



Article scientifique

Article

2007

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 2006-2007 = Das schweizerische Bankprivatrecht 2006-2007

Thévenoz, Luc; Zobl, Dieter

How to cite

THÉVENOZ, Luc, ZOBL, Dieter. Le droit bancaire privé suisse 2006-2007 = Das schweizerische Bankprivatrecht 2006-2007. In: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2007, vol. 79, n° 4, p. 310–329.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:4827>

Le droit bancaire privé suisse 2006–2007

Das schweizerische Bankprivatrecht 2006–2007

Par Luc Thévenoz* et Dieter Zobl**

Avec la collaboration de Samantha Meregalli Do Duc*** et Christoph Blöchliger****

Die vorliegende Zusammenfassung knüpft an die frühere, in SZW 2006 292–307 erschienene Chronik an.

La présente chronique fait suite à celle parue dans RSDA 2006 292–307.

Systematique/Übersicht

Introduction/Vorbemerkungen

I. Contrats bancaires/Bankverträge

1. Comptes, dépôts, procurations, légitimation / Konten, Einlagen, Vollmachten, Legitimation
2. Placements, gestion de fortune / Anlagen, Vermögensverwaltung
3. Crédits / Kredite
4. Aspects successoraux et matrimoniaux / Erb- und eherechtliche Probleme

II. Sûretés / Kreditsicherung

1. Sûretés personnelles / Persönliche Sicherheiten
2. Sûretés réelles / Dingliche Sicherheiten

III. Moyens de paiement / Zahlungsverkehr

1. Effets de change et chèque / Wechsel und Check
2. Virement et assignation / Überweisung und Anweisung

IV. Exécution forcée / Zwangsvollstreckung

V. Procédure civile / Zivilverfahren

VI. Divers / Diverses

Introduction/Vorbemerkungen

La jurisprudence suisse relative aux rapports de droit privé entre les banques, les négociants en valeurs mobilières, d'autres intermédiaires financiers et leur clients ne tarit pas, comme le montrent les cinquante décisions recensées dans cette chronique annuelle.

Alors même que l'activité bancaire se définit traditionnellement par référence à l'octroi de crédits au public, elle occupe fort peu les tribunaux suisses. Ils ont eu cette année l'occasion de préciser le régime de prescription des amortissements d'un prêt (r23), d'interpréter une convention de résiliation anticipée d'un crédit à terme fixe (r24) et de préciser le champ d'application de la loi fédérale sur le crédit à la

consommation (r25). Les sociétés de leasing auront été particulièrement attentives à une décision du Tribunal fédéral (r26) qui, sous peine de nullité du contrat, leur impose d'intégrer dans le calcul du taux annuel effectif global le montant de la taxe sur la valeur (TVA) payé sur le bien remis en crédit-bail et reporté sur le preneur.

Le plus grand nombre des décisions recensées porte sur les instruments de placement et les services d'investissement. Le devoir d'information du prestataire de services et la qualité de l'exécution figurent au premier plan du contentieux. Nos juridictions ont parfois du mal à décider si les parties sont liées par un contrat de gestion de fortune, par un contrat de conseil en placement, ou simplement par des ordres occasionnels relatifs au négoce de valeurs mobilières (r8, r9). Le devoir d'information varie en conséquence. Le Tribunal fédéral commence cependant à reconnaître la portée propre de l'art. 11 de la loi sur les bourses, qui statue un devoir (de droit administratif et de droit privé) du négociant en valeurs mobilières de fournir spontanément certaines informations à son client (r9, r10). Dans le cadre de l'administration des preuves, nos tribunaux continuent cependant d'admettre assez facilement que l'investisseur ne peut engager la responsabilité de son prestataire de service parce qu'il disposait effectivement de connaissances suffisantes relatives aux risques des opérations entreprises (r10, r14, r15). La responsabilité de la banque peut également être exclue par une déclaration de ratification ou de décharge de son client (r8, r13, r16) ou par une clause limitant sa responsabilité ou transférant certains risques à son client (r12, r38), dont les tribunaux apprécient la validité au regard des art. 100 et 101 CO.

Une décision intéressante confirme que l'annulation d'une transaction par la bourse en raison d'un *mistrade* autorise sans autre le négociant à extourner l'opération au compte de son client (r18). Les gérants de fortune seront rassurés de savoir qu'ils ne sont en principe pas tenus de couvrir les risques (marché, crédit etc.) des portefeuilles qu'ils gèrent (r11).

Une rare décision sur la résiliation du contrat de placement collectif (r19) examine le calcul (et la correction) de la valeur nette d'actifs d'un fonds de placement immobilier, qui est déterminante aussi bien

* Professeur à l'Université de Genève, directeur du Centre de droit bancaire et financier, membre de la Commission fédérale des banques.

** Professeur à la faculté des sciences juridiques de l'Université de Zurich.

*** Master in Business Law Genève-Lausanne, assistante à l'Université de Genève.

**** Assistant à l'Université de Zurich.

lors de l'émission que lors du rachat des parts, mais qui peut également poser des problèmes lorsqu'une part est achetée en bourse (*exchange traded funds*) ou *over-the-counter*.

Toujours au chapitre des placements financiers, on relèvera spécifiquement une décision relative à la vente de *hedge funds* (r9); à la responsabilité du fait du prospectus dans le cadre d'un placement privé, à la preuve du dommage et de la causalité (r21); et à la distinction entre produits structurés qui peuvent désormais être commercialisés aux conditions de l'art. 5 de la loi sur les placements collectifs² et les jeux de hasard et paris professionnels, pour lesquels certaines autorisations sont nécessaires (r22).

Dans les opérations de toutes sortes, on est frappé par le nombre de transactions exécutées sur la base d'ordres qui n'ont pas été autorisés par le client (défaut de légitimation: r2, r3, r4, r6, r39). La ratification tacite lorsque le client ne proteste pas dès la réception des relevés périodiques est largement une fiction (tout particulièrement dans les cas de correspondance banque restante) que le Tribunal fédéral tend à combattre en se fondant sur l'abus de droit lorsque les circonstances le permettent (r2, r3) ou en appliquant les art. 100 et 101 CO aux clauses contractuelles mettant ce risque à la charge du client (r6, r39 voir aussi r8, r13, r16, r38).

Les sûretés personnelles fournissent un petit lot de décisions relatives à leur qualification (r32–r34), à la pluralité de garanties pour le même dommage (r33) et à leur blocage par voie de mesures provisionnelles (r35). On notera spécialement un arrêt du Tribunal supérieur de Zurich qui se prononce sur la qualification d'une (*standby*) *letter of credit*³. Les sûretés réelles ne figurent ici que par un arrêt, relatif à une police d'assurance sur la vie, qui distingue clairement entre la position du cessionnaire et celle du créancier-gagiste de cette police (r37). On attend avec impatience la discussion par l'Assemblée fédérale du projet de loi sur les titres intermédiés (*Bucheffekten-gesetz*)⁴, qui comprend des améliorations notables du

régime des sûretés grevant des titres intermédiés, ainsi que la révision du Code civil introduisant la cédule hypothécaire dématérialisée⁵.

Au titre des moyens de paiement, le Tribunal fédéral a admis que la clause des conditions générales prévoyant la bonification des chèques «sauf bonne fin» (sous réserve d'encaissement) n'est pas insolite (r38). Il a considéré que la banque à qui son client remet la copie d'un contrat qui contient un ordre de virement à la banque n'a pas à se préoccuper de la réalisation des conditions contractuelles suspensives, qui sont pour elle une *res inter alios acta* (r40). Il a discuté l'enrichissement illégitime qui résulte de l'exécution par la banque d'un ordre de virement qui n'a pas été autorisé par le donneur d'ordre apparent: la banque qui tient à la fois le compte du (pseudo) donneur d'ordre et du bénéficiaire peut corriger cet enrichissement en extournant la bonification du montant crédit à tort (r39). Les juges de Mon Repos ont saisi cette occasion pour indiquer que la signature de la déclaration d'ayant droit économique par le titulaire du compte⁶ ne vaut pas ordre de virement des avoirs en compte en faveur de l'ayant droit économique.

La prévention du blanchiment d'argent a suscité deux autres décisions intéressantes. On apprend que le client qui fournit une déclaration écrite contraire à la vérité relative à l'identification du client commet un faux pénal dans les titres (art. 251 et 110 al. 4 du code pénal)⁷, ce qui n'est pas le cas de la déclaration du client clarifiant l'arrière-plan économique et le but d'une transaction (r49). Les intermédiaires financiers auront été rassurés par l'arrêt du Tribunal fédéral rejetant la responsabilité civile d'une banque pour un acte de blanchiment commis par négligence (r48).

En revanche, les clauses de prorogation de for sont de nature à susciter des inquiétudes croissantes. Alors que la jurisprudence suisse est restrictive en matière de for exclusif du consommateur au sens de

² Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (RS 951.31), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007.

³ Cf. *N. de Gottrau*, La lettre de crédit standby en droit suisse, à la lumière des règles de la CCI et de la CNUDCI, SJ 2005 II 1.

⁴ Cf. le message du Conseil fédéral du 15 novembre 2006 relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiés et à la

Convention de La Haye sur les titres intermédiés, FF 2006 8817, BBI 2006 9315.

⁵ Cf. l'avant-projet de révision partielle des droits réels immobiliers et du droit du registre foncier, prévoyant la création de cédules hypothécaires sans titre, accessible à www.ofj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/immobiliarsachen.html (consulté le 15 juin 2007).

⁶ Formule A au sens de la Convention de diligence des banques de 2002.

⁷ Code pénal du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

l'art. 22 de la loi fédérale sur les fors⁸ (r4), elle suit la jurisprudence européenne en appliquant la Convention de Lugano⁹ qui a une conception plus large de for du consommateur et pose des exigences qualifiées à la validité des clauses d'élection de for (r46, r47)¹⁰.

Le crédit documentaire retient peu l'attention des tribunaux, avec cependant une décision relative au principe de rigueur documentaire (r41) et une autre rappelant que la rétention des documents vaut levée et ratification des non-conformités notifiées (r42).

Les affaires successorales et les véhicules utilisés aux fins de transmission patrimoniale continueront d'alimenter notre chronique, d'autant plus que la Convention de La Haye sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance est désormais en vigueur¹¹. Le titulaire d'un compte joint peut valablement renoncer à donner des instructions à la banque jusqu'au décès de ses cotitulaires (r5). L'héritier exclu d'un compte joint (clause d'exclusion des héritiers) a droit à des informations limitées sur les avoirs en compte et les mouvements antérieurs au décès (r27). La banque qui permet à tort au conjoint survivant titulaire d'un usufruit successoral de disposer de la substance de certains avoirs n'engage sa responsabilité à l'égard des autres héritiers que dans la mesure où ces avoirs ne se retrouvent pas dans la succession de l'usufruitier (r29). En matière de trusts, il convient de distinguer clairement le droit aux informations fondé sur la qualité d'héritier du settlor et sur la qualité de bénéficiaire du trust (r30). Enfin, on saura désormais que, en principe, les trois trustees d'une *Treuhänderschaft* liechtensteinoise forment une consorité nécessaire en ce qui concerne les actions relatives au patrimoine fiduciaire (r30).

Enfin, au titre des questions plus générales, on relèvera la confirmation (r1) de l'arrêt *Thorwart* de

1966¹² sur la prescription des prétentions du déposant contre la banque – qui est au cœur de la problématique des avoirs non réclamés¹³, et particulièrement de la crise des «avoirs en déshérence de la deuxième guerre mondiale».

I. Contrats bancaires / Bankverträge

1. Comptes, dépôts, procurations, légitimation / Konten, Einlagen, Vollmachten, Legitimation

r1 Obligation de restitution. Prescription (art. 127 CO).

Herausgabeanspruch. Verjährung (Art. 127 OR).

1. Même lorsque la banque n'a pas crédité au compte de son client une somme qu'elle a reçue pour le compte de celui-ci, la créance en restitution du client se fonde sur ses rapports contractuels (ici dépôt et mandat de gestion). Dans le cadre d'un contrat de dépôt et d'un mandat de gestion, l'obligation de restituer naît au moment où les rapports contractuels arrivent à leur fin. 2. En conséquence, la prescription décennale (art. 127 CO) de la créance en restitution du déposant ou du mandant ne commence à courir qu'à la fin dudit rapport contractuel (c'est-à-dire au moment de la naissance de ce droit). Le détournement des valeurs déposées n'entraîne pas automatiquement la fin du contrat.

TF, 04.12.2006 (I^{ère} Cour civile, X. c. A. SA) : ATF 133 III 37, JdT 2006 I 578, SJ 2007 I 233, 4C.277/2006; Laporte, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 491 du 23.01.2007.

r2 Compte courant. Fiction de ratification malgré la mauvaise foi de la banque lors de l'ouverture du compte (art. 6, 117 al. 2 CO).

Kontokorrent. Genehmigungsfiktion trotz Bösgläubigkeit der Bank bei Kontoeröffnung (Art. 6, 117 Abs. 2 OR).

1. Wird beim Kontokorrent der Saldo gezogen und anerkannt, so ist Neuerung anzunehmen. Die Parteien können Anerkennung durch Stillschweigen

⁸ Loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (RS 272).

⁹ Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.11).

¹⁰ Cf. Oberlandesgericht Hamburg, 23.06.2004, discuté par S. Marchand in Journée 2005 de droit bancaire et financier, Zurich 2006, page 79.

¹¹ RS 0.221.371, RO 2007 2855; cf. l'arrêté fédéral du 20 décembre 2006 (RO 2007 2849), qui introduit des dispositions dans la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291) et dans la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1).

¹² ATF 91 II 454, JdT 1966 I 337.

¹³ Un dossier sur lequel le Conseil fédéral a une nouvelle fois décidé de procéder à de nouvelles études en renonçant semble-t-il définitivement à une solution relevant du droit public, cf. communiqué de presse du 11 juin 2007, www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/index.html?lang=fr&msg-id=12998 (consulté le 15 juin 2007).

vereinbaren; diese ist jedoch nach dem Vertrauensprinzip für den Kunden nur insoweit verbindlich, als eine positive Reaktion möglich ist und die Bank nicht weiss oder nach den Umständen wissen muss, dass dem Bankkunden der Genehmigungswille fehlt. Die Bösgläubigkeit der Bank bezüglich der Vertretungsmacht eines Gesellschaftsorgans bei der Kontoeröffnung lässt allerdings die Möglichkeit einer Genehmigungsfiktion bezüglich späterer Kontoauszüge offen. **2.** Mit der Anerkennung des Saldos wird zwar auf Einwendungen gegen versehentliche Buchungen nicht verzichtet, aber sie bedeutet doch Verzicht auf die Geltendmachung bereits bekannter Willensmängel sowie streitiger oder ungewisser, aber nicht ausdrücklich vorbehaltenen Einreden. **3.** Vorliegend wurde zwar die Bösgläubigkeit der Bank im Zeitpunkt der Kontoeröffnung durch ein seine Vertretungsmacht missbrauchendes Organ einer Gesellschaft bejaht. Dies hinderte jedoch die Genehmigung der vom betreffenden Gesellschaftsorgan getätigten Kontobezüge durch die Gesellschaft nicht. Aufgrund des langen Schweigens der Gesellschaft – i.c. über drei Jahre seit Kenntnisnahme der fraglichen Rechnungsauszüge – wurde der Kontoauszug als genehmigt betrachtet, da angesichts der Zeitdauer keinerlei Anlass bestand, am Genehmigungswillen zu zweifeln.

BGer, 04.08.2006 (I. Zivilabteilung, A. AG c. B. AG): 4C.175/2006.

r3 Défaute de légitimation. Conditions générales. Fiction de ratification, abus de droit, prescription (art. 6 et 127 CO, art. 2 CC).

Legitimationsmangel. Allgemeine Geschäftsbedingungen. Genehmigungsfiktion, Rechtsmissbrauch, Verjährung (Art. 6 und 127 OR, Art. 2 ZGB).

Le titulaire d'un compte courant se plaint, trois ans et demi après les faits, d'un prélèvement de 88 000 francs par un employé de la banque qui n'était pas titulaire d'une procuration sur le compte. **1.** La partie qui n'a pas dûment allégué et déposé les conditions générales dans la procédure cantonale ne peut pas se prévaloir de leur application. **2.** La mention unilatérale par la banque sur le relevé de compte que les contestations doivent être présentées dans le délai d'un mois ne vaut pas accord du client à la clause semblable des conditions générales. **3.** Sauf convention contraire, le créancier dispose du délai de prescription ordinaire pour agir, à moins que son compor-

tement constitue un abus manifeste de son droit (non réalisé en l'espèce).

TF, 29.03.2006 (1^{ère} Cour civile, Banque A. c. B.): 4C.33/2006.

r4 Défaute de légitimation. Procuration. Devoir de diligence de la banque.

Legitimationsmangel. Vollmacht. Sorgfaltspflicht der Bank.

L'employé d'une société fiduciaire au bénéfice d'une procuration (authentique) sur le compte bancaire obtient de la banque un retrait en espèces en présentant la copie d'un fax portant la signature (contrefaite) du titulaire du compte débité. **1.** La banque doit vérifier l'authenticité des ordres qu'elle reçoit selon les modalités convenues entre les parties ou par la loi. Elle doit procéder à des vérifications supplémentaires s'il y a des indices sérieux d'une falsification ou si l'ordre ne concerne pas une opération prévue par le contrat ou habituellement demandée par le client. **2.** Au cas d'espèce, le retrait effectué par le représentant allait au delà de sa procuration et nécessitait une procuration spéciale. En outre, le comportement apparent du client ne correspondait pas à ses habitudes antérieures. La banque aurait dû prêter une attention accrue à la vérification de l'ordre, ce qu'elle n'a pas fait. **3.** Le fait que la banque entretienne un rapport de confiance particulier avec le titulaire de la procuration n'est pas opposable au client.

TF, 02.05.2006 (1^{ère} Cour civile, Banque X. c. A.): 4C.315/2005; www.commercialarbitration.ch → Diritto Bancario → 24.12.2006.

r5 Compte joint. Portée de la renonciation à donner des instructions. Pouvoirs du tuteur d'un titulaire de compte.

Gemeinschaftskonto. Bedeutung einer Verzichts-erklärung betreffend die Erteilung von Weisungen. Befugnisse des Vormunds eines Kontoinhabers.

Ouverture d'un compte joint par trois personnes (une nièce, son oncle et sa tante) domiciliées en Espagne. La nièce, qui devait ainsi bénéficier d'une libéralité au décès des autres titulaires, a déclaré par écrit à la banque s'engager à ne pas donner d'ordres de transfert ou de retrait concernant ledit compte et autorisait irrévocablement la banque à ne pas donner suite à des éventuelles instructions de sa part, jusqu'au décès des autres co-titulaires du compte. A la mort de son oncle et après sa désignation comme tu-

trice de sa tante par un tribunal espagnol, la nièce demande à la banque le transfert de tous les avoirs du compte joint sur un autre compte dont elle est l'unique titulaire. La banque refuse de s'exécuter.

1. Qu'elle soit qualifiée comme acte formateur ou comme stipulation pour autrui parfaite, la déclaration de la nièce est irrévocable sans l'accord de la tante. **2.** Cette renonciation pour une durée déterminée n'est contraire ni à l'art. 27 CC ni à l'art. 34 CO. **3.** L'existence et les conditions du pouvoir de la nièce de donner une instruction à la banque au nom et pour le compte de sa tante sont soumises au droit espagnol (art. 85 LDIP et application analogique de la Convention de la Haye de 1961 en matière de protection des mineurs). Celui-ci exige une autorisation judiciaire pour procéder à des actes de disposition sur le patrimoine du pupille, condition qui n'est pas réalisée au cas d'espèce.

Cour de justice GE, 17.03.2006 (ACJC/330/2006): www.commercialarbitration.ch → Diritto Bancario → 10.07.2006, obs. Lombardini.

r6 Défaut de légitimation. Ordre téléphonique. Vérifications. Transfert du risque (art. 100 CO). Legitimationsmangel. Telefonische Anweisung. Überprüfung. Haftungsfreizeichnung (Art. 100 OR).

1. En principe, la banque supporte le risque d'avoir payé sur la base d'un ordre faux ou falsifié. Dans les limites de l'art. 100 CO, elle peut faire supporter ce risque à son client. Dans le cas d'espèce, les clients ont signé une convention selon laquelle ils peuvent donner des ordres par téléphone sans authentification ou code, tout en supportant les risques. La banque, de son côté, avait la faculté de demander une confirmation écrite. **2.** Lorsqu'un client donne un ordre, la banque a le devoir de vérifier son identité (devoir de diligence). En l'absence d'une procédure d'authentification, elle ne peut se contenter de l'indication téléphonique du nom du client, de son numéro de compte, du solde du compte ou des derniers mouvements. **3.** En demandant une confirmation écrite transmise par fax comme elle s'en était réservé le droit et en procédant aux vérifications usuelles de la signature, la banque a satisfait à son devoir de diligence, même si la signature était contrefaite.

Tribunale d'Appello TI, 09.02.2006 (M. et C. c. Banca X et L.): www.commercialarbitration.ch → Diritto Bancario → 21.08.2006, obs. Trezzini.

r7 Ouverture de compte par la signature d'un formulaire en blanc. Novation.

Kontoeröffnung durch einen «blanko» unterzeichneten Kontoantrag. Novation durch Saldoziehung.

1. Ein durch den Bankkunden unterzeichneter standardisierter Kontoeröffnungsantrag stellt eine einseitige schriftliche Antragserklärung des Bankkunden dar, die – sofern sie keinen Formvorbehalt enthält – formlos von der Bank akzeptiert werden kann. Letzteres kann bereits dadurch geschehen, dass die Bank ein dem Antrag des Bankkunden entsprechendes Konto eröffnet. **2.** Das ungelesene Unterzeichnen des Eröffnungsantrages hindert das Zustandekommen eines Kontovertrages grundsätzlich nicht, da der Bankkunde dadurch seinen Bindungswillen kundtut und zum Ausdruck bringt, dass ihm die weiteren Details der Vereinbarung gleichgültig sind. Wer ein Antragsformular zudem auch unausgefüllt («blanko») unterzeichnet, trägt das Risiko einer nachträglichen unzutreffenden oder missverständlichen Ausfüllung des Formulars durch eine Drittperson. **3.** Die Saldoziehung entfaltet nur dann neuernende Wirkung, wenn die Geschäftsvorgänge bzw. Buchungen auf einem gültigen Rechtsgrund beruhen. Besteht die eingeklagte Forderung in einem Saldo, so hat die klagende Partei jede einzelne Position darzulegen und – soweit bestritten – zu beweisen. Fehlt ein gültiger Rechtsgrund, so findet keine Novation statt, sondern es sind die Fehlbuchungen aus dem Konto zu streichen und der Saldo entsprechend zu korrigieren.

Bezirksgericht ZH, 18.10.2005: ZR 106 (2007) Nr. 3.

2. Placements, gestion de fortune / Anlagen, Vermögensverwaltung

r8 Conseil en placement, gestion de fortune. Violation des instructions. Banque restante. Fiction de ratification (art. 6 CO, art. 2 CC). Calcul du dommage (art. 42 al. 2 CO).

Anlageberatung, Vermögensverwaltung. Nichtbefolgen von Weisungen. Banklagernderklärung. Genehmigungsfiktion (Art. 6 OR, Art. 2 ZGB). Schadensberechnung (Art. 42 Abs. 2 OR).

Bien que les parties aient signé une «convention de conseil», la banque a effectué une gestion de fortune et dépassé le pourcentage d'actions convenu avec les clients. **1.** La banque a engagé sa responsabilité en violant des instructions claires des clients en ce qui concerne la composition du portefeuille

(art. 397 al. 1 CO). **2.** Commet un abus de droit la banque qui oppose la clause de banque restante alors qu'elle ne pouvait ignorer que les clients, dont les instructions étaient limpides, n'approuveraient pas les extraits de compte. **3.** Le dommage se calcule en comparant le résultat du portefeuille administré en violation du contrat de conseil en placements avec celui d'un portefeuille hypothétique de même ampleur géré pendant la même période conformément aux instructions de ladite convention. **4.** Lorsque ce calcul est trop difficile, le juge fixe le dommage conformément à l'art. 42 al. 2 CO.

TF, 30.11.2006 (I^{ère} Cour civile, X. SA c. H.Y. et F.Y.): 4C.295/2006.

r9 Hedge fund. Recommandation. Conseil en placement. Crédit. Devoir d'information (art. 11 LBVM).

Hedge Fund. Empfehlung. Anlageberatung. Kredit. Informationspflicht (Art. 11 BEHG).

A la demande du client et en l'absence d'un mandat de gestion, la banque recommande un *hedge fund* et lui octroie un prêt afin d'augmenter son effet de levier. Après cette recommandation, publication d'un rapport de révision relevant l'existence de sanctions administratives prononcées contre le gérant par une autorité de surveillance étrangère (Hong Kong).

1. L'objet exact et l'étendue du devoir d'information de la banque dépendent de la nature des prestations qu'elle fournit et des circonstances du cas, notamment de l'expérience et des connaissances du client. **2.** L'art. 11 LBVM, qui statue des règles de conduite relevant tant du droit privé que du droit public, oblige le négociant à informer son client des risques propres à un type de transactions donné, mais pas des risques spécifiques relatifs à une transaction concrète. **3.** En l'espèce, le client connaissait le type de risques liés aux *hedge funds* pour avoir déjà fait de tels investissements. Il ne peut se fonder sur l'art. 11 LBVM pour faire grief à la banque de l'avoir mal renseigné sur les caractéristiques de tel fonds en particulier. **4.** Les conseils et avis fournis par la banque relèvent du mandat. La banque doit fournir à son client une information véridique et complète chaque fois que, dans un cas concret, le client souhaite information et conseil qui lui sont fournis par la banque professionnellement compétente. Un devoir d'information marqué existe dans l'hypothèse où la banque recommande au client, même spontanément, certaines

dispositions patrimoniales, en particulier des placements de capitaux. Le renseignement donné par la banque dans un tel cas doit être juste, compréhensible, donné sur la base des éléments disponibles, précis et exhaustif. **5.** La banque n'a pas enfreint son obligation en n'informant pas son client de l'existence d'une sanction administrative étrangère qu'elle ignorait, qui avait été publiée sur le site web de cette autorité mais n'avait pas encore été relevée dans le rapport des réviseurs. **6.** La banque n'a pas davantage enfreint une obligation d'information ou de mise en garde qui résulterait du crédit qu'elle a octroyé à la demande de son client. Une obligation d'information accrue n'existe que lorsque les parties sont déjà liées par un rapport durable de confiance dépassant la conclusion du seul contrat, lorsque la banque recommande au client la conclusion d'un contrat de crédit lié à certains placements financiers, lorsqu'un client inexpérimenté se fie de manière reconnaissable aux conseils et informations de la banque, ou lorsque la banque se trouve dans une situation de conflit d'intérêts (ce qui n'est pas le cas en l'espèce).

TF, 21.02.2007 (I^{ère} Cour civile, X. et Y Limited c. Banque Z. SA): 4C.205/2006; SJ 2007 I 313; De Gottrau, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 510 du 17.04.2007.

r10 Devoir d'information du négociant en valeurs mobilières. Conseil en placement. Diligence de la banque (art. 11 LBVM, art. 398 al. 2 CO).

Informationspflicht des Effektenhändlers. Anlageberatungsvertrag. Sorgfaltspflicht der Bank (Art. 11 BEHG, Art. 398 Abs. 2 OR).

1. Art. 11 BEHG ist eine öffentlichrechtliche Vorschrift mit Funktion einer Doppelnorm, die sowohl von den Vertragsparteien angerufen wie auch von den Behörden von Amtes wegen angewendet werden kann. Privatrechtliche Vereinbarungen sind zulässig, soweit sie den Verhaltensregeln von Art. 11 BEHG nicht widersprechen. Bei Fehlen einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung ist Art. 11 BEHG auch im Bereich des Vertragsrechts zu berücksichtigen. **2.** Die Informationspflicht (Art. 11 Abs. 1 lit. a BEHG) verlangt, dass der Effektenhändler seinen Kunden über die Risiken einer Geschäftsart an sich, nicht jedoch über die Risiken einer konkreten Effektenhandelstransaktion informiert. Erfolgt diese Aufklärung in standardisierter Form, so ist für die Ermittlung von Umfang und Inhalt der erforderlichen

Information von einem unerfahrenen Kunden auszugehen. Zudem ist in allgemein verständlicher Form und für alle Kunden gleich zu informieren, was durch die in der Praxis häufig verwendeten sog. «Risk Disclosure Statements» geschehen kann. Nicht unter die börsengesetzliche Informationspflicht fallen grundsätzlich die Erforschung der finanziellen Verhältnisse des Kunden und die Beurteilung, ob eine Transaktion für einen bestimmten Kunden geeignet ist. Das BGer lehnt damit die Anwendung der ursprünglich anglo-amerikanischen Suitability-Doktrin, die mittlerweile über die MiFiD auch Eingang in die Gesetzgebung der EU gefunden hat, auf das BEHG unmissverständlich ab. 3. Hinsichtlich der vertragsrechtlichen Sorgfaltspflicht der Bank bei der Abwicklung von Börsengeschäften ist zwischen Vermögensverwaltung, Anlageberatung und blosser Konto/Depot-Beziehung zu unterscheiden. Von einem Anlageberatungsvertrag kann ohne schriftliche Vereinbarung auch dann ausgegangen werden, wenn der Kunde aufgrund einer andauernden Geschäftsbeziehung nach Treu und Glauben unaufgeforderte Beratung und Abmahnung erwarten darf (i.c. zweieinhalbjähriger, intensiver und häufiger telefonischer Kontakt). Bei lediglich punktueller Ausführung von Börsengeschäften ist die Bank gegenüber dem Kunden nicht zu einer generellen Interessenwahrung verpflichtet und muss diesen daher in der Regel nur auf Verlangen aufklären, wobei sich das Ausmass der Aufklärungspflicht nach den Kenntnissen und der Erfahrung des Kunden richtet. Die Pflicht zur Aufklärung entfällt jedoch auch bei der Anlageberatung immer dann, wenn der Kunde durch die unbedingte Erteilung von Weisungen zu erkennen gibt, dass er solches weder benötigt noch wünscht. Verfolgt der Kunde trotz Abmahnung weiterhin eine spekulative Anlagestrategie, könnte er daher trotz ungünstiger Lebens- und Vermögensverhältnisse nichts aus einer allfälligen, auf einem Beratungsvertrag basierenden, unterlassenen Suitability-Prüfung herleiten (wobei die Frage, ob sich aus einem Beratungsvertrag – im Gegensatz zum BEHG – überhaupt eine Pflicht zur Suitability-Prüfung ableiten lasse, vom BGer offengelassen wurde).

BGer, 04.01.2007 (I. Zivilabteilung, X c. Y AG): BGE 133 III 97; 4C.270/2006; SZW 2007 173, Sibbern/Von der Crone; SJ 2007 I 252.

r11 Gestion de fortune. Pas d'obligation de couvrir les risques du portefeuille (art. 398 al. 2 CO). Vermögensverwaltungsauftrag. Keine Pflicht des Vermögensverwalters zum Abschluss von Absicherungsgeschäften (Art. 398 Abs. 2 OR).

1. Aus einem allgemeinen Vermögensverwaltungsvertrag lässt sich keine Verpflichtung der Bank resp. des Vermögensverwalters zur Absicherung der vom Kunden gehaltenen Wertpapiere ableiten. Solches bedürfte einer speziellen Weisung des Kunden im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrages oder einer separaten Vereinbarung. 2. Wer sich ausdrücklich vorbehält, den Vorschlag des Vermögensverwalters zum Verkauf oder zur Absicherung von Wertpapieren vorgängig zu genehmigen, kann dem Vermögensverwalter im Rahmen eines Schadenersatzprozesses nicht vorwerfen, dieser hätte die entsprechenden Geschäfte von sich aus tätigen müssen.

BGer, 02.02.2007 (I. zivilrechtliche Abteilung, C.X., D.X. und Y. c. Z. AG): 4C.425/2005.

r12 Gestion de fortune. Exonération de responsabilité. Diligence. Calcul du dommage (art. 3 LB, art. 100 al. 2 et 398 al. 2 CO, art. 2 CC). Vermögensverwaltungsvertrag. Haftungsfreizeichnung. Sorgfaltspflicht. Schadensberechnung (Art. 3 BankG; Art. 100 Abs. 2, 398 Abs. 2 OR, Art. 2 ZGB).

1. Eine Bank, die über eine Bewilligung gemäss Art. 3 BankG verfügt, gilt als obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe und unterliegt als solches der Freizeichnungsbeschränkung von Art. 100 Abs. 2 OR. Letztere gilt auch für den Geschäftsbereich der Vermögensverwaltung. Wer in mehreren eng verbundenen Geschäftsfeldern tätig ist und dabei in sämtlichen Bereichen von der Vertrauenswirkung der Bankenbewilligung profitiert, ist auch im Rahmen nicht bewilligungspflichtiger Tätigkeiten den Sorgfaltsstandards des Bankgeschäfts unterworfen und kann sich nicht darauf berufen, die Vermögensverwaltung wäre für sich gesehen nicht bewilligungspflichtig. 2. Für den Ermessensentscheid nach Art. 100 Abs. 2 OR (Nichtigkeit der Freizeichnungsklausel) sind die übrigen Vertragsbestimmungen und die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Im Falle eines Vermögensverwaltungsvertrages, der dem Vermögensverwalter weitestgehende Freiheiten beim Entscheid über die Anlagepolitik im Allgemeinen und über die Art der Anlage im Einzelfall einräumt, würde durch die Reduktion der Haftung des

Vermögensverwalters auf grobe Fahrlässigkeit ein deutliches Ungleichgewicht zu Lasten des Kunden geschaffen. **3.** Für den Vermögensverwaltungsvertrag gelten die auftragsrechtlichen Regeln betreffend die Sorgfaltspflicht des Beauftragten und dessen Haftung für getreue und sorgfältige Geschäftsführung (Art. 398 Abs. 2 OR). Der Vermögensverwalter hat den Börsenkurs der angelegten Wertpapiere zu überwachen und bei drohenden Verlusten die geeigneten Massnahmen zu ergreifen. Das Erstellen eines Kundenprofils dient dem Zweck, das Ausmass des Risikos zu bestimmen, das zu tragen der Kunde bereit und nach seinen Lebensumständen fähig ist. Dem Kundenprofil kommt jedoch hinsichtlich der Risikofrage keine selbständige Bedeutung zu, falls die tatsächlich getroffenen vertraglichen Abmachungen eindeutig sind. Wer im Vermögensverwaltungsvertrag eine riskante, spekulative Anlagepolitik vereinbart, kann sich nicht nachträglich darauf berufen, das Kundenprofil verlange nach einer konservativen, primär auf Erhaltung des Vermögens ausgerichteten Anlagestrategie (Rechtsmissbrauch). **4.** Für die haftpflichtrechtliche Schadensberechnung im Bereich der Vermögensverwaltung ist zwischen der Schädigung durch Verfolgung einer pflichtwidrigen Anlagestrategie im Allgemeinen und der Schädigung durch pflichtwidrige Einzelanlagen zu unterscheiden. Relevant ist derjenige Teil des Vermögens, der für die sorgfaltswidrige Anlage eingesetzt wurde. Bei der Vergleichshypothese ist auf die Sorgfalt eines durchschnittlich erfolgreichen Vermögensverwalters während der gleichen Periode abzustellen, wobei davon auszugehen ist, dass Letzterer nicht in der Lage ist, «den Markt zu schlagen».

BGer, 10. 11.2006 (I. Zivilabteilung, A c. X AG): 4C.158/2006.

r13 **Gestion de fortune. Décharge signée par le client. Validité (art. 100 et 101 CO).**
Vermögensverwaltung. Vom Kunden unterzeichnete Haftungsbefreiung. Gültigkeit (Art. 100 und 101 OR).

La déclaration selon laquelle le client décharge entièrement la banque de ses actes est valable seulement si, au moment auquel il la signe, le client connaît les faits auxquels elle se réfère. Elle est en tout cas nulle si elle est signée avant que le dommage se soit produit et que l'auxiliaire de la banque a commis une faute grave (art. 100 al. 1 et 101 al. 3 CO).

TF, 20.12.2006 (A. SA c. B.): 4C.260/2006.

r14 **Conseil en placement. Devoir d'information. Anlageberatung. Informationspflicht.**

1. Le contrat de conseil en placement, qui peut être conclu à titre gratuit ou onéreux, consiste en l'information active de l'investisseur afin que ce dernier puisse prendre les décisions concrètes de placement. Lorsque la banque donne des conseils, elle doit le faire avec diligence et aviser le client des risques liés à l'investissement. L'étendue de l'obligation d'information varie selon les connaissances du client et du type d'opération. **2.** La conclusion d'un contrat de conseil en placement est ici admise du fait que la banque a recommandé à son client des titres litigieux. **3.** La banque s'est acquittée de son obligation en remettant à son client, doté d'une certaine expérience dans le monde des affaires mais sans connaissance concrète de la catégorie des titres en question (*Collateralised Debt Obligations*) une documentation dont il résultait que les titres étaient spéculatifs, qu'il ne s'agissait pas d'obligations, qu'ils n'étaient pas garantis et que la notation attendue était Baaa3. **4.** Si le client avait des doutes sur les explications contradictoires du conseiller bancaire, il lui appartenait de clarifier la situation en posant des questions.

Cour de justice de Genève, décision du 19.01.2007 (ACJC/35/2007): www.commercialarbitration.ch → *Diritto Bancario* → 28.03.2007, obs. Lombardini.

r15 **Contrat de gestion de fortune. Opérations à terme et dérivés.**

Vermögensverwaltungsvertrag. Termin- und Derivatgeschäfte.

Le client qui, plusieurs mois après avoir reçu un relevé bancaire mentionnant une perte importante sous la rubrique «opérations à terme», signe une demande de crédit en compte courant comprenant une déclaration indiquant qu'il a connaissance des risques liés à ce type d'opérations peut de bonne foi être considéré avoir autorisé ces opérations et connaître les risques qui y sont liés.

TF, 03.10.2006 (1^{ère} Cour civile, Epoux A. c. X. SA.): 4C.190/2006.

r16 **Conseil en placement. Fardeau de la preuve de l'existence du mandat. Banque restante, fiction de ratification, abus de droit (art. 2 CC; art. 6, 398 al. 2, 397 al. 1 CO).**

Anlageberatungsvertrag. Beweispflicht des Anlageberaters für das Vorliegen eines Auftrags. Banklagernde Korrespondenz, rechtsmissbräuchliche Genehmigungsfiktion (Art. 2 ZGB; Art. 6, 398 Abs. 2, 397 Abs. 1 OR).

1. Der Anlageberater bzw. die Bank ist für das Vorliegen eines Auftrags zur Ausführung bestimmter Transaktionen beweispflichtig. Beweisbedürftig ist dabei nicht die Auftragsausführung, sondern die Auftragserteilung. Depotauszüge, Auftragserfassungsformulare und Börsenaufträge vermögen die fehlende Dokumentation nicht zu belegen und sind lediglich bankinterne Vorgänge. 2. Die Annahme einer Zustellungsfiktion (banklagernde Korrespondenz) in Verbindung mit einer Genehmigungsfiktion (keine Beanstandung des Kunden innert Frist) ist unzulässig, wenn sie als rechtsmissbräuchlich erscheint. Der Kunde muss in guten Treuen nicht damit rechnen, dass eine vereinbarte Anlagestrategie in krasser Weise missachtet wird bzw. dass ohne Erteilung eines entsprechenden Auftrages bisher nicht im Portfolio enthaltene Anlagepositionen erworben werden. 3. Vorliegend erhöhte sich der Aktienbestand eines Portfolios innert etwas mehr als eines Jahres auf 17 Prozent, nachdem er während mehrerer Jahre relativ konstant zwischen 2 und 3 Prozent betrug. In solchen Fällen kann die Bank nicht in gutem Glauben von der Richtigkeit der Auftragsausführung ausgehen. Sie kann sich daher auch nicht auf den Standpunkt stellen, die Transaktionen seien aufgrund der fehlenden rechtzeitigen Remonstration des Kunden als genehmigt zu betrachten. Die Genehmigungsfiktion scheitert an der fehlenden Gutgläubigkeit der Bank, da sie wusste oder zumindest hätte wissen müssen, dass es dem Kunden unter den gegebenen Umständen am Genehmigungswillen fehlt.

Handelsgericht ZH, 27.06.2006: ZR 106 (2007) Nr. 1.

r17 Placements à risque. Marge. Devoir d'information.

Risikoanlage. Marge. Informationspflicht.

1. La marge demandée par les banques a pour but de limiter les risques que celles-ci encourent en cas d'insolvabilité du client, non de protéger le client. En l'absence d'un mandat de gestion de fortune, la banque n'engage pas sa responsabilité lorsqu'elle n'exige pas une marge suffisante. Cela serait différent si le contrat ou l'usage dans le domaine obligeait la ban-

que à demander une telle marge (ce qui n'est pas le cas en l'espèce). 2. Le fait que la banque doive fournir une marge déterminée à ses propres intermédiaires ne veut pas dire qu'elle a la même obligation vis-à-vis de son client. 3. La banque qui n'est pas au bénéfice d'un mandat de gestion de fortune n'est pas tenue à une sauvegarde générale des intérêts de son client. Un devoir d'information n'existe que dans des situations exceptionnelles: soit lorsque la banque reconnaît que le client n'a pas identifié un risque particulier concernant un investissement, soit lorsqu'un rapport de confiance s'est instauré (conditions non réalisées en l'espèce).

Tribunale d'Appello TI, 23.08.2006 (C. c. Banca X.): www.commercialarbitration.ch → *Diritto Bancario* → 26.11.2006.

r18 Transaction en bourse. Contrat de commission (art. 425 CO). Mistrade. Extourne.

Börsentransaktion. Kommission (Art. 425 OR). Mistrade. Stornierung.

Le client passe successivement un ordre d'achat et un ordre de vente portant sur warrants négociés à la SWX. Les deux transactions ont été annulées par la SWX en raison d'un *mistrade*. 1. Le client est lié à la banque par un contrat de commission (art. 425 ss CO). Elle n'est pas tenue d'obtenir le résultat voulu par le client, mais de suivre ses instructions avec diligence afin d'exécuter la transaction voulue. 2. Même si elles ne lient pas directement le client, les règles de la bourse relatives au négoce s'appliquent à la transaction qu'il a ordonnée. Lorsque la SWX annule des transactions, la banque est autorisée à les extourner au compte du client.

TF, 27.02.2007 (*Tère Cour civile, A.A. c. Banque X.*): 4C.286/2006; SJ 2007 I 320; Lombardini, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 505 du 03.04.2007.

r19 Fonds de placement. Demande de dommages-intérêts contre la direction du fonds. Fardeau de la preuve.

Anlagefonds. Erfüllungs- und Schadenersatzanspruch gegenüber der Fondsleitung. Behauptungs- und Beweislast.

1. Wer rügt, der von der Fondsleitung bei Rücknahme eines Anteilscheins ausbezahlte Betrag entspreche nicht dem wirklichen Wert des Anteils, macht einen Anspruch auf Vertragserfüllung geltend. Dieser Erfüllungsanspruch kommt auch demjenigen Anle-

ger zu, der seinen Anteil am Sekundärmarkt erworben hat. Die Einrede der Fondsleitung, der Anteilschein sei bereits bei seiner Ausgabe nicht verkehrswertkonform bewertet worden, kann dem gutgläubigen Erwerber am Sekundärmarkt aufgrund der wertpapierrechtlichen Einredebeschränkung nicht entgegengehalten werden. Wer hingegen seinen Anteil direkt von der Fondsleitung und unter dem wirklichen Wert erworben hat, muss es sich gefallen lassen, dass sein Anspruch bei Rücknahme entsprechend reduziert und so die Schädigung der anderen Anleger verhindert wird. **2.** Der Investor hat zur erfolgreichen Geltendmachung seines Erfüllungsanspruchs das Bestehen eines Vertrags sowie dessen nicht gehörige Erfüllung (unter dem Inventarwert liegender Rücknahmepreis) zu beweisen. Das Verschulden der Fondsleitung wird vermutet. Sie trägt die Beweislast für das Vorliegen von Tatsachen, die eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel begründen, und hätte daher auch zu beweisen, dass der klagende Anleger seinerseits die Anteile bereits unter dem Verkehrswert erworben hatte. **3.** Werden von der Fondsleitung einzelne Anteile unter ihrem wirklichen Wert ausgegeben, so hat derjenige Anleger, der zuvor seinen Anteil zum wirklichen Wert erwerben musste, einen persönlichen Anspruch auf Schadenersatz im Umfang seiner Beteiligung gegen die Fondsleitung. Dies gilt auch für den bereits ausgeschiedenen Anleger, der seine Anteile bereits zurückgegeben hat, da die Einwerfung der Ersatzleistung ins Fondsvermögen den Einzelschaden des ausgeschiedenen Anlegers nicht ausgleichen würde. **4.** Der auf Schadenersatz klagende Investor hat den tatsächlichen Zustand seines Vermögens sowie den hypothetischen Vermögensstand ohne schädigendes Ereignis (Ausgabe von Anteilscheinen unter dem Inventarwert an andere Investoren) zu beweisen. Die Beweislast bezüglich eines zu tiefen Preises bei der Ausgabe an den klagenden Anleger selbst, aufgrund dessen dieser im Endeffekt nicht mehr geschädigt wäre, liegt hingegen bei der Fondsleitung.

BGer, 01.11.2005 (I. Zivilabteilung, A.B. und B. GmbH gegen C.): BGE 132 III 186; 4C.47/2005; JdT 2006 I 231.

r20 Emprunt obligataire. Placement privé. Responsabilité de la banque chef de file. Obligationenanleihe. Privatplatzierung. Verantwortlichkeit der Lead Bank.

1. Un investisseur qualifié (ici : une société active dans la gestion de patrimoine) ne peut pas se fier exclusivement aux indications fournies dans le feuillet d'information pour apprécier la situation de l'émetteur (ici : une société minière). **2.** L'investisseur ne peut pas invoquer la responsabilité de la banque chef de file pour avoir tu certaines informations dans le feuillet d'information lorsque lui-même, après avoir pris connaissance de ces informations, a acheté des titres supplémentaires (défaut de causalité adéquate).

TF, 04.07.2006 (I^{ère} Cour civile, X. SA c. Banque Y. SA) : 4C.125/2006.

r21 Responsabilité du fait du prospectus. Causalité. Degré de la preuve : vraisemblance prépondérante (art. 8 CC, art. 752 CO).

Prospekthaftung. Kausalität. Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (Art. 8 ZGB, Art. 752 OR).

1. Der geschädigte Anleger, der einen Schadenersatzanspruch gestützt auf Art. 752 OR (Prospekthaftung) geltend macht, hat den Nachweis zu erbringen, dass zwischen den falschen Angaben im Emissionsprospekt und dem eingetretenen Schaden ein Kausalzusammenhang besteht. Sowohl für den Erstkäufer (Primärmarkt) wie auch für den späteren Erwerber (Sekundärmarkt) gilt dabei das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. **2.** Nach ständiger Rechtsprechung gilt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit namentlich für den Nachweis des natürlichen bzw. hypothetischen Kausalzusammenhangs. Gerade im Bereich der Prospekthaftung befindet sich der Anleger regelmässig in einer Beweisnot, weshalb auch hier die Beweiserleichterung zum Zuge kommt. Beim Erstkäufer, der die Aktien gestützt auf die Angaben im Prospekt erwirbt, ist davon auszugehen, dass die Angaben im Prospekt direkt kausal für den Kaufentschluss sind. Unter der Annahme eines effizienten Kapitalmarktes, bei welchem die Preise grundsätzlich die Fundamentaldaten einer Anlage und somit auch die Angaben im Emissionsprospekt widerspiegeln, gilt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit jedoch auch für denjenigen, der seine Aktien am Sekundärmarkt kauft. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass mit der Zeit andere Faktoren hinzutreten, die für die Einschätzung des Wertpapiers bestimmend werden können (neuere Unternehmensdaten, Presseberichte, Konjunktüreinschätzungen, Marktstimmung

etc.). 3. Hingegen kann der Anleger den Kausalitätsnachweis auf keinen Fall gänzlich umgehen, indem er geltend macht, er habe sich darauf verlassen, dass die Titel vom Markt ohnehin unter Berücksichtigung der vorhandenen Informationen richtig bewertet würden. Er hat den (erleichterten) Beweis zu erbringen, dass zwischen der pflichtwidrigen Handlung und dem eingetretenen Schaden ein Kausalzusammenhang besteht.

BGer, 28.07.2006 (I. Zivilabteilung, A. und B. c. C. und Mitb.): BGE 132 III 715; 4C.136/2006; SZW 2006 452, Chammartin/Von der Crone.

r22 Produit structuré. Jeux de hasard et pari professionnel.

Strukturierte Produkte. Glücksspiel und gewerbmässige Wette.

Qualification d'un produit structuré composé d'une note et d'un coupon-bonus indissociables. A leur échéance commune, la note donne droit au remboursement de tout ou partie du capital et à un intérêt de 13% tandis que la valeur du coupon-bonus dépend des résultats réalisés par l'équipe nationale suisse lors de la Coupe du monde de football 2006. 1. Considéré dans son ensemble, ce produit structuré est assimilé à un jeu de hasard au sens de la loi sur les jeux de hasard et les maisons de jeux du 18 décembre 1998 (RS 935.52) car le gain potentiel résultant du coupon-bonus dépend seulement des résultats de l'équipe nationale suisse, un événement ludique lié au hasard. Le produit est interdit puisque ni son émetteur ni son distributeur ne sont au bénéfice de la concession nécessaire. 2. Le produit structuré ne bénéficie d'aucune des exceptions prévues par la loi sur les loteries et les paris professionnels du fait que le coupon-bonus constitue un pari sur des parties de football (RS 935.51), prohibé selon l'article 33 de cette loi. 3. Le fait que les investisseurs n'aient pas encouru un risque de pertes financières en raison des résultats de la Coupe du monde de football et le caractère promotionnel du coupon bonus sont sans pertinence.

TF, 19.02.2007 (II^{ème} Cour de droit public, Nomura Bank International PLC et Crédit Suisse SA. c. Service de l'économie, du logement et du tourisme, Police cantonale de commerce): 2A.529/2006; Gomez Richa, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 508 du 13.04.2007.

3. Crédits/Kredite

r23 Contrat de prêt. Prescription (art. 128 ch. 1 CO), interruption. Effets du «bien-trouvé» et de la résiliation.

Darlehensvertrag. Verjährung (Art. 128 Ziff. 1 OR), Unterbrechung. Folgen der Richtigbefundanzeige und der Kündigung.

1. Les acomptes d'amortissement d'un crédit (ici : non bancaire) sont des «prestations périodiques» et se prescrivent par cinq ans selon l'art. 128 ch. 1 CO. 2. La dénonciation au remboursement (résiliation) reste sans effet sur les acomptes échus et leur prescription. 3. En l'absence d'une convention de compte courant, la déclaration de «bien-trouvé» du débiteur n'a pas d'effet novatoire (art. 117 al. 2 CO), mais elle interrompt la prescription et fait courir un nouveau délai (art. 135 ch. 1 CO).

Cour de cassation de Neuchâtel, 08.09.2005: RJN 2005 91.

r24 Contrat de prêt. Résiliation et remboursement anticipés. Convention de liquidation. Interprétation.

Darlehensvertrag. Vorzeitige Kündigung und Rückzahlung. Vereinbarung betreffend Beendigungsmodalitäten. Auslegung.

Selon les clauses du contrat, un crédit bancaire de CHF 150 millions pour une durée déterminée de 25 ans peut être résilié par l'emprunteur moyennant le paiement d'une indemnité forfaitaire et d'une indemnité correspondant à la différence entre le taux d'intérêt applicable à la période en cours (ici une année) et le taux effectivement obtenu par la banque lors du remplacement des fonds remboursés. 1. L'emprunteur qui a accepté et réglé une proposition chiffrée de la banque quant aux conséquences de la résiliation anticipée du crédit (accord résolutoire) ne peut pas exiger ultérieurement un décompte de la perte effective subie par la banque sur le remplacement des fonds remboursés.

TF, 29.09.2006 (I^{ère} Cour civile, X. c. Y. AG): 4C.116/2006; Ivosevic Woolcombe, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 481 du 28.11.2006.

r25 Vente par acomptes, contrat de crédit à la consommation. Champ d'application (art. 226m aCO, LCC).

Abzahlungsvertrag/Konsumkreditvertrag. Geltungsbereich (Art. 226m aOR, KKG).

1. Ein Darlehensvertrag, welcher die Finanzierung eines Aktienkaufs bezweckt, fällt nicht in den Geltungsbereich des altrechtlichen Abzahlungsvertragsrechts bzw. des Konsumkreditgesetzes. 2. Der Geltungsbereich der gemäss KKG zu schützenden Konsumenten wird in gleicher Weise wie im Abzahlungsvertragsrecht begrenzt. Dabei kommt es nicht auf die individuelle Schutzbedürftigkeit des Konsumenten an, sondern auf das sich bei der in Frage stehenden Vertragsgestaltung objektiv festzustellende, typisierte Sozialschutzbedürfnis. Letzteres fehlt im kaufmännischen Verkehr, insbesondere dann, wenn der Käufer im Handelsregister eingetragen ist oder sich der Kauf auf Produktivgüter erstreckt. Die Anwendung von abzahlungsrechtlichen resp. konsumkreditrechtlichen Schutzbestimmungen kommt nur in Frage, wenn es um die Finanzierung eines Konsumgutes geht. 3. Die Unternehmung resp. ihre Aktien gelten gerade nicht als Konsumgüter. Das Fehlen eines Verzichtsrechts für den Käufer macht daher einen Darlehensvertrag, der zwecks Finanzierung eines Aktienkaufvertrages abgeschlossen wurde, nicht ungültig.

BGer, 27.11.2006 (II. Zivilabteilung, A. und B. c. C.): 5P.336/2006.

r26 Leasing. Loi sur le crédit à la consommation. Inclusion de la TVA dans le calcul du taux effectif global. Nullité du contrat (art. 15 al. 1 LCC).

Leasingvertrag. Konsumkreditgesetz. Mehrwertsteuer auf Leasingraten als Bestandteil des effektiven Jahreszinses. Nichtigkeit des Leasingvertrags (Art. 15 KKG).

1. Beim Leasingvertrag ist die für Leasingraten zu entrichtende und auf den Konsumenten abgewälzte Mehrwertsteuer in die Berechnung des effektiven Jahreszinses (Art. 6 KKG) miteinzubeziehen, wenn im Falle eines Barkaufs die Mehrwertsteuerpflicht wegfallen würde. 2. Für die Berechnung der Gesamtkosten des Kredits nicht zu berücksichtigen sind diejenigen Kosten, die der Leasingnehmer bei Abschluss eines Barkaufs ebenso zu tragen hätte (Art. 34 Abs. 2 lit. b KKG). Beim Barkauf mit Margenbesteuerung entfällt die Mehrwertsteuerpflicht, wenn der Verkaufspreis kleiner oder gleich dem Ankaufspreis ist. 3. In casu wurde im Leasingvertrag über einen PW ein Barkaufpreis von CHF 50 000 eingesetzt, während der Leasinggeber das Fahrzeug ebenfalls zum selben Preis gekauft hatte. Die vom

Leasinggeber zu entrichtende Mehrwertsteuer für das im Leasingvertrag vereinbarte Entgelt (Leasingraten) wurde auf den Leasingnehmer abgewälzt, weshalb es in die Berechnung des effektiven Jahreszinses hätte miteinbezogen werden müssen. Dieser Formmangel (Art. 11 Abs. 2 lit. e KKG) führt zu einer Vertragsnichtigkeit sui generis, indem der Leasingnehmer den geleasteten Gegenstand zurückgeben muss und die Leasingraten zu zahlen hat, die bis zur Rückgabe geschuldet sind (Art. 15 Abs. 1 und 4 KKG).

BGer, 13.06.2006 (I. Zivilabteilung, Bank X c. B): 4C.58/2006.

4. Aspects successoraux et matrimoniaux / Erb- und eherechtliche Probleme

r27 Compte joint. Clause d'exclusion des héritiers. Droit aux renseignements. Ayant droit économique.

Gemeinschaftskonto. Erbenausschlussklausel. Auskunftspflicht. Wirtschaftlich Berechtigter.

1. La clause d'exclusion des héritiers d'une convention de compte joint déroge au régime de transmission des contrats et exclut les héritiers du rapport obligataire de base. 2. En présence d'une telle clause, les héritiers exclus ont seulement droit aux informations concernant le compte au moment de l'ouverture de la succession et aux opérations effectuées par le défunt dans les dix années antérieures. Les informations concernant les opérations qui ont eu lieu après la mort du titulaire du compte ne peuvent pas être données par la banque. 3. Le fait que les héritiers sont les ayants droit économique ne leur donne pas droit à des informations relatives au compte sauf dans les circonstances exceptionnelles où la banque aurait connaissance d'un rapport fiduciaire sur la base du formulaire A et qu'elle s'apercevrait d'un comportement illicite du titulaire de compte au détriment de l'ayant droit économique (pas réalisé au cas d'espèce).

Tribunale d'Appello TI, 18.01.2006 (F. et S. c. Banca B et UTL): www.commercialarbitration.ch → Diritto Bancario → 24.09.2006.

r28 Compte joint. Responsabilité de la banque envers un héritier. Droit applicable. Dommage.

Gemeinschaftskonto. Verantwortlichkeit der Bank gegenüber einem Erben. Anwendbares Recht. Schaden.

1. Même si elle présente des liens avec un litige successoral soumis au droit français, la responsabilité contractuelle et extracontractuelle de la banque suisse envers un héritier relative à un compte joint compris dans la succession relève exclusivement du droit suisse (art. 116 et 133 al. 2 LDIP). 2. L'héritier qui se plaint que la banque a remis des actifs financiers au conjoint survivant titulaire d'un usufruit successoral ne subit de dommage que si les actifs en question ou leur question ne se retrouvent pas dans la succession de l'usufruitier.

TF 30.08.2006 (I^{ère} Cour civile, A. c. X. et B.): 4C.112/2006

r29 Véhicules successoraux. Trust. Droit aux renseignements en tant qu'héritier ou bénéficiaire du trust. Action en reddition de compte.

Erbrechtliche Instrumente. Trust. Auskunftsrecht als Erben und als Trust-Begünstigter. Klage auf Rechenschaftsablegung.

Par une requête de mesure provisionnelle en reddition de compte dirigée contre la banque, le bénéficiaire d'un trust cherche à obtenir divers documents (*letters of wishes*, consultations juridiques, etc.) qui lui permettraient de s'opposer à d'autres bénéficiaires. 1. En tant qu'il fonde sa requête sur l'existence (contestée) d'un compte bancaire du *de cuius*, le requérant fait valoir sa qualité de légataire universel de la succession du constituant du trust. Conformément au droit français, il est un héritier non réservataire. Son droit aux renseignements ne s'étend pas aux documents visés par la requête. 2. Dans un moyen séparé, le requérant allègue que la banque aurait constitué le trust pour le compte du *de cuius*. En ce qui concerne le mandat (contesté) par lequel le *de cuius* aurait chargé la banque de l'assister dans la création du trust, la jurisprudence retient que tout héritier individuellement peut exercer le droit du mandant de demander au mandataire de lui rendre compte de l'exécution de sa mission. 3. Au cas d'espèce, ce deuxième moyen est rejeté en mesures provisionnelles en l'absence d'une preuve liquide: le droit du requérant n'est pas évident et devrait être établi par l'audition de témoins, ce que la voie des mesures provisionnelles ne permet pas.

Cour de justice de Genève, décision du 16.02.2006 (ACJC/146/2006): www.commercialarbitration.ch → *Diritto Bancario* → 13.03.2006, obs. Lombardini; Thévenoz, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 443 du 19.06.2006.

r30 Trust constitué selon le droit liechtensteinois. Compétence territoriale. Covention d'arbitrage. Consortie nécessaire des trustees.

Trust nach liechtensteinischem Recht. Gerichtsstand. Schiedsabrede. Notwendige Streitgenossenschaft der Treuhänder.

1. Gestützt auf Art. 5 Ziff. 6 LugÜ (SR 0.275.11) kann ein Treuhänder grundsätzlich vor den Gerichten des Vertragsstaates eingeklagt werden, in dessen Hoheitsgebiet der Trust seinen Sitz hat. Alternativ kann er jedoch auch an seinem Wohnsitzgerichtsstand eingeklagt werden (Art. 2 Abs. 1 LugÜ). 2. Der aus einem Treuhandvertrag Begünstigte ist nicht Vertragspartei des Treuhandvertrages. Der von einem Begünstigten in Anspruch genommene Trustee eines Trusts nach liechtensteinischem Recht kann daher die Schiedseinrede nicht unter Berufung auf den Treuhandvertrag erheben. Ist keine zusätzliche, mindestens in Schriftform abgefasste Vereinbarung zwischen dem Treuhänder und dem Begünstigten abgeschlossen worden (erforderlich gemäss dem New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958, SR 0.277.12, und gemäss dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen in Zivilsachen vom 25. April 1968, SR 0.276.195.141), so ist zwischen den Parteien keine Schiedsabrede zustande gekommen. 3. Das Treugut steht nicht im Eigentum des Trusts, sondern im Gesamteigentum der Treuhänder. Begünstigte des Trusts haben nach dessen Beendigung lediglich einen obligatorischen Anspruch auf ihre Begünstigung. Die Pflicht zur Erstellung einer Schlussabrechnung und zur Übereignung des Treuhandvermögens auf die Begünstigten obliegt den Treuhändern insgesamt. Im Falle einer Pflichtverletzung bilden die Treuhänder als Gesamthandschuldner eine notwendige Streitgenossenschaft und sind daher im Herausgabeprozess gemeinsam ins Recht zu fassen. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn einer der Treuhänder zum Voraus erklärt hat, dass er das Urteil gegen sich gelten lassen werde. Die

Frage, wie die Beschlussfassung innerhalb des Treuhänderrates geregelt ist, beeinflusst die Frage der Passivlegitimation nicht.

Appellationsgericht BS, 29.10.2004 (Dres. X. und Y. gegen St. Ch.): BJM 2007 28.

r31 *Usufruit du conjoint survivant sur des avoirs bancaires. Droit de surveillance et de réclamation des héritiers (art. 473, 773, 759 CC).*

Nutzniessung des überlebenden Ehegatten an Bankguthaben; Aufsichts- und Einspruchsrecht der Erben (Art. 473, 773, 759 ZGB).

Wird mittels Erbvertrag dem überlebenden Ehegatten die lebenslängliche Nutzniessung am ganzen Nachlass des Vorversterbenden eingeräumt (Art. 473 ZGB), so kann Letzterer zwar den Ertrag von entsprechenden Forderungen einziehen (Art. 773 Abs. 1 ZGB), während die Forderung selbst jedoch auf den Erben übergeht. Dies gilt auch für Bankguthaben, weshalb dem Erben diesbezüglich ein angemessenes Aufsichts- und Einspruchsrecht i.S.v. Art. 759 ZGB zusteht.

Appellationsgericht BS, 28.04.2005: BJM 6/2006 307.

II. Sûretés/Kreditsicherung

1. Sûretés personnelles/Persönliche Sicherheiten

r32 *«Letter of Credit». Qualification en droit suisse. Devoir d'information de la banque.*

«Letter of Credit». Bedeutung nach schweizerischem Recht. Aufklärungspflicht der Bank.

1. Der «Letter of credit» ist ein in Akkreditivform erstelltes, abstraktes Sicherungsversprechen, bei dem sich die beauftragte Bank verpflichtet, bei Vorlage akkreditivkonformer Dokumente an den Begünstigten zu zahlen, unabhängig vom Bestand der zu sichernden Hauptschuld. 2. Zwischen dem einen «Letter of credit» beantragenden Kunden und der eröffnenden Bank kommt Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) zur Anwendung. Die Verlängerung eines «letter of credit» über die ursprünglich vereinbarte Gültigkeitsdauer hinaus bedarf daher nicht in jedem Fall der ausdrücklichen Zustimmung des Auftraggebers. Je nach den Umständen des konkreten Einzelfalles kann die Bank zur vertragsgemässen Abwicklung des Auftrages die Verlängerung auch ohne explizites Verlan-

gen des Auftraggebers vornehmen. Dies insbesondere dann, wenn eine Verlängerung im offensichtlichen Interesse des Auftraggebers liegt, da der Beauftragte auch zu denjenigen Rechtshandlungen ermächtigt ist, die zur Ausführung des Geschäfts gehören (Art. 396 Abs. 2 OR). 3. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze betreffend die Aufklärungspflicht der Bank gegenüber einem Kunden im Rahmen eines Vermögensverwaltungsvertrages finden auf die Errichtung eines «letter of credit» keine Anwendung. Wer ein derartiges Sicherungsgeschäft eingeht, muss damit rechnen, dass der Garantiefall eintritt und dass die beauftragte Bank anschliessend ihr Rückforderungsrecht (Art. 402 Abs. 1 OR) geltend macht.

Obergericht ZH, II. Zivilkammer, 24.10.2003: ZR 106 (2007) Nr. 14

r33 *Porte-fort (art. 111 CO). Dommage comme condition de la prétention. Concours de prétentions entre plusieurs garanties.*

Garantievertrag (Art. 111 OR). Schaden als Voraussetzung der Geltendmachung des Garantieanspruchs. Konkurrierende Ansprüche aus verschiedenen Garantien.

1. Die Leistung des Garanten stellt nicht die Erfüllung der gesicherten Verbindlichkeit dar. Inhalt der Garantie ist das Einstehenmüssen für den Schaden, der dem Gläubiger aus der Nichterfüllung (oder nicht gehörigen Erfüllung) der gesicherten Verbindlichkeit durch einen Dritten erwächst. Besteht kein solcher Schaden oder ist er behoben, fehlt eine Voraussetzung zur Geltendmachung der Garantie. 2. Bestehen zur Sicherung der gleichen Verbindlichkeit zwei oder mehrere voneinander unabhängige Garantien und erbringt einer der Garanten die vollständige Garantieleistung, so dass der Gläubiger nicht mehr geschädigt ist, so stehen diesem gegen die übrigen Garanten keine Ansprüche mehr zu. 3. Durch die Abtretung einer Garantie ändert sich nichts an deren Natur und Zweck. Insbesondere hat die Abtretung des Garantieanspruches vom Gläubiger an einen Zessionar nicht zur Folge, dass damit die Verbindlichkeiten des Zedenten gegenüber dem Zessionar gesichert würden.

BGer, 09.02.2007 (I. zivilrechtliche Abteilung, X GmbH c. Y): 4C.351/2006.

r34 Vente d'actions. Distinction entre porte-fort et cautionnement (art. 111 CO).

Aktienkaufvertrag. Abgrenzung zwischen Garantievertrag und Bürgschaft (Art. 111 OR).

1. Der Garantievertrag (Art. 111 OR) umfasst namentlich auch Verpflichtungen, die sich in irgendeiner Weise auf ein Schuldverhältnis beziehen, das dem Begünstigten Anspruch auf Leistung eines Dritten gibt. Das wesentliche Unterscheidungskriterium zur Bürgschaft liegt in der Akzessorietät. Der Garant verpflichtet sich, auch dann zu erfüllen, wenn die Verpflichtung des Dritten nicht entstanden, ungültig oder unverbindlich ist. Ob eine Bürgschaft oder ein selbständiges Garantieversprechen vorliegt, ist durch Auslegung des Sicherungsvertrages zu ermitteln. 2. In casu ging es um eine Vereinbarung anlässlich des Verkaufs eines Aktienpakets von C. an die W.-Gruppe mit folgendem Inhalt: «Garantieerklärung A. und B. gegenüber C. A. und B. garantieren unter solidarischer Haftung (...), dass der Verkaufspreis für 100% der Aktien X AG mindestens CHF 2 800 000 betragen und C somit mindestens CHF 2 525 000 für seine 900 Aktien erhalten wird. Sollte der Gesamtverkaufspreis für 100% der Aktien unter CHF 2,8 Mio. liegen, so verpflichten sich A. und B., C. den Differenzbetrag (...) zu vergüten. (...)» C. erhielt von der W.-Gruppe insgesamt CHF 1 924 000 als Kaufpreis für sein Aktienpaket. 3. Die vorliegende Verpflichtung ist nicht akzessorisch, da sie im Gegenteil voraussetzt, dass keine Verpflichtung der Käuferin zur Bezahlung des Kaufpreises in der garantierten minimalen Höhe entstanden ist. Der Garantiefall ist somit eingetreten.

BGer, 29.06.2006 (I. Zivilabteilung, A. und B. c. C.): 4C.150/2006.

r35 Cautionnement ou engagement solidaire (art. 492, 143 CO).

Bürgschaft oder Solidarschuld (Art. 492, 143 OR).

1. Il y a engagement solidaire et non cautionnement si la personne qui a signé la garantie est rompue aux contrats de sûreté et en connaît le vocabulaire juridique ou si le garant a un intérêt direct et matériel dans l'affaire à conclure (intérêt connu par le créancier qui comprend alors la raison pour laquelle le garant veut assumer une obligation identique à celle du débiteur). Tel est le cas lorsque le débiteur et le garant sont liés par un contrat de société et que par l'opération en cause ils poursuivent un but commun. Dans ce cas l'actionnaire n'intercède pas pour un tiers dé-

biteur mais il agit aux fins de sa propre activité. 2. Selon le TF, il n'est cependant pas possible de déduire que l'actionnaire poursuit un intérêt personnel et matériel du seul fait qu'il garantit une obligation de sa société.

TF, 26.04.2007 (I^{ère} Cour civile, A., B. et C. c. Banque X.): 4C.24/2007, Peyrot, www.unige.ch/cdbf/actualite n° 523 du 05.06.2007.

r36 Garantie à première demande. Cautionnement. Blocage par mesure provisionnelle.

Garantie auf erste Aufforderung. Bürgschaft. Sperung durch einstweilige Verfügung.

Rappel de la jurisprudence: Tribunal d'Appello TI (X. SA c. Y. SA): www.commercialarbitration.ch → Diritto Bancario → 24.09.2006

2. Sûretés réelles/Dingliche Sicherheiten

r37 Crédit bancaire. Nantissement de polices d'assurance vie (art. 73 LCA).

Bankkredit. Verpfändung von Lebensversicherungspolice (Art. 73 VVG).

Sauf convention contraire, le titulaire d'un gage sur une police d'assurance vie ne peut pas exiger de l'assureur le paiement de la valeur de rachat. A la différence du cessionnaire, il ne peut qu'exiger la réalisation de la police d'assurance conformément à l'ordonnance du Tribunal fédéral du 2 avril 1908 (RS 281.51).

TF, 19.09.2006 (II^{ème} Cour civile, X. SA c. Y.): 5C.119/2006.

III. Moyens de paiement/Zahlungsverkehr

1. Effets de change et chèque / Wechsel und Check

r38 Conditions générales. Encaissement sous bonne fin. Clause insolite. Transfert de risque (art. 100 al. 2 CO).

AGB. Checkinkasso Eingang vorbehalten (salve bona fine). Rückbelastungsklausel. Ungewöhnlichkeitsregel. Risikotransfer (Art. 100 Abs. 2 OR).

Le formulaire d'ouverture de compte signé par le client contient un renvoi aux conditions générales de la banque, lesquelles stipulent que la banque crédite

sauf bonne fin les chèques qui lui sont remis à l'encaissement. En l'espèce, le client remet à la banque des chèques qui s'avèrent tous être volés, sans provision, ou objets d'une fraude. Droit de la banque au remboursement des montants qu'elle a crédités. **1.** La signature d'un document qui fait référence expresse aux conditions générales lie le client à ces dernières au même titre que s'il les avait signées directement. Ce principe est limité par la règle dite de l'insolite (*Ungewöhnlichkeitsregel*). Le caractère insolite d'une clause doit être apprécié en se plaçant dans la situation de celui qui consent à ladite clause et au moment de la conclusion du contrat. **2.** La clause de bonne fin est usuelle dans la pratique bancaire ce que le client (une société commerciale active dans le commerce international) devait savoir, étant active dans le commerce internationale. **3.** L'art. 100 al. 2 CO s'applique par analogie aux clauses dites de transfert par lesquelles la banque reporte sur son client les effets d'un risque qui lui incombe. Il n'est pas applicable à la clause de bonne fin car le risque de non-recouvrement des chèques remis à l'encaissement incombe au titulaire du compte, et non à la banque. **4.** La banque peut être tenue d'indemniser le dommage que le client subit lorsqu'elle extourne des montants qu'elle a crédités au compte du client en violation de ses devoirs.

TF, 04.05.2006 (I^{ère} Cour civile, X. SA c. Banque Y.): 4C.427/2005; Laporte, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 444 du 19.06.2006.

2. Virement et assignation/ Überweisung und Anweisung

r39 **Ordre de virement. Défaut d'autorisation. Enrichissement illégitime du bénéficiaire. Droit applicable. Extourne au compte du bénéficiaire. Überweisungsauftrag. Fehlende Ermächtigung. Ungerechtfertigte Bereicherung des Begünstigten. Anwendbares Recht. Stornierung des Kontos des Begünstigten.**

1. Un ordre de virement interne (où le donneur d'ordre et le bénéficiaire ont chacun un compte avec la banque) est une assignation (art. 466 CO ss). **2.** A défaut d'une clause d'élection de droit, la banque fournit la prestation caractéristique de sorte que la loi du lieu de son établissement régit ses rapports juridiques avec l'assignant d'une part et avec l'assignataire d'autre part (art. 117 LDIP), y compris

d'éventuelles prétentions en enrichissement illégitime (art. 128 al. 1 LDIP). Application du droit suisse au cas d'espèce. **2.** L'assignation n'est pas un contrat, mais une double autorisation de l'assignant, c'est-à-dire un acte juridique (déclaration de volonté) de l'assignant. **3.** Le formulaire A selon la Convention de diligence des banques est une mesure de lutte contre le blanchiment. Sa signature n'est pas une déclaration de volonté du titulaire de compte et n'est donc pas une assignation en faveur de l'ayant droit économique qu'il identifie. **4.** En l'absence d'une autorisation émanant de l'assignant, le virement exécuté par la banque est une prestation sans cause au titulaire du compte crédité et procure à la banque une prétention fondée sur l'enrichissement illégitime (art. 62 al. 1 CO). **5.** Lorsqu'une somme créditée sans cause se trouve encore sur le compte du bénéficiaire, la banque peut procéder à son extourne – c'est-à-dire contre-passer unilatéralement l'écriture – sans devoir intenter une action en enrichissement illégitime.

TF, 14.07.2006 (I^{ère} Cour civile, X. et Y. c. Banque Z.): 4C.86/2006; ATF 132 III 609; SJ 2007 I 29; de Gottrau, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 461 du 21.09.2006.

r40 **Giro bancaire. Ordre de virement. Res inter alios acta.**

Bankgiro. Überweisungsauftrag. Res inter alios acta.

Dans un contrat de prêt conclu entre deux clients de la banque, une clause contient un «ordre irrévocable donné à [la banque] pour débloquer le montant du crédit à partir» d'une date précise. **1.** L'ordre de virement donné dans le cadre d'un contrat de giro bancaire avec convention de compte courant est une instruction du mandant (art. 397 CO) en même temps qu'une assignation (art. 466 CO). **2.** La banque qui exécute l'assignation à elle adressée figurant dans un contrat que son client lui remet à cette fin mais auquel elle n'est pas partie et n'a pas participé n'est pas tenue de vérifier les conditions suspensives de cette *res inter alios acta* préalablement à l'exécution du virement.

TF, 27.02.2007 (I^{ère} Cour civile, X. c. Y.): 4C.383/2006.

r41 **Crédit documentaire. Principe de la rigueur documentaire.**

Dokumentenakkreditiv. Grundsatz der Dokumentenstrenge.

1. Der für das Dokumentenakkreditiv geltende Grundsatz der Dokumentenstrenge erfordert grundsätzlich buchstäbliche Übereinstimmung mit den Akkreditivbedingungen. Eine falsche Firmenbezeichnung verstösst gegen diesen Grundsatz. 2. Die Akkreditivbedingungen verlangten die Einreichung eines von der T S.p.A. auf deren eigenem Briefpapier unterzeichneten und abgestempelten Forwarding Agent's Certificate (FCR). Tatsächlich wurde jedoch das Briefpapier der (früheren, jetzt in T S.p.A. umfirmierten) T S.r.l. verwendet. Die Bank verweigerte deshalb die Annahme der Dokumente. 3. Fehlerhafte Dokumente sind dann zu honorieren, wenn für jeden Dritten ohne Heranziehen von Fachleuten unmittelbar klar ist, dass die Abweichung bedeutungslos ist und Nachteile für den Käufer keinesfalls entstehen könnten. Die Verwendung einer unrichtigen Firmenbezeichnung stellt keine bedeutungslose Abweichung in einem Nebenpunkt dar. Nur offensichtliche Schreib- oder Flüchtigkeitsfehler wären zu akzeptieren. Die Dokumente sind ausschliesslich auf ihre formelle Ordnungsmässigkeit hin zu überprüfen. Sogar bei Vermutung inhaltlicher Unrichtigkeit dürften formell korrekte Dokumente nicht zurückgewiesen werden. Ausschlaggebend für die Überprüfung auf formelle Korrektheit ist die äussere Aufmachung der Schriftstücke (Art. 14 lit. b ERA 500). Weitere Informationsquellen sind nicht zu prüfen, da dies einer inhaltlichen Prüfung gleichkäme. Die Verweigerung der Annahme durch die Bank war daher nicht rechtsmissbräuchlich.

BGer, 09.11.2006 (I. Zivilabteilung, A GmbH c. Bank X): 4C.393/2005; de Gottrau, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 489 du 16.01.2007.

r42 Crédit documentaire. Disposition de la marchandise valant levée des documents.

Dokumentenakkreditiv. Verfügung über die Ware als (nachträgliche) Genehmigung der Dokumente.

1. Jedes Verhalten, mit dem die Bank dem Verkäufer die Verfügungsgewalt über die Ware entzieht, ist als vorbehaltlose Annahme der Dokumente zu werten. 2. Art. 14e ERA 500 (Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive gem. Revision 1993, ICC-Publikation Nr. 500, Paris) legt fest, dass die eröffnende Bank die Dokumente stets zur Verfügung des Einreichers halten oder zurück-

senden muss, ansonsten sie keine Abweichung von den geforderten Akkreditivbedingungen geltend machen kann. Sinn des Akkreditivs ist es, dass der Verkäufer darauf vertrauen kann, dass er bei nicht gegebener Konformität der Dokumente diese zurückerhält, damit seine Verfügungsgewalt über die Ware erhalten bleibt. Jede Verfügung über die Ware stellt daher trotz vorgängiger formeller Beanstandung der Dokumente eine nachträgliche Genehmigung dar. 3. In casu wurden die eingereichten Dokumente von der eröffnenden Bank zwar beanstandet. Strittig ist jedoch, ob Letztere die Papiere gebraucht hat, um über die Ware zu verfügen, was einer nachträglichen Genehmigung entspräche. Dies abzuklären hat die Vorinstanz fälschlicherweise unterlassen.

BGer, 03.07.2006 (I. Zivilabteilung, Bank X. c. Bank X.): BGE 132 III 620; 4C.149/2005; Ivošević Woolcombe, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 484 du 12.12.2006.

r43 Opérations de compensation. Absence de justificatifs. Ordres téléphoniques.

Kompensationsgeschäfte. Fehlende Belege. Telefonische Anweisungen.

1. Le Tribunal fédéral retient que la Cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en admettant l'existence d'opérations de compensation (par lesquelles la banque compense par un virement entre les comptes de deux clients une remise de numéraire entre ces deux mêmes clients dans leur pays de résidence) malgré l'absence presque complète de justificatifs écrits. 2. Le fait que le client n'a pas signé la convention relative aux ordres transmis par téléphone implique que la banque ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité en cas d'ordre donné par un tiers non autorisé, mais non pas qu'elle ne peut pas exécuter des ordres donnés par le client par téléphone.

TF, 23.02.2007 (I^{ère} Cour civile, X. c. Y. SA): 4C.424/2006; Laporte, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 507 du 05.04.2007.

IV. Exécution forcée/Zwangsvollstreckung

r44 Séquestre. Localisation d'une créance contre une banque: siège ou succursale (art. 275 LP).

Arrest. Belegenheit einer Forderung gegen eine Bank: Hauptsitz oder Zweigniederlassung (Art. 275 SchKG).

Bezüglich der Belegenheit einer Forderung, die durch Arrest zu beschlagnahmen ist, besteht die Vermutung, dass diese mit dem Hauptsitz des Drittschuldners (Bank) und nicht mit der Zweigniederlassung verknüpft ist. Tatsachen, welche die Lokalisierung bei der Zweigniederlassung rechtfertigen würden, sind zu beweisen und müssen unzweifelhaft für eine überwiegende Verbindung der Forderung mit der Zweigniederlassung sprechen. Ein Arrestbefehl gegen eine Bank, die an der gleichen Adresse sowohl den Hauptsitz wie auch eine Geschäftsstelle führt, bezieht sich daher, sofern er nicht eindeutig auf Letztere beschränkt ist, auf sämtliche Forderungen gegenüber dem Hauptsitz.

Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt BS, 16.06.2004: BJM 2005 148; BlschK 2006 153.

V. Procédure civile/Zivilverfahren

r45 **Contrat de compte et de dépôt. Clause d'élection de for. For du consommateur (art. 22 loi sur les fors). Interprétation de la clause d'élection.**

Konto/Depot-Vertrag. Anwendbarkeit des Konsumentengerichtsstands (Art. 22 Gerichtsstandsgesetz). Auslegung einer Gerichtsstandsklausel.

1. Entscheidend für die Anwendung von Art. 22 Abs. 2 GestG (Gerichtsstand für Konsumentenverträge) ist, dass der Vertrag zwischen einem gewerbmässigen Anbieter und einem Verbraucher geschlossen wird, zu dessen privatem Bedarf die vertragliche Leistung bestimmt ist. Der Anwendungsbereich ist eng zu verstehen, da sich der Sozialschutz nur auf private Abnehmer und auf Leistungen des üblichen Bedarfs beschränkt. Der übliche Bedarf kann nicht unbeschadet des Wertes eines Vertragsgegenstandes bestimmt werden. Bei Verträgen über Finanzdienstleistungen (i.c. Konto/Depot bei einer Bank) sind daher nicht alleine die Art und der Zweck des Geschäfts, sondern auch das Geschäftsvolumen und die Herkunft der Mittel (i.c. Unternehmensverkauf) massgebend. Der Konsumentengerichtsstand wurde daher vorliegend abgelehnt. 2. Für das Zustandekommen einer Prorogation ist erforderlich, dass die Parteien hinreichend klar bestimmen, welches Gericht sie als zuständig erklären. Mangels gegenseitiger Vereinbarung ist davon auszugehen, dass nur ein einziger Gerichtsstand vereinbart wurde. Der Klausel «Sitz der

Bank» kann daher nicht die Bedeutung zugemessen werden, dass am «Sitz der Niederlassung» oder am «Sitz einer der Niederlassungen» geklagt werden kann.

BGer, 23.11.2005 (I. Zivilabteilung, Bank X gegen A): 4C.292/2005; JdT 2006 I 564.

r46 **Conditions générales. Validité de la clause de prorogation du for. Convention de Lugano.**

1. Une clause de prorogation de for n'est valable au regard de la Convention de Lugano (RS 0.275.11) que s'il est établi que les parties ont effectivement convenu de la prorogation du for et, cumulativement, que cet accord a été concrétisé d'une manière conforme aux exigences formelles posées par l'art. 17 de cette convention. 2. Aux cas particuliers, cette double condition n'était pas réalisée dès lors qu'aucun témoin n'a confirmé la discussion de cette clause lors de la signature des documents bancaires; que, bien que soulignée et en caractères gras, cette clause se trouvait au milieu d'un document de quatre pages dont seule la dernière est signée; et que la même clause a été laissée en blanc dans d'autres documents signés le même jour.

TF, 03.04.2006 (I^{ère} Cour civile, Banca X. c. B et Banca X. c. A.): 4C.422/2005 et 4C.420/2005.

r47 **Compte courant avec ligne de crédit. Crédit en compte courant comme contrat de consommateur (art 13 al. 1 ch. 3 CL).**

Kontokorrentvertrag mit Kreditlimite als Verbrauchersache i.S.v. Art. 13 Abs. 1 Ziff. 3 LugÜ.

In den Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 1 Ziff. 3 LugÜ (Vertrag zur Erbringung einer Dienstleistung) fällt grundsätzlich auch ein Kontokorrentvertrag, da es sich dabei nicht um einen reinen Kreditvertrag handelt. Im Rahmen des Kontokorrentvertrages erbringt die Bank verschiedene Dienstleistungen wie etwa die Ein- und Auszahlung von Bargeld, die Verbuchung eingehender Zahlungen, die Ausführung von Vergütungsaufträgen oder die Honorierung von Checks. In Anbetracht der geforderten weiten Auslegung des Begriffs «Erbringung einer Dienstleistung» kann die Vereinbarung einer Kreditlimite im Rahmen eines Kontokorrentvertrages nicht dazu führen, dass Letzterer aus dem Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 1 Ziff. 3 LugÜ fällt.

BGer, 28.03.2007 (I. Zivilrechtliche Abteilung, A. gegen Bank X): 4C.43/2006; Meregalli Do Duc, *www.unige.ch/cdbf*, actualité n° 520 du 24.05.2007.

VI. Divers/Diverses

r48 Blanchiment. Droit applicable. Pas de responsabilité civile en cas de négligence.

Geldwäscherei. Anwendbares Recht. Keine Haftpflicht wegen Fahrlässigkeit.

Victime d'un détournement de fonds commis par l'un de ses clients, une banque étrangère invoque la responsabilité délictuelle (art. 41 al. 1 CO) d'une banque genevoise en tant qu'auteur d'un acte de blanchiment (art. 305^{bis} CP) pour avoir accepté et transféré à l'étranger une partie des fonds détournés. **1.** A défaut d'élection de droit, le droit suisse s'applique en tant que loi du lieu de commission de l'acte illicite (art. 133 al. 2, 1^{ère} phrase, LDIP). Le rattachement au lieu où le résultat de l'acte illicite se produit (*idem*, 2^e phrase) n'est pas applicable lorsque les fonds en cause peuvent être distingués de l'ensemble du patrimoine du lésé; il faut prendre en considération le lieu où les intérêts patrimoniaux en cause sont touchés (i.c. Suisse). **2.** La victime du détournement de fonds (préjudice purement économique) peut invoquer l'art. 305^{bis} CP en tant que norme dont la finalité est de la protéger dans ses droits atteints par l'acte incriminé (illicéité du comportement) lorsque les valeurs patrimoniales proviennent d'actes délictueux contre des intérêts individuels. **3.** Le blanchiment d'argent par négligence n'étant pas sanctionné par la loi pénale, il ne peut pas constituer un acte illicite au sens de l'art. 41 al. 1 CO.

TF, 18.04.2007 (I^{ère} Cour civile, Banque X. c. Banque Y. SA): 4C.386/200; *Unternährer*, *www.unige.ch/cdbf*, actualité n° 521 du 30.05.2007.

r49 Identification de l'ayant droit économique. Clarification de l'arrière-plan économique. Faux dans les titres.

Un document mensonger est punissable comme faux intellectuel (art. 251 CP) dans la mesure où il a une valeur probante de par les circonstances du cas concret ou de par la loi. **1.** La déclaration faite par écrit par le client à sa banque afin d'identifier l'ayant droit économique du compte dont il est titulaire constitue un titre car elle répond à l'obligation légale

prévue par l'art. 4 LBA. **2.** La déclaration faite par écrit par le client afin de clarifier l'arrière-plan économique et le but d'une transaction ne constitue pas un titre car elle n'est pas exigée par l'art. 6 LBA.

TF, 24.01.2006 (Cour de cassation pénale, X. c. Ministère publique de la Confédération): 6S.293/2005; SJ 2006 I 309.

r50 Assurance responsabilité civile de la banque. Vente de devises. Pas de couverture relative aux prestations contractuelles.

Haftpflichtversicherung der Bank. Devisenkauf. Keine Deckung vertraglicher Erfüllungsansprüche.

1. Die Bank, die ihrem Kunden die Lieferung von Devisen zu einem vereinbarten Kurs verspricht, geht ein Vertragsverhältnis ein, bei welchem die kaufrechtlichen Elemente im Vordergrund stehen. Ein Devisenkauf muss dabei nicht zwingend als Fixgeschäft (Art. 108 Ziff. 3, 190 OR) ausgestaltet sein. Falls kein exakter Erfüllungszeitpunkt vereinbart wurde und sich ein solcher auch nicht aus den Umständen ergibt, bleibt dem Käufer auch nach Verzug des Verkäufers der Anspruch auf Vertragserfüllung erhalten. **2.** Vorliegend wurde von der Bank mit einem Kunden auf dessen Wunsch der Verkauf von USD 50 Mio. vereinbart, worauf der mit dem Geschäft betraute Bankangestellte irrtümlicherweise die entsprechenden Devisen im vereinbarten Umfang aus dem Portefeuille des Kunden verkaufte. Im Ergebnis lieferte die Bank dem Kunden daher andere Devisen als vereinbart, was einer Aliud-Leistung und damit einer Nichterfüllung des Vertrages entspricht. **3.** Die anschliessend seitens der Bank verlangte Entschädigungszahlung von ihrer Berufshaftpflichtversicherung wurde abgelehnt, da dem Kunden aus den geschilderten Vorgängen kein Schaden erwachsen ist. Vielmehr steht Letzterem ein Anspruch auf Vertragserfüllung zu. Die Nichterfüllung der vertraglich vereinbarten Leistung kann nicht als Schaden bei der Haftpflichtversicherung geltend gemacht werden.

Handelsgericht ZH, 24.01.2006: ZR 105 (2006) Nr. 23.

AJP (Aktuelle Juristische Praxis): 2006 (6–12), 2007 (1–5). **ATF** (Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, s. BGE). **BISchK** (Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs): 2006 (3–6), 2007 (1–2). **BGE** (Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts): 132 (I, II, III, IV, V), 133 (I 1, II 1, III 1–3, IV 1, V 1–3). **BJM** (Basler Juristische Mitteilungen): 2006 (3–6), 2007 (1–3). **Bull. CFB** (Bulletin de la commission fédérale des banques, s. EBK Bull.). **EBK Bull.** (Bulletin der Eidgenössischen Bankenkommision): 2006 (49). **ECS** (L'expert-comptable suisse, s. ST). **JAAC** (Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, s. VPB). **Euredia** 2005 (2–4), 2006 (1). **JdT** (Journal des Tribunaux): 2005 (JdT I 18), 2006 (JdT I 1–17; JdT II 1–4; JdT III 1–5; JdT IV 1–7), 2007 (JdT III 2). **PJA** (Pratique juridique actuelle, s. AJP). **Pra** (Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts): 2006 (6–12), 2007 (1–5). **RDAF** (Revue de droit administrative et de droit fiscal): 2006 (I 1–6 und II 1–5), 2007 (I, 1). **RDS** (Revue de droit suisse, s. ZSR). **recht** (recht – Zeitschrift für Ausbildung und Praxis): 2006 (3–6), 2007 (1–3). **relevant** (Das Online-Journal für Juristen): 2006. **RFJ** (Revue fribourgeoise de jurisprudence): 2006 (1–3). **RJB** (Revue de la Société des juristes bernois, s. ZBJV). **RJJ** (Revue jurassienne de jurisprudence): 2005 (4–6), 2006 (1–3). **RJN** (Recueil de jurisprudence neuchâteloise): 2005. **RSDA** (Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, s. SZW). **RSDIE** (Revue suisse de droit international et de droit européen, s. SZIER). **RSJ** (Revue suisse de jurisprudence, s. SJZ). **RVJ** (Revue valaisanne de jurisprudence). **SJ** (La Semaine judiciaire): 2006 I (19–41), 2007 I (1–23). **SJZ** (Schweizerische Juristen Zeitung): 2006 (12–24), 2007 (1–12). **ST** (Der Schweizer Treuhänder): 2006 (5–12), 2007 (1–5). **SZIER** (Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht): 2006 (1–5), 2007 (1). **SZW** (Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts und Finanzmarktrecht): 2006 (3–6), 2007 (1–3). **VPB** (Verwaltungspraxis der Bundesbehörden): 2006 (III–VI), 2007 (I–II). **ZBJV** (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins): 2006 (6–12), 2007 (1–5). **ZBI** (Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht): 2006 (6–12), 2007 (1–5). **ZR** (Blätter für Züricherische Rechtsprechung): 2006 (5–10), 2007 (1–4). **ZSR** (Zeitschrift für Schweizerisches Recht): 2006 (3–5), 2007 (1–2).
