

Le droit bancaire privé suisse 2017

Das schweizerische Bankprivatrecht 2017

Luc Thévenoz et Susan Emmenegger, avec l'aide de Yvan Mario Platino et Thirza Döbeli

Table des matières – Inhaltsübersicht

Remarques introductives – Vorbemerkungen

- I. Services bancaires – Bankgeschäfte
- II. Services d'investissement – Anlagegeschäfte
- III. Sûretés et réalisation – Sicherheiten und Verwertung
- IV. Reddition de compte, rétrocessions et renseignements – Rechenschaftsablegung, Retrozessionen und Auskünfte
- V. Procédure civile et entraide internationale – Zivilverfahren und internationale Rechtshilfe
- VI. Conformité fiscale du client; lutte contre le blanchiment; blocage de comptes – Steuerkonformität der Kunden; Bekämpfung der Geldwäscherei; Kontosperrern
- VII. Transmission de données sur les collaborateurs – Lieferung von Mitarbeitendendaten
- VIII. Divers – Diverses

Remarques introductives – Vorbemerkungen

Services bancaires, services d'investissement

Les services d'investissement (intermédiation sur le marché des capitaux et le marché monétaire) ont une telle importance dans le débat sur la place financière suisse qu'on oublie souvent de rappeler que l'activité bancaire au sens propre, c'est l'intermédiation entre les crédits et les dépôts du public (et d'autres fonds de tiers). Les bases légales sont distinctes, en droit privé comme en droit de la surveillance. Des liens étroits existent pourtant, d'abord par l'omniprésence du mandat comme contrat de prestation de services indépendant sans promesse d'un résultat, ensuite par le fait que la plupart des banques sont aussi des négociants en valeurs mobilières (des « maisons de titres » selon la terminologie qu'introduira la loi sur les établissements financiers) et offrent aussi à leur clientèle tant des services bancaires que des services d'investissement.

Défaut de légitimation, transactions non autorisées, ratification

Dans la tenue de comptes bancaires, un problème classique est celui du défaut de légitimation, c'est-à-dire des instructions de paiement qui n'émanent pas du client et qui n'ont pas été autorisées par lui. Les conditions générales bancaires mettent ce risque à la charge du client, sauf faute (ou faute grave) de la

banque ; elles imposent en outre au client une obligation de contrôle des relevés périodiques de ses comptes et un délai de réclamation pour contester les mouvements non autorisés.

On en trouve cette année deux exemples intéressants parce que l'ordre non autorisé est transmis à la banque par le gestionnaire de fortune indépendant mandaté par le titulaire de compte. Dans un cas, le faux n'est pas décelé par le gestionnaire, qui le transmet à la banque pour exécution (r2). Dans l'autre, c'est le gestionnaire lui-même qui est l'auteur de l'instruction fautive (r1). Dans les deux cas, la banque risque (à tort) de scruter les ordres avec moins d'attention parce qu'ils lui sont transmis par le gestionnaire de fortune qui souvent a un contact plus étroit avec le client. Dans les deux hypothèses, lorsque le faux est avéré, c'est à la poche profonde de la banque que s'en prend le client, avec succès cette année puisque les tribunaux ont retenu une faute grave des deux banques. L'examen rétrospectif des circonstances met en évidence des éléments de doute dont les juges déduisent que des vérifications supplémentaires auraient été nécessaires. Mais une éventuelle « faute concomitante » du client (en réalité, un manquement à la diligence due en vertu de son contrat avec la banque ou des règles de la bonne foi) peut venir corriger l'allocation du dommage entre les deux parties (r1).

Une décision grisonne est particulièrement intéressante (r3). D'abord parce qu'elle se réfère aux dispositions de la loi sur le blanchiment d'argent et de la Convention de diligence pour apprécier l'identification (défectueuse) de l'imposeur qui s'est présenté aux guichets. D'autre part parce que, ayant admis une faute grave d'un auxiliaire (art. 101 al. 3 CO), les juges relèvent également une faute d'organisation imputable aux organes de la banque, ce qui les aurait amenés à écarter l'exonération contractuelle (art. 100 al. 2 CO). Cela n'avait pas été dit dans ce contexte depuis un jugement du Tribunal de district de Horgen rendu il y a plus de vingt ans.¹ Ainsi comprise, une faute d'organisation paralyse l'exonération pour la faute légère des auxiliaires et rattache la responsabilité à la diligence des organes de la banque, dont l'exonération est soumise à des conditions plus restrictives (art. 100 CO).

¹ Bezirksgericht Horgen, RSJ 1994 65 n° 10, RSDA 1995 22 r22.

Dans les services d'investissement, le problème prend généralement la forme d'une transaction (achat ou vente d'un placement) ou d'une série de transactions exécutée par la banque ou le négociant sans autorisation du client. Il n'y a pas ici d'instruction fautive ou falsifiée, donc pas de défaut de légitimation au sens classique. Mais il y a bien une opération non autorisée. Faut-il appliquer au client les mêmes obligations de contrôle et de réclamation que dans la tenue d'un compte courant? Le silence du client (sur un avis d'exécution ou sur un relevé de son portefeuille) vaut-il ratification de la transaction exécutée sans instruction ?

En matière de compte courant, le silence à réception d'un extrait de compte est contractuellement assimilé à l'acceptation d'un contrat de novation (art. 6 CO). En matière de transaction sur instruments financiers, il n'y a pas de contrat de novation. Le silence ne vaut ratification d'une gestion d'affaires faite sans mandat (ou hors mandat ; art. 424 CO) que s'il peut de bonne foi être compris par le mandataire comme signifiant le consentement rétrospectif et guérisseur du client à une opération que celui-ci n'avait ni voulu ni ordonnée.

Comme d'autres auteurs l'ont expliqué dans cette revue, il est fort douteux que l'art. 6 CO s'applique à de telles situations.² En particulier, lorsque le client n'a pas conféré un mandat de gestion ou de conseil à la banque (*execution only*), les transactions exécutées sans instructions sortent complètement du cadre des rapports contractuels. Le retour au Tribunal fédéral (**r8**) de l'affaire commentée il y a deux ans³ n'a pas permis d'examiner cet argument. Le Tribunal fédéral a jugé que l'arrêt de renvoi – qui avait admis la possibilité d'une ratification dans son principe et renvoyé l'affaire à l'instance cantonale pour établir les faits pertinents – liait les juges cantonaux sur la question de droit. Espérons qu'il se prononcera sur cet argument dans un prochain dossier.

Dans une affaire similaire, le Tribunal de commerce de Zurich (**r9**) a retenu que le silence du client ne pouvait pas être compris par la banque comme une ratification des transactions exécutées à la seule initiative de la conseillère à la clientèle sans autorisa-

tion du client. Le client recevait banque restante les relevés établis périodiquement par la banque et par fax des relevés confectionnés sur mesure par la conseillère à la clientèle. Les transactions non autorisées ne figuraient pas sur ces derniers. Après avoir noté que le principe de la ratification par le silence est subordonné au principe général des règles de la bonne foi, le Tribunal de commerce a considéré que l'on ne pouvait pas attendre du client qu'il décèle les transactions exécutées sans son autorisation et en fasse la réclamation à la banque.

Crédits hypothécaires

Pour la première fois, le Tribunal fédéral se prononce sur le grèvement hypothécaire du logement de la famille (**r22**). Il « y a lieu d'admettre que le droit de gage n'est soumis à cette disposition que lorsqu'il comporte un risque, objectivement important, que le logement soit réalisé dans un avenir proche, ou lorsque l'unique objectif du constituant semble être d'éluder l'art. 169 CC et/ou constitue un abus de droit. » (c. 5.2.1). Notre cour suprême a jugé que le consentement du conjoint non propriétaire à la constitution du gage est en général nécessaire lorsque la charge hypothécaire excède 2/3 de la valeur vénale pour les immeubles non agricoles, ou lorsqu'il est manifeste que les capacités financières du débiteur sont insuffisantes pour assurer le service de la dette garantie. En sus des exigences de fonds propres, les banques ont une raison de plus d'examiner ces deux critères car, lorsque l'art. 169 CC est applicable et que le conjoint n'a pas donné son consentement, le gage est nul et la banque accorde *de facto* un crédit en blanc.

Lorsqu'elles font signer à leurs clients hypothécaires des actes de prêt en la forme authentique, les banques françaises ont une arme redoutable, par l'effet de la Convention de Lugano (art. 57), car elles disposent d'un titre de mainlevée définitive exécutoire en Suisse (**r4**). La même possibilité existe en Suisse lorsque le débiteur a, dans un acte authentique, expressément reconnu l'exécution directe de la prestation (art. 347 CPC), mais cette possibilité n'est à notre connaissance guère utilisée dans la pratique bancaire.

Des faits inusuels sont à la base d'un arrêt déconcertant du Tribunal fédéral (**r5**). Un client négociait un crédit depuis six ans (!). Outre la sûreté hypothécaire, la banque exigeait l'engagement de l'avoir de prévoyance professionnelle, ce que le client refusait. Après une interruption de 6 mois, les pourparlers re-

² *Wherlock/von der Crone*, Anwendbarkeit von Genehmigungsklauseln hinsichtlich unauthorisierter Börsengeschäfte; RSDA 2016 96, à propos de l'arrêt 4A_42/2015 du 9 novembre 2015, résumé dans RSDA 2016 214 r6.

³ Cf. note précédente.

prennent téléphoniquement lorsque le client a arrêté son choix sur le logement qu'il veut acquérir. Sans qu'un contrat-cadre n'ait été conclu entre les parties, trois avances sont convenues téléphoniquement en l'espace d'une semaine. Lorsque le client reçoit la documentation contractuelle, il refuse de la signer car la banque y maintient l'exigence que le client engage son avoir de prévoyance. La banque annule le contrat et fait valoir son manque à gagner, qu'elle compense avec des avoirs en compte de son client. Mon Repos lui donne raison.

Cet arrêt est difficile à comprendre. En particulier, il considère qu'il n'est pas nécessaire de déterminer si le gage sur l'avoir de pension était un élément objectivement ou subjectivement essentiel de l'accord des parties. Contrairement à une pratique bancaire fondée sur des exigences claires du droit de la surveillance, il considère que les parties n'ont pas soumis la validité de leur contrat à l'accomplissement de la forme écrite (art. 16 CO). Entre les lignes d'une argumentation difficile à justifier, on perçoit que les juges sont guidés par l'idée que le client se comporte de mauvaise foi. Appliquer les règles sur les vices du consentement aurait probablement donné un résultat plus équitable fondé sur un raisonnement plus convaincant.

Conditions générales : incorporation et interprétation

Une quatrième affaire de crédit (r6), jugée par le Tribunal de commerce d'Argovie, met en jeu deux clauses contractuelles prévoyant l'adaptation unilatérale par la banque du taux d'intérêt applicable à un crédit en compte courant. La première clause figure dans les conditions générales dont la banque prétend qu'elles ont été incorporées par renvoi. Le Tribunal de commerce d'Argovie juge que ces conditions générales n'ont pas été valablement incorporées car la banque n'a pas allégué (et encore moins prouvé) les avoir mises à la disposition du client avant la signature du contrat qui s'y réfère. Il n'appartenait pas au client de chercher à se les procurer, mais à la banque de les lui remettre en temps utile. Dans une motivation alternative de la majoration du prix du crédit (de 5.875% à 8% p.a.), la banque se prévalait d'une deuxième clause figurant dans le contrat de crédit signé par le client. Cette clause permettait en tout temps une adaptation unilatérale du taux contractuel aux conditions du marché de l'argent et des capitaux. Or

la banque n'a pas expliqué en quoi les conditions du marché justifiaient l'augmentation du coût du crédit. Le tribunal ajoute qu'il est notoire que, dans la période pertinente, les taux ont baissé. Une majoration du taux motivée par une hausse du risque sur le débiteur n'était pas prévue dans le contrat et ne peut donc pas être appliquée.

Les démêlés judiciaires entre M. Müller, « le roi allemand de la droguerie », et J. Safra Sarasin ont déjà été partiellement rapportés dans cette chronique (RSDA 2017 212, « Cum-Ex-Geschäfte » et références). Nous résumons cette année une décision du Landgericht Ulm (r31) frappée d'un appel. Ce jugement confirme d'abord la compétence des tribunaux allemands au domicile du consommateur Müller, l'ampleur de l'investissement litigieux (env. EUR 50 mio, après s'être élevé à plus de CHF 100 mio) n'affectant pas cette qualification. Le tribunal allemand applique les règles de rattachement européennes. L'art. 6 du règlement Rome-I⁴ dispose que l'élection contractuelle du droit suisse, voulue par les parties, « ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix... » Le tribunal d'Ulm considère que l'intégralité des dispositions du BGB relatives aux conditions générales et au contrat de crédit à un consommateur ainsi que la jurisprudence allemande relative aux obligations du conseiller en investissement doivent en principe prévaloir sur les dispositions du droit suisse. Il ajoute que la question ne se pose pas en l'espèce car les diverses clauses d'élection du droit suisse figurant dans les contrats signés par M. Müller ne répondent pas aux exigences de transparence du droit allemand⁵, et sont donc sans aucun effet.

Un jugement aussi abrupt met en évidence le risque que les intermédiaires financiers suisses courent lorsqu'ils servent une clientèle privée résidente dans l'Union européenne, considérée en toute circonstance comme bénéficiant de la protection juridique des consommateurs. Il est douteux que les deux ins-

⁴ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

⁵ § 307 al. 1, 2^e phrase, BGB: « Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. »

tances de recours à venir corrigent fondamentalement ce résultat.

Sûretés personnelles

Aucune décision fracassante au chapitre des sûretés personnelles. Le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence restrictive sur l'interprétation des engagements solidaires pris par des personnes qui ne sont pas expérimentées en affaires (**r16**, v. aussi **r17**). Un arrêt rappelle les conditions de la mise en œuvre d'une garantie à première demande en faveur d'un bailleur (**r19**). Plus intéressant est l'arrêt relatif à une garantie documentaire émise pour garantir un nombre indéterminé de transactions commerciales (**r18**). Le texte clair de la garantie stipulait les documents nécessaires à l'appel. Le Tribunal fédéral leur applique à juste titre un principe de rigueur documentaire directement inspiré des crédits documentaires. Plus précises sont les conditions documentaires, moins il est facile pour le garant ou le donneur d'ordre de s'opposer à l'appel pour des motifs étrangers aux documents requis. La seule limite à l'indépendance de la garantie reste bien sûr l'interdiction de l'abus de droit.

Politique monétaire et transactions sur devise

Une banque peut-elle corriger le cours de transactions sur devises (EUR/CHF) conclues avec ses clients dans les minutes précédant l'annonce, le 15 janvier 2015, que la Banque Nationale ne maintiendra plus le cours plancher de CHF 1.20 pour EUR 1 ? Le Tribunal de commerce de Zurich se livre à une belle interprétation d'une clause des conditions générales de la Banque Saxo qui prévoyait la possibilité de corriger ou d'annuler une transaction dans des circonstances décrites en termes assez généraux (**r13**). Deux hypothèses particulières sont examinées.

Selon les clauses contractuelles applicables ici, la banque aurait pu corriger ou annuler ces transactions « sur la base des dispositions et usages en vigueur dans le marché ». Cependant, elle ne parvint pas à prouver l'existence de tels usages ou dispositions.

La banque aurait également pu corriger ou annuler ces transactions « sur la base d'une situation de marché particulière » (*aufgrund besonderer Marktlage*). Les juges constatent que le marché des changes connaît d'importantes et rapides fluctuations de cours, de sorte qu'il faut poser des conditions strictes à la

notion de situation de marché particulière. Cette clause est une forme contractuelle de *clausula rebus sic stantibus* : « particulière » doit donc être interprété dans le sens de « imprévisible ». Les juges retiennent que la fin de l'intervention de la BNS pour maintenir le cours plancher contre l'euro était en soi un événement prévisible depuis le début de cette intervention, de sorte que la banque ne pouvait pas se prévaloir de cette circonstance pour corriger ou annuler des transactions conclues peu avant l'annonce de ce changement de la politique monétaire.

Conseil en placement

La saga des produits structurés à capital protégé émis par Lehman Brothers connaît un nouvel épisode (**r7**). Cherchant à investir env. CHF 400 000, un couple avait suivi le conseil de sa banque et acquis un (unique) produit structuré avec « protection 100% ». Il n'avait pas compris qu'il supportait ainsi le risque d'une perte totale de son placement en cas de faillite de l'émetteur. L'argument de la protection du capital lui fut resservi par le conseiller à la clientèle lorsque, début 2008, les clients s'inquiétèrent de la perte de valeur de leur placement.

Le Tribunal fédéral admet que la banque a manqué à son obligation d'information. Mais quel est le dommage réparable ? La question relève de la causalité hypothétique : si les investisseurs avaient été bien informés, auraient-ils néanmoins acquis ce placement ? Si l'on répond par l'affirmative, alors la faute contractuelle n'a causé aucun dommage et aucune réparation n'est due.

En se fondant notamment sur le rapport de la FINMA du 2 mars 2010 sur les affaires *Lehman* et *Madoff*,⁶ le Tribunal fédéral estime que, au moment de l'investissement, le risque émetteur de Lehman n'était que « théorique et infime » de sorte qu'il est raisonnable de conclure que, même dûment informés, les investisseurs auraient pris la même décision. On ne saura pas ce que les sages de Mon Repos pensent du grief de concentration excessive: ils l'ont jugé irrecevable car insuffisamment argumenté.

⁶ FINMA, Affaire Madoff et distribution de produits Lehman : incidences sur les activités de conseil en placement et de gestion de fortune, 2 mars 2010, <www.finma.ch/fr/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/aufsichtsberichte/bericht-lehman-madoff-20100302.pdf?la=fr>.

La lecture de cet arrêt, succinctement rédigé, suscite un grand scepticisme. Entre le formalisme du traitement des griefs et le recours à des affirmations factuelles à l'emporte-pièces, le résultat fait complètement abstraction du fait que les clients n'ont pas seulement été mal informés, ils ont aussi et surtout été mal conseillés. Quelle que soit la qualité de l'émetteur, recommander un seul produit est contraire au principe de diversification des risques, c'est-à-dire au commandement le plus élémentaire des services financiers de détail. En présumant un comportement irrationnel des clients (correctement informés, ils n'auraient pas fait le bon choix), cet arrêt exonère le professionnel des conséquences de son propre comportement irrationnel (proposer un choix inadéquat).

La Cour de justice de Genève a tranché en sens inverse dans le dernier jugement relatif à l'affaire *Golden Lion* (r10). Les faits dissimulés étaient en partie d'une autre nature et ne se limitaient pas à des considérations financières. Les juges cantonaux ont retenu avec une haute vraisemblance la causalité hypothétique entre le défaut d'information et la décision de l'investisseur. Ils envisagent l'hypothèse d'une faute concomitante de ce dernier mais affirment fortement qu'elle ne serait pas interruptive de la causalité.

A comparer ces deux jugements, on pressent que plus l'information manquante est de nature technique, plus les juges, comme les investisseurs, peinent à en apprécier la portée et à en tirer des conséquences sur l'opportunité d'un placement ou d'une stratégie. Par le truchement de la causalité hypothétique, cela revient à exonérer de sa responsabilité le professionnel qui disposait de l'information et qui était en mesure d'en tirer les conséquences. A juste titre, l'avant-projet de loi sur les services financiers posait la présomption légale que s'il avait été correctement informé, l'investisseur aurait pris la décision conforme à ses intérêts.⁷ Il est regrettable que cette présomption ait été retirée du projet soumis à l'Assemblée fédérale.

Gestion de fortune

Un arrêt assez classique sur la responsabilité du gestionnaire de fortune (r14) appelle deux remarques. La première en forme de regret: notre Haute cour ré-

pète ici une affirmation qu'elle avait déjà faite à plusieurs reprises, à savoir que l'obligation d'établir un profil de risque du client n'a pas de portée propre lorsque le client et le mandant se sont effectivement entendus sur une stratégie de placement. Admettre ce point de vue revient à écarter l'obligation du gestionnaire de conseiller son client sur le choix d'une stratégie de placement adéquate en fonction de son profil de risque. Le consentement du client est évidemment un élément essentiel, mais il ne permet pas d'ignorer un conseil inadéquat donné par le mandataire parce que celui-ci a omis de se renseigner sur la situation financière, les connaissances et les compétences de son client.

La deuxième observation porte sur le calcul du dommage. Le Tribunal fédéral confirme la distinction à faire entre un placement non conforme et la poursuite d'une stratégie qui s'écartere de la stratégie convenue. Dans le premier cas, le calcul du dommage revient essentiellement à neutraliser les effets du placement non conforme. Dans le deuxième, il n'est pas d'autre possibilité que de comparer la valeur finale du portefeuille à celle qu'un portefeuille géré conformément à la stratégie convenue aurait pu obtenir. Cette comparaison se fait souvent par référence à la performance de fonds de placement qui suivent une stratégie analogue. En l'espèce, le demandeur souhaitait calculer cette différence depuis le moment (2007) où il alléguait la première violation contractuelle. Les juges cantonaux, approuvés par le Tribunal fédéral, ont estimé que le demandeur ne pouvait pas choisir un moment qui lui soit favorable et a pris le début du mandat (2004) comme point de départ pour le calcul du dommage.

Rétrocessions

Le fondement et l'étendue de l'obligation de remettre au mandant les avantages reçus de tiers étant désormais bien établie, il restait à déterminer le régime de prescription des créances du mandant. La question a été tranchée par le Tribunal fédéral en rapport avec un mandat de conseil en assurance, conclu en 1994 et résilié en 2005. Sur une période de dix ans, le mandataire avait reçu une rémunération contractuelle de CHF 6,5 millions et, à l'insu du mandant, perçu des assureurs des rétrocessions pour plus de CHF 17 millions. Le Tribunal fédéral a tranché trois questions de droit (r27).

⁷ Art. 74 al. 2 de l'avant-projet de loi sur les services financiers mis en consultation en juin 2014.

La première est celle du délai de prescription: il a retenu le délai de 10 ans de l'art. 127 CO, et non celui de 5 ans de l'art. 128 CO. En effet, il a jugé que l'obligation de remettre les montants reçus de tiers n'est pas une prestation périodique au sens de l'art. 128 ch. 1 CO car «le devoir du mandataire de rendre compte de ces avantages... et les créances correspondantes du mandant en délivrance de ces avantages ne reposent pas sur un rapport de durée, mais sur le simple fait que le mandataire a perçu ces avantages.» Le raisonnement surprend, même si on peut approuver la conclusion. L'obligation de restituer repose sur un fondement unique, le mandat, qui est ici clairement un rapport de durée. Et elle n'a pas besoin d'être convenue puisqu'elle repose sur la loi. Si elle n'est pas une prestation périodique, c'est que la restitution n'est (sauf convention contraire) est due au fur et à mesure de la perception des avantages par le mandataire.

La deuxième question est celle du *dies a quo* de la prescription. Le mandant estimait que la prescription n'avait commencé de courir, pour l'ensemble des rétrocessions, que depuis la résiliation du mandat. Le Tribunal fédéral a jugé que l'obligation de restitution naît et devient exigible au moment de la réception de tout avantage reçu par le mandataire. C'est l'exigibilité et non la connaissance de la créance qui fait courir le délai de 10 ans. Et qu'importe ici que le mandant ignore ses créances parce que le mandataire viole sa propre obligation en reddition de compte: cette faute contractuelle fait courir le même délai de prescription de 10 ans.

N'y a-t-il cependant pas lieu de tenir compte ici du comportement contraire à la loi du mandataire, qui aurait dû rendre compte des avantages reçus et aurait ainsi permis au mandant d'éviter le couperet de la prescription? Les sages de Mon Repos ont jugé que l'invocation de la prescription n'est pas ici constitutive d'un abus de droit. Le seul silence du mandataire, même contraire à ses obligations, ne réalise pas les conditions de l'art. 2 al. 2 CC. Il aurait fallu que le débiteur amène astucieusement le créancier à ne pas agir en temps utile, ce qui n'a pas été ici retenu. On espère que le Tribunal fédéral apprécierait différemment un mensonge actif du mandataire qui, contrairement à la vérité, affirmerait à son client ne pas recevoir de rétrocessions.

Blocage des comptes et responsabilité

Les dernières années ont montré une multiplication des contentieux relatives aux blocages de comptes décidés par la banque, blocages motivés soit par les risques liés à la (non-)conformité fiscale du client, soit par les procédures internes de prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme. Nous avons donc regroupé ces thèmes dans une nouvelle rubrique de notre chronique.

La jurisprudence semble désormais établie quant au droit des clients de retirer leurs avoirs sans devoir démontrer que ces avoirs ont été déclarés aux autorités fiscales⁸. Une décision du Tribunal d'appel du Tessin le confirme une nouvelle fois (**r35**). Les principaux arguments sont désormais bien connus. L'affaire se distingue des précédentes par le fait que la banque avait ici modifié ses conditions générales en 2014, ajoutant une clause l'autorisant à prendre toute mesure utile lorsque le client n'a pas démontré sa conformité fiscale. Cette modification avait été notifiée banque restante au client. Les juges tessinois n'ont pas considéré que cette nouvelle clause lie le client. Celui-ci n'avait pas manifesté son accord avec la modification des conditions générales. L'acceptation tacite selon l'art. 6 CO n'était pas possible puisque cette clause restreignait les droits du client, ce à quoi on ne peut pas présumer que son silence vaille consentement.

Entre Charybde et Scylla, les banques sont souvent dans l'incertitude quant à l'existence d'un soupçon fondé justifiant une annonce au MROS. Jusqu'en 2015, la communication d'un soupçon au MROS entraînait un blocage automatique du compte pendant 5 jours, susceptible d'être prolongé par ordonnance du ministère public.⁹ Depuis 2016, la banque continue d'exécuter les instructions du client; le blocage de 5 jours ne commence qu'au moment où le MROS informe la banque qu'il a transmis les informations au ministère public¹⁰.

Quid cependant des blocages internes décidés par les banques pendant qu'elles procèdent aux clarifications internes qui les amèneront (peut-être) à communiquer un soupçon au MROS? Le Tribunal fé-

⁸ RSDA 2017 243 r37-r40; RSDA 2016 225 r27-r30.

⁹ Art. 10 LBA dans sa teneur du 3 octobre 2008, RO 2009 361.

¹⁰ Art. 9a et 10 LBA dans leur teneur du 12 décembre 2014, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2016, RO 2015 1389.

déral paraît sensible à la difficulté de ces clarifications et peu enclin à engager la responsabilité de la banque lorsque, du fait de clarifications prolongées, elle a tardé à exécuter les instructions de son client (r38). Comme toujours, les circonstances sont particulières. Le client était classé comme PEP en raison de sa proximité avec le frère cadet du président syrien. La banque avait exécuté un blocage interne et hésité pendant 3 semaines à faire une communication de soupçon au MROS lorsque le Conseil fédéral publia son ordonnance de sanctions, qui s'étendait au client. Son dilemme résolu, la banque communiqua son soupçon au MROS, qui transmet les informations au Ministère public de la Confédération, lequel renonça cependant à ouvrir une enquête. Le client obtint en septembre 2011 que le SECO autorise l'exécution d'un paiement nécessaire pour l'achat d'un bien immobilier en France. La banque n'exécuta point mais reprit contact avec le MPC qui, cette fois, ouvrit une instruction pénale et bloqua les fonds. En janvier 2012, la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral leva le séquestre pénal pour « absence d'indices suffisants quant à l'existence d'un crime préalable. »¹¹ La banque exécuta sans plus de retard le virement autorisé par le SECO.

Le dommage causé par le transfert tardif des fonds était démontré. La banque faisait valoir l'art. 11 LBA pour exonérer sa responsabilité. L'arrêt est intéressant à deux égards. D'abord parce qu'il étend l'exclusion légale de la responsabilité civile et pénale de l'intermédiaire financier au blocage préventif des avoirs pendant la phase des clarifications internes (ici trois semaines). Ensuite parce que cette exclusion est fondée sur la bonne foi (présumée, art. 3 CC). On aurait pu penser que les considérants secs du Tribunal pénal fédéral levant le séquestre pénal pour défaut d'indices suffisants amènent les juges civils à examiner avec une certaine circonspection si la bonne foi de la banque était compatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger (art. 3 al. 2 CC). Il n'en est rien. Les juges de Mon Repos balayaient d'un revers de plume les arguments du client, qui « se borne à de pures affirmations et ne démontre en rien la mauvaise foi de la banque ».

Est-ce un exemple d'incohérence entre l'appréciation des mêmes circonstances par la I^{re} Cour de droit civil à Lausanne et par la Cour des plaintes à

Bellinzone ? Probablement pas. La pression du législateur et des autorités sur les banques pour détecter le blanchiment d'argent ne cesse de croître, comme attestent les nombreuses révisions successives des textes normatifs autant que la pratique des tribunaux pénaux et de la FINMA. Une interprétation restrictive de l'exclusion de responsabilité diminuerait encore plus l'étroit passage entre Charybde et Scylla que les intermédiaires financiers et leur services compliance naviguent quotidiennement.¹²

Transmission de données sur les collaborateurs aux autorités étrangères

Voilà encore une saga dont les épisodes se suivent, à un rythme plus lent cependant. Les décisions recensées cette année confirment que les cours cantonales (r41 à r43) suivent fidèlement la jurisprudence fédérale établie les années précédentes. Pour sa part, le Tribunal fédéral n'a toujours pas eu besoin de décider si la survie d'une banque potentiellement menacée par une poursuite pénale aux Etats Unis pourrait constituer un intérêt public prépondérant au sens de l'art. 6 al. 2 lettre d de la loi sur la protection des données (r39).

Un arrêt publié du Tribunal fédéral (r40) montre qu'un ancien employé d'une banque qui a obtenu des mesures civiles interdisant la transmission au *US Department of Justice* de son identité ne peut pas encore se reposer sur ses deux oreilles. Le *Internal Revenue Service* avait ici tenté un deuxième passage au moyen d'une requête d'assistance en matière fiscale. L'Administration fiscale des contributions avait décidé de répondre à cette requête sans caviarder le nom des collaborateurs dans les documents qu'elle entend transmettre et refusé à l'ex-employé la qualité de partie et donc le droit d'être entendu dans cette procédure. A tort. Le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral ont jugé que l'ancien employé à un intérêt digne de protection à vérifier que les autorités suisses ne transmettent pas ses données personnelles en violation des règles sur l'entraide fiscale. Il existe ainsi une cohérence entre la protection civile et administrative des données personnelles.

¹¹ TPF (Cour des plaintes), BB.2011.95 du 12 janvier 2012.

¹² Cf. dans ce même cahier, *Matthey*, La communication de soupçons au MROS: du droit à l'obligation, pp. 125 ss.

Vol de données bancaires et information des clients

Si le vol de données bancaires et leur divulgation non autorisée à des autorités étrangères est un acte illicite, c'est une jurisprudence établie que la banque n'est pas tenue d'indemniser le client ni pour les arriérés d'impôt (la dette fiscale éludée grevait de toute façon le patrimoine du client) ni pour les pénalités infligées (puisque'il les amendes ont un caractère strictement personnel et que le droit civil n'a pas pour but d'en modifier le fardeau).

Une cliente italienne invoqua la responsabilité de HSBC pour un autre motif (r37) : l'information aux clients sur le vol et la divulgation de données par Hervé Falciani, et leurs conséquences, était inexacte car elle indiquait (en substance) que ces données volées ne pourraient jamais être utilisées pour une poursuite pénale par une autorité étrangère. Sur cette base, la cliente avait renoncé à participer à un programme de régularisation. Pouvait-elle, au grief d'une information inexacte sur les conséquences d'une violation du secret bancaire, obtenir une indemnité qu'elle ne pouvait pas obtenir sur la base de cette violation elle-même ? Le Tribunal fédéral répond par la négative. La cliente était consciente de sa situation irrégulière et a sciemment pris un risque. C'est son propre comportement qui est la cause des sanctions qui lui ont été infligées. Les sages de Mon Repos concluent par cette phrase mémorable sur l'histoire du secret bancaire : « L'istituto del segreto bancario non ha – e non aveva – lo scopo di proteggere l'evasione fiscale all'estero. » Jugement historique ou acte de révisionnisme ?

I. Services bancaires – Bankgeschäfte

1. Procuration, légitimation – Vollmacht, Legitimation

r1 Défaut de légitimation. Gestionnaire de fortune indépendant. Faute grave de la banque. Faute de la cliente? *Legitimationsmangel. Unabhängiger Vermögensverwalter. Grobes Verschulden der Bank. Verschulden der Kundin?*

La cliente X confie un mandat de gestion discrétionnaire à la banque Z, mandat exercé par le directeur B, portant sur un compte d'environ EUR 1,5 mio. Lorsque B change d'emploi et travaille pour un gestionnaire de fortune indépendant V, la cliente transfère le man-

dat de gestion à V et lui confère un « pouvoir d'administration » des avoirs restant déposés chez Z. Au cours de ses deux emplois, B a commis cinq détournements de fonds (montant total EUR 1,3 mio) sous forme d'ordres de virement en faveur d'une société faisant le négoce de métaux précieux, prétendument pour l'achat de métaux précieux non comptabilisés auprès de la banque Z. Courrier conservé banque restante. Action de la cliente contre la banque.

1. Ayant certes le pouvoir de gérer la fortune de sa cliente déposée à la banque, le gérant externe n'avait pas celui de faire des bonifications à des tiers par le débit du compte de la cliente lorsque la contrepartie ne s'en retrouvait pas dans le compte de dépôt de cette dernière (sous forme, par exemple, de dépôt d'actions, d'obligations ou de métaux précieux). – 2. Le portefeuille de la cliente contenait toujours au moins trois types d'actifs (actions, obligations, fonds alternatifs), placés en euros, CHF et USD. Il était donc pour le moins inhabituel que la cliente décide de placer désormais la presque totalité de ses avoirs dans deux métaux précieux (or et argent), et cela sans contrepartie dans son compte de dépôt auprès de la banque ou les coffres de celle-ci. En présence de tels ordres, dont deux avaient pour conséquence de vider le compte de l'essentiel de sa substance sans contrepartie, il appartenait à la banque de procéder à des mesures de vérification auprès de la cliente elle-même, et non seulement auprès du gérant externe. L'employé de la banque ne pouvait pas se contenter de téléphoner au gérant pour obtenir la confirmation des ordres donnés sous la signature de la cliente. Ces vérifications devaient viser à écarter tout doute de falsification. – 3. L'employé de banque n'a pas appliqué les consignes de sécurité qui s'imposaient, car il avait une grande confiance dans le gérant, lequel était un ancien directeur adjoint de la banque. Il s'est fié aveuglément aux dires du gérant en raison de leur rapport de proximité. Un tel comportement est constitutif d'une faute grave, dont la banque doit répondre. Il s'ensuit que la clause de transfert du risque figurant dans les conditions générales de la banque n'est pas applicable, vu la faute grave de celle-ci. – 4. Reste la question de savoir si la banque peut demander des dommages-intérêts à sa cliente, lorsque celle-ci a fautivement contribué à causer le dommage que la banque a subi (art. 97 al. 1 CO). La cour cantonale a certes constaté que la cliente n'a pas prélevé son courrier adressé en banque restante pendant quatre ans, mais elle n'a pas examiné quelle consé-

quence juridique devait être tirée de ce fait, ni si la cliente aurait pu ou dû se rendre compte de l'ordre falsifié, ce qui aurait permis de découvrir la supercherie. La cause lui est donc retournée pour examen de ces points et nouvelle décision.

TF, 4A_379/2016 du 15 juin 2017 (1^{re} Cour de droit civil, X. c. Z.SA). *Recours contre VD Tribunal cantonal, Cour d'appel civile, HC/2016/380 du 15 février 2016.*

Recensions : Jenny, <www.cdbf.ch/979>; Bärtschi, *ius.focus August 2017 Nr. 198*; Vischer, *Schadensabwägungsklauseln*, in : *CJN/dRSK*, publié le 8 septembre 2017 ; Nussbaumer, <www.lawinside.ch/466/>.

r2 *Legitimationsmangel. Gehacktes E-Mail-Konto. Grobes Verschulden der Bank. Défaut de légitimation. Messagerie électronique piratée. Négligence grave de la banque.*

Die Klägerin ist eine auf den britischen Jungferninseln eingetragene juristische Person, die seit April 2007 eine Vertragsbeziehung zur Beklagten (Bank) unterhält. Sie hat zudem eine Vermögensverwalterin eingesetzt. Die Vermögensverwalterin erhält innerhalb von wenigen Tagen von jeweils zwei ähnlichen E-Mail-Adressen zwei Zahlungsaufträge von je USD 100 000 zugunsten eines bislang unbekanntem Empfängers in Singapur (die Kundin hatte bisher auch keinen Bezug zu Singapur). Die Vermögensverwalterin leitet die Aufträge an die Bank weiter. Die Bank führt beide Aufträge aus und verifiziert sie später bei der Vermögensverwalterin, welche die Unbedenklichkeit der Transaktionen bestätigt. Eine dritte Transaktion wird von der Klägerin gestoppt. Die Klägerin verlangt von der Bank die Rückerstattung des Kontoguthabens.

1. Im Kontext aller relevanten Umstände erscheinen die beiden Zahlungsaufträge als qualifiziert unsorgfältig ausgeführt, unabhängig davon, inwiefern die Prüfung der Unterschriften erfolgte, und unabhängig davon, ob eine generelle Usanz der Banken zu Rückrufen bei E-Mail-Aufträgen besteht. Es wäre die genauere Verifizierung des Auftrags und des Auftraggebers angezeigt gewesen, sei es durch Einfordern der Originalaufträge, sei es durch ein Call-Back-Verfahren beim Kunden, sei es durch andere Mechanismen – z.B. zeitgemässe IT-Sicherheitschecks (Strichlisten, Access-Cards, Authentifizierung der E-Mail-Adresse etc.). – 2. Das eingetretene Risiko wäre ohne Weiteres zu verhindern gewesen. Der Beklagten ist in diesem Zusammenhang grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen. – 3. Die Vereinbarung der Parteien betreffend Risiko-

überwälzung kommt entsprechend nicht zum Tragen.

ZH *Handelsgericht, HG140185-O vom 23. November 2016 (A. Corporation S.A. gegen B. [Schweiz] AG, ZR 115/2017, Nr. 4 S. 17.*

r3 *Défaut de légitimation. Procuracion falsifiée. Responsabilité de la banque (oui). Défaut d'organisation. Legitimationsmangel. Gefälschte Vollmacht. Verantwortung der Bank (ja). Organisationsmangel.*

Ouverture d'une relation bancaire par un ressortissant et résident italien. Courrier en banque restante et octroi d'une procuracion à son épouse. Vente de titres (EUR 307 000 et CHF 156 000) et retrait en espèces subséquent de ces deux montants. Le client n'était pas au courant de ces opérations qu'il n'a pas effectuées et voulues. Procédure pénale pour escroquerie et faux dans les titres. Il appert qu'un inconnu, en se faisant passer pour le client, a révoqué la procuracion de l'épouse du client et octroyé une procuracion à un tiers, qui a effectués les prélèvements auprès de la banque. Impossibilité de remonter à l'identité des auteurs.

1. L'absence de signature sur le document d'identité – carte d'identité italienne format papier – de l'imposteur, pourtant obligatoire, démontre que le contrôle de l'identité a, in casu, été clairement insuffisant. Par ailleurs, il n'y aucune preuve que l'employée de banque aurait vérifié le nom et le prénom, le numéro de la carte d'identité ainsi que la date de naissance. – 2. Les montants élevés des deux retraits en espèce auraient également dû être considérés comme suspects, ou, à tout le moins inusuels, au vu du fait qu'ils adviennent quelques jours seulement après l'octroi de la procuracion. – 3. Les conditions générales des banques renversent généralement sur le client le risque d'une transaction effectuée par erreur, sauf pour les cas de faute grave (art. 100 CO). En l'occurrence, l'identification des personnes s'étant présentées au guichet (imposteur et falsus procurator) selon les dispositions contre le blanchiment d'argent, mais aussi de la CDB 03, s'avère insuffisante. – 4. La banque est responsable d'une faute grave et assume le dommage consécutif au défaut de légitimation. Le comportement de la banque – même en supposant qu'il s'agisse de faute légère – remplirait les conditions de l'art. 100 al. 2 CO et conduirait à la nullité d'une quelconque exclusion de responsabilité de la banque. Aussi, même en tenant compte de l'exonération de

responsabilité pour faute légère des auxiliaires au sens de l'art. 101 al. 3 CO, les organes en charge de l'organisation de la banque seraient tenus pour responsables de l'absence d'une organisation appropriée permettant d'éviter les violations contractuelles commises par les auxiliaires.

GR Tribunale cantonale, ZK2 13 4 du 3 août 2017 (2^{nda} Camera civile, X. c. Banca Y).

2. Crédits – Kredite

r4 **Crédits soumis au droit français. Poursuite en Suisse. Acte authentique français. Convention de Lugano. Mainlevée définitive. Taux d'intérêt notaires (non). Dem française Recht unterstehende Kredite. Betreuung in der Schweiz. Französische öffentliche Urkunde. Definitive Rechtsöffnung. Notarische Zinssätze (nein).**

Crédits souscrits par deux débiteurs solidaires domiciliés en Suisse auprès d'une caisse de crédit en France et garantis par des immeubles en France. Poursuite en Suisse contre les débiteurs. Requête de mainlevée définitive fondée sur des certificats notariaux permettant l'exécution à l'étranger des actes authentiques de prêt.

1. S'agissant d'actes authentiques étrangers, seul le motif de refus fondé sur l'ordre public est invocable. Cette réserve doit permettre au juge de ne pas apporter la protection de la justice suisse à des situations qui heurtent de manière choquante les principes les plus essentiels de l'ordre juridique, tel qu'il est conçu en Suisse. Clause d'exception, elle doit être interprétée de manière restrictive, spécialement en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions et actes authentiques étrangers, où sa portée est plus étroite que pour l'application directe du droit étranger (effet atténué de l'ordre public); la reconnaissance et l'exécution de la décision étrangère, ou in casu de l'acte authentique étranger, constituent la règle, dont il ne faut pas s'écarter sans de bonnes raisons. – **2.** Les actes authentiques litigieux sont exécutoires en France ainsi que cela ressort des cinq certificats constatant leur force exécutoire délivrés par la Chambre des Notaires et leur caractère exécutoire en Suisse a été admis en application des art. 50 CL 1988 et 57 CL 2007. La mainlevée définitive doit en l'espèce être prononcée. – **3.** Comme les taux LIBOR, les taux interbancaires à 4 mois T4M et Euribor ne sont pas des faits notoires dont le taux exact à une date déterminée peut être facilement déterminé par tout

un chacun. Partant, c'est à tort que la mainlevée a été prononcée pour la part variable des intérêts calculés sur la base desdits taux en se fondant sur les seuls décomptes sans aucune preuve attestant de l'exactitude des taux successifs allégués.

ATF 143 III 404 (5A_703/2016 du 6 juin 2017, II^e Cour de droit civil, A. et B. c. Caisse de crédit C.). *Recensions* : Hirsch C., <www.lawinside.ch/474/> ; *Anwaltsrevue* 2017, 395.

r5 **Hypothekarkredit. Mündlicher Vertragsabschluss. Crédit hypothécaire. Contrat conclu oralement.**

Der Kunde verhandelt rund sechs Jahre mit der Bank über die Finanzierung von Wohneigentum. Die Bank verlangt in den Verhandlungen die Verpfändung des Pensionskassenguthabens, was der Kunde aber vermeiden will. Aufgrund der Hypothekentwicklung sagt der Kunde eine erste Hypothek über CHF 330 000 und rund eine Woche später eine zweite und dritte Hypothek über je CHF 100 000 zu. Nach Zustellung der schriftlichen Unterlagen macht er geltend, er sei mit der Verpfändung der Pensionskassenguthaben nicht einverstanden. Die Bank macht die Kredite rückgängig. Sie verrechnet ihren Zinsschaden (rund CHF 45 000) mit den bei ihr deponierten Vermögenswerten des Kunden. Der Kunde klagt auf Rückerstattung. Die Klage scheidet vor allen Instanzen.

1. Es kann offen bleiben, ob die Vereinbarung der (über die Grundpfandsicherung hinausgehenden) Sicherheiten zu den objektiv oder subjektiv wesentlichen Vertragspunkten gehörte. Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz stand ein Verzicht auf die Verpfändung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht mehr zur Diskussion, sodass darüber eine Einigung erzielt wurde. – **2.** Der Abschluss eines Darlehensvertrages bedarf grundsätzlich keiner besonderen Form (Art. 11 OR). Eine spätere Formabrede kann ein Indiz für einen vertraglichen Formvorbehalt bilden. Die Beweislast für den Formvorbehalt liegt bei der Partei, die sich auf die Unwirksamkeit des mündlichen Vertrages beruft. – **3.** Ob dem Kunden der Nachweis des Schriftvorbehalts gelang, ist fraglich. Die Vorinstanz stellte aber ohnehin verbindlich fest, dass die Parteien ihren übereinstimmenden Abschlusswillen telefonisch erklärt hatten und der Kunde unmittelbar vor dem Vertragsabschluss darauf hingewiesen wurde, dass er «jetzt am Telefon einen bindenden Vertrag eingehe.» Damit war die Vermutung von Art. 16 Abs. 1 OR widerlegt.

BGer 4A_409/2017 vom 17. Januar 2018 (I. zivilrechtliche Abteilung, A._ gegen B_Bank AG). **Besprechung:** Schaller, <finblog.ch> (blogpost31).

r6 Kreditvertrag. Erhöhung der Zinssätze gestützt auf Bank-AGB oder auf den Kreditvertrag (nein). Stillschweigende Saldoanerkennung (ja). Contrat de crédit. Augmentation du taux d'intérêt fondé sur les conditions générales ou sur le contrat de crédit (non). Reconnaissance du solde (oui).

Zwischen der Bank und dem beklagten Architekturbüro besteht seit 2003 ein Kreditvertrag. Die Bank erhöht im Jahr 2010 gestützt auf die AGB die Zinssätze. Später kündigt die Bank den Kredit und fordert dessen Rückzahlung. In diesem Zusammenhang bestreitet die Kreditnehmerin die Zulässigkeit der Erhöhung der Zinssätze.

1. Es ist unbestritten, dass die AGB nicht mittels Vollübernahme Vertragsbestandteil geworden sind. Folglich ist zu prüfen, ob sie mittels Globalübernahme von der Beklagten akzeptiert wurden: Die Klägerin behauptet nirgends substantiiert, dass sie der Beklagten ihre AGB anlässlich der Unterzeichnung des Kreditvertrags tatsächlich übergeben habe. Aufgrund der Bestreitungen der Beklagten hätte sie dies aber tun müssen. Die Klägerin begnügt sich mit dem Hinweis, dass es an der Beklagten gelegen hätte, sich dieses Dokument zu besorgen, habe sie diese Regelung doch mit der Kreditvertragsunterzeichnung ausdrücklich akzeptiert. Diese unsubstantiierten Behauptungen genügen nicht, um die Zugänglichkeitsregel als erfüllt zu betrachten. – 2. Gemäss Art. 117 Abs. 2 OR tritt beim Kontokorrentkredit mit der Saldoziehung und dessen Anerkennung eine Novation, d.h. eine Erneuerung der Schuld ein, sodass ab diesem Zeitpunkt nur noch der anerkannte Saldo geschuldet ist. Die Anerkennung kann stillschweigend oder ausdrücklich erfolgen. Dies gilt auch, wenn eine stillschweigende Anerkennung nicht vereinbart wurde. Die Bankdokumente, insbesondere die Zins- und Kapitalausweise, die der Kreditnehmerin zugestellt wurden, erfolgten mit den erhöhten Zinssätzen. Bei diesen Dokumenten ist jeweils ausdrücklich vermerkt, dass dieser Auszug als genehmigt gilt, wenn er nicht innerhalb eines Monats schriftlich beanstandet wird. Die Bank hat der Kreditnehmerin somit eine genügend lange Widerspruchsfrist eingeräumt. Mit hin ist von einer stillschweigenden Genehmigung des Saldos auszugehen und die entsprechende Kapitalforderung ist ausgewiesen. – 3. Im Kreditvertrag war ein Zinssatz von 5,875 % p.a. vereinbart. Dieser Zinssatz

kann auch während des Verzugs gefordert werden (Art. 104 Abs. 2 OR). – 4. Da die AGB nicht Bestandteil des Vertrages wurden, kann die darauf gestützte Zinssatzerhöhung auf 8 % p.a. nicht berücksichtigt werden. – 5. Der Kreditvertrag selbst sieht vor, dass die Zinssätze von der Klägerin jederzeit den veränderten Verhältnissen am Geld- oder Kapitalmarkt angepasst werden. Die Zinserhöhung erfolgte indessen ohne jegliche Begründung. Zudem ist gerichtsnotorisch, dass die Zinssätze seit dem Abschluss des Kreditvertrages im Jahr 2003 gesunken und nicht gestiegen sind. Bei einer Zinssatzerhöhung kann auch nicht von einer stillschweigenden Annahme des Kreditnehmers gemäss Art. 6 OR ausgegangen werden. Also bleibt der Verzugszins gleichbleibend bei 5,875 % p.a.

AG Handelsgericht, HOR.2017.4/as/mv vom 30. Oktober 2017 (2. Kammer, Z-Bank gegen A_AG).

II. Services d'investissement – Anlagegeschäfte

r7 Conseil en placement. Produit structuré à capital protégé [Lehman]. Violation du devoir d'information. Causalité hypothétique (non). Responsabilité (non). Anlageberatung. Strukturiertes Produkt mit garantiertem Kapital [Lehman]. Verletzung der Aufklärungspflicht. (Fehlende) hypothetische Kausalität. (Keine) Haftung.

Un couple reçoit CHF 423 000 à l'échéance d'une police d'assurance-vie. En février 2007, sur conseil écrit de la banque, il investit CHF 408 000 dans un (seul) produit structuré à capital protégé (« protection 100% ») émis par Lehman Brothers offrant un rendement maximal de 50% en cinq ans. Début 2008, les clients sont inquiets de la valeur en baisse du placement et interrogent le conseiller à la clientèle, qui les rassure en rappelant que le remboursement du capital était garanti à 100% par l'émetteur. Action en responsabilité pour la perte de valeur suite à la faillite de l'émetteur.

1. La banque a manqué à son obligation d'informer les clients du risque de perte totale de leur capital en cas de faillite de l'émetteur. – 2. La responsabilité de la banque suppose un lien de causalité adéquate entre le dommage et le manquement au contrat. Le manquement consistant en une omission, le tribunal doit établir quel aurait été le comportement des clients s'ils avaient été dûment informés (« causalité hypo-

thétique »). – 3. Le TF revoit librement la question du cours hypothétique des événements mais il est lié par les constatations de fait concernant les circonstances dans lesquelles les parties ont agi. – 4. Se référant à son arrêt 4A_624/2012 (RSDA 2013 319 r10) et au rapport publié par la FINMA le 2 mars 2010 sur les affaires Lehman et Madoff, le TF retient que Lehman bénéficiait d'une bonne renommée et d'une bonne notation de crédit, qu'il était indifférent aux investisseurs que l'émetteur soit un groupe américain, et que de toute façon le risque émetteur « n'était que théorique et infime ». Les juges cantonaux pouvaient légitimement en conclure que les clients auraient maintenu leur décision de placement s'ils avaient discuté avec leur conseiller du risque concernant l'émetteur. Qu'ils aient été novices en matière de placements financiers n'est pas de nature à modifier cette analyse. – 5. En raison du défaut d'argumentation des recourants, le TF ne revoit pas les griefs relatifs à la concentration de l'investissement dans un seul produit et au conseil ultérieur de conserver le placement malgré sa perte de valeur.

TF 4A_403/2016 du 18 avril 2017 (1^{re} Cour de droit civil, A.X. et hoirie de feu X. c. Banque Z.). **Recours contre NE Cour d'appel civile, CACIV.2015.82 du 26 mai 2016. Recensions:** Béguin, <www.cdbf.ch/975>; Schneuwly, *ius.focus* Juli 2017 Nr. 17; Herrmann, *HAVE* 2017, 176 s.; *HAVE* 2017, 302; Kerber, <swissblawg.ch>, 6 juin 2017.

r8 Effektenhandel (Execution Only). Unautorisierte Anlage. Zustellungs- und Genehmigungsfiktion. Banklagernd-Vereinbarung. Négoce de valeurs mobilières (execution only). Placements non autorisés. Fiction de réception et ratification. Convention de banque restante.

Zwei Offshore-Gesellschaften (Kundin 1 und Kundin 2) unterhalten eine Konto- und Depotbeziehung mit der Bank. Die Person C. ist wirtschaftlich Berechtigter an beiden Gesellschaften und deren Vertreter gegenüber der Bank. Die Gesellschaften erhoben Klage auf Schadenersatz gegen die Bank mit der Begründung, der für sie zuständige Kundenberater habe unautorisiert riskante Optionsgeschäfte getätigt. C. hatte gegenüber dem Kundenberater die Geschäfte einmal telefonisch moniert. In den vier folgenden Monaten wurden die (wiederkehrenden) Transaktionen nicht moniert. Erst mit Eintritt von wesentlichen Verlusten machte C. per Faxschreiben geltend, die Transaktionen seien nicht autorisiert. Das Bundesgericht bestätigte in einem früheren Entscheid, dass Kundin 1 die Transaktionen genehmigt hatte

(BGer 4A_42/2015, SZW 2016 215 r6). Hinsichtlich Kundin 2 wies es die Sache an das Handelsgericht Zürich zurück, weil das Handelsgericht keine Feststellung zur fristauslösenden banklagernden Zustellung getroffen hatte. Im neuen Entscheid trifft das Handelsgericht die entsprechende Feststellung und bejaht eine stillschweigende Genehmigung der Transaktionen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde der Kundin 2 ab.

1. Wenn feststeht, dass eine hinreichende Beanstandung der Transaktionen fehlt, kann offen bleiben, bis wann die Beanstandung hätte erfolgen sollen. Es braucht mithin nicht entschieden zu werden, ob bereits die banklagernde Zustellung der Transaktionsbelege in jedem Fall unmittelbar die Genehmigungswirkung auslöst, also auch wenn der Bankkunde sie nicht erwartet. – 2. Gemäss der bereits in Erwägung 5.2 von BGer 4A_42/2015 zusammengefassten Praxis kann das Gericht unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchsverbots in Fällen, in denen die banklagernde Zustellung vereinbart worden ist, auf die Unverbindlichkeit der Genehmigungsfiktion erkennen, wenn diese nach den Umständen des Falles zu einem unbilligen, das Rechtsempfinden verletzenden Ergebnis führt. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt: Es ist nicht ersichtlich, warum es für die Kundin objektiv unmöglich oder unzumutbar gewesen wäre, die fraglichen Transaktionen zu beanstanden. Weiter ist der Bank kein Rechtsmissbrauch vorzuwerfen, wenn sie sich auf die Genehmigungsklausel in den AGB beruft. Allein vom Umstand, dass der Kundenberater eine Transaktion bewusst ohne Autorisation ausführt, kann nicht ohne Weiteres auf eine – den Rechtsmissbrauch begründende – Schädigungsabsicht oder positives Wissen der Bank um Nichtgenehmigung geschlossen werden. Denn ein derartiger Schluss liesse kein Raum für die Möglichkeit, dass die Geschäfte im Interesse des Bankkunden und im Vertrauen auf dessen nachträgliche Genehmigung getätigt wurden. Was schliesslich den Einwand der Kundin angeht, die Bank müsse sich das Wissen der internen Untersuchung zurechnen lassen, die im Hinblick auf den Kundenberater geführt wurde, so fehlt es am hinreichenden Konkretisierungsgrad darüber, dass die Bank um die Nichtgenehmigung der spezifischen Transaktionen gewusst hat.

BGer 4A_614/2016 vom 3. Juli 2017 (I. zivilrechtliche Abteilung, B._Corporation gegen X._Bank AG). **Beschwerde gegen ZH Handelsgericht, HG150261-O (vorher: HG100325) vom**

20. September 2016. **Teilentscheid in gleicher Sache:** BGer 4A_42/2015 vom 9. November 2015.

Besprechungen: Bärtschi, *ius.focus* 10/2017, Nr. 252; Béguin, <www.cdbf.ch/984> Zum Teilentscheid in BGer 4A_42/2015: Wherlock/von der Crone, SZW 2016, 96.

r9 Anlageberatung mit Execution-Only-Elementen. Unautorisierte Anlage. Banklagernde Korrespondenz. Zustellungs- und Genehmigungsfiktion. Conseil en placement avec des éléments d'exécution only. Placement non autorisé. Correspondance banque restante. Fiction de réception et de ratification.

Ein türkischer Hotel-Tycoon fordert von der Bank Schadenersatz wegen unautorisierten Anlagegeschäften seiner ehemaligen Kundenberaterin. Diese hatte ihm Vermögensaufstellungen zugestellt, die sich mit den banklagernd gehaltenen Depotauszügen der Bank nicht deckten. Der Unterschied betrug im Zeitpunkt der Klage rund CHF 6,2 Mio.

1. Aus der Sicht der Bank kann zwischen Execution-Only-, Beratungs- und Vermögensverwaltungs-Kunden unterschieden werden. In der Praxis können die Grenzen allerdings fließend sein. Die Geschäftsbeziehung der Parteien bewegte sich im Bereich zwischen Beratung und selbständiger Anlage. Soweit die aus den (banklagernd gehaltenen) Depotauszügen der Bank ersichtlichen Transaktionen nicht in den Faxmitteilungen der Kundenberaterin erscheinen, ist von unautorisierten Transaktionen auszugehen. – 2. Sowohl die Genehmigungsfiktion (auch: Zustellfiktion) setzen voraus, dass die Bank in guten Treuen von einer korrekten Auftragsbefolgung ausgehen darf. Die Genehmigungsfiktion setzt voraus, dass dem Kunden die Reklamation objektiv möglich und zumutbar war; sie greift insbesondere nicht, wenn die Bank um die tatsächliche Nichtgenehmigung wusste. Im vorliegenden Fall kann nicht unbeachtet bleiben, dass die Kundenberaterin kokurrierende, tatsächliche Berichterstattung zu den offiziellen Belegen der Bank geführt hat. Sie und die Bank konnten davon ausgehen, dass der ausländische Kläger nicht plötzlich erscheinen und auf die Vorlage von offiziellen Bankbelegen pochen würde. Die Bank konnte deshalb nur in guten Treuen von einer Genehmigung des Klägers ausgehen, wenn diese mit der Rechenschaftserstattung auf den Faxmitteilungen der Kundenberaterin in Einklang stand. Die Bank kann sich mithin nicht wirksam auf die Zustellungs- und Genehmigungsfiktion berufen. – 3. Bei der Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR) wird der funktionelle Zusammenhang

nicht dadurch beseitigt, dass die Kundenberaterin möglicherweise Weisungen der Bank missachtet hat, denn die Hilfspersonenhaftung bezweckt ja gerade den Schutz des Gläubigers bei mangelhafter Erfüllung.

ZH Handelsgericht, HG140233-O vom 4. Oktober 2017 (A. gegen B., B'. SA).

r10 Gérant de fortune indépendant. Devoir d'information de la banque. Causalité adéquate (oui). Pas d'interruption par la fraude du gérant ou par un éventuel manque de diligence du client. Unabhängiger Vermögensverwalter. Aufklärungspflicht der Bank. Adäquater Kausalzusammenhang (ja). Keine Unterbrechung durch den Betrug des Vermögensverwalters oder durch eine mögliche Sorgfaltsverletzung des Kunden.

Le client investit des sommes considérables (fonds propres et crédit lombard) dans un fonds créé et géré par une société de gestion de fortune (Golden Lion). Avant de prendre sa décision, il demande à sa banque une lettre de recommandation relative à cette société, avec laquelle elle a travaillé étroitement. Un représentant de la banque participe en outre à une séance d'information entre le client et le gérant indépendant. La société de gestion de fortune ayant fait faillite et son administrateur (Didier Piguet) condamné pour escroquerie, le client agit en responsabilité contre la banque. Sur renvoi du TF (RSDA 2017 232 r13), la cour cantonale se prononce ici sur les faits constitutifs d'une violation du devoir d'informer et sur le lien de causalité.

1. Comme l'a retenu le TF, la banque devait mettre en garde le client en lui révélant également les éléments négatifs dont elle avait connaissance à propos de la gérante externe. Cela concerne notamment les problèmes de diversification constatés, le fait que la banque avait refusé d'assumer la responsabilité de banque dépositaire du fonds, ainsi que les articles parus dans la presse genevoise en 2000, articles que la cliente ne pouvait pas connaître puisque ne résidant pas à Genève. – 2. Un tel devoir s'imposait d'autant plus que le client s'appêtait à emprunter à la banque des sommes importantes et à en confier la gestion à la gérante externe. La seule mention par la banque de ce qu'elle déclinait toute responsabilité au pied de sa lettre de recommandation était de ce point de vue insuffisante; il en va de même de la réponse donnée au fondateur du client selon laquelle il risquait de perdre la totalité des sommes investies, sans autre forme

d'explication. En omettant de révéler ces éléments, la banque a manqué à son devoir d'information. – 3. Il est hautement vraisemblable, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, que si la banque avait communiqué les informations en sa possession, le client n'aurait pas choisi d'investir dans le fonds et n'aurait pas subi la perte des montants investis dans ce fonds. L'existence d'un lien de causalité hypothétique entre les manquements imputables à la banque et le préjudice allégué par le client doit dès lors être considérée comme établie. – 4. La fraude commise en sus par les gérants externes n'a fait que favoriser ou accélérer une issue probable, que l'appelante envisageait elle-même. Elle n'a pas pour effet de reléguer au second plan le comportement de la banque dans la décision du client de procéder à l'investissement susvisé, ni dans les pertes qui s'en sont suivies. – 5. A supposer que l'on puisse reprocher au client d'avoir procédé à l'investissement litigieux sans chercher à se renseigner davantage sur le fonds concerné et/ou sans tenir compte de l'avertissement donné par le représentant de la banque, la faute concomitante ainsi commise apparaît largement subsidiaire et secondaire, dans le déroulement des événements produits, par rapport aux manquements imputables à la banque, qui n'a pas révélé plusieurs éléments négatifs importants dont elle disposait à propos de la gérante externe et du fonds litigieux. Bien davantage qu'un examen attentif de la documentation remise, la connaissance de ces éléments aurait en effet conduit le client à renoncer à investir dans le fonds. Le comportement du client n'a donc pas eu pour effet d'interrompre le lien de causalité existant entre la violation par la banque de son devoir d'information et les pertes subies. Il en découle que l'existence d'un lien de causalité (hypothétique) entre les manquements imputables à la banque et le préjudice allégué par le client doit être admise.

GE Cour de justice, ACJC/274/2017 du 10 mars 2017 (Banque A c. B, entré en force). Renvoi de TF 4A_369/2015 du 25 avril 2016, RSDA 2017 212 s., 232 r13.

r11 Unautorisierte Anlage. Massgebliche Währung für die Klage. Placements non autorisés. Monnaie de la demande en justice.

Drei türkische Kunden werfen der Bank vor, unautorisierte Transaktionen vorgenommen zu haben. Kläger 1 verlangt zunächst den Ausgleich zahlreicher Einzelpositionen in türkischer Lira (TRY). Anlässlich der Replik ändert er das Rechtsbegehren und ver-

langt eine Globalzahlung bzw. Gutschrift auf sein Konto in USD. Das Handelsgericht Zürich weist die Klage ab.

1. Verlangt der Kunde die Rückerstattung des Kontoguthabens, erhebt er eine Klage auf Erfüllung des Vertrages. Die strittigen Transaktionen erfolgten zu lasten des TRY-Kontos des Klägers 1. Verlangt der Kläger 1 die Berichtigung des KontosalDOS, kann er diesen lediglich in der Währung des vorgeblich zu Unrecht belasteten Kontos, mithin TRY, fordern. – 2. Entgegen der Auffassung der Parteien ist nicht massgeblich, in welcher Währung der Gewinn der vorgeblich unautorisierten Optionsgeschäfte eintrat. In BGR 4C.191/2004 erwog das Bundesgericht, bei einer Schadenersatzklage im Rahmen eines aufgrund falscher Informationen der Bank erfolgten Optionsverkaufs rechtfertigt es sich, auf die Währung der Option abzustellen. Vorliegend ist jedoch in erster Linie die rechtmässige Belastung des TRY-Kontos strittig. Unerheblich muss danach bleiben, welche Anlagen im Gegenzug für das zu Unrecht belastete Konto erworben wurden, war die Wahl und die Währung dieser Anlagen doch eher zufällig und ausserhalb des Einflussbereichs des Klägers 1.

*ZH Handelsgericht, HG150075-O vom 7. November 2017 (A., B., C. Kollektiv Sirket gegen D. SA)
Sur le même thème, TF 4A_3/2017 du 26 avril 2017.*

r12 Gestion de fortune. Expérience du client. Responsabilité du gestionnaire (non). Vermögensverwaltung. Geschäftserfahrung des Kunden. Haftung des Vermögensverwalters (nein).

1. Le contenu de l'obligation d'information du gestionnaire de fortune est fonction de l'état des connaissances du client et du type d'opérations d'investissement. Le mandataire doit s'informer, en questionnant son client, sur le niveau de connaissances de celui-ci et sa tolérance au risque. – 2. L'expérience du client se détermine essentiellement par le fait de savoir si sa vie professionnelle l'a ou non exposé aux marchés financiers. La fortune que le client possède est sans pertinence sur ce point. A titre illustratif, un homme d'affaires qui amasse une fortune considérable en matière immobilière est considéré comme ayant été suffisamment en contact avec le monde de la finance, alors qu'une infirmière qui hérite d'un patrimoine n'a pas eu pareille exposition au marché. Aucun élément n'indique qu'il avait déjà procédé à d'importants investissements sur les marchés financiers. Sans être complètement étranger au monde des affaires et de

l'économie en général, le client ne saurait donc être considéré comme un investisseur qualifié. – 3. Le client n'a pas prouvé que la stratégie (équilibrée) conseillée et acceptée était objectivement inadaptée à son profil de client. – 4. Le client n'a pas prouvé avoir donné l'instruction d'investir la totalité du capital dans de l'or physique, et ne peut donc reprocher au gestionnaire d'avoir procédé à des investissements diversifiés.

GE Cour de justice, ACJC/151/2017 du 10 février 2017 (Chambre civile, A. c. B. SA, arrêt entré en force).

r13 Devisenhandel. Aufgabe des EUR/CHF-Mindestkurses durch die SNB. Nachträgliche Anpassung des Ausführungspreises. Auslegung der AGB. Négocier de devises. Abandon du cours plancher EUR/CHF par la Banque nationale. Correction rétrospective du prix de transactions. Interprétation des conditions générales.

Die Klägerin ist eine Gesellschaft, die Vermögensverwaltungsdienstleistungen und andere Dienstleistungen im Finanzbereich erbringt. Die Elektronische Handelsplattform der Bank (Electronic Broking System, EBS) schliesst am 15. Januar 2015 mehrere offene Devisengeschäfte der Klägerin. Daraus resultiert ein Guthaben. Mehrere Stunden später, aber immer noch am 15. Januar 2015, passt die Bank die der Klägerin zuvor bestätigten Preise an. Daraus resultiert ein Minussaldo. Die Klägerin fordert von der Bank das Guthaben. Die Bank stützt sich für die Preis-anpassung auf ihre AGB. Das Handelsgericht schützt die Klage und entscheidet gegen die Bank.

1. Die Bank tritt der Klägerin gegenüber als Gegenpartei auf. Sie trägt damit das abwicklungsbedingte Risiko. Die Klägerin hat das Angebot der Bank zu den bestätigten Preisen mittels Anklickens des entsprechenden Dialogfensters angenommen. Die streitigen Devisenverträge sind somit zustande gekommen, und es resultiert eine entsprechende Forderung der Klägerin. – 2. Die Klägerin vermag den fehlenden Einbezug der AGB nicht darzutun. Im hier anwendbaren business to business-Verkehr trifft die Klägerin eine Erkundigungs- und Verschaffungslast. Sie hat damit die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Die AGB sind Bestandteil des Vertrages geworden. – 3. Ziff. 4.2 der AGB sieht vor, «dass aufgrund der im Markt geltenden Vorschriften und Usanzen unter Umständen eine nachträgliche Änderung oder Stornierung der abgeschlossenen Transaktionen möglich ist; dies gilt insbesondere bei Fehlern, bei rechts- oder re-

gelwidrigen Abschlüssen oder bei Vorliegen einer besonderen Marktlage, wobei der Kunde ausdrücklich jegliche Verluste oder anderen Konsequenzen, die daraus resultieren, akzeptiert.» – 4. Die Bank macht ohne Erfolg geltend, dass der Einschub «aufgrund der im Markt geltenden Vorschriften und Usanzen» keine zusätzliche Voraussetzung für eine nachträgliche Änderung der Transaktion bedeute. Die Präposition «aufgrund» fügt (gemäss Duden) immer zwei Tatbestandsmerkmale im Sinne einer Kausalitätskette zusammen. Daher kann eine Preisanpassung nur bei Vorliegen entsprechender Marktvorschriften oder Usanzen erfolgen, wofür die Bank keinen rechtsgenügenden Beweis erbracht hat. – 5. Auch eine Anpassung «aufgrund besonderer Marktlage» kommt nicht in Betracht. Der Devisenhandel beruht auf Schwankungen im Wechselkurs, weshalb an das Vorliegen einer besonderen Marktlage hohe Anforderungen zu stellen sind. Es ist fraglich, ob diese Voraussetzung am 15. Januar 2015 erfüllt war, was aber offen bleiben kann. Zudem liegt in Ziff. 4.2 AGB eine vertragliche Ausgestaltung der clausula rebus sic stantibus. Vor diesem Hintergrund muss «besonders» mit «nicht voraussehbar» gleichgesetzt werden. Es war aber voraussehbar, dass die Intervention der SNB zur Fixierung des Mindestkurses wieder aufgehoben wird. – 6. Ziff. 15 der AGB erlaubt die Korrektur offensichtlicher Preisfehler. Einen solchen kann die Bank nicht belegen, nachdem der Rapport der EBS noch um 10.30.45 Uhr (MEZ) einen Kurs von 1.2006 CHF pro Euro bestätigte, es hier um streitige Transaktionen im Zeitraum zwischen 10.30.45 Uhr und 10.30.53 Uhr geht und ein Kurszerfall auf 1.07 CHF pro Euro erst ab 10.33.39 Uhr nachgewiesen ist.

ZH Handelsgericht, HG150136-O vom 16. Dezember 2016 (A. AG gegen B. (Schweiz) AG [Saxo Bank]), ZR 116/2017 Nr. 40. Finews.ch 4. Mai 2017 (Saxo Bank kassiert Niederlage vor Gericht); NZZ 5. Mai 2017, 11 (Gier allenthalben), NZZ 16. Mai 2017, 29 (Devisenanleger wittern Morgenluft)
Besprechung: Bärtschi, *ius.focus* 6/2017, Nr. 140

r14 Vermögensverwaltung. Abweichung von der Anlagestrategie. Schadensberechnung. Gestion de fortune. Ecart par rapport à la stratégie d'investissement. Calcul du dommage.

Die in Panama domizilierte Klägerin liess ihr Vermögen von der Beklagten, einer Vermögensverwalterin mit Sitz in Zürich, verwalten. Die Klägerin behauptet mehrfache und wiederholte Verletzungen des Vermögensverwaltungsvertrags, verlangt Schadenersatz und die Herausgabe von Retrozessionen. Das Han-

delsgericht Zürich anerkennt verschiedene der geltend gemachten Vertragsverletzungen und den Anspruch auf Herausgabe der Retrozessionen. Streitig vor Bundesgericht sind die Vertragsverletzungen und – seitens beider Parteien – die Schadensberechnung.

1. Bestätigung der Rechtsprechung hinsichtlich der differenzierten Aufklärungspflichten bei Anlagegeschäften und der Qualifikation des streitigen Rechtsverhältnisses als Vermögensverwaltungsvertrag mit der Folge, dass die Risikofähigkeit und die Risikobereitschaft des Kunden abzuklären sind. Hinweis auf BGer 4A_364/2013 E. 6.5.1, wonach das Kundenprofil der Vorbereitung des Vertragsschlusses dient und ihm hinsichtlich der Risikofrage keine selbständige Bedeutung zukommt, falls die tatsächlich getroffenen Abmachungen in diesem Punkt eindeutig sind. – **2.** Die Vorinstanz stellte gestützt auf das Vertrauensprinzip fest, dass die Parteien eine ausgewogene Anlagestrategie vereinbart haben; die getätigten Anlagen wichen von dieser Strategie ab. Die Vorinstanz hat die Vertragsverletzung bejaht, ohne Bundesrecht zu verletzen. – **3.** Die Vorinstanz hat festgestellt, dass der an der Klägerin wirtschaftlich Berechtigte, welcher als deren Stellvertreter handelte, in Anlagefragen nicht sachkundig war. Ob die Vorinstanz zu Recht auf diesen Kenntnisstand abstellen durfte, kann offen bleiben, da die Beklagte nicht nachweist, dass sie bei Abstellen auf den Erfahrungs- und Kenntnisstand der Klägerin keine Aufklärungspflicht getroffen hätte. – **4.** Bestätigung der Rechtsprechung, wonach bei der Berechnung des Anlageschadens zwischen der sorgfaltswidrigen Verwaltung des gesamten Portefeuilles und der sorgfaltswidrigen Einzelanlage unterschieden wird. Die Vorinstanz ist zu Recht von der ersten Konstellation ausgegangen; der Schaden wird durch den Vergleich des Saldos des tatsächlich verwalteten Vermögens mit einem hypothetisch während derselben Periode vertragskonform verwalteten Vermögens ermittelt. Die Vorinstanz hat dabei den Schaden zutreffend bezogen auf die gesamte Vertragsdauer ermittelt, weil sie willkürfrei festgestellt hat, dass die Vermögensverwalterin das Vermögen während der gesamten Vertragsdauer, also ab 2004, vertragswidrig verwaltete. Es ist unerheblich, dass die Klägerin Schadenersatz erst ab 2007 verlangt. Es geht nicht an, im Rahmen des Verwaltungsmandats den günstigsten Zeitpunkt zu wählen, um einen möglichst grossen Schaden zu berechnen. Dass die konkreten Pflichtverletzungen erst ab 2007

festgestellt wurden, ist der Prozessführung der Klägerin zuzuschreiben und vermag jedenfalls die Feststellungen der Vorinstanz nicht als willkürlich auszuweisen. – **5.** Die Beklagte stellt sich zu Unrecht auf den Standpunkt, es genüge, wenn sie die Durchschnittlichkeit des von der Klägerin zum Vergleich angeführten Fonds bestreite; wenn die Klägerin mit einem vergleichbaren Fonds beweisen kann, dass eine sorgfältige Anlage ein besseres Resultat erbracht hat, so obliegt der Gegenpartei der Gegenbeweis, und sie kann sich nicht mit blosser Bestreitung begnügen. – **6.** Die Vorinstanz hat die Grundsätze der Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung nicht verletzt.

BGer 4A_436/2016; 4A_466/2016 vom 7. Februar 2017 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. SA. gegen B. AG). Beschwerde gegen ZH Handelsgericht, HG110230-O vom 10. Juni 2016, SZW 2017 231 r12.

Besprechungen: Koller, <www.blumgrob.ch/de/bundesgericht-beurteilt-pflichtverletzungen-eines-vermoegensverwalters>; Vieli/Bracher, <www.wengervieli.ch/Publications/Spotlights.aspx>, 19. Juni 2017; Schaller, <finblog.ch> (blogpost11).

r15 Vermögensverwaltung durch den Vertretungsbeistand. Frist für die Umwandlung in eine zulässige Anlage. Gestion par le curateur de représentation. Délai pour la conversion en investissement admissible.

Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung gemäss Art. 394 und 395 ZGB. Vertretungsbeistand ist der Sohn.

1. Es ist vor Bundesgericht unbestritten, dass die Anlage von rund drei Vierteln des Vermögens der Verbeiständeten in Gold den Bestimmungen der Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft (VBVV) widerspricht. Sie muss daher innert angemessener Frist in eine zulässige Anlage umgewandelt werden. – **2.** Die Vorinstanz hat dem Beistand eine Frist von rund zwei Monaten zur Umwandlung eingeräumt (insgesamt neun Monate seit dem Entscheid der ersten Instanz). Sie hat nicht in genügendem Masse geprüft, ob ein Verkauf innerhalb der Frist zur Unzeit erfolgt. Die Sache ist daher zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

BGer, 5A_502/2016 vom 19. Dezember 2016 (II. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen Bezirksgericht Aarau, Familiengericht, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und B.). Besprechung: FamPra.ch 2017, 616 s.; Meier, RMA 2017, 224; Meier/Häberli, ZKE/RMA 2017, 259 s.

III. Sûretés et réalisation – Sicherheiten und Verwertung

1. Sûretés personnelles – Persönliche Sicherheiten

r16 Abgrenzung Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme. *Distinction entre cautionnement et reprise cumulative de dette.*

B. ist Mehrheitsaktionär der Firma C. SA. B. erklärt sich bereit «privat und solidarisch für die offenen Rechnungen der Fa. C. SA [...] aufzukommen für den Fall, dass die Fa. C. SA seinen Verpflichtungen [sic!] nicht oder nur teilweise nachkommen kann». Die Kreditgeberin sieht darin eine (formfreie) kumulative Schuldübernahme, B. dagegen eine (formungültige) Bürgschaft. Umstritten ist die Geschäftsgewandtheit des B.

1. Wiederholung der Grundsätze des Leitentscheids in BGE 129 III 702: Eine streng am Wortlaut orientierte Auslegung («solidarisch»), die der Solidarhaftung der kumulativen Schuldübernahme entspricht, kommt nur bei Parteien in Betracht, die als geschäftsgewandt bezeichnet werden können. – 2. Das Kantonsgericht hat festgehalten, der Darlehensnehmer sei zwar Verwaltungsrat in verschiedenen Gesellschaften, doch schienen diese sich im Alltagsgeschäft nicht mit Bürgschaften zu befassen. Was die Kreditgeberin dagegen vorbringt, genügt den strengen Begründungsanforderungen für eine Sachverhaltsrüge nicht. – 3. Das Kantonsgericht hat zudem erwogen, der Text der Vereinbarung zeige, dass es sich um eine akzessorische Verpflichtung handeln solle, denn der Beschwerdegegner habe nur Zahlung für den Fall versprochen, dass die Fa. C. AG ihren Verpflichtungen nicht nachkomme. Diese auf den Wortlaut gestützte Auslegung ist nicht zu beanstanden. Sie erfolgt allerdings bloss im Rahmen eines Verfahrens auf provisorische Rechtsöffnung und ist mithin für ein allfälliges materiellrechtliches Verfahren nicht präjudizierend. – 4. Ob ein Ausdruck wie «solidarische Haftung» nicht bereits deswegen keinen klaren Wortlaut hat, weil als Sonderform der Bürgschaft auch die Soliarbürgschaft existiert, bei deren Begründung die Verwendung des Wortes «solidarisch» oder gleichbedeutende Ausdrücke wesentlich sind (Art. 496 Abs. 1 OR), kann offen bleiben.

BGer, 5A_944/2016 vom 31. August 2017 (II. zivilrechtliche Abteilung, A: AG gegen B.).

r17 Abgrenzung Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme. *Distinction entre cautionnement et reprise cumulative de dette.*

Bierlieferungsvertrag. Der Betriebsleiter des Restaurationsbetriebs wird zusammen mit dem Restaurant und dessen Inhaber als Darlehensschuldner mit solidarischer Haftung aufgeführt. Der Rechtsöffnungsrichter weist das Rechtsöffnungsbegehren ab, das Obergericht Zürich bestätigt den Entscheid: Es handelt sich entgegen dem Wortlaut des Darlehensvertrages um eine (formungültige) Bürgschaft.

1. Gemäss dem Leitentscheid für die Abgrenzung zwischen Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme (BGE 129 III 702) gilt der Betriebsleiter eines Restaurants nicht als geschäftsgewandt. – 2. Der Betriebsleiter war im Lohnverhältnis angestellt. Ein Arbeitnehmer, der sich zur kumulativen Schuldübernahme für ein Geschäftsdarlehen verpflichtet, würde sich am Geschäftsrisiko beteiligen, ohne im selben Rahmen am Geschäftsgewinn zu partizipieren. Daran hat der Arbeitnehmer kein Interesse. Es fehlt damit am für die kumulative Schuldübernahme erforderlichen Eigeninteresse.

ZH Obergericht, RT170012-O/U vom 3. April 2017 (I. Zivilkammer, A. gegen B.).

r18 Garantie à première demande. Garantie documentaire. Indépendance. Rigueur documentaire. Abus de droit. Garantie auf erstes Anfordern. Dokumentarische Garantie. Unabhängigkeit. Grundsatz der Dokumentenstrenge. Rechtsmissbrauch.

Garantie en faveur du vendeur pour un nombre indéterminé de contrats, mise en oeuvre sur demande écrite certifiant l'absence de paiement, copie de la facture impayée et copie de l'accusé de réception des marchandises signé par l'acheteur.

1. Le garant promet une prestation en se référant au rapport de valeur, qui permet d'identifier l'obligation garantie, et s'engage à exécuter la prestation promise au créancier comme telle, indépendamment du contenu et de la validité de l'obligation découlant du contrat de base entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre. Le garant ne peut donc pas soulever des objections ou des exceptions découlant de ce rapport de valeur. – 2. Le garant ne peut et ne doit vérifier que les conditions formelles de la garantie, soit les conditions qui découlent du contenu littéral de la garantie. En présence d'une garantie documentaire, le garant ne doit payer que sur présentation des documents énumérés dans la garantie. Il ne peut et ne doit vérifier que la stricte conformité formelle des documents produits avec ceux exigés dans la garantie. Idem pour les éventuelles conditions matérielles (ou non documentaires), p. ex. conditions suspensives d'entrée en vigueur ou de mise en oeuvre de la garantie, qui ne doivent elles aussi faire l'objet que d'un contrôle strictement

formel. – **3.** L'indépendance de la garantie cesse lorsque l'appel à la garantie du bénéficiaire est manifestement abusif (art. 2 al. 2 CC). L'abus de droit doit être manifeste: le refus de paiement de la garantie, au motif que le bénéficiaire y fait appel de manière abusive, doit rester exceptionnel. – **4.** Il y a notamment abus manifeste lorsque le bénéficiaire, de mauvaise foi, poursuit un objectif totalement étranger au contrat de base, par exemple lorsque (a) le bénéficiaire invoque la garantie pour couvrir une prétention qu'elle n'avait pas pour but d'assurer; (b) le bénéficiaire n'a aucune prétention contre le débiteur principal parce que celui-ci a indubitablement exécuté sa prestation; ou (c) montant réclamé au titre de la garantie est en disproportion manifeste avec celui du dommage subi par le créancier. En cas d'abus, le garant non seulement peut, mais doit refuser de verser la garantie; ce faisant, il défend les intérêts de son client et accomplit correctement son mandat. – **5.** In casu, le donneur d'ordre n'a pas prouvé le caractère fictif du contrat fondant l'appel à la garantie, appel qui doit donc être honoré.

TF, 4A_709/2016 du 6 avril 2017 (1^{re} Cour de droit civil, Corporation X. SA c. Z. Limited), SJ 2018 I 63. *Recours contre GE Cour de justice ACJC/1459/2016 du 4 novembre 2016.*
Recensions : Fischer, <www.cdbf.ch/973>.

r19 Bankgarantie auf erstes Anfordern im Mietverhältnis. (Kein) Beweis des erlittenen Schadens. (Keine) Verrechnung mit ausstehenden Mietzinsen. Garantie bancaire à première demande dans un rapport de bail. (Pas de) preuve du dommage subi. (Pas de) compensation avec les loyers échus.

Die Vermieterin eines Hotels ruft eine von der Mieterin gestellte Bankgarantie in Höhe von CHF 2 Mio. ab. Die Bankgarantie lautete auf erstes Verlangen (erstes Anfordern), unter Verzicht auf jegliche Einreden und Einwendungen der Mieterin. Die Mieterin verweigert die Mietzinszahlung, worauf die Vermieterin die Garantie zur Sicherheit des aus der vorzeitigen Kündigung des Mietverhältnisses entstandenen Schadens abrufen. Die Mieterin stellt sich auf den Standpunkt, die Auszahlung der Garantie beschränke sich höhenmässig auf die Deckung der ausstehenden Mietzinse bzw. diese könnten mit der bezogenen Garantie verrechnet werden und ein Überschuss sei an sie herauszugeben. Die Vermieterin verlangt klageweise alle ausstehenden Mietzinse, unabhängig von der von ihr gezogenen Garantie. Das Handelsgericht St. Gallen schützt die Mietzinsklage der Vermieterin

und den Bezug der Garantie, das Bundesgericht weist die dagegen erhobene Beschwerde der Mieterin ab.

1. Anders als bei einem Mietzinsdepot, das auf ein Sperrkonto einbezahlt wird und auf das bei Uneinigkeit der Parteien nicht gegriffen werden kann, solange die Zahlungspflicht im Streit steht, kann die Vermieterin zufolge des Einredeverzichts der Bank die Garantie abrufen, auch wenn ihre Forderungen von der Mieterin nicht anerkannt werden und noch nicht rechtskräftig beurteilt worden sind. – **2.** Die Mieterin hat die Verrechnung der Garantiesumme mit den von ihr geschuldeten Mietzinsen erklärt. Das ist nicht zulässig. Ihren Zweck, die geltend gemachten Ansprüche, für den Fall, dass sie bestehen, zu sichern und der Vermieterin die ihr zustehende Befriedigung nicht erst nach Beendigung des Prozesses zu verschaffen, kann die einmal bezogene Bankgarantie nur erfüllen, wenn sie im Streitfall bei der Vermieterin verbleibt, bis über das Schicksal der geltend gemachten Ansprüche rechtskräftig entschieden ist. Die Verrechnung aber zielt darauf ab, die Sicherheit zur Tilgung anderer als der zu sichernden Ansprüche heranzuziehen. Das kann nur zulässig sein, wenn rechtskräftig feststeht, dass die Forderungen, für welche die Garantie beansprucht wurde, tatsächlich nicht bestehen. Sonst würde die Vermieterin faktisch um die mit der Garantie verbundenen Vorteile gegenüber dem Mietzinsdepot gebracht. – **3.** Im vorliegenden Fall macht die Vermieterin einen Schaden wegen vorzeitiger Vertragsauflösung geltend. Sie ist nicht gehalten, den Schaden zu beweisen, damit sie die Garantie beanspruchen und sich der Verrechnung mitlaufender Mietzinsen widersetzen kann. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten, das dem Garantieabruf entgegenstehen würde, ist nicht nachgewiesen.

BGer, 4A_422/2016 vom 1. Dezember 2016 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. AG gegen B. AG).

Besprechung: Marchand, DB 2017, Nr. 1; mietrechtspraxis 2017, 115 ss.

r20 Bankgarantie. Zahlungsverbot im Rahmen vorsorglicher Massnahmen. Garantie bancaire. Interdiction de paiement par mesures provisionnelles.

Drei Entscheide des Handelsgerichts Zürich bestätigen die hohen Hürden, die gelten, wenn die Garantiestellerin im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen den Garantieabruf verhindern will: Es muss glaubhaft gemacht werden, dass der Garantieabruf offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist, wobei der Rechtsmissbrauch für die Bank erkennbar sein muss. Verweis u.a. auf ZR 114/2015 Nr. 44 E. 4 (Zusammenfassung der bisherigen Praxis).

Beim Abruf der Garantie im Rahmen eines Vertriebsvertrags (erster Entscheid) macht die Garantiestellerin erfolglos geltend, die Ware sei nicht geliefert worden.

Beim Abruf der Garantie im Zusammenhang mit einem ausländischen Vergabeverfahren (zweiter Entscheid) vermag die Klägerin keinen Rechtsmissbrauch zu belegen.

Beim Abruf der Erfüllungsgarantie im Rahmen eines Bauprojekts wegen Mangelhaftigkeit des Werkes (dritter Entscheid) vermag die Klägerin den Rechtsmissbrauch nicht zu belegen. Zwar war die ursprüngliche Erfüllungsgarantie auf fünf Monate nach Abnahme des Werkes beschränkt. Jedoch hat die Klägerin die Garantie verlängert. Sodann hat die Begünstigte beim Abruf der Garantie neben der Mangelhaftigkeit des Werkes auch den Schaden aus ersatzvornahmeweiser Fertigstellung von gewissen Bauten geltend gemacht. Damit macht sie ihre Rechte im Rahmen einer Erfüllungsgarantie geltend. Ausserdem stellt auch der Nachbesserungsanspruch des Bestellers eine vertragliche Erfüllungspflicht dar, weshalb die Subsumierung der Mängelhaftung unter die Erfüllungsgarantie nicht per se ausgeschlossen werden kann. Zusätzliche Ausführungen, wonach für einen rechtsmissbräuchlichen Garantieabruf absolut klare Verhältnisse vorliegen müssen, die keinerlei Zweifel darüber offenlassen, dass dem Begünstigten unter keinem vernünftiger- und redlicherweise in Betracht kommenden rechtlichen Aspekt ein Anspruch auf Abruf der Bankgarantie zusteht.

ZH Handelsgericht, HE160484-O vom 24. November 2016 (Einzelgericht, A. SA, B. Limited gegen C. AG); ZH Handelsgericht, HE170123-O vom 21. April 2017 (Einzelgericht, A. AG gegen B. AG); ZH Handelsgericht, HE170200-0 vom 15. Juni 2017 (Einzelgericht, A. AG gegen B. Switzerland AG).

r21 Contrat de consignation. *Hinterlegungsvertrag.*

Autorisation judiciaire faite à un notaire de consigner en mains d'une banque le solde d'une provision dont la titularité est contestée (art. 96 et 168 CO).

1. La consignation est l'opération par laquelle une personne, le consignat, agissant individuellement, remet une chose mobilière à une autre personne, le consignataire, en faveur d'un tiers, le bénéficiaire, le consignataire s'engageant à la conserver, puis à la remettre, le moment venu, à un bénéficiaire désigné par la loi, par une autorité judiciaire ou encore par le consignat lui-même. – 2. Il s'agit d'une forme particulière du dépôt. – 3. La consignation peut revêtir trois fonctions, qui trouvent leur fondement dans la loi ou dans une décision de l'autorité compétente : la consignation tenant lieu d'exécution, la consignation conservatoire ou la consignation à titre de garantie ou de sûreté. – 4. La consignation doit être accompagnée d'une déclaration du débiteur cédé que les valeurs consignées sont à remettre à celui des prétendants dont la prétention est reconnue par jugement exécutoire ou transaction entre les parties.

VD Tribunal cantonal, HC/2017/341 du 8 mai 2017 (Cour d'appel civile, P. c. S., V., A.Q. et B.Q.).

2. Sûretés réelles – Dingliche Sicherheiten

r22 Crédit hypothécaire. Logement de la famille, consentement du conjoint (art. 169 CC). Poursuite en réalisation du gage immobilier. *Hypothé-*

karkredit. Wohnung der Familie, Zustimmung des Ehegatten (Art. 169 ZGB). Betreuung auf Grundpfandverwertung.

1. Selon l'art. 169 al. 1 CC, un époux ne peut pas, sans le consentement exprès de son conjoint, aliéner la maison ou l'appartement familial, ni restreindre par d'autres actes juridiques les droits dont dépend le logement de la famille. Cette disposition a pour objectif d'empêcher, en particulier en cas de tensions, que le conjoint titulaire des droits réels ou personnels dont dépend le logement familial puisse disposer unilatéralement de ce logement, qui a une importance vitale pour l'autre époux. Le législateur a tenu à protéger le logement familial par une réglementation légale de nature impérative, édictée également dans l'intérêt public. L'absence de consentement entraîne la nullité absolue de l'acte juridique en cause, sans qu'il faille tenir compte de l'éventuelle bonne foi du cocontractant. – 2. La constitution d'un gage sur le logement familial n'est soumise à l'art. 169 CC que lorsqu'elle comporte un risque objectivement important que le logement soit réalisé dans un avenir proche ou lorsque l'unique objectif du constituant semble être d'éluider l'art. 169 CC et/ou constitue un abus de droit. – 3. Le consentement du conjoint est généralement nécessaire si la charge hypothécaire excède environ les $\frac{2}{3}$ de la valeur vénale pour les immeubles non agricoles – ou le plafond fixé par l'art. 73 LDFR pour les immeubles agricoles. Cependant, le consentement est aussi nécessaire s'il est manifeste que les capacités financières du débiteur ne permettraient pas d'assurer le service de la dette hypothécaire ou encore que le logement familial se trouverait en danger de quelque manière en raison de la cédula hypothécaire. Ainsi, lorsque le propriétaire n'est pas ou plus en mesure de racheter la dette ou de contracter un nouveau crédit en cas de résiliation du contrat par le créancier gagiste. – 4. Il en va de même si le propriétaire qui veut provoquer la réalisation forcée du logement, plutôt que de contracter une nouvelle hypothèque, se contente de ne plus payer les intérêts hypothécaires et de laisser la banque résilier le contrat de prêt puis demander la réalisation du gage. – 5. Ces vérifications sont de la compétence du juge de la mainlevée si les faits à prouver, portant sur la situation financière des intéressés ou la valeur de l'immeuble, peuvent être établis par des documents. – 6. Dans une poursuite en réalisation du gage portant sur le logement de la famille (art. 169 CC), un exemplaire du commandement de payer doit également

être notifié à l'époux du débiteur (art. 153 al. 2 let. b LP et 88 ORFI). Avec la notification du commandement de payer, l'époux acquiert la qualité de co-poursuivi et peut ainsi former opposition au commandement de payer au même titre que le débiteur. Il peut invoquer l'inexistence et l'inexigibilité de la créance, en contester le montant ou se prévaloir du défaut de gage. Il peut également faire valoir que la mise en gage du bien violait les dispositions de l'art. 169 CC.

ATF 142 III 720 (5A_203/2016 du 10 novembre 2016, II^e Cour de droit civil, A.A. et B.A. c. banque C.SA).

Recensions : Nussbaumer, <www.lawinside.ch/361/>; Wiget, <swissblawg.ch>; Wolf/Nuspliger, RJB/ZBJV 2017 530; Aebi-Müller, Jusletter, 2 octobre 2017, Rz 4 ss; ZZZ 40 (2016), 352; RNR 98/2017, 396 ss.

r23 Financement de l'acquisition d'un portefeuille immobilier. Société simple (non). Crédit (oui). Finanzierung des Erwerbs eines Immobilienportfolios. Einfache Gesellschaft (nein). Kredit (ja).

Contrat-cadre destiné à financer (max. CHF 111 millions) l'achat d'un portefeuille immobilier par une société active dans l'immobilier en vue de la constitution ultérieure, par l'emprunteur, d'une SICAV immobilière dont la banque serait la société de direction et la banque dépositaire (sic). Conditions de mise en oeuvre du crédit non réalisée. Demande de la société contre la banque tendant à la remise de documents selon l'art. 541 CO admise par la Cour de justice. Cause renvoyée par le Tribunal fédéral pour examen selon l'art. 400 CO.

1. La banque et la société avaient la « volonté réelle [...] d'unir leurs efforts et leurs ressources en vue d'atteindre un but commun, soit l'acquisition d'un parc immobilier et, à terme, sa gestion au travers d'une SICAV dont [la société] aurait été l'actionnaire et [...] la banque la direction de fonds et la banque dépositaire ». Cela étant, avoir un objectif commun et la volonté d'unir des efforts ou ressources pour l'atteindre ne suffisent pas à constituer un contrat de société simple. Encore faut-il que les associés s'obligent réciproquement à favoriser ce but commun et décident de partager la substance même de l'entreprise. – **2.** In casu, dans l'opération envisagée, la banque assumait essentiellement les risques d'un bailleur de fonds et en retirait les profits usuels, avec le bénéfice supplémentaire de toucher des revenus pour l'exercice de sa fonction dans la future SICAV. Ce dernier élément ne suffit pas à admettre que les parties partageaient la substance même de l'entreprise, alors que

la société désirait acquérir en son nom le parc immobilier, puis devenir unique actionnaire-entrepreneur de la SICAV à constituer (art. 36 al. 1 let. b et art. 41 LPCC), ou éventuellement partager le capital-actions avec d'autres investisseurs, mais pas avec la banque. – **3.** Les faits établis ne suffisent pas à retenir l'existence d'une société simple.

TF, 4A_251/2016 et 4A_265/2016 du 13 décembre 2016 (I^{re} Cour de droit civil, Banque B contre S1. SA et S2. SA), SJ 2017 I 342. **Recours contre GE Cour de justice, ACJC/388/2016 du 18 mars 2016.**

Recensions : Béguin, <www.cdbf.ch/96>8>; Carlen, ius.focus Februar 2017 No 36; Stoffel/Constantin, Le droit des sociétés 2016/2017, RSDA 2017 379; Schürch, <www.lawinside.ch/397/>; Sethe/Cetinkaya, RSJ 113/2017, 526.

r24 Crédit bancaire (oui), contrat de portage (non), contrat de fiducie (non). Bankkredit (ja), Vertrag mit Auffanggesellschaft (nein), Treuhandvertrag (nein)

Succédant aux droits de la Fondation de valorisation des actifs de la Banque cantonale de Genève, l'Etat de Genève agit contre un professionnel de l'immobilier pour obtenir le remboursement de divers crédits et crédits partiels que la banque avait octroyés à ce dernier. Le défendeur s'oppose au remboursement en alléguant que les parties sont liées par un contrat de portage ou par un contrat de fiducie.

1. Une opération de portage intervient lorsque le débiteur d'une banque, qui a remis à celle-ci son immeuble en gage, est défaillant. La banque octroie alors un prêt à une société (dite de portage) constituée de professionnels de l'immobilier, pour lui permettre d'acquérir l'immeuble, dans l'attente d'une augmentation future de la valeur du bien. Le montant du prêt octroyé à la société de portage correspond souvent au montant dû par le débiteur défaillant et les intérêts sont limités au rendement de l'immeuble, un éventuel bénéfice en cas de revente devant être partagé entre le porteur et la banque, alors qu'une perte éventuelle est supportée par la seule banque. En cas de perte, la banque abandonne (au moins partiellement) sa créance à l'encontre de la société de portage. – **2.** Dans une relation de fiducie, le fiduciaire transfère au fiduciaire les droits sur les biens ou les créances qui lui appartiennent; le fiduciaire devient propriétaire de l'objet qui lui est remis ou titulaire de la créance qui lui est transférée. Toutefois, le transfert des droits s'accompagne d'un accord entre les parties qui détermine l'usage que le fiduciaire doit faire de ces droits. La convention de

fiducie oblige le fiduciaire à conformer son activité, dans l'exercice de ces droits, au but fixé par le fiduciaire; elle détermine dans quelle mesure le fiduciaire est lié à des instructions ou agit de manière indépendante. – 3. En l'espèce, la cour cantonale a, sans arbitraire, établi que la volonté réelle des parties était de conclure des contrats de prêts, de sorte que l'emprunteur doit rembourser le capital et les intérêts, sous déduction du prix de réalisation des actifs qui les garantissait.

TF, 4A_82/2017 du 5 octobre 2017 (1^{ère} Cour de droit civil, X. c. Etat de Genève).

r25 Drittpfandbestellung eines Kontokorrents. Keine Aufklärungspflicht der Bank. Gage sur compte courant en faveur d'un tiers. Pas de devoir d'information de la banque.

Die Klägerin unterhält seit 1995 eine Kontokorrentbeziehung zur beklagten Bank. Sie unterzeichnet im Januar 2011 eine allgemeine Faustpfandverschreibung zugunsten der Gesellschaft C. mit Sitz in Zypern, die ihrem (inzwischen verstorbenen) Ehemann gehört; mit der Gesellschaft C. unterhielt die Bank ebenfalls eine Bankbeziehung. Gleichzeitig war die Klägerin als Drittpfandbestellerin Mitunterzeichnerin eines Kreditantrags der Gesellschaft C. für einen Rahmenkredit der Bank, mit welchem die Gesellschaft C. mit der Bank ein Termingeschäft über 500 000 Unzen Silber abschloss. Es kam zu einem Verlust, und die Bank verwendete rund CHF 3.5 Mio. vom Konto der Klägerin zur Deckung des Negativsaldos. Die Klägerin verlangt von der Bank Schadenersatz wegen Verletzung der Aufklärungspflichten.

1. Die Bank unterstand für das besagte Geschäft nicht den Informationspflichten gemäss Art. 11 BEHG, weil sich die Bank gegenüber der Klägerin nicht als Effektenhändlerin betätigte. Auch eine auftragsrechtliche Aufklärungspflicht auf der Grundlage eines execution-only-Verhältnisses kommt nicht in Betracht. Es fehlt an einer kontorelevanten Anweisung, die Bank musste keinen Anlageentscheid der Klägerin vollziehen. Vielmehr hat die Bank lediglich eine von der Klägerin unterzeichnete Pfandverschreibung entgegengenommen. Im Übrigen weist das Geschäft auch keine besonderen Risiken auf, die eine Aufklärung erheischen. Der – im schlimmsten Fall totale – Verlust des Pfands ist geradezu als leicht erkennbares Standardrisiko einer Verpfändung anzusehen, über welches, analog dem Kursrisiko bei Anlageentscheiden, nicht aufzuklären ist. – 2. Zwischen der Klägerin

und der Bank fanden in den sechzehn Jahren der Kontobeziehung keine persönlichen und nur selten telefonische Kontakte statt. Die Bank durfte bei Anwendung pflichtgemässer Sorgfalt davon ausgehen, dass die Klägerin, die über einen Hochschulabschluss verfügt, aus reichem russischen Haus stammt, bis zu ihrer Heirat mit einem reichen russischen Unternehmer berufstätig war und hernach ihren Ehemann bei seinen Geschäften unterstützte, über die Risiken eines Termingeschäfts keiner Aufklärung bedurfte. – 3. Das Bestehen besonderer Aufklärungspflichten ist zu verneinen und eine Haftung infolge Verletzung von Informations- und Aufklärungspflichten entfällt.

ZH Obergericht, LB160005-O/U.doc vom 21. November 2016 (I. Zivilkammer, A. gegen B. AG).

3. Effets de change – Wechselrecht

r26 Billet à ordre. Domiciliation imparfaite. Effet de l'absence de présentation au paiement. Sichtwechsel. Domicilwechsel. Folgen der fehlenden Vorlegung des Titels.

Souscription par une SA d'un billet à ordre à vue en faveur d'une banque, muni d'une clause « sans protêt ». Désignation du siège de la banque comme domicile de paiement. Sommation de la banque restée vaine suivie d'un commandement de payer. Opposition de la SA, au motif que la banque n'a pas présenté les billets à ordre physiquement au paiement, alors que seule leur présentation les rendait exigibles.

1. La dette par lettre de change (ou billet à ordre) est quérable. Le porteur doit solliciter du tiré (respectivement du souscripteur s'agissant d'un billet à ordre) ou de la personne chargée de payer à sa place le versement du montant de l'effet: on parle de présentation au paiement. La présentation au paiement est un acte indispensable à l'exercice du droit, puisque l'on ne peut valablement exercer le droit incorporé dans le titre sans le produire; l'absence de présentation en temps utile prive le porteur de tous ses droits contre les obligés de change, à l'exception du tiré accepteur et ses avaliseurs. – 2. La présentation au paiement comporte la production matérielle du titre original à la personne devant effectuer le paiement. L'effet de change doit être présenté au lieu de paiement, figurant sur le titre ou correspond au lieu mentionné à côté du nom du tiré ou du souscripteur, voire au lieu de création du billet à ordre. En principe, la présentation se fera au domicile du tiré ou du souscripteur. – 3. On distingue la domiciliation imparfaite (l'effet de

change est payable par le tiré ou le souscripteur lui-même, mais dans un autre lieu que celui de son domicile) de la domiciliation parfaite (le paiement doit être effectué par un tiers et au domicile de ce dernier; le plus souvent un établissement bancaire). – 4. En l'espèce, le lieu de paiement étant valablement spécifié dans les billets à ordre litigieux, ceux-ci devaient être présentés au paiement. A réception des avis, il appartenait en effet à la SA de prendre les dispositions nécessaires pour se trouver au lieu prévu pour le paiement à la date indiquée ou d'y mandater un représentant, de manière à pouvoir exécuter son obligation et se faire remettre en échange les billets à ordre. A supposer que la banque ne s'était pas trouvée en mesure de les lui présenter, il eût été loisible à la SA de refuser d'effectuer le paiement. – 5. N'ayant pas entrepris les démarches pourtant justifiées par les circonstances, la SA ne pouvait ignorer qu'en vertu de la clause de domiciliation (imparfaite), le lieu du paiement et, partant, celui de la présentation, se trouvait au siège de la banque.

ATF 143 III 208 (5A_954/2016 du 14 mars 2017, II^e Cour de droit civil, A. SA c. Banque B.)

Recensions : Wiget, *Swissblawg*, 5A_954/2016; Jacot-Guil-larmod, <www.lawinside.ch/446/>.

IV. Reddition de compte, rétrocessions et renseignements – Rechenschaftsab- legung, Retrozessionen und Auskünfte

r27 Conseil en assurance. Rétrocessions. Obligation de restituer. Prescription: délai et dies a quo. Abus de droit (non). *Versicherungsberatung. Retrozessionen. Herausgabepflicht. Verjährung: Frist und dies a quo. Rechtsmissbrauch (nein).*

Mandat donné en 1994 par l'Union internationale des transports routiers à une société de courtage et de conseil en assurance pour mettre en place une couverture d'assurance pour les carnets TIR. Entre 1995 et 2005, le mandataire a perçu une rémunération contractuelle de CHF 6.5 mio et (à l'insu du mandant) des rétrocessions des assureurs à hauteur de CHF 16.2 mio et de USD 2 mio.

1. Rappel de la jurisprudence relative à la notion de rétrocession et à l'obligation du mandataire de rendre compte et de restituer tous les avantages indirects reçus de tiers dans le cadre de l'exécution du mandat. – 2. L'obligation de remettre au mandant les avantages reçus de tiers n'est pas une prestation pério-

dique au sens de l'art. 128 ch. 1 CO. En effet, « les rétrocessions ne découlent pas d'un rapport de durée (Dauerschuld); elles ne sont pas convenues à l'avance entre le mandant et le mandataire. Le devoir du mandataire de rendre compte de ces avantages indirects obtenus de tiers et les créances correspondantes du mandant en délivrance de ces avantages ne reposent pas sur un rapport de durée, mais sur le simple fait que le mandataire a perçu ces avantages. » L'obligation de restituer se prescrit par 10 ans selon l'art. 127 CO. – 3. L'obligation de restituer naît lors de la perception de l'avantage par le mandataire. Elle est exigible immédiatement (art. 75 CO), même si le mandant en ignore l'existence et si le mandataire ne lui en a pas rendu compte. Pour chaque montant perçu par le mandataire, la prescription de l'obligation de restituer court depuis le moment de la perception de la rétrocession par le mandataire. – 4. Le mandataire ne commet pas un abus de droit (art. 2 al. 2 CC) en se prévalant de la prescription car il n'a pas adopté un comportement propre à dissuader le mandant d'interrompre la prescription. Le fait que le mandant n'ait pas eu ni pu avoir connaissance de l'existence de ses créances en restitution parce que le mandataire a violé son devoir de rendre compte et de restituer ne joue pas de rôle.

ATF 143 III 348 (4A_508/2016 du 16 juin 2017, I^{re} Cour de droit civil, X. Schweiz AG c. Association de transport Z. [Union internationale des transports routiers]).

Recensions : Fischer, <www.cdbf.ch/978Y>, Hirsch C., <www.lawinside.ch/459/>, Hochstrasser, PJA 2017 1125, Zellweger-Gutknecht, Jusletter 25 septembre 2017; Töndury, NZZ 4. Juli 2017, 25; Rauber, <[swissblawg.ch](http://www.swissblawg.ch)>, 4. Juli 2017; GesKR 2017, 367; TREX 2017, 309.

r28 Retrozessionen. Kündigung des Zusammenarbeitsvertrags zwischen Bank und Versicherung. Klage auf Zahlung. Rétrocessions. Résiliation du contrat de collaboration entre banque et assurance. Action en paiement.

Die Klägerin ist eine Versicherung. Die Beklagte ist eine Bank. Beide Gesellschaften waren ursprünglich Teil eines Finanzkonglomerats. Im Jahr 2009 wurde die Bank zu 100% von einer anderen Gesellschaft übernommen. Seit 1994 verkaufte die Versicherung ihrer Kundschaft fondsgebundene Lebensversicherungen, die auf Fondsprodukten der Bank basierten. Im Gegenzug erhielt sie von der Bank neben einer einmaligen Kommission jährliche Bestandespflegekommissionen (grundsätzlich 0,5% der jährlichen Durchschnittsinvestition der Versicherung).

Die Versicherung verlangt die Herausgabe der Kommissionen für die Jahre 2010 bis 2015. Die Bank bestreitet eine rechtlich bindende Vereinbarung, es habe sich um konzerninterne Arbeitsabläufe gehandelt, die dazu gedient hätten, Gewinne im Konzern zu behalten. Mit dem Ausscheiden der Bank aus dem Konzern seien die Zahlungen hinfällig geworden. Das Handelsgericht Zürich gibt der Klage (grossmehrheitlich) statt.

1. Auch im konzerninternen Verhältnis mangelt es nicht am kaufmännischen Element. Die Parteien sind Aktiengesellschaften des schweizerischen Rechts und in rechtlicher Hinsicht auf ihren Gesellschaftszweck fixiert. In rechtlicher Hinsicht ist das Konzerninteresse irrelevant. Gegen ein Vornehmen von Zuwendungen ohne verbindliche Rechtsgrundlage spricht zudem die Pflicht der Organe zur Interessenwahrung der eigenen Gesellschaft. Schliesslich ist den Verhandlungsunterlagen der Parteien keine Weisung der Konzernführung zu entnehmen. – **2.** Aus dem Schriftwechsel der Parteien und aus den übrigen Umständen ergibt sich ohne Weiteres ein Vertragsbindungswille. – **3.** Der Zusammenarbeitsvertrag zwischen der Bank und der Versicherung ist als Innominatkontrakt zu behandeln, der massgeblich den auftragsrechtlichen Regeln folgt. Anwendbar ist jedenfalls das jederzeitige Kündigungsrecht nach Art. 404 OR. Vom Vorliegen einer konkludent ausgesprochenen Kündigung ist nur mit grosser Zurückhaltung auszugehen. Aus der Erklärung der Bank im Dezember 2010, Zahlung zu leisten, kann keine Kündigung abgeleitet werden. Die Kündigung gilt daher erst mit dem Erhalt des Kündigungsschreibens seitens der Versicherung (im Juli 2015).

ZH Handelsgericht, HG140189-O vom 30. November 2016 (A1. [Switzerland] Ltd., gegen B1. AG).

r29 Darlehen. Kein Auskunftsrecht der Erben gestützt auf DSG und Erbrecht. Prêt. Pas de droit des héritiers à des renseignements fondés sur la protection des données personnelles ou le droit des successions.

Die Beklagte war Darlehensnehmerin des verstorbenen Vaters. Der Erbe und Kläger verlangt von der Beklagten Auskunft über alle ihn und den verstorbenen Vater betreffenden Daten. Hintergrund der Klage ist ein Erbschaftsstreit. Das Obergericht Zürich verneint einen Informationsanspruch im Hinblick auf die Daten des Erblassers: Gestützt auf das DSG besteht gemäss Mehrheitsmeinung in der Doktrin kein solcher Anspruch. Erbrechtliche Ansprüche bestehen nur insoweit, als sie dem Erblasser zugestanden hätten. Gegenüber der Beklagten als Darlehensnehmerin des verstorbenen Vaters gibt es aber – anders als etwa im Auftragsrecht – keinen Auskunftsanspruch des verstorbenen Vaters, welcher auf die Erben übergehen könnte.

ZH Obergericht, NP160017-O/U vom 16. November 2016 (II. Zivilkammer, A. Holding AG gegen B.)

r30 Ausländischer Erbfall. Auskunftsrecht der Erben. Anwendbares Recht. Succession à l'étranger. Droit d'information des héritiers. Droit applicable.

Der Kläger mit Wohnsitz in Pakistan ist einer von vier Nachkommen des Erblassers. Er verlangt von der Bank Auskunft über die Beziehungen des Erblassers zu ihr (der Bank). Das Handelsgericht gibt dem Begehren statt. Das Bundesgericht weist die von der Bank und drei anderen Nachkommen des Erblassers erhobene Beschwerde ab.

1. Auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Erblasser als Bankkunden und der Bank ist schweizerisches Recht anwendbar. Somit bestimmt sich auch nach schweizerischem Recht, ob und in welchem Umfang dem Erben ein Anspruch aus Auskunft zusteht. Demgegenüber beurteilt sich nach pakistanischem Recht als Erbstatut, ob der Auskunftsanspruch in die Erbmasse fällt und ob er gegebenenfalls vom Kläger geltend gemacht werden kann. – **2.** In vermögensrechtlichen Angelegenheiten kann nicht gerügt werden, das ausländische Recht sei nicht richtig angewendet worden. In diesen Fällen kann nur ein Verstoß gegen das Willkürverbot gerügt werden. Die Vorinstanz hat das schweizerische Institut für Rechtsvergleichung zur Ermittlung des pakistanischen Rechts herangezogen. Es hat das pakistanische Recht nicht willkürlich angewendet.

BGer 4A_105/2017 vom 2. Juni 2017 (I. zivilrechtliche Abteilung, A., B., C., Bank D. gegen E.).

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

r31 Rom I-Verordnung. Anwendung zwingender Normen des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers. Rechtswahlklausel zugunsten schweizerischen Rechts unbeachtlich. Règlement Rome-I. Application des règles impératives du droit de la résidence habituelle du consommateur. Election de droit en faveur du droit suisse invalide.

Nachdem die beklagte Bank mit Sitz in der Schweiz die Zuständigkeit der deutschen Gerichte für die Schadenersatzklage des deutschen Klägers bis vor den BGH ohne Erfolg angefochten hatte (SZW 2017 242 r36), entscheidet das Landgericht Ulm in der Sache. Es hält die AGB-Klausel, die eine Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts vorsieht, für unbeachtlich. Nach dem anwendbaren deutschen Recht führt die fehlende Aufklärung über den Erhalt von Retrozessionen zur Rückabwicklung des mit hohen Verlusten verbundenen Geschäfts.

1. Wenn die Zürcher Zweigniederlassung einer schweizerischen Bank organisatorisch darauf ausge-

richtet ist, sich um vermögende Kunden in Deutschland zu kümmern, so liegt darin eine Ausrichtung der Tätigkeit auf Deutschland im Sinne der Rom I-Verordnung. Entsprechend sind die Regeln in Art. 6 Rom I-VO über den Verbrauchergerichtsstand anwendbar. – 2. Gemäss Art. 6 Abs. 2 der Rom I-VO ist eine Rechtswahl auch bei Verbrauchergeschäften zulässig. Allerdings darf sie dem Verbraucher nicht den Schutz der zwingenden Normen seines gewöhnlichen Aufenthalts entziehen (Günstigkeitsprinzip). Zu den zwingenden Normen gehören die §§ 305 ff. BGB (AGB-Recht), die §§ 491 ff. BGB (Verbraucherdarlehensrecht), und die deutschen Rechtsprechungsgrundsätze zu den Kapitalanlageberatungspflichten. – 3. Vom Günstigkeitsprinzip gibt es Ausnahmen; es gilt unter anderem dann nicht, wenn die Dienstleistung ausschliesslich im Ausland erbracht wird (Art. 6 Abs. 4 lit. a Rom I-VO). Vorliegend kommt die Ausnahme nicht zum Tragen: Das streitige Anlagegeschäft beinhaltet eine Rechenschaftspflicht. Die Abrechnungen wurden in der Schweiz erstellt, aber nach Deutschland verschickt. Das Ausschliesslichkeitskriterium ist somit nicht erfüllt. – 4. Ein Vergleich zwischen dem deutschen und dem schweizerischen Verbraucherschutz erübrigt sich. Die Wahl schweizerischen Rechts in den AGB erweist sich als unzulässig, weil sie das Transparenzgebot verletzt (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Unter dem Massstab des Transparenzgebots sind alle Streitgegenständlichen Rechtswahlklauseln der Bank intransparent, weil sie den Kunden nicht auf die Günstigkeitsregel in Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO hingewiesen haben. Somit kommt auf den Vertrag Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO zur Anwendung: Es gilt das Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat – in diesem Fall also Deutschland. – 5. Die Bank hat ihre Pflichten aus dem Anlageberatungsvertrag verletzt. Sie hat ihm erstens fälschlicherweise zugesichert, dass seine Anlage gegen Verlust versichert sei. Zweitens hat sie ihn nicht darüber aufgeklärt, dass sie aus dem Beratungsgeschäft Retrozessionen erhalten hat. Der Kläger kann als Schadenersatz die Rückzahlung seines Anlagekapitals zuzüglich Nebenkosten verlangen. Die Bank wird verurteilt, dem Kunden rund EUR 44 Mio. zu zahlen, Zug um Zug gegen Rückübertragung der verbleibenden 45 000 Anteile des Kunden am S(...)Fund an die Bank (die Rückübertragung von 5000 Anteilen gegen Zahlung von rund EUR 5 Mio. war bereits früher erfolgt).

Landgericht Ulm, 4 O 66/13 vom 22. Mai 2017. Beschwerde vor dem Oberlandesgericht Stuttgart hängig. NZZ 23. Mai 2017, 25 (Gericht auferlegt J. Safra Sarasin Millionenzahlung); Stuttgarter Zeitung 22. Mai 2017 (Sarasin muss Müller entschädigen); Handelszeitung 26. Juni 2017 (Sarasin geht in Berufung gegen Drogeriekönig Müller); NZZ 11. Januar 2018 (Steuersünder sollen den deutschen Staat um 5,3 Milliarden Euro betrogen haben); Süddeutsche Zeitung 10. Januar 2018 (Banken und Börsenhändler sollen Staat um 5,3 Milliarden Euro betrogen haben). Siehe auch Oberlandesgericht Stuttgart, 5U 120/14 vom 27. April 2015, SZW 2015 410 r39; ZH Bezirksgericht Zürich, CGI30125-L/U vom 8. Mai 2014, SZW 2015 410 f. r40; BGH, XI ZR 223/15 vom 26. Juli 2016, SZW 2017 242 r36.

r32 Negative Feststellungsklage. Feststellungsinteresse. Litispendenz. Art. 27 LugÜ. Action en constatation de l'inexistence d'un droit. Intérêt à la constatation. Litispendance au sens de l'art. 27 Convention de Lugano.

Der in Deutschland wohnhafte Kläger hatte gegen seine Schweizer Bank eine Teilklage aus Anlageberatungsvertrag vor dem Landgericht Ulm erhoben. Die Bank leitete ihrerseits beim Bezirksgericht Zürich eine (Torpedo-)Klage ein mit dem Begehren, es sei festzustellen, dass sie dem Kläger nichts schulde. Die Zuständigkeit des Landgerichts Ulm für die Teilklage ist rechtskräftig festgestellt. Daraufhin erklärt sich das Bezirksgericht Zürich gestützt auf Art. 27 Abs. 2 LugÜ hinsichtlich der Klage der Bank als unzuständig. Das Obergericht heisst die Beschwerde gegen den Unzuständigkeitsbeschluss des Bezirksgerichts gut und weist die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

1. Art. 27 Abs. 2 LugÜ sieht vor, dass sich das später angerufene Gericht für unzuständig erklärt, sobald die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht. Dies gilt allerdings nur im Umfang der möglichen Rechtskraftwirkung des Urteils des erstangerufenen Gerichts. – 2. Vorliegend hat das Landgericht Ulm seine Zuständigkeit hinsichtlich der Teilklage (EUR 1 Mio.) rechtskräftig bejaht. Das Landgericht geht in einem weiteren Entscheid davon aus, seine Zuständigkeit gelte auch für die Gesamtklage (EUR 50 Mio.). Diesbezüglich liegt aber noch kein rechtskräftiger Entscheid vor, denn die Bank hat diesen Entscheid vor dem Oberlandesgericht Stuttgart angefochten. Solange nicht rechtskräftig feststeht, dass das Landgericht Ulm auch für die Gesamtklage zuständig ist, sind weder das Interesse der Bank an der negativen Feststellungsklage entfallen, noch die Voraussetzungen für einen Nichteintretensentscheid gestützt auf Art. 27 Abs. 2 LugÜ gegeben.

ZH Obergericht 22. August 2017, LB170006-O (I. Zivilkammer, AI AG [Bank] gegen B.). Siehe auch supra r31.

r33 Entraide judiciaire internationale en matière civile. Qualité de partie du titulaire de compte. Internationale Rechtshilfe in Zivilsachen. Parteistellung des Kontoinhabers.

Requête d'entraide judiciaire (Convention de La Haye de 1970) relative à des documents bancaires et à l'audition comme témoin du directeur du département juridique de la banque. Informé par la banque, le titu-

laire du compte sollicite l'accès au dossier. Le TF examine si le titulaire du compte bancaire, dont la juridiction étrangère requérante ignore le nom, a la qualité de partie à la procédure d'entraide judiciaire internationale en matière civile devant le juge d'exécution suisse de première instance.

1. Initiée sur requête unilatérale de l'Etat requérant, la procédure d'exécution de l'entraide ne vise ni le titulaire du compte ni l'ayant droit économique; elle est dirigée exclusivement contre la banque. Le titulaire du compte n'est pas partie à la procédure d'exécution suisse; il n'a pas accès au dossier et n'a pas le droit d'être entendu par le juge de l'exécution. C'est aussi vrai lorsque son identité n'est pas connue par le tribunal étranger requérant l'entraide et qu'il n'a donc pas été entendu par celui-ci préalablement à la requête. Seul le juge étranger saisi du fond est compétent pour statuer sur le droit de refuser de collaborer du titulaire du compte, pour des motifs relevant du fond ou de la procédure étrangère, pour autant que celui-ci se fasse connaître et requière d'être entendu. – **2.** Conformément à l'ATF 142 III 116, le titulaire du compte et l'ayant droit économique (qui sont des tiers à la procédure d'entraide) peuvent recourir contre la décision admettant la demande d'entraide (art. 246 CPC). Leurs griefs sont limités au respect de leurs propres droits et des règles de la CLaH70 les protégeant.

TF, 4A_167/2017 du 29 août 2017 (I^{re} Cour de droit civil, X. Contre Tribunal de première instance de Genève).

Recensions : Fischer, <www.cdbf.ch/989>; <Hirsch C., <www.lawinside.ch/527/>.

r34 Monnaie des conclusions. Eingeklagte Währung.

La demande en justice (2002) porte sur des prétentions formulées par un client contre une banque. Se référant notamment à ATF 134 III 151 et à TF 4A_555/2014 du 12 mars 2015, le TF confirme que les conclusions d'une action en justice doivent être prises dans la monnaie des créances invoquées en justice. L'art. 84 CO ne permet pas au créancier de conclure en francs suisses pour une dette due en monnaie étrangère (ici notamment liras italiennes !). Le juge saisi ne peut pas condamner à une prestation dans une autre monnaie que celle des conclusions (art. 58 CPC). La demande formulée dans une monnaie qui n'est pas celle de la créance doit être rejetée. Voir également TF 6B_923/2014 du 6 mars 2017.

TF, 4A_3/2016 du 26 avril 2017 (I^{re} Cour de droit civil, A. c. Banque B.).

VI. Conformité fiscale du client; lutte contre le blanchiment; blocage de comptes – Steuerkonformität der Kunden; Bekämpfung der Geldwäscherei; Kontosperrn

r35 Transferbeschränkungen bei fehlendem Nachweis der Steuerkonformität. Herausgabepflicht der Bank (bejaht). Refus de transférer les fonds en l'absence de la preuve de leur conformité fiscale. Obligation de restitution de la banque (oui).

Die Kläger mit Wohnsitz in Italien verlangen von ihrer Bank die Überweisung der Gutschriften auf ein anderes Konto in der Schweiz. Die Gelder sind unbestrittenermassen in Italien nicht versteuert. Die Vorinstanz hat die Bank zur Freigabe der Gelder verurteilt. Die Berufungsinstanz bestätigt den Entscheid.

1. Im Zusammenhang mit dem vorliegenden Fall ist auf das Urteil des Bundesgerichts in BGer 4A_168/2015 hinzuweisen. Darin bestätigt das Bundesgericht, dass die Rückerstattung von (unversteuerten) Kundengeldern im summarischen Verfahren angeordnet werden kann. Der Einwand der Bank, wonach die Vorinstanz nicht berücksichtigt habe, dass das bundesgerichtliche Urteil vor Inkrafttreten der italienischen Geldwäschereibestimmungen ergangen ist, stösst ins Leere. Die Vorinstanz hat sich ausführlich mit den italienischen Geldwäschereibestimmungen auseinandergesetzt. – **2.** Die Vorinstanz hat zu Recht festgehalten, dass sich die Bank nicht auf ihre revidierten AGB berufen kann, wonach sie bei fehlendem Nachweis der Steuerkonformität jegliche Transaktionen verweigern kann. Sie hat eingehend erklärt, dass die Genehmigungsfiktion nicht greift, weil sie zum Nachteil der Kunden erfolgt und deshalb von Art. 6 OR nicht gedeckt ist; zudem wäre sie rechtsmissbräuchlich, weil der Bank klar war, dass die Kunden mit der neuen Regelung nicht einverstanden waren. Die Spruchkammer hat schon bei anderer Gelegenheit festgehalten, dass sich die Bank bei wichtigen Änderungen der vertraglichen Rahmenbedingungen – wie sie hier vorliegen – nicht auf die stillschweigende Zustimmung der Kunden berufen kann. Eine solche Änderung bedurfte, wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat, der ausdrücklichen Zustimmung. – **3.** Die Bank kritisiert die Erwägungen der Vorinstanz, wonach das Positionspapier «Rechtsrisiken» der FINMA für die zivilrechtliche Beurteilung der grundsätzlich bestehenden Auszahlungspflicht nur insoweit relevant ist, als schwerwiegende Verletzungen

ausländischen Rechts zu einem Gewährsverfahren führen können, und dass zudem zwischen neuen Kontoeröffnungen und alten Kunden zu unterscheiden ist. Sie begründen aber nicht, inwieweit die Erwägungen der Vorinstanz rechtlich unzulässig sind. – 4. Die Bank kann sich klarerweise für die Transferbeschränkung nicht auf ihre internen Reglemente berufen, denn diese entfalten im Kundenverhältnis keine Bindungswirkung. – 5. Die Vorinstanz hat schlüssig begründet, dass im konkreten Fall kein Verschleierungsrisiko besteht, weil es sich nicht um eine Barabhebung, sondern um eine Überweisung handelt. – 6. Die Bank dringt mit ihrer Rüge nicht durch, dass die Vorinstanz im Rahmen von Art. 19 IPRG nicht berücksichtigt hat, dass die Anti-Geldwäschereidispositive eine immer zentralere Rolle einnehmen und sie heute als Normen verstanden werden müssen, die dem Schutz der sozialen und wirtschaftlichen Ordnung desjenigen Staates dienen, der sie erlassen hat. Sie begründet nicht, inwieweit sie von der italienischen Geldwäschereigesetzgebung konkret betroffen wäre. Hinzu kommt, dass Art. 19 IPRG ohnehin nicht anwendbar wäre. Denn die Norm verlangt, dass nach schweizerischer Rechtsauffassung schützenswerte und offensichtlich überwiegende Interessen einer Partei die Anwendung gebieten. Ein solches Interesse an der unmittelbaren Anwendung des ausländischen Rechts besteht nicht, weil im schweizerischen Recht die Geldwäscherei erschöpfend geregelt ist.

TI Tribunale d'appello, Aktennummer anonymisiert, Entscheid vom 3. Oktober 2017 (Seconda Camera civile, Streitsumme EUR 90'741). Beschwerde gegen TI Pretura del Distretto di Lugano, Entscheid vom 10. Juni 2016, SZW 2017 244 r38.

r36 Quellensteuerabkommen mit dem Vereinigten Königreich. Unautorisierte Abbuchung der Quellensteuer. (Keine) Informationspflicht der Bank. *Convention sur l'imposition à la source avec le Royaume Uni. Prélèvement sans autorisation de cet impôt. (Pas) de devoir d'information de la banque.*

Der britische Kunde eröffnet bei der Bank 2007 ein Konto und Depot zum Zweck der Abwicklung seines Zahlungsverkehrs. Die Bank bucht gemäss Art. 9 des Quellensteuerabkommens mit dem Vereinigten Königreich eine Einmalzahlung in Höhe von CHF 200'000 vom Konto des Kunden ab. Der Kunde beanstandet die Zahlung als unautorisiert, weil er für Steuerzwecke als «non domiciled» gelte. Das Bundesgericht bestätigt die unterinstanzlichen Entscheide, wonach dem Kunden kein Anspruch gegen die Bank zusteht.

1. Nach Art. 5 Abs. 3 des Abkommens erhebt die schweizerische Zahlstelle die Einmalzahlung gemäss Art. 9 Abs. 2 des Abkommens, falls die betroffene Person innerhalb von vier Monaten ab dessen Inkrafttreten (sog. Stichtag 3) die Zahlstelle nicht zur Meldung ihrer Personen- und Kontodaten an

die zuständige schweizerische Stelle ermächtigt, die sie dann an die Steuerbehörde des Vereinigten Königreichs weiterleitet. Nach Art. 6 Abs. 1 des Abkommens informiert die Zahlstelle die betroffenen Kontoinhaber innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach dessen Inkrafttreten über den Inhalt des Abkommens und die daraus resultierenden Rechte und Pflichten. – 2. Die Verpflichtung der Bank zur Überweisung der Steuer zu Lasten des Kunden hängt nicht davon ab, ob sie ihrer Informationspflicht nach Art. 6 Abs. 1 des Abkommens nachgekommen ist. Vielmehr ist sie nach dem Stichtag 3 unbedingt verpflichtet, die Abbuchung vorzunehmen (BVGer A-5178/2014). Die Abbuchung erfolgte also aufgrund einer gesetzlichen Pflicht. Mit der Überweisung des Steuerbetrages leistete die Bank mit befreiender Wirkung an einen Dritten. Dem Kunden steht ein Anspruch auf Vertragserfüllung nicht mehr zu. – 3. Der Kunde hat nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht beweisen können, dass die Bank ihre Informationspflicht verletzt hat. Die Bank hat den systemgenerierten Versand des Informationsschreibens und die Umstände des konkreten Versands dargelegt. Aufgrund dieser präzisen Angaben und der natürlichen Tatsachenvermutung, dass die Versand- und Zustelldienste in der Schweiz wie auch im Vereinigten Königreich zuverlässig funktionieren, ist anzunehmen, dass das strittige Informationsschreiben dem Kunden innert nützlicher Frist zugegangen ist. Folglich scheidet der Schadenersatzanspruch des Kunden gegen die Bank. – 4. Die Bank trifft keine Pflicht, «nachzuhaken», weil der Kunde auf ihr erstes Informationsschreiben nicht reagiert hat. Art. 6 des Abkommens enthält keine solche Pflicht. Aus der vertraglichen Execution-Only-Beziehung ist eine solche Pflicht ebenfalls nicht abzuleiten: Der Kunde ist ein erfahrener Geschäftsmann, der sowohl in der Schweiz wie in Grossbritannien seit 20 Jahren von Steuerberatern vertreten wird. Die Bank musste nicht davon ausgehen, dass ihm sein Steuerstatus nicht bewusst war und er deshalb der besonderen Abmahnung bedurfte. Ein besonderes Vertrauensverhältnis, das zu einer Abmahnung führen würde, wurde vom Kunden nicht behauptet.

BGer 4A_174/2017 vom 1. September 2017 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen B. AG).

r37 Secret bancaire. Vol de données [HSBC]. Mauvaise information des clients par la banque. Responsabilité de la banque pour les pénalités fiscales (non). Bankgeheimnis. Datendiebstahl [HSBC]. Unzutreffende Information der Kunden seitens der Bank. Haftung der Bank für steuerrechtliche Bussen (nein).

Une cliente italienne de HSBC à Lugano est informée (par un courrier banque restante) du vol de données par un employé (Falciani). La banque affirme que les données, obtenues de manière illicite, ne pourront pas être utilisées par les autorités fiscales. La cliente fait l'objet d'un contrôle fiscal et procède à des aveux. Elle demande à la banque la réparation du dommage constitué par les montants d'impôts, les sanctions

payées aux autorités fiscales italiennes ainsi que les frais relatifs à l'assistance judiciaire.

1. Le TF confirme sa jurisprudence selon laquelle une dette fiscale ne peut être imputable à des tiers, hormis le cas d'une erreur du mandataire qui entraînerait l'acquiescement par le contribuable de montants d'impôts qui ne seraient pas dus. – **2.** Les amendes fiscales revêtent un caractère strictement personnel et ne sauraient être des dommages réparables selon le droit civil. L'exception envisagée à l'ATF 134 III 59, c. 2.3.3–2.3.5 n'est pas réalisée en l'espèce. – **3.** En effet, la contribuable a sciemment pris un risque qu'elle aurait dû connaître. Elle était consciente de sa situation et a estimé inutile de participer à l'un des programmes de régularisation. Les violations commises par la banque (vol de données, violation du secret bancaire et de son devoir d'information) sont certes graves, et ont contribué à la découverte des avoirs non déclarés. Cependant, le comportement de la défenderesse est bien à l'origine de la sanction prononcée, de sorte qu'une indemnisation est exclue. « L'institution du secret bancaire n'a pas – et n'avait pas – pour but de protéger l'évasion fiscale à l'étranger. »

TF, 4A_21/2017 du 29 juin 2017 (I^{re} Cour de droit civil, A. SA [HSBC] c. B.B.), rés. SJ 2017 I 455. **Recours contre TI Tribunal d'appello du 12 décembre 2016.**

Recension : Platino, <www.cdbf.ch/985>; Raas, ASA online Grundsatzurteile, 29 janvier 2018; TREX 2017, 373 s.

r38 Lutte contre le blanchiment d'argent. Sanctions contre la Syrie. Retard dans l'exécution d'un ordre de virement. Responsabilité de la banque (non). Geldwäschereibekämpfung. Sanktionen gegen Syrien. Verspätete Überweisungsausführung. (Keine) Haftung der Bank.

Le 27 avril 2011, un client syrien classé comme PEP par la banque donne l'ordre de réaliser les positions de son compte et de virer le solde à une banque à l'étranger. La banque procède à des clarifications (art. 6 LBA). Le 18 mai 2011, le Conseil fédéral ordonne des sanctions contre la Syrie, ordonnance qui vise (notamment) le client. Le même jour, la banque communique un soupçon de blanchiment au MROS. Le 14 septembre, le SECO autorise la banque à libérer EUR 3 millions. Le 16 septembre 2011, le Ministère public fédéral ordonne le séquestre du compte bancaire, séquestre levé par le Tribunal pénal fédéral le 11 janvier 2012 en l'absence d'indices suffisants quant à l'origine illicite des fonds (BB.2011.95). Le 15 janvier 2012, la banque exécute l'ordre de virement. De-

mande d'indemnisation contre la banque rejetée par le Tribunal fédéral.

1. Une éventuelle responsabilité de la banque pour exécution tardive du virement ne concerne que les deux périodes où ni l'embargo ni le séquestre pénal ne s'appliquaient. – **2.** Dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} février 2009, l'art. 11 LBA dispose que « quiconque, de bonne foi, communique des informations en vertu de l'art. 9 ou procède à un blocage des avoirs en vertu de l'art. 10 ne peut ... être rendu responsable de violation de contrat ». Le Tribunal fédéral étend cette exemption à la responsabilité délictuelle de la banque au motif que, selon sa jurisprudence, les normes de comportement de la LBA ne servent pas à protéger des valeurs patrimoniales individuelles et ne sont donc pas susceptibles de fonder une responsabilité au sens de l'art. 41 al. 1 CO. – **3.** La bonne foi de la banque au sens de l'art. 11 LBA est présumée (art. 3 CC). – **4.** En soutenant que la banque n'avait pas de motif de soupçonner un acte de blanchiment et que la procédure de clarification n'était destinée qu'à servir de prétexte pour se couvrir, qu'elle aurait donc violé ses devoirs de diligence et de fidélité à son égard, le client se borne à de pures affirmations et ne démontre en rien la mauvaise foi de la banque.

ATF 143 II 653 (TF 4A_455/2016 du 20 novembre 2017 I^{re} Cour de droit civil, X. c. Z SA). **Concernant le volet pénal:** TPF BB.2011.95 du 11 janvier 2012 (Cour des plaintes, A. c. Ministère public de la Confédération).

Concernant la décision d'embargo: TF 2C_722/2012 du 27 mai 2013 (II^{re} Cour de droit public, Hafez Makhlof c. Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche et Conseil fédéral).

Recension : Béguin, <www.cdbf.ch/993>; Hirsch C., <www.lawinside.ch/564/>; Schneuwly, ius.focus 2/2018, Nr. 35.

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

r39 Datenübermittlung an das DOJ. Überwiegendes öffentliches Interesse (nein). Transmission de données au DOJ. Intérêt public prépondérant (non).

Der Kläger war bei der Bank von 2008 bis 2010 als Leiter des Bereichs «Private Banking International» angestellt und in diesem Rahmen für insgesamt acht US-Kundenbeziehungen verantwortlich. Er verlangte vom Arbeitsgericht Zürich das Verbot der Übermittlung personenbezogener Daten an das DOJ. Das Arbeitsgericht schützte die Klage. Das Obergericht Zü-

rich wies die Beschwerde der Bank ab. Auch das Bundesgericht weist die Beschwerde der Bank ab.

1. Wie schon in BGer 4A_83/2016 kann offenbleiben, ob das private Interesse der Bank an ihrem Weiterbestehen als öffentliches Interesse berücksichtigt werden kann, welches die Datenübermittlung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG rechtfertigen würde. – **2.** Die Bank ist nicht zu hören, wenn sie einwendet, der Kläger sei in den Geschäftsberichten der Bank aus den Jahren 2008 und 2009 als Bereichsleiter «Private Banking International» aufgeführt, sodass die zusätzlich zu liefernde Information sich lediglich auf die acht betreuten Kundendossiers beziehe. Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG verlangt eine Ermessensabwägung, bei der zu prüfen ist, welche Nachteile der Kläger aus der Datenlieferung zu gewärtigen hat. Diese Prüfung hat die Vorinstanz vorgenommen. Ein Ermessensmissbrauch liegt nicht vor.

*BGer 4A_73/2017 vom 26. Juli 2017 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. AG gegen B.). NZZ 17. August 2017, 23 (Ungenügender Datenschutz in den USA). **Besprechung:** Ceregato/Mühlemann, *ius.focus* 9/2017, Nr. 232; Richa, <www.cdbf.ch/981>.*

r40 **Entraide administrative en matière fiscale avec les Etats-Unis. Qualité pour recourir d'un ancien employé de la banque. Amtshilfe in Steuer-sachen an die USA. Beschwerdelegitimation eines ehemaligen Bankangestellten.**

Ancien employé de la banque, A avait obtenu des mesures provisionnelles civiles interdisant à celle-ci de transmettre son identité dans le cadre des informations remises aux Etats-Unis selon la catégorie 2 du Joint Statement de 2013. Deux ans plus tard, saisie d'une requête d'entraide administrative du Internal Revenue Service, l'Administration fédérale des contributions (AFC) obtient des documents bancaires relatifs à un compte, documents comprenant le nom de A. A requiert de l'AFC qu'elle caviarde son nom avant de transmettre les documents à l'IRS. L'AFC déclare cette requête irrecevable. Sur recours, le TAF admet la qualité de partie de A et renvoie l'affaire à l'AFC pour examiner le bien-fondé de la requête de A. Décision du TAF confirmée par le TF (question de principe, art. 84a LTF) sur recours de l'AFC.

1. En principe l'AFC doit faire en sorte que les noms des employés de banque soient caviardés de la documentation transmise à l'Etat requérant en vertu de l'art. 4 al. 3 LAAF, sauf si ceux-ci apparaissent, pour un motif ou un autre, vraisemblablement pertinents et leur remise proportionnée. – **2.** Si l'AFC refuse de

supprimer les noms des collaborateurs de la banque, c'est parce qu'elle estime que leur identité est en lien avec la question fiscale formulée dans la demande ou qu'à tout le moins, ce renseignement a une certaine pertinence pour l'autorité requérante. Si tel est le cas, l'employé visé peut faire valoir un intérêt digne de protection au sens de l'art. 48 PA pour vérifier que les autorités suisses ne fournissent pas ses coordonnées en violation de l'art. 4 al. 3 LAAF. – **3.** Une telle possibilité découle également des exigences de la protection des données, même si l'on peut admettre que l'art. 4 al. 3 LAAF fait fonction de loi spéciale. – **4.** Dans le cas d'espèce, l'intérêt digne de protection de l'intimé résulte aussi du fait que celui-ci a obtenu d'un juge civil qu'il soit fait interdiction à la Banque de transmettre son nom aux autorités américaines dans le cadre du Programme de régularisation.

*ATF 143 II 506 (2C_792/2016 du 23 août 2017, II^e Cour de droit public, Administration fédérale des contributions, Service d'échange d'informations en matière fiscale SEI c. A.). **Recours contre ATAF A-8297/2015 du 25 août 2016.***

***Recensions:** Hirsch L., <www.cdbf.ch/982>; Hirsch C., <www.lawinside.ch/507/>; TDG, 30 août 2017 (Nouveau verdict dans la transmission de données); RDAF 2017 II, 528 ss.; RF 73/2018, 64 ss.*

r41 **Datenübermittlung an das DOJ. Überwiegendes öffentliches Interesse (nein). Transmission de données au DOJ. Intérêt public prépondérant (non).**

Der Kläger betreute bei der Bank von 1997 bis 2010 Privatkunden für den Marktbereich Eastern Europe. Er verlangte vom Arbeitsgericht des Kantons Zürich das Verbot der Übermittlung von personenbezogenen Daten an das DOJ seitens der Bank. Das Arbeitsgericht Zürich hiess die Klage weitgehend gut. Das Obergericht weist die Beschwerde der Bank ab.

1. Die Kammer hat sich in ihrem Urteil vom 8. Februar 2016 (ZR 115/2016 Nr. 21; SZW 2017 246 r42) einlässlich mit der Thematik der DOJ-Klagen befasst. Sie hat für die Frage, ob sich die Bank für die Datenlieferung auf ein öffentliches Interesse im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG berufen kann, auf die Systemrelevanz der betroffenen Bank abgestellt. Demgegenüber hat das Bundesgericht in seinem (allerdings nicht zur Publikation vorgesehenen) Urteil vom 22. September 2016 (BGer 4A_83/2016) das öffentliche Interesse anders definiert. – **2.** Die Kammer folgt diesen bundesgerichtlichen Überlegungen. – **3.** Gestützt auf die genannten Kriterien ist ein überwiegendes Interesse an der Datenlieferung seitens der Bank zu verneinen.

ZH Obergericht, LA160038-O/U vom 31. Januar 2017 (I. Zivilkammer, A. (Switzerland) SA gegen B.)

r42 **Transmission au DoJ. Employé de banque. Intérêt public prépondérant (non). Datenübermittlung an das DOJ. Bankangestellter. Überwiegendes öffentliches Interesse (nein).**

Employé de banque informé qu'il est envisagé de transmettre son nom au DOJ en raison de relations d'affaires avec des

contribuables US entretenues ou clôturées après le 1^{er} août 2008. Opposition de l'employé et interdiction provisoire ordonnée par le Tribunal de l'arrondissement de la Broye à la banque de communiquer aux autorités américaines, des données le concernant. Délai imparti pour ouvrir action au fond. Interdiction confirmée par le Tribunal civil de la Broye.

1. La transmission de données à une autorité étrangère est soumise à l'art. 6 LPD qui constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 13 LPD. Aucune donnée personnelle ne peut être communiquée si la personnalité des personnes concernées devait s'en trouver gravement menacée, notamment du fait de l'absence d'un niveau de protection adéquat. Cette absence de législation procurant un niveau de protection adéquat représente *ex lege* une grave menace pour la personnalité.

2. Le joint statement permet aux autorités américaines d'utiliser les données reçues pour toutes les procédures autorisées par le droit américain, sans forcément un lien avec la banque, les clients ou l'employé concerné. Cette réutilisation potentielle à toute fin légalement autorisée aux USA doit être qualifiée d'excessive. S'y ajoute que, du point de vue suisse, la protection des données aux Etats-Unis n'est de manière générale pas considérée comme adéquate. La communication de données personnelles aux autorités américaines n'est par conséquent possible qu'aux conditions prévues à l'art. 6 al. 2 LPD.

3. Cette communication nonobstant l'absence d'une législation assurant un niveau de protection adéquat est possible si elle est indispensable à la sauvegarde d'un intérêt public prépondérant (let. d), ce qui peut comprendre le respect des accords conclus avec les banques suisses mises en cause par les USA, afin de mettre un terme définitif au conflit fiscal et d'assurer la stabilité juridique et économique de la place financière suisse. Une transmission est ainsi indispensable au sens de l'art. 6 al. 2 let. d LPD lorsqu'il y a lieu d'admettre que, si elle ne pouvait avoir lieu, ce litige connaîtrait une nouvelle escalade, de sorte que la place financière suisse serait à nouveau affectée et que la réputation du pays comme partenaire contractuel digne de confiance serait mise en péril. Il s'avère cependant, avec l'écoulement du temps, qu'un refus de transmission ne représente plus un danger pour les intérêts publics de la Suisse parce que, en raison des données déjà livrées, il n'y a plus lieu de s'attendre à une résurgence dudit conflit et à une mise en péril de la place bancaire suisse. Cette transmission devra être refusée et il appartient à la banque de démontrer que la remise est indispensable.

4. On doit raisonnablement douter que l'accord trouvé par la banque avec les autorités américaines pourrait encore être remis en cause en raison de la non-transmission de documents contenant les données d'un employé qui s'oppose à cette transmission par la voie judiciaire. A ce jour, il n'y a aucun cas où un Non-Prosecution Agreement aurait été invalidé parce que la banque était tenue de respecter une interdiction judiciaire et ne pouvait donc transmettre l'intégralité des documents.

5. En conséquence, les données personnelles ne doivent pas être transmises au DoJ.

FR Tribunal cantonal, 101 2016 232 du 16 décembre 2016 (1^{re} Cour d'appel civil, Banque A. SA c. B.).

r43 Transmission de données au DoJ. Gestionnaire de fortune indépendant. Intérêt public prépondérant (non). Défense d'un droit en justice (non). *Datenübermittlung an das DOJ. Unabhängiger Vermögensverwalter. Über-*

wiegendes öffentliches Interesse (nein). Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht (nein).

Jugement au fond (validation de mesures provisionnelles) interdisant à une banque (catégorie 2 du Joint Statement de 2013) de transmettre aux autorités américaines l'identité d'une société de gestion de fortune titulaire d'une procurator sur un compte présentant des indices d'américanité.

1. Les informations à transférer aux autorités américaines constituent des données personnelles au sens de la LPD et leur transfert relève d'une « communication ». La législation américaine n'offre pas un niveau adéquat de protection des données; en particulier, l'utilisation des données à d'autres fins que la conclusion et l'exécution de l'accord entre la banque et le DoJ ne peut être écartée. Dès lors, la transmission transfrontière de données vers ce pays porterait gravement atteinte à la personnalité de l'intimée et est, en principe, illicite à moins d'être justifiée par l'un des motifs justificatifs prévus à l'art. 6 al. 2 LPD.

2. La société de gestion de fortune a un intérêt privé marqué à ce que ses données ne soient pas transmises aux Etats-Unis. Cet intérêt n'est pas exclu par le fait qu'elle soit elle-même inscrite auprès des autorités US et possède un numéro GIIN, ni par le consentement du client à la levée du secret bancaire.

3. Pour savoir si l'intérêt public à la stabilité juridique et économique de la place financière suisse prévaut, dans un cas particulier, sur l'intérêt privé à empêcher une atteinte à sa personnalité, il est nécessaire de procéder à une pesée des intérêts in concreto, sans perdre de vue que la charge de la preuve du fait justificatif incombe à la banque. Il apparaîtrait particulièrement injuste que les données d'un tiers gérant qui a respecté le droit soient, contre son gré, communiquées en lien avec des agissements propres à la banque dépositaire que cette dernière a spontanément décidé de dénoncer au fisc américain. Il ne ressort ni de la jurisprudence ni de la loi qu'un tiers gérant devrait être traité d'une manière moins favorable qu'un employé au regard de la LPD. Il n'y a pas d'intérêt public prépondérant démontré par la banque.

4. La transmission de ces données n'est pas indispensable à la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit de la banque en justice. Il n'est pas certain que le Department of Justice soit une autorité judiciaire. En outre, ce fait justificatif est exclu lorsque, comme ici, l'utilisation qui serait faite des données transmises dépasserait le cadre strict de la défense des droits de la banque en justice.

GE Cour de justice, ACJC/294/2017 du 10 mars 2017 (Banque A. SA c. B., arrêt cantonal entré en force). Dans le même sens, pour un collaborateur d'une banque: GE Cour de justice, ACJC/1175/2016 du 9 septembre 2016.

VIII. Divers – Diverses

r44 Interessenkonflikt eines Angestellten. Einstellung des strafrechtlichen Verfahrens. (Keine) Auferlegung der Verfahrenskosten wegen zivilrechtlich vorwerfbares Verhaltens (Art. 321a OR). *Conflit d'intérêts d'un employé. Classement d'une procédure pénale. Mise à charge des frais de procédures (non) en raison d'un comportement contraire au droit civil (art. 321a CO).*

Dem im Angestelltenverhältnis beschäftigten Vermögensverwalter wird vorgeworfen, er habe seine Sorgfaltspflichten gemäss Art. 321a Abs. 1 OR verletzt, weil er seine Arbeitgeberin nicht über seine Beteiligung an einem Fonds informiert hatte, den die Arbeitgeberin in ihrem Anlageportfolio führte. Die Staatsanwaltschaft auferlegt dem Vermögensverwalter die vollen Verfahrenskosten (Art. 426 Abs. 2 StPO), weil er durch sein zivilrechtswidriges und schuldhaftes Verhalten die Einleitung des Verfahrens bewirkt habe. Das Obergericht des Kantons Zürich reduziert den Anteil der auferlegten Verfahrenskosten auf CHF 1000. Das Bundesgericht verneint die Rechtmässigkeit der Auferlegung der Verfahrenskosten insgesamt.

1. Die Verhaltensnorm in Art. 321a Abs. 1 OR bezweckt nicht den Schutz der Kunden der Arbeitgeberin. Dass die angebliche Verletzung von Art. 321a Abs. 1 OR für die Auferlegung der Verfahrenskosten bei Freispruch oder Verfahrenseinstellung nicht ausreicht, ergibt sich auch daraus, dass sich eine solche nach der Rechtsprechung nur rechtfertigt, wenn das Verhalten der beschuldigten Person in klarer Weise gegen Normen der Rechtsordnung verstösst und dass ihr nach der Rechtsprechung Ausnahmecharakter zukommt. – **2.** Das von der Vorinstanz im Nachhinein zurechtgelegte zivilrechtliche Fehlverhalten des Beschwerdeführers war nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung nicht geeignet, den Verdacht einer strafbaren Handlung zu erwecken und damit Anlass zur Eröffnung eines Strafverfahrens zu geben.

BGer, 6B_877/2016 vom 13. Januar 2017 (Strafrechtliche Abteilung, X. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich).

r45 Betrugsvorwurf. Verfahrenseinstellung. Auferlegung der Verfahrenskosten (ja) wegen zivilrechtlich vorwerfbaren Verhaltens (Art. 2 ZGB). Soupçon d'escroquerie. Classement de la procédure pénale. Mise à charge des frais de procédure (oui) en raison d'un comportement contraire au droit privé (art. 2 CC).

Aufgrund einer Verdachtsmeldung der Bank (Art. 9 GwG) kommt gegen einen Bankkunden ein Strafverfahren wegen Betrugs etc. in Gang. Das Verfahren wird eingestellt. Dem Kunden werden die Verfahrenskosten auferlegt, weil er der Bank bei deren Nachfrage über die wirtschaftlichen Hintergründe eines Kontoeingangs in Höhe von CHF 100 000 falsche Angaben machte.

1. Die Bank ist verpflichtet, unter gewissen Umständen den Hintergrund und Zweck einer Transaktion abzuklären (Art. 6 GwG). Die Abklärungen erfolgen namentlich durch das Einholen schriftlicher oder mündlicher Auskünfte der Vertragspartei (Art. 16 Abs. 1 lit. a GwV-FINMA). Die Bank darf somit bei der notwendigen Abklärung die Mitwirkung der Vertragspartei bzw. des Kunden voraussetzen. – **2.** Das Rechtsverhältnis zwischen der Bank und dem Kunden unterliegt grundsätzlich dem Auftrags- und Hinterlegungsrecht, wobei die Parteien ihre Rechte und Pflichten nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) ausüben haben. Die Angaben des Kunden zur nachgefragten Transaktion waren nachweislich falsch. Der Verstoss gegen die aus Treu und Glauben resultierende Verhaltenspflicht war nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet, den Verdacht einer strafbaren Handlung zu erwecken und damit adäquat kausal für die Einleitung der strafrechtlichen Untersuchung. Die Kostenaufgabe nach Art. 426 Abs. 2 StPO ist damit rechtmässig.

ZH Obergericht, UH160143-O/KIE vom 8. November 2016 (III. Strafkammer, A. gegen Staatsanwaltschaft See/Oberland).

r46 Bankengesetzliche Gewähr. Verhältnis zum Zivilrecht. Garantie d'une activité irréprochable. Rapports avec le droit privé.

Die Bank unterhält Geschäftsbeziehungen zu einer externen Vermögensverwalterin, gegen die wegen Verdachts auf illegale Tätigkeiten ermittelt wurde und die mittlerweile liquidiert worden ist. Die Bank agierte für die (vermögenden) Kunden der Vermögensverwalterin als Depotbank. Die FINMA kommt zum Schluss, die Bank habe in Bezug auf ihre Geschäftsbeziehung zur Vermögensverwalterin aufsichtsrechtliche Pflichten schwer verletzt. Sie ordnet die Veröffentlichung ihrer Verfügung an. Das Bundesverwaltungsgericht heisst die von der Bank erhobene Beschwerde gegen die FINMA-Verfügung gut.

1. Zwar ist mit der Vorinstanz grundsätzlich einig zu gehen, dass die Verneinung einer einwandfreien Geschäftstätigkeit nicht in jedem Fall zwingend die Verletzung von Vorschriften voraussetzt. Jedoch ist bei der Anwendung von Aufsichtsrecht sowohl dem Legalitätsprinzip als letztlich auch der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsordnung ausreichend Rechnung zu tragen. – **2.** Eine über die zivilrechtlichen Pflichten hinausgehende, einzig auf das bankenrechtliche Organisations- und Gewährserfordernis gestützte aufsichtsrechtliche (Handlungs-)Pflicht kommt

daher nur in Betracht, wenn damit ein öffentlicher Zweck verfolgt wird bzw. wenn wesentliche öffentliche Interessen betroffen sind. Soweit Aufsichtsrecht hingegen primär den Schutz der Bankkunden bezweckt, gilt grundsätzlich die Vermutung, dass eine Kongruenz zwischen zivilrechtlichen und aufsichtsrechtlichen Pflichten der Bank besteht. Kommt die Bank also in einer solchen Konstellation ihren zivilrechtlichen Pflichten nach, so liegt grundsätzlich keine aufsichtsrechtliche Pflichtverletzung vor. Die Aufsichtsbehörde ist hier an die (Privat-)Rechtsord-

nung gebunden und hat keine Kompetenz, ausserhalb der Rechtsordnung stehende Sorgfaltpflichten aufzustellen, um eine vom Zivilrecht abweichende, zulasten der Bank gehende Auslegung im Bereiche des Vertragsrechts vorzunehmen. Eine von der Privatrechtsordnung abweichende Lückenfüllung durch die Aufsichtspraxis ist in diesem Fall nicht zulässig.

BVGer B-5756/2014 vom 18. Mai 2017 (Abteilung II, X. AG gegen Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA). Le Temps 1. Oktober 2017 (Les banques ne sont pas là pour suppléer la Finma).