la banque. Conformément aux exigences de la législation contre le blanchiment, la banque avait enregistré son identité, qui se trouve dans les données que divulgue son ex-employé *M. Falciani*. Comme il ne

peut pas se fonder sur une relation contractuelle directe avec la banque, l'homme d'affaires invoque la responsabilité extracontractuelle de celle-ci. Il exige le remboursement des frais d'avocat qu'il a engagés pour faire cesser la campagne de presse et pour se défendre dans la procédure fiscale⁷². Dans son ancienne teneur, applicable à cette action, l'art. 60 al. 1 CO prévoyait un délai de prescription d'un an à compter de la connaissance du dommage. En guise de préalable aux conditions de la responsabilité, il faut donc se demander si la « victime » de la fuite de données a agi dans les délais contre la banque.

2. Connaissance du dommage

Concrètement, le Tribunal fédéral considère que l'ayant droit du compte a eu connaissance de son dommage au plus tard en septembre 2013, lorsqu'il a conclu un accord transactionnel avec l'organe de presse responsable des publications⁷³. Or la requête en conciliation qu'il a déposée à Genève date de janvier 2015. L'acte interruptif de prescription intervient plus d'un an après la connaissance du dommage. Il est donc tardif.

De plus, le comportement reproché à la banque ne s'inscrit pas dans la durée, car, une fois que la fuite de données est intervenue, l'établissement perd le contrôle sur les données⁷⁴. A supposer qu'elle soit établie, la créance en remboursement des frais d'avocat liés à la compagne de presse serait donc prescrite.

3. Absence d'unité du dommage

Le principe éprouvé de l'unité du dommage ne trouve pas application dans cette affaire de fuite de données⁷⁵. Ce principe veut que le dommage soit considéré « comme un tout, et non comme la somme de préjudices distincts »⁷⁶. La question de l'éventuelle dissociation des postes du dommage se pose à chaque fois

⁶⁷ Cf. nouvel art. 760 CO issu de la modification du 19 juin 2020 du CO, RO 2020 4005, 4050.

⁶⁸ L'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions est actuellement prévue pour 2022.

⁶⁹ Dans le même sens, *von der Crone Hans Caspar*, Aktienrecht, 2^e éd., Berne 2020, N 1982.

⁷⁰ Sur le sujet, cf. *Béguin Nicolas/Vignieu Benjamin*, Fuite de données bancaires: risques et devoirs d'information, Jusletter 9 avril 2018.

⁷¹ Cf. art. 29 al. 2 LFINMA et la Communication FINMA sur la surveillance 05/2020 intitulée: « Obligation de signaler les cyberattaques selon l'art. 29 al. 2 LFINMA » du 7 mai 2020.

⁷² Le rattrapage fiscal qu'il pourrait subir et l'amende qui pourrait lui être infligée n'entrent pas dans la notion de dommage; inutile dès lors d'en demander réparation, cf. TF 2P.35/2006 du 11 janvier 2007 consid. 2.1 et s. (rappel d'impôt) et ATF 134 III 59 consid. 2.3.2 publié à la SJ 2008 I 169, p. 170 (amende).

⁷³ TF 4A_52/2020 du 19 août 2020 consid. 3.3.5.

⁷⁴ Distinguer cette situation de celle de l'ATF 126 III 161.

⁷⁵ ATF 92 II 1 consid. 3; 74 II 30 consid. 1d; 4A_454/2010 du 6 janvier 2011 consid. 3.1.

⁷⁶ ATF 92 II 1 consid. 3.

que celui-ci résulte d'une *situation* qui évolue. Dans un tel cas, la prescription ne court pas avant que l'ampleur du dommage ne soit connue, c'est-à-dire avant que la situation ne cesse d'évoluer⁷⁷. Le « dommage évolutif » doit s'être entièrement manifesté pour que le juge puisse admettre sa réalisation.

En l'espèce, le Tribunal fédéral scinde le dommage en deux postes. Sans remettre en cause sa jurisprudence, il reconnaît que la procédure fiscale diffère de la campagne de presse. S'ils procèdent du même acte générateur de responsabilité, ces deux dommages n'ont « rien d'autre en commun »⁷⁸. Chaque « situation » doit donc être appréciée séparément. C'est l'enseignement principal de cet arrêt.

Contrairement aux frais d'avocat liés à la campagne de presse, l'estimation du préjudice est « particulièrement ardue » dans la procédure fiscale pendante en Grèce⁷⁹. Il faut en déduire que le délai relatif n'a pas encore commencé à courir *in casu* : le recours est partiellement admis. Les conséquences de cette décision restent modérées, car le fond de l'affaire n'a pas pu être tranché par le Tribunal fédéral. Ce dernier a renvoyé le dossier à l'instance cantonale pour qu'elle détermine si les conditions de la responsabilité sont réunies.

Conclusion

La prescription est une frontière qui comporte sa part d'arbitraire, comme toute limite : le jour d'avant, le plaignant conserve ses chances d'obtenir réparation ; celui d'après, il est débouté sans autre forme de procès. Le temps, dont l'écoulement est quantifiable, est au moins un gardien sûr. Ce critère favorise donc la

sécurité du droit. Le délai de prescription long (10 ans, exceptionnellement 20 ans), dont le point de départ repose sur un élément objectif, peut en particulier être calculé avec fiabilité. Il en va de même du délai de 5 ans qui commence à courir au moment où l'investisseur reçoit le paiement du prix de rachat de sa part de fonds⁸⁰. En revanche, l'incertitude n'est pas entièrement écartée lorsque le point de départ du délai de 3 ans (dit relatif) dépend de la « connaissance » du dommage ou du droit de répétition. Ce critère subjectif réintroduit un élément de jugement. Le dommage, qui résulte d'une situation évolutive, peut ainsi être sujet à appréciation. Dans un tel cas, la prescription ne commence à courir qu'au moment où la situation cesse d'évoluer. Elle se transforme en somme en barrière flottante.

Nous avons pu observer que la prescription est plus qu'un réflexe conditionnel, elle exige une attention redoublée et renouvelée. La technique ne se substitue pas, là non plus, à l'esprit critique. L'essentiel est que l'avocat n'en manque pas.

⁷⁷ Pour une illustration dans le cas d'un boucher qui demande réparation à un vétérinaire de frais de guérison, d'un tort moral et d'une perte de clientèle à la suite d'un diagnostic mal posé, cf. ATF 89 II 402 consid. 2b.

⁷⁸ TF 4A_52/2020 du 19 août 2020 consid. 3.3.4.2.1.

⁷⁹ TF 4A_52/2020 du 19 août 2020 consid. 3.3.6.

⁸⁰ Art 147 al. 1 LPCC, cf. *supra* V.