

# Le droit bancaire privé suisse 2019

## Das schweizerische Bankprivatrecht 2019

Luc Thévenoz | Susan Emmenegger | Célian Hirsch | Martina Reber

### Table des matières – Inhaltsübersicht

Avant-propos

Points marquants

Index alphabétique

- I. Services bancaires – Bankgeschäfte
- II. Services financiers – Finanzdienstleistungen
- III. Sûretés et réalisation – Sicherheiten und Verwertung
- IV. Reddition de compte, rétrocessions et renseignements – Rechenschaftsablegung, Retrozessionen und Auskünfte
- V. Procédure civile, exécution forcée et entraide internationale – Zivilverfahren, Zwangsvollstreckung und internationale Rechtshilfe
- VI. Conformité fiscale du client – Steuerkonformität der Kunden
- VII. Protection des données personnelles et secret professionnel – Datenschutz und Berufsgeheimnis
- VIII. Divers – Diverses

### Avant-propos

Cette chronique s’allonge chaque année. Sa consultation en devient moins aisée. Pour faciliter son accès aux lecteurs nous avons introduit trois nouveautés.

1° Le plan général des résumés change un peu. Nous maintenons la distinction entre les services bancaires (dépôts, crédits, paiements) et les services financiers (instruments financiers, exécution, conseil en placement, gestion de fortune). Les questions de procédure civile et d’exécution forcée, suisses ou internationales, sont regroupées dans un seul chapitre. Le «secret bancaire» n’est plus réservé aux banques (cf. art. 69 LEFIN, 147 LIMF) : un chapitre est désormais consacré au secret professionnel et à la protection des données, qui prend une importance croissante.

2° Ce plan systématique des résumés est complété par un index alphabétique de mots-clés, qui facilitera le repérage des questions apparaissant à plusieurs endroits.

3° Notre introduction rédactionnelle ne saurait plus fournir un aperçu général du contenu des résumés qui suivent. Notre chronique ne commence donc plus par un «tour d’horizon» mais par une brève discussion de quelques «points marquants». Nous y traitons de quelques aspects qui ont particulièrement retenu notre attention et suscitent parfois nos critiques. Mais ces *highlights* n’épuisent d’aucune ma-

nière la richesse de la jurisprudence qui figure dans les résumés.

### Points marquants

#### Politique monétaire : intérêt négatif et cours de change

La politique monétaire continue d’ajouter son empreinte à la jurisprudence civile. Qu’est-ce qu’un «intérêt négatif»<sup>1</sup> ? La rémunération versée par «le prêteur» à «l’emprunteur» ne correspond pas à l’idée générale du droit privé (et probablement de l’ordre juridique) que l’intérêt (*Zins*) est le loyer de l’argent, la rémunération due pour la mise à disposition volontaire (intérêt contractuel) ou involontaire (intérêt moratoire, intérêt compensatoire) d’une somme d’argent.

Il a fallu un peu plus de quatre ans depuis la décision de la Banque nationale de fixer son taux directeur à 0,75% pour que le Tribunal fédéral ait l’occasion de se prononcer sur l’interprétation de clauses fixant le taux contractuel par référence à un indicateur des taux du marché devenu négatif.

Dans la première affaire (ATF 145 III 241, r4), un crédit de CHF 100 millions avait été conclu en 2006 entre une banque allemande et une entité publique genevoise. Le taux d’intérêt était fixé par référence au taux LIBOR en francs suisses à 6 mois plus une marge de 0,0375% par an. Dès le taux de référence passé au rouge, l’emprunteur exigea du prêteur le paiement d’un «intérêt négatif», c’est-à-dire d’un montant correspondant au taux de référence du marché diminué de la marge contractuelle de 0,0375%, et il introduisit une action en justice contre la banque.

A juste titre, les tribunaux se sont référés à la convention des parties. Un accord réel des volontés sur l’hypothèse d’un taux LIBOR négatif ne pouvait pas être constaté. Il fallait donc interpréter le contrat selon le principe de la confiance, c’est-à-dire en tenant compte des circonstances connues ou reconnaissables pour les parties au moment de la conclusion. Ces circonstances ne comprenaient pas un passage en

<sup>1</sup> L’expression est utilisée par la BNS au ch. 2.2.1 de ses conditions générales : «La BNS peut rémunérer les avoirs en comptes de virement ou prélever un intérêt négatif sur ces avoirs s’ils excèdent un certain montant («montant exonéré») qu’elle détermine.»

territoire négatif des taux d'intérêt. Le prêt à intérêt<sup>2</sup> étant un contrat onéreux, il serait raisonnable de considérer que l'emprunteur a, pour le moins, le droit au paiement de sa marge contractuelle (ici 0,375% p.a.) représentant une prime de risque et sa rémunération. La banque n'ayant pris de conclusion dans ce sens, le TF s'est limité à confirmer la décision cantonale, qui a débouté l'emprunteur de sa demande en paiement.

Le deuxième arrêt du Tribunal fédéral (TF 5A\_648/2018, r5) porte sur des faits partiellement comparables : crédit de EUR 2 millions conclu en 2008, taux d'intérêt fixé par référence au taux interbancaire T4M (taux moyen mensuel du marché monétaire), majoré de 1,35% l'an. Le contrat ajoutait que le taux de l'intérêt applicable en cas de non-paiement à l'échéance était majoré de 3% sans mise en demeure préalable. La position procédurale était très différente du cas précédent car la détermination du taux applicable devait être jugée en mainlevée provisoire (procédure sommaire). Il n'était pas contesté que le taux de référence était devenu négatif, mais aucune des parties n'avait documenté le taux T4M au moment du commandement de payer. Sans chercher ici à interpréter la clause contractuelle (« un tel examen étant exorbitant de la cognition du juge de la mainlevée »), le TF constate qu'il n'appartenait pas au poursuivi de démontrer par titre que le taux T4M était négatif ni de fournir les bases du calcul. La mainlevée ne fut donc accordée qu'à hauteur de 3%, soit de la majoration prévue en cas de demeure du débiteur.

L'Obergericht zurichois s'est penché sur l'interprétation d'une clause d'indemnité en cas de résiliation anticipée d'un crédit hypothécaire (ZH PP190013, r6). Comme c'est devenu usuel, celle-ci fixait l'indemnité par référence au taux d'intérêt que la banque pourrait obtenir en plaçant le montant remboursé sur le marché monétaire ou le marché des capitaux pour la durée résiduelle du prêt. La banque prenait en considération l'intérêt négatif qu'elle obtiendrait ; le client s'y opposait. La Cour trancha en faveur du client, considérant notamment que les mots « *erzielbarer Zinssatz* » visent un placement qui procure effectivement un revenu et que, lors de la

conclusion du crédit en 2011, le client ne pouvait pas s'attendre à devoir compter avec des intérêts négatifs.

Ces trois arrêts sont le résultat de l'interprétation (dans deux cas) ou de l'application littérale (dans le troisième) de conventions particulières. Rien n'interdirait en soi aux parties de régler différemment l'hypothèse d'un taux de référence négatif<sup>3</sup>. Les taux négatifs sont une réalité du marché depuis 4 ans. On peut supposer que les nouveaux contrats reflètent adéquatement cette situation. On aura plus d'inquiétude pour une autre évolution, plus prévisible pourtant mais finalement encore assez mal prise en considération par les nouveaux contrats : la disparition très probable du LIBOR (et des autres indicateurs de taux fondés sur les mêmes méthodes) et leur remplacement par de nouveaux taux de référence, tels que le SARON pour le franc suisse<sup>4</sup> et SOFR pour le dollar US. La mise au point de nouvelles clauses et la mise à jour de la documentation contractuelle des contrats en cours sont des tâches titanesques et l'on est tenté de parier, sans gaîté, que l'application des contrats actuels à la situation nouvelle sollicitera les tribunaux civils bien davantage que les taux d'intérêt négatifs.

Le 15 janvier 2015, en même temps qu'elle portait à -0,75% son taux directeur, la Banque nationale retirait le cours plancher du franc suisse contre l'euro, permettant une dépréciation massive de la monnaie européenne. Comment cette dépréciation est-elle allouée dans les rapports juridiques entre un créancier et un débiteur ? La Cour de justice de Genève n'a pas eu grand mal à trancher un cas atypique où le débiteur de CHF 22'000 envoya le 4 décembre 2014 à son créancier un chèque de EUR 18 000 « pour solde de tout compte » (GE ACJC/130/2019, r8). Le compte bancaire du créancier fut crédité du montant de CHF 18 371 après plusieurs semaines de traitement. En se référant aux bases légales pertinentes, la Cour de justice jugea que le créancier conservait le droit à la différence. Le règlement d'une dette en francs suisses par un chèque en euros est inusuel. Que le créancier

<sup>2</sup> C'est-à-dire le contrat de prêt de consommation conclu à titre commercial (art. 313 al. 2 CO) ou pour lequel les parties ont convenu le versement d'un intérêt.

<sup>3</sup> Voir par exemple le ISDA 2014 Collateral Agreement Negative Interest Protocol.

<sup>4</sup> Cf. notamment les travaux du National Working Group on CHF Reference Interest Rates <[https://www.snb.ch/en/ifer/finmkt/fnmkt\\_benchn/id/finmkt\\_reformrates](https://www.snb.ch/en/ifer/finmkt/fnmkt_benchn/id/finmkt_reformrates)> ; Bösch/De Zordi/Leisinger/Saladino, Discontinuation of LIBOR and Swiss Law-Governed Legacy Bonds, CapLaw 2019 28 ; B. Brändli, Wechsel von CHF LIBOR zu SARON, PJA 2019 1260.

s'en soit accommodé ne signifie pas qu'il a accepté de supporter les frais de ce procédé, ni surtout les risques inhérents à la variation du cours de change jusqu'au jour de l'encaissement. En d'autres termes, le chèque en euros était accepté en vue de paiement, et non à titre de paiement.

### Allégation, motivation et preuve du dommage d'investissement

L'augmentation du contentieux relatif au conseil en placement semble entraîner une complexité croissante de la jurisprudence relative à l'allégation, à la motivation (*Substantiierungspflicht*) et à la preuve du dommage de l'investisseur. On en vient à se demander s'il est encore possible au client de satisfaire aux exigences posées par les tribunaux.

Le principe, encore récemment confirmé par le Tribunal fédéral (ATF 144 III 155, JdT 2018 II 287, RSDA 2019 192 et 206 r17), veut que l'investisseur allègue, motive et cas échéant prouve le dommage causé par chaque transaction irrégulière. Ce n'est que lorsque ces transactions ne peuvent pas être individualisées ou, en matière de gestion de fortune, lorsque le mandataire a mis en œuvre une stratégie d'investissement contraire aux instructions du mandant que le dommage peut être calculé de manière globale, en comparant le portefeuille effectif de l'investisseur au moment déterminant avec un portefeuille hypothétique conforme au contrat (art. 42 al. 2 CO). Ces deux méthodes de calcul du dommage (et donc ces deux manières différentes d'alléguer et de motiver le dommage dans la demande en justice) sont applicables en matière de conseil en placement et de gestion de fortune : la première est exigée par le Tribunal fédéral chaque fois qu'il est possible d'individualiser les transactions résultant d'une violation des obligations du mandataire.

Dans les affaires résumées ci-après, le seul cas où le Tribunal fédéral a approuvé un calcul global du dommage concerne la responsabilité d'un tuteur qui avait confié la gestion du portefeuille de son pupille à une société qu'il contrôlait et avait mis en œuvre une politique de placement contraire au règlement vaudois concernant l'administration des tutelles et des curatelles de 1982 (TF 5A\_388/2018, r13). La violation grave et systématique des obligations du tuteur facilitait probablement un calcul global du dommage.

Les autres cas ici recensés concernent des transactions qui soit n'ont pas été autorisées par le client,

soit résultent d'informations ou de conseils défectueux donnés au client.

Les **transactions non autorisées**, qu'il s'agisse de virements à des tiers (défaut de légitimation, cf. aussi r1, r3, r16 et r19) ou de placements, relèvent du même principe : le débit au compte monétaire ou au compte de titres du client a été fait sans droit, le teneur de compte (banque ou maison de titres) doit extourner les écritures erronées, le client est crédité sous bonne (date-)valeur des titres ou des fonds qui n'auraient jamais dû être débités. Il s'agit du droit à l'exécution du contrat, qui n'est soumise à aucune condition de faute, de dommage ou de causalité. Sauf s'il se trompe dans ses conclusions en réclamant une indemnisation plutôt que l'exécution du contrat (ZH HG160177, r22), le client obtient une forme de retour au *statu quo ante*. Il peut, en outre, réclamer le dommage que lui a causé l'indisponibilité des titres ou des fonds débités à tort, mais il doit alors rendre plausibles les transactions qu'il aurait effectuées. La preuve est plus ou moins difficile selon les circonstances. La banque qui avait sans droit vendu 3100 des 4100 actions VW détenues par une hoirie a été condamnée à indemniser le gain manqué des clients, mesuré par référence à la plus-value obtenue lors de la vente (autorisée) des 1000 actions VW restantes en octobre 2008, à un cours historiquement particulièrement haut (AR O1Z 18 3, r19) !

En revanche, lorsque le client prouve que les **transactions** qu'il a autorisées sont **imputables à une violation du devoir d'information ou de conseil** du prestataire de services financiers, il fait généralement valoir des dommages-intérêts et doit donc alléguer, motiver et prouver son dommage. Dans trois arrêts en matière de conseil en placement (r12, r16, r17), les tribunaux ont considéré que le demandeur n'avait pas suffisamment motivé (*substantiiert*) son dommage parce qu'il n'avait pas suffisamment rendu vraisemblables (avec quel degré de vraisemblance ?) les transactions qu'il aurait effectuées (ou évitées) s'il avait été correctement informé et conseillé.

Ainsi du client qui, sur un mauvais conseil, a vendu 300 options call, que son conseiller à la clientèle a ensuite reconduites à plusieurs reprises (et sans autorisation) avant de les liquider avec perte (TF 4A\_202/2019, r16). Le dommage est causé non seulement par la perte éprouvée lors de la liquidation des options, mais aussi par l'immobilisation de la marge retenue par la banque pendant la durée des options.

Les tribunaux ont ici admis un mauvais conseil mais débouté le client parce que celui-ci n'avait pas démontré, de manière convaincante, de quelle manière plus judicieuse il aurait employé les fonds immobiliers. Le reste de son portefeuille était placé en dépôts fiduciaires et en obligations, mais ni l'Obergericht de Zurich ni le Tribunal fédéral n'ont admis que les fonds indisponibles auraient été investis de cette manière... puisque le client avait consenti à un placement beaucoup plus risqué.

On retrouve la même réponse judiciaire à la demande en dommages-intérêts formée par cet autre investisseur qui avait concédé des prêts à intérêt à une société turque sur la foi de conseils fautifs parce qu'entachés par un conflit d'intérêts non déclaré (VD TC HC/2018/518, r12). Non seulement le client doit démontrer (comment le peut-il ?) qu'il aurait renoncé à octroyer ces prêts s'il avait été correctement informé du conflit d'intérêts, mais il aurait dû, en outre, alléguer et prouver comment il aurait investi les montants réclamés s'il avait été correctement informé, «le préjudice [...] n'étant pas ipso facto équivalent au capital investi».

Le dernier exemple concerne un investissement dans un fonds «Cum-Ex» (ZH HG170121, r17) qui rappelle singulièrement le procès gagné en Allemagne par Erwin Müller contre la banque J. Safra-Sarasin<sup>5</sup>. Dans l'affaire ici résumée, le Tribunal de commerce de Zurich admet que le client a été induit à investir dans ce fonds par l'effet d'un dol (art. 28 CO). S'il l'avait fait valoir en temps utile, le client aurait pu invalider le contrat relatif à cet investissement ; il aurait obtenu la restitution des fonds investis (EUR 1 mio.), une solution comparable à celle qui s'applique aux transactions non autorisées. Ayant manqué le délai, le client se retrouve ici réclamer l'indemnisation du dommage causé par cet investissement presque complètement déprécié. Et il échoue car (notamment) il n'a pas démontré de quelle manière il aurait mieux employé le capital qu'il a investi dans ce fonds par l'effet d'une tromperie !

Dans ces trois derniers cas, qui relèvent d'un mauvais conseil en placement, le fardeau de l'allégation, de la motivation et de la preuve du dommage du client paraît presque insurmontable. Le Tribunal fédéral en prend-il conscience ? Un tout récent arrêt

rappelle que, face à la complexité des allégués attendus du demandeur en matière de dommage, le défendeur ne peut pas simplement écrire «contesté» dans sa réponse (TF 4A\_126/2019, r11). «Plus les allégués du demandeur sont motivés, plus les exigences de contestation de ceux-ci par la partie adverse sont élevées.»<sup>6</sup> Au cas d'espèce, parce que la banque s'était contentée de contester en bloc le dommage allégué et n'avait pas expliqué quels éléments du calcul présentés par le client elle contestait, le dommage allégué par le client a été réputé admis, le Tribunal fédéral relevant que la Cour de justice n'aurait donc pas dû en vérifier et parfois en corriger le calcul.

Malgré cette clarification procédurale bienvenue, les décisions rapportées montrent que les avocats et les juges suisses n'ont pas encore trouvé une manière adéquate d'appréhender la perte éprouvée et le gain manqué (coût d'opportunité) d'un investissement effectué suite à une violation des obligations d'information ou de conseil d'un prestataire de services financiers. Non seulement l'investisseur doit démontrer qu'il aurait évité ce placement (ou toute autre transaction effectuée) s'il avait été correctement informé et conseillé, mais il doit encore rendre vraisemblable la manière dont il aurait investi ses fonds. Le fardeau paraît insurmontable. En d'autres termes, et contrairement à la maxime de disposition, les tribunaux suisses exigent du client qu'il allègue et démontrer non seulement sa perte éprouvée (*damnum emergens*) mais en plus son gain manqué (*lucrum cessans*). Les trois arrêts évoqués ne permettent pas au client de se contenter de réclamer sa perte éprouvée.

La jurisprudence allemande résout le problème en présumant d'abord que le client n'aurait pas fait l'opération pour laquelle il a été mal conseillé ou informé, et en considérant ensuite que le dommage se produit au moment même du placement, par la dépense des fonds investis. Le prestataire doit ainsi rembourser les fonds investis, sous imputation du prix de vente obtenu ou contre remise du placement s'il est encore présent dans le portefeuille du client. Le gain manqué est calculé soit par référence à un taux d'intérêt de marché fixé par le juge selon son pouvoir d'appréciation soit sur preuve d'un investissement alternatif par le client<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> RSDA 2019 197 et r33 et r34 ; pour le jugement au fond : RSDA 2018 206 r31.

<sup>6</sup> TF 4A\_11/2018 du 8 octobre 2018 (contrat d'entreprise), c. 5.2.2.3, et références à la jurisprudence antérieure.

<sup>7</sup> Voir à ce propos l'arrêt de principe du BGH du 8 mai 2012, XI ZR 262/10, résumé et commenté par M. Zoller, Die

## Héritiers et sphère privée du défunt

Dans notre nouvelle rubrique *Protection des données personnelles et secret professionnel*, une décision appelle un examen critique. Pour la première fois, et sans expliquer la raison de ce revirement qui ne répond à aucune proposition doctrinale, le Tribunal fédéral a jugé que le droit à la reddition de compte (art. 400 al. 1 CO) qui passe du titulaire de compte décédé à ses héritiers «se heurte au droit du défunt au maintien de sa sphère privée, laquelle englobe non seulement les faits de nature strictement personnelle (déjà soumis au secret par l'ATF 133 III 664 consid. 2.5), mais aussi les aspects d'ordre économique relatifs à son patrimoine et donc les ordres qu'il a donnés, qu'il ait expressément ou non ordonné à la banque d'en maintenir la confidentialité» (TF 4A\_522/2018, r32, consid. 4.5.2).

Cet arrêt crée une insécurité majeure pour les banques et tous les autres établissements financiers (désormais tenus du même secret professionnel, cp. art. 47 LB, 69 LEFIN et 147 LIMF), mais potentiellement pour tous les autres prestataires qui ont fourni au défunt des services de nature patrimoniale (gérance d'immeuble, société fiduciaire, affectant son patrimoine. Il est difficile de comprendre quelles sont les informations visées par la reddition de compte de l'art. 400 CO qui ne concernent pas les «aspects d'ordre économique relatifs au patrimoine» du défunt.

Ce n'est que si un héritier réservataire rend vraisemblable<sup>8</sup> que certaines dispositions du *de cuius* lèsent sa réserve qu'il pourrait obtenir des renseignements qui seraient autrement couverts par le secret professionnel tel que redéfini par cet arrêt. Le droit contractuel à la reddition de compte serait donc soumis aux mêmes limites que le droit propre des héritiers à l'information (art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC), tel qu'étendu aux tiers par la jurisprudence.

Les mauvaises causes produisent souvent des arrêts discutables. Le comportement des demandeurs dans cette affaire pouvait paraître abusif; dans les cinq années suivant l'ouverture de la succession (espagnole) évaluée à plus de EUR 13 millions, ils avaient obtenu de la banque défenderesse pas moins de cinq remises étendues d'informations et de documents. Mais les extraits de compte et les avis d'exécution obtenus ne révélaient pas une information qu'ils recherchaient, à savoir l'identité du titulaire d'un autre compte tenu par la banque auquel un virement de EUR 500 000 avait été crédité. Le numéro IBAN du compte destinataire était connu. Le secret professionnel dû au titulaire de ce compte interdisait en principe à la banque de révéler l'identité de son client. Il aurait fallu trouver dans la documentation bancaire du compte du défunt l'information manquante.

Cet arrêt dessine une voie impraticable. Sur le principe, on ne voit pas pourquoi il est nécessaire de protéger la personnalité du client au-delà de sa sphère intime et des informations dont il a expressément exigé qu'elles ne soient pas divulguées à ses héritiers. Sur le plan pratique, on ne voit pas pourquoi il convient de limiter l'accès des héritiers à toutes les informations pertinentes concernant le patrimoine du défunt. En outre, cet arrêt met à la charge des établissements financiers un devoir systématique de trier préalablement toutes les informations et de caviarder tous les documents remis aux héritiers, en appliquant un test («les aspects d'ordre économique relatifs [au] patrimoine» du défunt) qui sera presque toujours réalisé pour les informations en main de la banque. Cet arrêt charge les établissements financiers de la responsabilité de déterminer si tel héritier rend suffisamment vraisemblable la lésion de sa réserve, une responsabilité dont ces établissements souhaiteront à juste titre se défausser en renvoyant systématiquement les héritiers à agir devant les tribunaux.

## LEFIN et LSFIN : effets en droit privé

Bien évidemment, aucun jugement ne se penche déjà sur la question controversée des effets que les règles de conduite et d'organisation de la loi sur les services financiers (LSFIN) pourraient avoir sur les rapports des prestataires de services financiers avec leurs clients. On est à l'heure des prises de position doctrinales et il faudra encore plusieurs années avant que les tribunaux aient l'occasion de se déterminer sur

wichtigsten Entscheidung zu Anlageberatung, Vermögensverwaltung und Prospekthaftung, 4<sup>e</sup> éd., Munich 2019, 39–42; cf. aussi C. Grüneberg, Die Bankenhaftung bei Kapitalanlagen nach der Rechtsprechung des BGH, Munich 2017, 156–160 et 173–189; Rotter/Placzek, Bankrecht: Ansprüche, Verfahren, Strategie, 2<sup>e</sup> éd., Munich 2019, 399–403.

<sup>8</sup> Consid. 5.2 *in fine*: «La question de savoir quel degré de preuve devrait être exigé pour la preuve de la lésion de leurs droits dans le cadre d'une action de nature contractuelle en renseignements contre la banque peut demeurer ouverte.»

« l'effet de rayonnement » des règles de la LSFIN dans les rapports de droit privé. Deux jugements méritent cependant d'être relevés ici.

Dans la première affaire, relative à des transactions prétendument non autorisées, le client et la banque s'appuyaient chacun sur des notes enregistrées par le conseiller à la clientèle dans le journal électronique des contacts clients (ZH HG170109, r20). Le Tribunal de commerce de Zurich note que, matériellement, ces inscriptions ne sont en soi que des allégations de partie. En raison de leur caractère détaillé, il établit un parallèle avec l'expertise privée<sup>9</sup>, mais relève que, contrairement à l'expertise, les notes d'entretien avec le client sont contemporaines des faits relatés, ce qui augmente leur valeur probatoire<sup>10</sup>. L'art. 15 LSFIN impose désormais<sup>11</sup> aux prestataires de services financiers une obligation étendue de documenter. Consignées de manière durable par les prestataires de services financiers, ces informations devront être remises aux clients qui les demandent (art. 72 LSFIN). Leur utilisation probatoire dans les procédures civiles augmentera très probablement. Les tribunaux se préoccupent peut-être de vérifier le caractère infalsifiable de ces journaux. Dans le cadre du principe de libre appréciation des preuves, ils devront aussi en clarifier la valeur probatoire.

De nombreux observateurs s'attendent à une consolidation parmi les gestionnaires de fortune en raison des coûts de l'autorisation et de la surveillance imposées par la loi sur les établissements financiers (LEFIN). Cette consolidation se fera-t-elle plutôt par des fusions d'entreprises ou par des transferts de patrimoines au sens de la loi sur les fusions ? Dans le cas d'un gestionnaire de fortune en entreprise individuelle qui s'était réorganisé en société anonyme, le Tribunal fédéral s'est penché sur la reprise par la société d'un mandat de gestion de fortune initialement conclu par le gérant à titre personnel (TF 4A\_359/2018, r21). Contre qui le client devait-il diriger son action en responsabilité pour des actes de mauvaise gestion datant de la période avant le transfert du contrat ? La question relève de l'interprétation de la volonté des trois parties au contrat de transfert. Ce

contrat n'avait pas été formalisé. Se fondant sur la volonté exprimée par les parties d'assurer la plus grande continuité possible de la relation malgré le changement de prestataire, le Tribunal a jugé que le contrat de transfert n'emportait pas des effets rétroactifs, de sorte que la personne physique restait responsable des éventuelles fautes de gestion intervenues pendant qu'elle exerçait cette activité en la forme d'entreprise individuelle.

### Interactions entre droit privé, droit pénal et droit de la surveillance

Il nous est souvent difficile de tracer les frontières de cette chronique de droit privé car les interactions avec le droit pénal et le droit de la surveillance sont toujours plus nombreuses.

Ainsi, au chapitre des rétrocessions, il est acquis que le droit du mandant à la remise des avantages financiers reçus de tiers par le gestionnaire de fortune ou le conseiller en placement (art. 400 al. 1 CO) se prescrit par dix ans ; le délai commence à courir séparément pour chaque avantage reçu<sup>12</sup>. Cependant, ne pas informer le client de l'existence de rétrocessions peut constituer un acte de gestion déloyale, et cet acte peut consister dans l'utilisation d'une clause trompeuse des conditions générales (AF SST.2017.146, r35). Dans les circonstances exceptionnelles de cette faillite (schéma de Ponzi), qui portait notamment sur des rétrocessions à hauteur de CHF 4,6 millions, le Tribunal supérieur d'Argovie a retenu que le produit de ce délit peut faire l'objet d'un acte de blanchiment d'argent. En privant le client de l'information nécessaire à faire valoir son droit à la remise des rétrocessions ou en rendant plus difficile son exercice (notamment en cas de faillite ultérieure), ces deux comportements délictueux peuvent être la cause d'un dommage et fonder une prétention extracontractuelle du client contre les personnes physiques et morales responsables (art. 41 ou 55 CO). Si l'une ou l'autre de ces infractions pouvait être qualifiée de délit continu, la prescription pénale de 10 ans ne commencerait à courir que depuis le moment où elle a cessé, ce qui repousse d'autant la prescription civile (art. 60 al. 2 CO, dont la nouvelle teneur est en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020). Par ailleurs, si les circonstances aggravantes de la gestion déloyale ou

<sup>9</sup> Dont le projet de révision du Code de procédure civile propose de renforcer la valeur probante en leur reconnaissant la qualité de titres, cf. message du Conseil fédéral du 26 février 2020, FF 2020 2607 et 2698 (art. 177 du projet).

<sup>10</sup> r20, consid. 2.2.3.3.1.

<sup>11</sup> Sous réserve de la règle transitoire de l'art. 106 OSFIN.

<sup>12</sup> ATF 143 III 348, RSDA 2018 205 r27.

du blanchiment d'argent sont réalisées, la prescription pénale et civile est portée à 15 ans<sup>13</sup>. L'éventuel volet pénal des affaires relatives aux rétrocessions peut donc avoir des effets directs sur les prétentions civiles. Enfin, dans l'hypothèse où la responsabilité pénale de la banque est mise en cause selon l'art. 102 al. 2 du Code pénal, la durée de la prescription pénale est déterminée par la peine-menace de l'infraction de base (blanchiment, gestion déloyale...), et non par la peine-menace de l'art. 102 CP (ZH LB190002, **r34**).

La jurisprudence civile reste encore indécise quant à l'application des principes relatifs aux rétrocessions à la simple exécution de transactions financières<sup>14</sup>; à notre connaissance elle ne s'est pas prononcée sur les affaires de crédits (où les rétrocessions aux courtiers et apporteurs d'affaires sont la règle). Quel sera l'effet sur cette jurisprudence de l'entrée en vigueur de l'art. 26 LSFIN qui s'applique à tous les services financiers, y compris l'acquisition et l'aliénation d'instruments financiers, la réception et la transmission d'ordres ainsi que l'octroi de crédits pour exécuter des opérations sur instruments financiers ?

Il arrive que le droit privé inspire le droit de la surveillance ou contribue à son interprétation. Un bel exemple est offert par le Tribunal fédéral qui a confirmé le montant confisqué par la FINMA (mais réduit par le Tribunal administratif fédéral) sur la base de l'art. 35 LFINMA (**r56**). L'assujetti qui a réalisé un gain illicite en violant gravement le droit de la surveillance peut-il déduire une part proportionnelle de ses frais généraux ? Se fondant sur le but du droit de la surveillance (rétablir l'ordre légal), les juges de Mon Repos ont jugé que la notion de gain illicite de la LFINMA doit être rapprochée de celle de la gestion d'affaires sans mandat (art. 423 CO), plutôt que d'autres règles sur la confiscation qui figure dans le Code pénal et de nombreuses lois administratives. Le gain illicite est l'avantage patrimonial net obtenu par l'assujetti, après déduction des dépenses engagées spécifiquement pour l'obtention de ce gain. Comme à

l'art. 423 CO, les coûts fixes de l'assujetti ne sont pas pris en considération.

Le droit des clients qui ne démontrent pas leur conformité fiscale à exiger la remise de leurs avoirs financiers illustre un autre volet des interactions complexes entre le droit pénal étranger, le droit étranger et suisse de la surveillance, et le droit suisse applicable aux relations avec le client. Ce débat s'enrichit de deux nouvelles décisions cette année (TF 4A\_263/2019, **r41** et ZH CG170101, **r42**). La seconde affaire est particulièrement intéressante puisqu'un Tribunal de district ordonne ici à la banque de ne pas transmettre à l'Administration fédérale des contributions des informations qui devraient faire l'objet de l'échange automatique international de renseignements en matière fiscale parce que, dans le cas d'espèce, la banque aurait dû remettre les avoirs au client et fermer son compte avant la date déterminante.

## Index alphabétique

Appel abusif r26 – Banque restante r1, r11, r15, r19, r42 – Causalité r9, r43, r55 – Cautionnement r23, r24 – Cession de créance r30 – Chèque r8 – Churning r36 – Compensation r2, r10 – Confiscation r56 – Conflit d'intérêts r2, r12, r13, r33 – Conformité fiscale r41, r42 – Conseil en placement r12, r15, r16, r17, r19, r33 – Cours de change r8, r15 – Crédit documentaire r36, r37 – Crédits r4, r5, r6, r7 – Cum-Ex r17, r53 – Défaut de légitimation r1, r2, r3 – DOJ r43, r44, r45, r46, r47, r48 – Dommage d'investissement r12, r16 – Dommage, allégation, motivation et contestation r11, r12, r13, r16, r17, r18, r19, r22 – Échange automatique de renseignements en matière fiscale r42 – Enrichissement illégitime r14 – Entraide judiciaire internationale en matière civile r38 – Gain illicite r56 – Garantie r2, r23, r24, r25, r26, r27 – Gestion de fortune r1, r13, r14, r15, r18, r21 – Hedging r15 – Héritiers r32 – Hypothèque légale des artisans r28 – Devoir d'information r16, r17 – Intérêt compensatoire r3, r13 – Intérêt moratoire r7, r33 – LIBOR r4, r6 – Objet du gage r29 – Options r16 – Organe de révision r55 – Prescription r14, r33, r34 – Prohibition de concurrence r54 – Protection de l'adulte r13, r58 – Rapports de travail r43, r54 – Reddition de compte r31, r32 – Refus de remettre les avoirs r41, r42, r58 – Remise des avoirs r41, r42 – Représentation r2 – Reprise cumulative de dette r23 – Responsabilité de la

<sup>13</sup> Art. 97 al. 1 lit. b cum art. 158 ch. 1 al. 3 et ch. 2 et 305<sup>bis</sup> ch. 2 du Code pénal.

<sup>14</sup> Réponses affirmatives : ZH Handelsgericht, HG150054 du 15 novembre 2017, RSDA 2019 211 r28 (rétrocessions sur commissions de courtage versées à l'intérieur d'un groupe bancaire); TF 4C.125/2002 du 27 septembre 2002 (actions gratuites obtenues par une caisse de pension qui a négocié un contrat de pension viagère pour l'un de ses affiliés).

Confédération r57 – Rétrocessions r33, r34, r35, r36 – Séquestre r37 – Taux d'intérêt négatif r4, r5, r6 – Titres intermédiés r39 – Transaction non autorisée r19, r20, r22 – Transfert de contrat r21 – Transmission de données personnelles r44, r45, r46, r47, r50 – Virement r9, r32.

## I. Services bancaires – Bankgeschäfte

### 1. Procuration, légitimation – Vollmacht, Legitimation

**r1 Défait de légitimation. Banque restante. Faute du client (non) – Legitimationsmangel. Banklagernd-Klausel. Verschulden des Kunden (nein).**

Mandat de gestion discrétionnaire confiée à une banque et exercé par un directeur. Ce dernier quitte la banque et devient gérant de fortune indépendant. La cliente lui confie alors le mandat de gestion. Le gérant commet cinq détournements en falsifiant la signature de la cliente pour un total de EUR 1.3 mio. La cliente ne consulte pas son courrier conservé banque restante. Sur renvoi du TF (RSDA 2018 191 r1), le Tribunal cantonal (TC) a jugé que la cliente n'a pas commis de faute en ne relevant pas pendant plus de quatre ans son courrier adressé en banque restante. Recours admis par le TF (RSDA 2019 199 r1). Sur renvoi du TF, le TC examine ici si, en relevant son courrier, la cliente aurait pu se rendre compte du premier ordre falsifié.

**1.** Les nouvelles pièces déposées par la banque constituent des moyens de preuve nouveaux. Elles ne respectent néanmoins pas les conditions de recevabilités des pseudos novas au sens de l'art. 317 al. 1 CPC. Il importe peu que la banque n'ait discerné la pertinence éventuelle de ces pièces qu'à la lecture de l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral. – **2.** Lorsqu'une banque exécute un ordre sans avoir décelé la fausseté de la signature du client, elle subit un dommage et peut demander des dommages-intérêts à son client si celui-ci a fautivement contribué à causer le dommage qu'elle a subi. La banque supporte le fardeau de l'allégation et de la preuve des conditions de la responsabilité du client. – **3.** En l'espèce, la banque n'a pas allégué que le premier ordre de virement falsifié avait été remis dans le courrier de banque restante de la cliente, alors qu'elle l'a allégué pour les avis de débit subséquents. Elle n'a pas davantage établi une telle remise de l'avis de virement litigieux. Elle doit ainsi supporter l'échec de la preuve. – **4.** Puisque la banque

n'a pas prouvé que les documents susceptibles de révéler le premier détournement ont été remis dans le courrier banque restante ou qu'ils ont été remis à la cliente d'une autre manière, la cliente ne pouvait pas empêcher les détournements suivants. Elle ne peut donc pas être tenue responsable du dommage subi par la banque.

VD TC HC/2019/484 du 28 mai 2019 (Cour d'appel civile, V., contre M. SA). *Fait suite à TF 4A\_119/2018 du 7 janvier 2019, RSDA 2019 199 r1 et à TF 4A\_379/2016 du 15 juin 2017, RSDA 2018 191 r1.*

**r2 Konto/Depot. Vertretungsbefugnis. – Compte/dépôt. Pouvoir de représentation.**

Die C. AG unterhielt bei der Bank B. ein Konto/Depot. Ihr Verwaltungsratspräsident D. verpfändete gemeinsam mit E. sämtliche bei der Bank belegenen Vermögenswerte der C. AG zur Sicherung von Ansprüchen, die der Bank gegenüber der H. Ltd. zustanden. D. war für die C. AG kollektivzeichnungsberechtigt und für die H. Ltd. einzelzeichnungsberechtigt. Gut zwei Jahre später löste die C. AG die Verpfändung ihrer Vermögenswerte mit einer Zahlung von CHF 13 Mio. zugunsten der H. Ltd. ab. Die A. AG hat sich alle Ansprüche der C. AG abtreten lassen. Sie klagt gegen die Bank B. mit der Begründung, sowohl die Verpfändung als auch die anschliessende Überweisung hätten D. und E. in erkennbarer Überschreitung ihrer Vertretungsbefugnis vorgenommen. Überdies habe D. ein Insichgeschäft getätigt, da er nicht nur Verwaltungsratspräsident der C. AG, sondern gleichzeitig auch wirtschaftlich Berechtigter der H. Ltd. gewesen sei. Weiter ist strittig, ob der telefonische Auftrag von D. an die Bank, 350 000 Obligationen der F. Ltd. für die C. AG zu erwerben, gültig war.

**1.** Neben der Prüfung der Identität kann eine Legitimationsprüfung namentlich hinsichtlich der Vertretungsbefugnis angezeigt sein, denn die Überschreitung der Vollmacht kann dazu führen, dass im Rahmen des Anspruchs auf Vertragserfüllung dem Berechtigten ein zweites Mal zu leisten ist. – **2.** Der Sorgfaltsmassstab bemisst sich nach der Art des Geschäfts. Von einer Bank sind grundsätzlich – soweit nicht eine bestimmte vertragliche Verpflichtung wie etwa ein Vermögensverwaltungsmandat besteht – nur vertiefte Untersuchungen zu fordern, wenn sie mit Geschäften konfrontiert wird, die nicht zum normalen Geschäftsverlauf gehören. – **3.** Vorliegend führte die Bank die Drittpfandbestellung und die Überweisung aufgrund der im Handelsregister ein-



getragenen Vertretungsbefugnis vertragsgemäss aus. Sie ging davon aus, dass die C. AG ihre Geschäfte im Energiesektor auf Nordamerika ausdehnen wollte, wozu die Geschäftsbeziehung zu J., dem an der H. Ltd. wirtschaftlich Berechtigten, dienen sollte. Vor diesem Hintergrund war es weder angezeigt noch notwendig, dass die Bank systematisch – ohne Hinweis auf Irregularitäten – jegliche geschäftlichen Entschiede ihrer Kunden hinterfragte. – 4. D. hat kein Eigengeschäft abgeschlossen, weil nicht er, sondern J. an der H. Ltd. wirtschaftlich berechtigt war, und D. für diesen rechtmässig tätig war. – 5. Betreffend den telefonischen Auftrag zum Kauf der Obligationen bestand zwar ein Legitimationsmangel, da D. lediglich kollektivzeichnungs-berechtigt war. Der Verwaltungsrat liess indes trotz Kenntnis von der Transaktion über neun Monate verstreichen, bis er Widerspruch einlegte, was von der Bank nur als Genehmigung aufgefasst konnte.

ZH Handelsgericht, HG160258-O vom 8. Mai 2019 (A. AG gegen B. [Schweiz] AG in Liquidation). **Bestätigt** durch BGer 4A\_289/2019 vom 14. Oktober 2019 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. AG gegen Bank B. AG in Liquidation). **Besprechung:** Fischer/Pittet, <cdbf.ch/1106/>.

**r3 Legitimationsmangel. SED-Gelder. Erfüllungsanspruch gegen die Bank. Anspruchskonkurrenz. – Défait de légitimation. Avoirs du Parti socialiste unifié d'Allemagne Prétention en exécution contre la banque. Concours de créances.**

Die Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BvS) klagt gegen die Bank [Julius Bär & Co. AG] auf Herausgabe von mehreren Millionen CHF, USD, EUR und GBP, die unautorisiert in Zuwiderhandlung gegen § 20b Parteiengesetz DDR abgezogen worden seien. Das Obergericht Zürich hatte zunächst entschieden, dass zwar ein Legitimationsmangel bestanden habe, die Forderung allerdings durch eine Vergleichszahlung von rund EUR 106 Mio., die Rudolphine Steindling der BvS im Jahre 2009 leistete, erloschen sei (Erfüllung für einen Dritten nach Art. 68 OR). Das Bundesgericht bestätigte das Vorliegen eines Legitimationsmangels, erblickte jedoch keine Hinweise darauf, dass Steindling mit der Zahlung nicht eine eigene Schuld, sondern eine Verbindlichkeit der Bank bezahlen wollte. Es wies den Entscheid zur Neuurteilung an das Obergericht zurück. Dieses hat zu beurteilen, inwieweit die Schuld der Julius Bär gegenüber der BvS durch die Zahlung von Steindling an die BvS getilgt worden ist.

1. Vorliegend stehen zwei Ansprüche in Frage, die auf unterschiedlichen Rechtsgründen beruhen: Auf der einen Seite der vertragliche Anspruch der BvS (bzw. der Novum) gegenüber der Julius Bär auf Auszahlung ihres Guthabens aus dem betreffenden Kontoverhältnis, auf der anderen Seite der Anspruch bzw. die Ansprüche der BvS gegenüber Steindling auf Ersatz bestimmter Beträge. Soweit diese Ansprüche tatsächlich dieselben Abverfügungen betreffen, können sie nicht kumulativ geltend gemacht werden, und es besteht unechte Solidarität bzw. Anspruchskonkurrenz. Art. 51 OR ist analog anwendbar. – 2. Die Parteien haben nicht geregelt, was gelten soll, wenn die Julius Bär (i) Geld in vermeintlicher Erfüllung des Kontovertrags an eine nicht legitimierte Drittperson (Steindling) auszahlt, (ii) sie sich aufgrund einer Sorgfaltspflichtverletzung bei der Legitimationsprüfung nicht auf Art. 7 Abs. 2 der AGB berufen kann (Art. 100 OR) und (iii) die BvS von Steindling – also von der unberechtigten Drittperson – den seitens der Bank ausbezahlten Betrag letztlich dennoch einbringlich zu machen vermag. Dass vernünftige Parteien für einen solchen Fall vereinbaren würden, der Bankkundin (BvS) solle ein Anspruch auf erneute (doppelte) Zahlung zustehen, ist nicht anzunehmen. Die BvS hat sich daher die Beträge, die sie von Steindling erhalten hat, anrechnen zu lassen, soweit diese tatsächlich und mit hinreichendem Bezug auf die hier in Frage stehenden Abverfügungen geleistet wurden. – 3. Dasselbe ergibt sich aus dem haftpflichtrechtlichen Überentschädigungsverbot und dem Rechtsmissbrauchsverbot. – 4. In ihrer Vereinbarung aus dem Jahr 2009 haben Steindling und die BvS eine von Art. 85 Abs. 1 OR (teilweise) abweichende Vereinbarung getroffen, wonach die Zahlung auf das Kapital und die Zinsen erfolgen soll (nicht aber auf die Rechtsverfolgungskosten, allenfalls abgesehen von Betriebskosten). Daher ist die Zahlung Steindlings in erster Linie auf die Zinsen, in zweiter Linie auf das Kapital und erst in dritter Linie auf die Kosten anzurechnen. – 5. Konkret betrogen die Zinsschulden von 1989 bis 2009 rund EUR 91 Mio. Steindlings Zahlung ist somit primär darauf anzurechnen. Es verbleibt ein Restbetrag von EUR 15 Mio. Auf der Grundlage des prozessual korrekt eingebrachten Tatsachenfundaments lässt sich nicht eruieren, wie viel dieses Restbetrags auf das hier eingeklagte Leistungsinteresse entfiel. Da die Julius Bär geltend macht, der im Grundsatz ausgewiesene Erfüllungsanspruch der BvS sei durch Erfüllung durch eine Drittperson

(Steindling) untergegangen, wäre es an ihr gelegen, diese Einwendung zu behaupten und zu beweisen. Da sie dies nicht getan hat, ist von den verbleibenden rund EUR 15 Mio. überhaupt nichts auf die Schuld der Julius Bär anzurechnen. – 6. Der Vergleich zwischen der BvS und Steindling kann nicht als (teilweiser) materieller Schuldlass verstanden werden, sondern nur als «Vollstreckungsverzicht» im Sinne eines unbefristeten bzw. endgültigen *pactum de non petendo*. Eine materielle Befreiungswirkung i.S.v. Art. 147 Abs. 2 OR kann daher erst recht nicht gegenüber der Bank eingetreten sein. Nach der Lesart des Bundesgerichts scheidet zudem eine Erstreckung der Befreiungswirkungen des Vergleichs (d.h. des Entzugs der Vollstreckbarkeit der fraglichen Restforderungen) auf die Bank aus. – 7. Die Bank kann gegenüber der BvS keine Gegenforderungen zur Verrechnung bringen.

ZH Obergericht, LB190004-O vom 3. Dezember 2019 (Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben gegen A. Co AG), noch nicht rechtskräftig. *Entscheid nach Rückweisung in BGer 4A\_302/2018 vom 17. Januar 2019, SZW 2/2019 200 s.r.3. Besprechungen:* z.B. Republik 5. Dezember 2019 (Wie eine Schweizer Bank zu DDR-Millionen kam); Handelsblatt Online 5. Dezember 2019 (Privatbank Julius Bär droht Millionenstrafe wegen verschwundener DDR-Gelder).

## 2. Crédits – Kredite

### **r4** **Crédit bancaire. LIBOR. Taux négatif. Interprétation du contrat. – Bankkredit. LIBOR. Negativer Satz. Vertragsauslegung.**

Conclusion en 2006 d'un contrat de prêt d'un montant de CHF 100 000 000 qui porte intérêt au taux LIBOR-CHF à six mois majoré de 0,0375% par an. En 2015, le taux LIBOR-CHF bascule dans le négatif. Le prêteur propose à l'emprunteur de convenir d'un taux plancher du LIBOR-CHF à six mois de 0%, ce que l'emprunteur décline. Action de l'emprunteur en paiement d'un intérêt négatif; rejet confirmé par le Tribunal fédéral.

1. En matière de commerce, le prêt est présumé onéreux, de telle sorte que des intérêts sont dus, à moins que les parties n'aient prévu le contraire (art. 313 al. 2 CO). Le prêt est de nature commerciale lorsque le prêteur octroie des prêts à titre professionnel (comme une banque) ou lorsque l'emprunteur utilise les fonds dans un but lié à ses affaires – 2. La notion d'intérêt n'est pas définie par le Code des obligations. L'intérêt est généralement considéré comme étant la compensation due au créancier pour le capital dont

celui-ci est privé. Un intérêt négatif ne constitue pas un intérêt au sens juridique du terme visé par les dispositions du CO. En effet, en présence d'intérêts négatifs, l'on assiste à une inversion des flux de paiement. Ce n'est ainsi plus l'emprunteur qui rémunère le prêteur, mais au contraire ce dernier qui rétribue celui-là. – 3. Dans le cadre des prêts bancaires, il est fréquent que les parties prévoient un taux d'intérêt indexé à un taux variable (par exemple LIBOR ou EURIBOR), de manière que le calcul des intérêts contractuels soit lié aux conditions du marché. Elles ajoutent généralement à ce taux variable servant d'indice un taux fixe, lequel est communément considéré comme la marge que la banque se réserve en guise de rémunération et de compensation pour le risque de crédit encouru. – 4. Le TF doit en l'espèce déterminer si les intérêts négatifs sont compatibles avec la notion même de prêt de consommation (art. 312 CO) et les conséquences qu'entraîne le passage d'un taux d'intérêt total dans des valeurs négatives. Le TF souligne que les intérêts négatifs affectent l'équilibre même du contrat de prêt, puisque les intérêts ne constituent alors plus la contrepartie de la mise à disposition du capital, mais une obligation supplémentaire à la charge du prêteur. – 5. Le TF distingue trois approches relatives aux conséquences du passage en territoire négatif du taux de référence. La première postule que le taux d'intérêt global ne saurait être inférieur à la marge de la banque; ainsi, le prêteur bénéficierait dans tous les cas de l'intérêt fixe (la marge), même si l'intérêt variable (p.ex. le LIBOR) avait un taux d'intérêt négatif. La deuxième approche considère qu'en cas de taux d'intérêt négatif, la marge peut être réduite à zéro; ainsi, aucune des parties ne doit d'intérêt à son cocontractant. Enfin, la troisième approche soutient que le taux d'intérêt global peut être négatif avec, pour conséquence, que le prêteur doit payer des intérêts à l'emprunteur. – 6. En l'espèce, le contrat ne prévoit pas les conséquences d'un taux LIBOR négatif. Les dispositions contractuelles se réfèrent expressément au paiement d'intérêts par l'emprunteuse en faveur de la banque. De plus, les parties ne pouvaient pas prévoir un taux d'intérêt négatif lors de la conclusion du contrat en 2006. Par ailleurs, le caractère onéreux du prêt doit s'apprécier au regard de la durée totale du prêt, à moins que le contrat règle spécifiquement le calcul des intérêts en prévoyant des périodes d'intérêts déterminées. Enfin, les parties sont convenues du paiement d'intérêts à intervalles semestriels, paiement qui constitue la con-

trestitution de la mise à disposition par la banque d'un capital. Réduire à néant les intérêts, même durant un seul semestre, ôterait le caractère onéreux du prêt expressément prévu par le contrat. – 7. Il paraît donc raisonnable de soutenir que la variation du taux de référence ne saurait aboutir à la suppression de toute rémunération en faveur du prêteur, lequel pourrait vraisemblablement prétendre au paiement de la marge contractuelle de 0,0375% par an. La banque n'ayant pas pris de conclusion dans ce sens, le TF laisse néanmoins la question ouverte.

ATF 145 III 241, SJ 2019 I 445 (4A\_596/2018 du 7 mai 2019, I<sup>re</sup> Cour de droit civil, A. contre B.). **Recension**: Moschen/von der Crone, RSDA 2019 536, C. Hirsch, <www.cbf.ch/1071/> et <www.lawinside.ch/762/>, P. Haberbeck, <www.inside-law.ch/new-swiss-leading-case-concerning-negative-interest-rates/>.

**r5 Crédit bancaire. Taux interbancaire. Taux négatif. Faits notoires. – Bankkredit. Interbankensatz. Negativer Satz.**

Conclusion en 2008 d'un prêt bancaire de deux millions d'euros portant porte intérêt au taux interbancaire T4M (taux moyen mensuel du marché monétaire), qui était alors de 5,3371% l'an, majoré de 1,35% l'an. En cas de demeure, le taux d'intérêt est majoré de 3%. Poursuite de la banque contre les emprunteurs. Mainlevée provisoire contre l'opposition admise en première et seconde instances cantonales. Le Tribunal cantonal considère notamment qu'il incombe aux emprunteurs de prouver que le taux T4M était négatif et que le contrat, dans ce cas, prévoyait la suppression de la majoration. Recours admis par le TF concernant le taux d'intérêt applicable.

1. Dans une procédure de mainlevée, l'exclusion d'un taux négatif doit ressortir du titre, sans qu'il soit nécessaire pour ce faire d'interpréter celui-ci, un tel examen étant exorbitant de la cognition du juge de la mainlevée. Il appartient au requérant de démontrer l'exclusion d'un tel intérêt négatif. – 2. En l'espèce, le Tribunal cantonal a considéré à tort qu'il appartenait aux recourants de démontrer par titre que le taux T4M était négatif et que le contrat prévoyait dans un tel cas de supprimer la majoration. La mainlevée provisoire ne peut donc être accordée que pour l'intérêt moratoire à 3% l'an à partir de la demeure, comme prévu dans le contrat de prêt.

TF 5A\_648/2018 du 25 février 2019, considérant 3 non reproduit dans ATF 145 III 213 (II<sup>e</sup> Cour de droit civil, A.A. et B.B. contre Banque C.). **Recours contre VD Tribunal cantonal, Cour d'appel civile, ML/2018/61 du 12 juin 2018. Recensions**: C. Hirsch, <www.lawinside.ch/738/>.

**r6 Hypothekendarlehen. Vorfälligkeitsentschädigung. Negativzinsen. – Crédit hypothécaire. Indemnité de résiliation anticipée. Taux d'intérêt négatif.**

Die Kundin zahlte ihre Festhypothek vorzeitig zurück, woraufhin die Bank eine Vorfälligkeitsentschädigung von ihrem Konto abbuchte. Uneinigkeit besteht hinsichtlich deren Höhe, insbesondere über die Frage, ob der negative LIBOR-Referenzzinssatz bei der Berechnung des Wiederanlagesatzes zu berücksichtigen ist (verneint).

1. Nachdem die Bank der Kundin die Konditionen für die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung mitgeteilt hatte, eröffnete diese der Bank in einem Schreiben, dass sie mit der Einbeziehung von Negativzinsen in die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung nicht einverstanden sei. In der Rückzahlung der Hypothek kann vor diesem Hintergrund keine konkludente Annahme der Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung erblickt werden. – 2. Unter Zinsen versteht man im Allgemeinen die dem Gläubiger zustehende Entschädigung für das ihm entzogene Kapital. Die Formulierung «erzielbarer Zinssatz» deutet auf einen Zinssatz im positiven Bereich hin. – 3. An diesem Ergebnis ändert der Passus «für eine Anlage am Geld- oder Kapitalmarkt mit der entsprechenden Restlaufzeit» nichts: Relevant für die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist, was die Kundin unter dem Begriff «erzielbarer Zinssatz» versteht, und nicht, was der Markt effektiv hergibt. – 4. Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kreditvertrages am 16. November 2011 musste die Kundin nicht mit der Auferlegung von Negativzinsen rechnen.

ZH Obergericht, PP190013-O vom 22. August 2019 (I. Zivilkammer, A. AG gegen B.), rechtskräftig. **Besprechung**: SRF «Echo der Zeit» vom 29. Oktober 2019; ius.focus 12/2019 Nr. 313.

**r7 Crédit bancaire. Reconnaissance de dette. Taux d'intérêt. Intérêt moratoire. – Bankkredit. Schuldanerkennung. Zinssatz. Verzugszins.**

En 1988, six personnes empruntent (en tant que débiteurs solidaires) à une banque environ CHF 4 mio. garanti par nantissement de trois cédules hypothécaires au porteur. Le prêt porte intérêt à «5,25% l'an net, variable selon les conditions du marché». En cas de demeure ou de poursuite, «les intérêts seront dus à un taux supérieur de 2% au taux en vigueur à ce moment». En 1998, la banque dénonce le prêt. En 2000, la banque et les emprunteurs concluent un accord intitulé «Convention et reconnaissance de dette» dans lequel les emprunteurs reconnaissent devoir à la

banque divers montants. Dans son préambule, cet accord indique : « En date du 10 juillet 1998, [la banque] a dénoncé au remboursement pour le 30 juillet 1998, faute de règlement à cette date des échéances dues, le prêt hypothécaire [K], en capital, intérêts (dont le taux applicable à ce compte à cette date et ultérieurement est de 5,75% et 0,50% de pénalité) et frais ».

**1.** Distinction entre contrat de prêt (art. 312–319 CO) et crédit en compte courant (contrat innommé). En l'espèce, le Tribunal fédéral considère qu'il s'agit d'un prêt. – **2.** La reconnaissance de dette a pour effet qu'il appartient au débiteur qui conteste la dette d'établir quelle est la cause de l'obligation et de démontrer que cette cause n'est pas valable, par exemple parce que le rapport juridique à la base de la reconnaissance est inexistant, nul (art. 19 et 20 CO), invalide ou simulé (art. 18 al. 1 CO). – **3.** Pour réclamer un intérêt moratoire supérieur au taux légal de 5% (art. 104 al. 1 CO), le créancier doit apporter la preuve d'un accord des parties sur (a) un intérêt moratoire supérieur à 5% (par dérogation à l'art. 104 al. 1 CO) ou (b) un intérêt conventionnel supérieur à 5% (au sens de l'art. 104 al. 2 CO). – **4.** En l'espèce, on ne peut déduire, sans arbitraire, de la simple constatation contenue dans le préambule de l'accord et du seul terme « ultérieurement » figurant dans une parenthèse, que les emprunteurs auraient accepté conventionnellement que le taux de 6,25% l'an s'applique pour l'avenir comme intérêt moratoire en dérogation du contrat conclu en 1988. Le TF applique ainsi le taux légal de 5% prévu à l'art. 104 al. 1 CO pour l'intérêt moratoire.

*TF 4A\_69/2018 du 12 février 2019 (I<sup>re</sup> Cour de droit civil, A. contre X., B., C., D. et E.); TF 4A\_73/2018 du 12 février 2019 (I<sup>re</sup> Cour de droit civil, D., C. et B. contre X., A. et E.). Recours contre GE Cour de justice, ACJC/1578/2017 du 5 décembre 2017. Recensions : E. Benoît, <www.cdbf.ch/1054>.*

### 3. Paiements – Zahlungen

**r8 Paiement par chèque. Cours de change. Répartition des risques. – Zahlung per Check. Wechselkurs. Risikoverteilung.**

Une société est débitrice d'une autre à hauteur de CHF 22 000. Le 4 décembre 2014, la débitrice adresse à la créancière pour « solde de tout compte » un chèque à hauteur de « 18 000 euros (soit 22 000 CHF) ». Le 29 janvier 2015, soit après la fin du cours plancher CHF/EUR, la créancière voit son compte bancaire crédité à hauteur de CHF 18 371, montant correspondant à EUR 18 000. La créancière actionne la débi-

trice pour le solde manquant (CHF 22 000 moins CHF 18 371). La Cour de justice condamne la débitrice au paiement de la différence.

**1.** Selon l'art. 84 al. 1 CO, le paiement d'une dette qui a pour objet une somme d'argent se fait en moyens de paiement ayant cours légal dans la monnaie due. Si la monnaie due est la monnaie suisse, le débiteur doit s'acquitter de sa dette avec les moyens de paiement légaux énoncés par la Loi fédérale sur les unités monétaires et les moyens de paiement (LUUMP). – **2.** Les parties peuvent, expressément ou tacitement, recourir à d'autres moyens de paiement, tels que les chèques notamment. L'euro ne représente pas un moyen légal de paiement au sens de la LUMMP. Lorsqu'un chèque est libellé en une monnaie n'ayant pas cours au lieu du paiement, le montant peut en être payé, dans le délai de présentation du chèque, en la monnaie du pays d'après sa valeur au jour du paiement (art. 1122 al. 1 CO). – **3.** En l'espèce, la créancière, bien qu'elle ait accepté le chèque, n'a pas pour autant également accepté de supporter les conséquences de ce mode de paiement, en particulier le risque lié à une éventuelle variation du taux de change jusqu'au paiement effectif sur son compte bancaire après un délai de paiement du chèque de plusieurs semaines, ainsi que les frais inhérents à cet encaissement. Ces risques sont ainsi supportés par la débitrice.

*GE Cour de justice, ACJC/130/2019 du 25 janvier 2019 (A. SA et C. SA), entré en force.*

**r9 Fehlende Kongruenz zwischen angegebenem Zahlungsempfänger und tatsächlichem Kontoinhaber. Kausalzusammenhang. Haftung der Bank verneint. – Disparité entre l'identité du bénéficiaire d'un virement et celle du titulaire de compte. Causalité. Responsabilité de la banque.**

A. gewährt C. zwei zweckgebundene Darlehen von insgesamt USD 4 Mio. zur Rückerstattung von dessen Steuerschulden. C. gibt A. zwei Konto- und IBAN-Nummern bei der Bank B. an, wobei die Angaben zum jeweiligen Kontoinhaber fehlen. Bei diesem handelt es sich nicht um C., sondern um einen Rechtsanwalt. Die Bank tätigt die Überweisungen, ohne zu kontrollieren, ob der angegebene Begünstigte mit dem Kontoinhaber übereinstimmt. Der Rechtsanwalt überweist einen Teil des erhaltenen Geldes an C., behält einen Teil und verteilt den Restbetrag an fünf weitere Personen. A. klagt gegen die Bank auf Schadenersatz mit der Begründung, sie habe ihre auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht verletzt, indem

sie die inkongruenten Angaben des Begünstigten ignorierte.

1. Wer eine Überweisung vornimmt, ohne die nötigen Kontrollen durchzuführen, muss damit rechnen, dass das Geld in die Verfügungsmacht eines Dritten gelangt. Die von der Bank verletzte Pflicht zur Überprüfung der Kongruenz der Angaben soll gewährleisten, dass tatsächlich der beabsichtigte Zahlungsempfänger über die Zahlung verfügen kann. Sie dient hingegen nicht dem Schutz vor einer Zahlung an den beabsichtigten Zahlungsempfänger. Die eigentliche Ursache des Schadens liegt im betrügerischen Verhalten des Darlehensnehmers, sodass von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs auszugehen ist.

BGer 4A\_87/2019 vom 2. September 2019 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen Bank B. AG). **Besprechung:** Ceregato/Teuscher, ius.focus 11/2019 Nr. 285.

**r10 Auszahlung von Kontoguthaben. Verrechnung mit eigenen Ansprüchen (nein). – Paiement d'avoirs en compte. Compensation avec des prétentions de la banque (non).**

Bei der Kundin handelt es sich um eine Versicherungsgesellschaft. Die Bank verweigert die Auszahlung verschiedener Kontoguthaben gestützt auf die Verrechnung mit eigenen Ansprüchen, die sie wie folgt begründet: Frau D. hatte mit der betreffenden Versicherungsgesellschaft einen Lebensversicherungsvertrag abgeschlossen. Die Einmalprämie war durch die Übertragung von Anteilen an der italienischen Gesellschaft C. zu begleichen, die ihrerseits Eigentümerin einer Liegenschaft in Bergamo ist. Gleichzeitig schloss die Versicherungsgesellschaft mit D. einen Treuhandvertrag, mit welchem die Gesellschaftsanteile an D. zurückübertragen wurden. Später hatte D. bei der Bank einen Kredit aufgenommen und diesen durch Verpfändung ihrer Lebensversicherungspolice besichert. Nachdem D. ihren Pflichten nicht mehr nachgekommen war, kündigte die Bank den Kreditvertrag ausserordentlich und verlangte von der Versicherung den teilweisen Rückkauf der Versicherungspolice und die Überweisung von EUR 3 Mio. bzw. die Übertragung der eingebrachten Titel. D. vereitelt dies, indem sie die Rückgabe der treuhänderisch übertragenen Anteile verweigert. Das Handelsgericht verneint den Bestand der zur Verrechnung gebrachten Forderungen und verpflichtet die Bank zur Auszahlung der Kontoguthaben.

1. Eine Versicherungspolice ist eine reine Beweisurkunde, welche die Existenz und den Inhalt eines Versicherungsvertrags bestätigt. Sie hat keinen Vermögenswert und stellt kein Wertpapier dar. Demzufolge kann nicht die Police als solche, sondern nur der in ihr verkündete obligatorische bzw. schuldrechtliche Versicherungsanspruch abgetreten, verpfändet oder gepfändet werden. Entsprechend kann die Urkunde nicht dazu dienen, eine Anerkennung eines Anspruchs durch die Versicherung herzuleiten. – 2. Ein Anspruch aus *culpa in contrahendo* scheidet bereits daran, dass zwischen den Parteien im hier relevanten Zusammenhang keine Vertragsverhandlungen stattgefunden haben. Auch ein Anspruch aus Vertrauenshaftung besteht nicht, da die Bank keine intensive Zusammenarbeit der Parteien, welche über die Führung verschiedener Konten und Depots hinausgehen würde, darlegen kann. Insbesondere ergibt sich eine solche intensive Geschäftsbeziehung nicht bereits aus der Anzeige und Kenntnissnahme einer Verpfändung. – 3. Hinsichtlich der vertraglichen Ansprüche muss sich die Bank den Treuhandvertrag zwischen der Versicherung und der D. entgegenhalten lassen, weshalb sie der Klägerin weder eine Leistungsverzögerung noch einen Verzug anlasten kann.

ZH Handelsgericht, HG150061-O vom 26. September 2018 (A. AG gegen B. AG), rechtskräftig.

**II. Services financiers – Finanzdienstleistungen**

**r11 Transactions non autorisées. Banque restant. Fiction de réception et de ratification. Allégation et contestation du dommage. – Unautorisierte Transaktionen. Banklagernde Korrespondenz. Zustellungs- und Genehmigungsfiktion. Behauptung und Bestreitung des Schadens.**

Un chargé de relation clients quitte la banque, mais continue à effectuer des opérations sur le compte d'un client en tant que gérant externe sans être au bénéfice d'une procuration. Le client actionne sa banque pour les pertes subies en raison de ces transactions non autorisées. Sur renvoi du TF pour violation de la maxime de disposition (4A\_54/2017, RSDA 2019 215 r37), la Cour de justice (CJ) détermine le montant du dommage que la banque doit indemniser. Le TF rejette, avec substitution de motif, le recours de la

banque dont les griefs portent exclusivement sur le dommage.

**1.** [CJ] En l'espèce, la banque a exécuté les ordres alors que la société de gestion ne bénéficiait pas d'une procuration. Même dans une relation de type *execution only*, la banque aurait dû obtenir une confirmation du client que le gérant désormais externe était bel et bien habilité à le représenter – **2.** [CJ] L'application des clauses de banque restante et de réclamation conduirait à un résultat inéquitable qui heurterait le sentiment de la justice. En particulier, dans une relation *execution only*, le client n'a pas de raison de consulter son courrier en l'absence d'instructions de sa part. Les fictions de notification et d'acceptation ne sont ici pas opposables aux clients. – **3.** [CJ] Contrairement à l'ATF 144 II 155 (RSDA 2019 206 r17), l'entier des transactions a été exécuté sans autorisation. Le dommage correspond ainsi à la perte totale causée par celles-ci (USD 842 000) après déduction des intérêts gagnés sur des dépôts fiduciaires (USD 1000). – **4.** Le TF rappelle les principes applicables à la charge de la motivation et de la contestation des allégués (ATF 144 III 519). En l'espèce, le client a réclamé dans un allégué un montant global d'environ USD 1 700 000 correspondant à la différence de l'état de ses avoirs entre deux dates déterminées. La banque s'est bornée à contester cet allégué, sans contester ni la méthode choisie par le demandeur ni les dates déterminantes pour le calcul de dommage. Faute de contestation suffisante, le dommage allégué par le client est censé admis et n'avait donc pas à être prouvé.

TF 4A\_126/2019 du 17 février 2020 (1<sup>re</sup> Cour de droit civil, A. AG contre B.). **Recours contre GE** Cour de justice, ACJC/56/2019 du 15 janvier 2019 (Chambre civile, A. AG et Monsieur B.). **Fait suite à** TF 4A\_54/2017 du 29 janvier 2018, RSDA 2019 215 r37. **Recension:** A. Nussbaumer <www.lawinside.ch/882/>; C. Hirsch <www.cdbf.ch/1112/>.

**r12 Conseil en placement. Conflit d'intérêts (oui). Allégation et preuve du dommage (non).** – *Anlageberatung. Interessenkonflikt (ja). Substantiierung und Beweis des Schadens (nein).*

A., directeur commercial, octroie à I., un ressortissant grec actif dans le commerce de bijoux, plusieurs prêts (taux d'intérêt 8%), sur conseil de son homme de confiance C. chargé de la gestion de son patrimoine. N'obtenant pas le remboursement intégral des prêts, A. réclame des dommages-intérêts à C. La Chambre patrimoniale VD qualifie le contrat entre A. et C. de conseil en placement, constate que le conseiller a violé son devoir de diligence, mais considère que le

directeur n'a ni allégué ni prouvé son dommage. Le Tribunal cantonal (TC) confirme le jugement.

**1.** Rappel des devoirs d'information, de conseil et d'avertissement dans le cadre du contrat de conseil en placements. En l'espèce l'investisseur est un homme averti et expérimenté en affaires ; le caractère spéculatif de l'investissement ne pouvait pas lui échapper. – **2.** Le conseiller n'a pas indiqué à l'investisseur qu'il était lui-même associé avec l'emprunteur au sein d'une Sàrl et créancier de celui-ci. Il a ainsi violé son devoir de diligence en ne l'informant pas de ces circonstances susceptibles de faire apparaître un conflit d'intérêts. – **3.** S'agissant du dommage, l'investisseur demande à être mis dans la situation qui aurait été la sienne sans le mauvais conseil, ce qui équivaudrait au montant investi plus intérêts compensatoires à 5% l'an. Le TC rappelle qu'il incombe au créancier d'alléguer et d'établir concrètement quel placement il aurait effectué s'il avait été correctement informé. En l'espèce, l'investisseur n'a ni allégué ni prouvé les investissements auxquels il aurait procédé s'il avait été complètement informé ; en outre, il n'a pas démontré qu'il aurait renoncé à octroyer des prêts s'il avait appris la situation de conflit d'intérêts. Le TC rejette ainsi l'appel.

VD TC HC/2018/518 du 25 juin 2019 Cour d'appel civile (B.K., E.K., C.K. contre Q. et I.).

**r13 Tuteur, gestion de fortune. Conflit d'intérêts. Moment du dommage. Intérêt compensatoire.** – *Vormund, Vermögensverwaltung. Interessenkonflikt. Schadenszeitpunkt. Zinsen.*

Un tuteur confie la gestion des avoirs de son pupille à une société dont il est administrateur et actionnaire majoritaire. Après de nombreuses pertes et le décès du pupille, les héritiers actionnent le tuteur et sa société en réclamant plus de CHF 12 mio. de dommages-intérêts. Condamnation par les instances cantonales. Recours rejeté par le TF.

**1.** Examen en premier lieu par le TF de l'illicéité. Non seulement l'investissement dans des produits structurés était injustifié, mais en plus le tuteur était dans une situation de conflit d'intérêts permanente et caractérisée. Ce comportement est contraire au Code de conduite de l'Association suisse des gérants de fortune. – **2.** Examen par le TF du dommage, notamment du moment déterminant. Concernant la responsabilité du gérant de fortune, le moment déterminant est en principe la date de la résiliation du mandat. Les événements postérieurs ne sont ainsi en

principe pas pris en compte. Ces principes s'appliquent également en matière de responsabilité du tuteur. Le tuteur ne peut donc pas se prévaloir du fait que les placements étaient effectués en tenant compte d'un certain horizon temporel. – **3.** Bref examen par le TF du taux forfaitaire de l'intérêt compensatoire. Celui-ci est de 5% par application analogique des art. 73 et 104 al. 1 CO. Bien que la doctrine ait exprimé des critiques pour le motif qu'un taux de 5% aurait pour effet d'enrichir le créancier, en particulier dans la conjoncture économique actuelle, le TF considère qu'un revirement de jurisprudence n'est pas justifié. – **4.** Les conditions de lien de causalité et de faute étant également réunies, le TF rejette le recours.

TF 5A\_388/2018 du 3 avril 2019 (II<sup>e</sup> Cour de droit civil, A., B. SA contre C.C., D., E. F., G.). **Recours contre** VD Tribunal cantonal CO09.000806-171153 164 du 12 mars 2018. **Recension:** Fischer/Pittet, <www.cdbf.ch/1080>.

**r14 Gestion de fortune. Prélèvement sans droit de commissions. Enrichissement illégitime. Prescription. – Vermögensverwaltung. Unzulässige Erhebung von Kommissionen. Ungerechtfertigte Bereicherung. Verjährung.**

Contrat de gestion de fortune avec un gestionnaire externe autorisé à prélever les commissions convenues sur le compte bancaire du client. Conclusion d'un nouveau mandat excluant la commission de performance et suspendant les commissions de gestions. Le gestionnaire continue de prélever les commissions initialement convenues. Révocation du mandat de gestion de fortune. Action du client en enrichissement illégitime contre le gestionnaire, admise par les instances cantonales vaudoises. Recours du gestionnaire rejeté par le TF.

**1.** Selon le principe de la confiance, l'intention des parties était bel et bien de suspendre le prélèvement de la commission de gestion. L'absence de paraphe à côté du biffage du passage traitant de la commission de performance ne permet pas de retenir l'absence d'accord sur l'exclusion de la commission de performance. En outre, le gestionnaire n'a pas été en mesure de produire sa propre version du contrat pour démontrer, le cas échéant, que ce même passage n'avait pas été biffé. – **2.** L'attitude passive du client, qui n'a pas protesté pendant cinq ans contre le prélèvement des commissions indues, ne constitue pas un abus de droit manifeste (*venire contra factum proprium*). – **3.** Le délai relatif de prescription (art. 67 al. 1 CO) ne court que depuis la connaissance effec-

tive de la prétention. Or, les documents bancaires reçus par le client ne contenaient aucune information relative au prélèvement de commissions. Le délai n'a ainsi pas commencé à courir avec la remise de ces documents au client.

TF 4A\_586/2018 du 5 septembre 2019 (I<sup>re</sup> Cour de droit civil, A. SA contre B.). **Recours contre** VD TC HC/2018/854 du 27 septembre 2018 (RSDA 2019 205 r 14). **Recension:** L. Hirsch <www.cdbf.ch/1092/>.

**r15 Conseil en placement et gestion de fortune. Monnaie de référence. Hedging. Banque restante. Ratification. – Anlageberatung und Vermögensverwaltung. Referenzwährung. Hedging. Banklagern-de Korrespondenz. Genehmigung.**

Contrats de conseil en placement et de gestion de fortune. Indication dans la demande d'ouverture du compte du dollar américain (USD) comme monnaie de référence. Apports en livres sterling (GBP). Couverture (*hedging*) en GBP des investissements en USD. Effondrement de la valeur de la GBP par rapport au USD qui a pour conséquence une perte importante des investissements du client. Action contre la banque admise en première instance, mais rejetée par la Cour de justice (GE). Rejet du recours par le TF.

**1.** Rappel des effets de la clause de banque restante et de ses limites en vertu de l'abus de droit. – **2.** Concernant les avoirs investis en GBP, la question de la monnaie de référence du compte (en USD) n'est pas décisive. En effet, le client avait donné son accord pour procéder à ces investissements en GBP. Or, il n'allègue pas que la banque aurait effectué des investissements particulièrement risqués n'étant pas en adéquation avec son profil conservateur. – **3.** Concernant les opérations de couverture de risque de change effectuées par la banque (*hedging*), celles-ci figuraient sur les relevés de compte disponibles en banque restante. Or le client ne s'y est jamais opposé. La fiction de ratification est ainsi applicable.

TF 4A\_118/2019 du 9 août 2019 (I<sup>re</sup> Cour de droit civil, A. contre B. SA), SJ 2020 I 180. **Recours contre** GE CJ ACJC/52/2019 du 16 janvier 2019. **Recension:** L. Hirsch <cdbf.ch/1085/>.

**r16 Anlageberatung. Verletzung der Aufklärungspflicht. Schadensberechnung bei Optionsgeschäften. Ungenügende Schadenssubstantiierung. – Conseil en placement. Violation du devoir d'information Calcul du dommage relatif à des transactions sur options. Motivation insuffisante du dommage.**

Kunde A. unterhielt mit der Bank B. SA einen Anlageberatungsvertrag. Er wirft der Bank vor, ihn zum Verkauf von 300 Call-Optionskontrakten überredet und dabei ihre Aufklärungs- und Informationspflicht verletzt zu haben. Als der USD/TRY-Wechselkurs stieg und der Käufer die Option ausübte, musste die Kundenberaterin die Devisen zum aktuellen Kurs am Markt beschaffen. Der Kunde wirft der Bank weiter vor, den dadurch entstandenen Verlust eigenmächtig mehrmals «gerollt» zu haben, indem sie neue Call-Optionskontrakte schrieb, und ihm dadurch Verluste verheimlicht zu haben. Die Gerichte verneinen eine hinreichende Schadenssubstantiierung.

**1.** Der Verkäufer einer Option muss während der gesamten Laufzeit eine Sicherheit hinterlegen, um das Risiko der Bank bei Kursrückgängen zu begrenzen (sog. Marge). Dieses Kapital ist während der Laufzeit gebunden und steht nicht für alternative Anlagen zur Verfügung. Der Kunde hätte deshalb zur Schadenssubstantiierung darlegen müssen, wie sein Vermögensstand gewesen wäre, wenn ihm die Kundenberaterin (anstelle der Optionsgeschäfte) pflichtgemässe Anlagen empfohlen hätte und er sich zu diesen entschieden hätte. – **2.** Die für die Marge gebundenen Mittel sowie deren Höhe kann der Kunde mittels eines entsprechenden Beweisantrags oder eines Auskunftsbegehrens im Rahmen einer Stufenklage ermitteln. – **3.** Wenn ein Kunde von der Bank beim Anlageentscheid beraten werden will und daraufhin in spekulative Anlagen einwilligt, spricht dies grundsätzlich dafür, dass er sein Geld anlegen wollte. Es wäre daher an ihm, geltend zu machen, dass er mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bei korrekter Information über die erstmaligen Verluste weder die Optionen gerollt hätte noch mit dem durch die Marge blockierten Kapital andere Anlagen anstelle der Optionen getätigt hätte (Passivhypothese). Die Passivhypothese darf dabei nicht leichtthin angenommen werden, zumal diese im Ergebnis dazu führt, dass ein fehlbarer Anlageberater bei sinkenden Märkten auch das gesamte Marktrisiko allein trägt. Vorliegend besteht keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für ein Passiv-Bleiben des Beschwerdeführers.

BGer 4A\_202/2019 vom 11. Dezember 2019 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen Bank B. SA). **Vorinstanz:** ZH Handelsgericht, HG170049-O vom 18. März 2019 (A. gegen B. SA). **Reension:** L. Hirsch <cdfb.ch/1110/>; ius.focus 3/2020 Nr. 61.

**r17 Cum-Ex-Fonds. Verletzung der Beratungs- und Aufklärungspflicht aus Anlageberatungsvertrag. Ungenügende Schadenssubstantiierung. – Fonds ex-cum. Conseil en placement. Violation des devoirs de conseil et d'information. Motivation insuffisante du dommage.**

Die deutsche A. GmbH & Co. KG kaufte Anteile des C.-Fonds im Umfang von EUR 1 Mio. bei einer Schweizer Privatbank. Die Anlagestrategie des Fonds basierte auf Equity Performance-Verträgen (Swaps) mit US-amerikanischen Pensionsfonds, die Cum-Ex-Geschäfte tätigten. Zehn Prozent der Anteile konnte die Kundin zurückkaufen, betreffend das restliche Investment teilte ihr die Bank mit, dass die Rücknahme von Fondsanteilen aufgrund mangelnder Liquidität zeitweise ausgesetzt werde. Mittlerweile befindet sich der Fonds in Liquidation. Die Kundin klagt gegen die Bank.

**1.** Vorliegend sind die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung erfüllt. Diese scheitert allerdings an der rechtzeitigen Geltendmachung. Damit gilt der Kaufvertrag über die Anteile des C.-Fonds als genehmigt. Das Begehren um Rückerstattung des Kaufpreises ist daher abzuweisen. – **2.** Indem die Bank gegenüber der (unerfahrenen) Kundin täuschende Angaben zum Risiko der Investition in den C.-Fonds machte, verletzte sie ihre Beratungs- und Aufklärungspflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR. – **3.** Ein Schaden der Klägerin liesse sich allenfalls schon vor Abschluss der Liquidation des C.-Fonds feststellen, wenn sich die Forderungen des C.-Fonds gegenüber den Pensionsfonds als wertlos erweisen würden. Diese Forderungen werden aber erst fällig, wenn die Steuererstattungen bei den Pensionsfonds eingehen. Somit ist der diesbezügliche, noch ausstehende Entscheid des deutschen Bundeszentralamts für Steuern für den Eintritt und die Höhe des behaupteten Schadens massgeblich. – **4.** Selbst wenn von der Wertlosigkeit der C.-Fonds-Anteile ausgegangen würde, wäre der nach Art. 42 Abs. 2 OR zu ermittelnde Schaden nicht hinreichend substantiiert, da die Klägerin nicht darlegt, welche alternative Anlage sie getätigt hätte, wenn die Investition in den C.-Fonds unterblieben wäre.



ZH Handelsgericht, HG170121-O vom 7. Mai 2019 (A. GmbH & Co. KG gegen B. AG), nicht rechtskräftig. **Weiterführender Hinweis:** Das Landgericht Bonn hat Cum-Ex-Geschäfte mit Urteil vom 18. März 2020 für strafbar erklärt. Siehe z.B. Frankfurter Allgemeine Zeitung Online vom 18. März 2020 (Strafen im Cum-Ex-Prozess: «Mit diesem Urteil geht eine klare Botschaft einher»).

**r18 Vermögensverwaltung. Ungenügende Schadenssubstantiierung. – Gestion de fortune. Motivation insuffisante du dommage.**

Kundin A. verklagt ihre Bank auf Schadenersatz aus der gesamthaft vertragswidrigen Verwaltung ihres Portfolios.

In casu macht die Klägerin einen Schaden aus der pflichtwidrigen Verwaltung ihres gesamten Portfolios durch die Beklagte geltend. Es ist damit an ihr, in tatsächlicher Hinsicht Ausführungen zu machen, inwiefern die getätigten Transaktionen das gesamte Portfolio betrafen und ihr hieraus ein Schaden entstanden ist. Die Klägerin kommt diesen Anforderungen nicht nach.

ZH Handelsgericht, HG160249-O vom 15. Januar 2019 (A. gegen B. AG), rechtskräftig.

**r19 Anlageberatung. Unautorisierte Transaktionen. Genehmigungsfiktion (nein). Haftung der Bank bejaht. Schaden. – Conseil en placement. Transactions non autorisées. Fiction de ratification (non). Responsabilité de la banque (oui). Dommage.**

Zwischen Erblasser WY und der Bank bestand ein Anlageberatungsvertrag. Kundenberater LU veruntreute Kundengelder und beging später Suizid. Die Bank schloss mit den Erben von WY eine Teilvereinbarung ab, in der festgehalten wurde, dass LU widerrechtlich und ohne entsprechenden Auftrag Transaktionen zugunsten von Drittpersonen vorgenommen hatte, und sie einigten sich auf eine Restitution der unrechtmässigen Kontobezüge. Ausdrücklich vorbehalten blieben weitere Ansprüche der Erben aufgrund anderer widerrechtlich erfolgter Transaktionen und Handlungen von LU und/oder von Drittpersonen. Die Erben klagen gegen die Bank, weil LU eigenmächtig 3010 VW-Aktien verkauft habe, woraus ihnen ein Gewinn in Höhe von rund CHF 3,5 Mio. entgangen sei. Das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden hatte die Klage gutgeheissen. Das Obergericht weist die Berufung der Bank ab.

1. Der blosser Umstand, dass WY die durch den Verkauf der VW-Aktien geschaffene Liquidität verwendete, stellte weder ein Einverständnis noch eine indirekte Genehmigung dieses Verkaufs dar – zumal

das Konto durch die veranlassten Überweisungen auch dann nicht ins Minus geraten wäre, wenn man die strittigen Transaktionen ausser Acht lässt. Eine indirekte Genehmigung läge nur dann vor, wenn WY tatsächlich bewusst gewesen wäre, dass die verwendete Liquidität aus dem fraglichen Aktienverkauf stammt. – 2. Der blosser Umstand, dass sich die Börsenabrechnung über den Verkauf der VW-Aktien in der Banklagernd-Post befunden hat, genügt nicht, um eine genügende Aufklärung anzunehmen und die Genehmigungsfiktion eintreten zu lassen. – 3. Von der Genehmigungsfiktion können nur übliche bankinterne Fehler, mit denen jeder Kunde rechnen muss, abgedeckt sein. Angesichts des beträchtlichen Verkaufsvolumens in der Höhe von rund CHF 730 000 hätte die Bank den WY proaktiv über den Verkauf informieren müssen; umso mehr, als die VW-Aktien als sogenanntes Familiensilber seit mehr als zehn Jahren im Depot lagen. – 4. Der Genehmigungsfiktion ist zudem die Geltung zu versagen, weil LU seine Dokumentationspflicht in grobfahrlässiger Weise verletzt hat. Er hat den (angeblich) eingegangenen telefonischen Verkaufsauftrag nicht dokumentiert, wozu er gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. e BEHV-FINMA verpflichtet gewesen wäre. – 5. Weiter wäre eine Berufung auf die Genehmigungsfiktion unbillig, da LU das zu WY bestehende enge Vertrauensverhältnis missbrauchte. – 6. LU hatte die restlichen 1000 VW-Aktien interessewährend verkauft, als der Aktienkurs am 28. Oktober 2008 ein Allzeithoch erreichte. Im Rahmen der schadenersatzrechtlichen Betrachtung muss hypothetisch davon ausgegangen werden, dass am 28. Oktober 2008 der gesamte Aktienbestand von 4010 Aktien veräussert worden wäre.

AR Obergericht, OIZ 18 3 vom 5. Februar 2019 (B. AG gegen DY, PY und VY), rechtskräftig.

**r20 Unautorisierte Transaktionen. Beweiswert des Kundenkontaktjournals. – Transactions non autorisées. Valeur probante du journal de contact avec les clients.**

Der Beweischarakter von Aufzeichnungen in Kundenkontaktjournals ist in der Rechtsprechung nicht abschliessend geklärt. Von der Sache her stellen sie lediglich Parteibehauptungen dar. Es besteht eine Parallele zu den lediglich als Parteibehauptung zu qualifizierenden Parteigutachten, welche als besonders substantiierte Parteibehauptungen allenfalls zusammen mit – durch Beweismittel nachgewiesenen – Indizien den Beweis zu erbringen vermögen. Im Unter-

schied zu Parteigutachten werden die Einträge in Kundenkontaktjournalen jedoch nicht nachträglich im Hinblick auf die Führung eines korrekten Prozesses, sondern zeitnah nach dem entsprechenden Kundenkontakt erstellt, was ihren Beweiswert erhöht.

ZH Handelsgericht, HG170109-O vom 27. September 2019 (A. gegen B. [Bank] AG), nicht rechtskräftig.

**r21 Vermögensverwaltung. Übertragung eines Vermögensverwaltungsvertrages an eine Aktiengesellschaft. Verantwortung für die Tätigkeit vor der Übertragung. Passivlegitimation. Vertrauensprinzip. – Gestionnaire de fortune. Transfert à une société anonyme d'un contrat de gestion de fortune. Responsabilité pour l'activité antérieure au transfert. Légitimation passive. Principe de la confiance.** Zunächst verwaltete Vermögensverwalter A. das Vermögen des Kunden C. über eine nicht im Handelsregister eingetragene Einzelunternehmung, später über die I. AG. Der Kunde wirft dem Vermögensverwalter sorgfaltswidriges Verhalten vor. Gegenstand des Verfahrens bildet nur die Passivlegitimation. Umstritten ist, ob eine Vertragsübernahme durch die I. AG mit Wirkung *ex tunc* stattgefunden hat oder ob der Anlageberatungsvertrag mit der Einzelfirma konkludent beendet und ein neuer Vertrag mit der I. AG abgeschlossen wurde.

1. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind bei Übernahmeverträgen im Dreiparteienverhältnis im Zweifelsfall primär die mutmasslichen Interessen der vertragsübernehmenden Partei massgebend. Bei der Übertragung von Dauerschuldverhältnissen spricht das Interesse der übernehmenden Partei im Prinzip für eine zeitlich beschränkte Vertragsübertragung. Da vorliegend die Interessen der vertragsübernehmenden und der vertragsübertragenden Partei gleichgerichtet sind, ist die zitierte Rechtsprechung aber nicht einschlägig. Es ist daher darauf abzustellen, wie der Kunde die Offerte des Vermögensverwalters verstehen musste. – 2. Die Parteien strebten trotz des Parteiwechsels grösstmögliche Kontinuität an. Der Kunde musste daher nicht davon ausgehen, dass mit der Vertragsübertragung eine Haftungsbeschränkung für die Vergangenheit beabsichtigt war. Eine Vertragsübertragung mit Wirkung *ex tunc* hätte aber zu diesem Resultat geführt. Es verletzt daher kein Bundesrecht, wenn die Vorinstanz aufgrund der Auslegung nach Vertrauensprinzip zum Ergebnis gelangt, die Vertragsübertragung wirke

zeitlich nicht rückwirkend, sondern nur beschränkt auf den Zeitpunkt des Parteiwechsels.

BGer 4A\_359/2018 vom 30. Januar 2019 (I. zivilrechtliche Abteilung, A.A. gegen C.) *Besprechung*: P. Fischer, <cdfb.ch/1063>.

**r22 Unautorisierte Transaktionen. Ungenügende Substantiierung des Schadens. Falscher Streitgegenstand – Transactions non autorisées. Motivation insuffisante du dommage. Objet du litige mal décrit.**

Der Kunde verlangt von seiner Bank Schadenersatz aufgrund unautorisierter Börsentransaktionen und Überweisungen. Offenbar wurde sein Kundenberater erstinstanzlich verurteilt, allerdings bleibt unklar, ob auch der Kunde geschädigt wurde. Das Handelsgericht weist die Klage ab.

1. Der Kläger trägt die Behauptungs- und Beweislast für allfällige unberechtigte Transaktionen. Vorliegend hat er es unterlassen, genügend zu behaupten, welche wann von der Beklagten unberechtigt vorgenommenen Börsentransaktionen genau zu welchem Schaden bei ihm geführt haben sollen. Eine mögliche Klage auf Auskunft hat der Kläger nicht erhoben. Entsprechend ist auf das Thema der Börsentransaktionen nicht weiter einzugehen. – 2. Hinsichtlich der behaupteten unerlaubten Überweisungen stützt der Kläger sein Begehren auf Art. 97 bzw. 41 OR. Damit erhebt er eine Schadenersatzklage, obwohl er eigentlich auf Rückerstattung des Kontoguthabens und damit auf Erfüllung klagen müsste. Damit hat er letztlich den falschen Streitgegenstand eingeklagt, weshalb die Klage abzuweisen ist. – 3. Selbst wenn das klägerische Begehren sinngemäss als Klage auf Erfüllung entgegengenommen würde, hätte der Kläger seinen Anspruch nicht genügend substantiiert. Ein durchgeführtes Strafverfahren befreit die Parteien nicht davon, Tatsachenbehauptungen und Beweismittel ordentlich in einen Zivilprozess einzubringen. Dazu reicht es nicht aus, kommentarlos das Strafurteil zu den Akten zu reichen. Auch ist der Zivilrichter nicht an ein in einem Strafverfahren ergangenes Urteil gebunden; dies erst recht nicht, wenn es nicht dieselben Parteien betrifft und – wie vorliegend – nicht rechtskräftig ist.

ZH Handelsgericht, HG160177-O vom 13. Juni 2019 (A. gegen B. AG), nicht rechtskräftig.

### III. Sûretés et réalisation – Sicherheiten und Verwertung

#### 1. Sûretés personnelles – Persönliche Sicherheiten

##### **r23** Abgrenzung zwischen kumulativer Schuldübernahme und Bürgschaft. – *Distinction entre reprise cumulative de dette et cautionnement.*

A. gewährte der C. AG ein Darlehen über CHF 400 000. B. unterzeichnete diesen Vertrag sowohl in seiner Funktion als Verwaltungsratspräsident der C. AG als auch als Privatperson. Unter dem Titel «Solidarhaftung» fand sich folgende Klausel: «Herr B. [...] als Aktionär und Verwaltungsratspräsident der Firma C. AG haftet solidarisch mit seinem Privatvermögen für dieses Darlehen. Diese Solidarhaftung tritt in Kraft, sollte die Firma C. AG nicht in der Lage sein, das Darlehen zurück zu bezahlen.» Über die C. AG wurde mittlerweile der Konkurs eröffnet. A. klagt gegen B.

1. Die Vorinstanz erwog, B. sei keine geschäftsgewandte Person und müsse sich daher nicht auf den Wortlaut behaften lassen. Dies war nicht willkürlich. – 2. Ebenfalls nicht willkürlich war, dass die Vorinstanz aus der nachrangig formulierten Pflicht auf eine Bürgschaft schloss. – 3. Ob B. ein relevantes Eigeninteresse abzusprechen ist, wie dies das Obergericht tat, kann indes offenbleiben: Es ist nicht offensichtlich unhaltbar, wenn die Vorinstanz mit Blick auf die Systematik der Haftungserklärung folgerte, dass die Sicherung des Darleihers im Vordergrund des Vertragszwecks stand, und es erweist sich damit jedenfalls im Ergebnis nicht als willkürlich, wenn sie die Verpflichtung folglich als (formnichtige) Bürgschaft qualifizierte.

*BGer 4A\_90/2019 vom 2. April 2019 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen B.).*

##### **r24** Abgrenzung zwischen Garantie und Bürgschaft. Summarisches Verfahren. Zweifelsfall mit Vermutungsfolge zugunsten der Bürgschaft. – *Distinction entre garantie et cautionnement. Procédure sommaire. Cas douteux, présomption en faveur du cautionnement.*

Die C. AG schuldete der A. AG rund CHF 2,4 Mio. Diese Schuld wurde in ein mit 5% zu verzinsendes Darlehen mit ausführlicher Rückzahlungsvereinbarung umgewandelt. Gleichentags schloss die A. AG zur Sicherstellung des Darlehens mit B., dem Allein-

aktionär und Verwaltungsratspräsidenten der C. AG, einen «Garantievertrag». Die Gläubigerin verlangt (erfolglos) die provisorische Rechtsöffnung.

1. Der Textbaustein im Handelsregister der C. AG, wonach diese auch Finanzierungen für eigene oder fremde Rechnung vornehme sowie Garantien und Bürgschaften für Tochtergesellschaften und Dritte eingehe, findet sich nahezu wortgleich in diversen Handelsregistrauszügen von Unternehmen unterschiedlichster Branchen. Dies kann nicht dazu führen, dass sämtliche Verwaltungsräte dieser Unternehmen bezüglich solcher Sicherungsgeschäfte von vornherein als geschäftsgewandt im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu gelten haben. – 2. Eher für das Vorliegen eines Garantievertrages sprechen *in casu* die Bezeichnung als «Garantievertrag», der explizite Ausschluss einer Bürgschaft und der Umstand, dass B. als Alleinaktionär der Darlehensnehmerin ein wirtschaftliches Interesse am Darlehen hatte. – 3. Eher für eine Bürgschaft spricht demgegenüber, dass sich die Verpflichtung genau auf denselben Betrag wie die Verpflichtung der C. AG bezog: Die A. AG wollte sich offensichtlich direkt an B. wenden können, falls sich die C. AG als zahlungsunfähig erweisen sollte. – 4. Auf der anderen Seite spricht für eine Garantie, dass B. erklärte, auf erste Anforderung hin, ungeachtet der Gültigkeit und der Rechtswirkungen des Darlehensvertrages und unter Verzicht auf jegliche Einwendungen und Einreden zu leisten. Dies wird aber von der A. AG selber relativiert, indem sie erklärt, dass Einwände lediglich insofern umfassend wegbedungen werden sollten, als sie nicht die Forderungshöhe betreffen. – 5. Ein Zweifelsfall mit entsprechender Vermutungsfolge zugunsten des Vorliegens einer Bürgschaft fällt zumindest ernsthaft in Betracht, weshalb das Obergericht Art. 82 SchKG nicht verletzt hat. – 6. Dies schliesst aber keinesfalls aus, dass eine umfassende Analyse der Gesamtsituation zum gegenteiligen Schluss führen kann, dass mit dem «Garantievertrag» tatsächlich eine Garantie im Sinne von Art. 111 OR vereinbart wurde. Das Bezirksgericht hat diesbezüglich zutreffend festgehalten, dass sich darüber mit der im Rechtsöffnungsverfahren lediglich summarisch vorzunehmenden Prüfung der Beweismittelbeschränkung nicht abschliessend befinden lässt.

*BGer 5A\_15/2018 vom 16. April 2019 (II. zivilrechtliche Abteilung, A. AG gegen B.) Besprechung: Schwander, ZZZ 47/2019, 273.*

**r25 Garantie. Einrede- und Einwendungsverzicht. Abstraktheit. – Garantie. Exclusion des objections et exceptions. Abstraction.**

Die Bank A. AG gewährte der E. AG einen maximalen Kreditrahmen von CHF 10 Mio. Ein halbes Jahr später schlossen die Parteien ein Amendment zu diesem Kreditrahmenvertrag ab, welches auch die Unterschrift der B. GmbH und Co. KG trägt. Am selben Tag unterzeichnete die B. GmbH und Co. KG eine Garantieerklärung zugunsten der Bank A. AG.

**1.** Zu unterscheiden ist zwischen der reinen und der bürgschaftsähnlichen Garantie. Bei der reinen Garantie steht der Garant für einen von jeglichem konkrete Schuldverhältnis unabhängigen Erfolg. Die bürgschaftsähnliche Garantie nimmt dagegen in irgendeiner Weise auf ein Schuldverhältnis Bezug, welches dem Begünstigten einen (vertraglichen) Anspruch auf Leistung des Dritten gibt. Mit der bürgschaftsähnlichen Garantie soll diese Leistung gesichert werden, gleichgültig, ob sie wirklich geschuldet ist oder nicht. Sie ist im Gegensatz zur Bürgschaft nicht akzessorisch. – **2.** Vorliegend haben die Parteien eine bürgschaftsähnliche Garantie vereinbart. In der Garantieerklärung findet sich ein klarer Einrede- und Einwendungsverzicht. Die Mitunterzeichnung des Amendments zum Kreditvertrag durch die Garantin kann die Abstraktheit nicht durchbrechen. Die Garantin kann daher keine Einreden und Einwendungen aus dem Amendment geltend machen.

ZH Handelsgericht, HG180051-O vom 8. Mai 2019 (A. AG gegen B. GmbH & Co. KG), rechtskräftig. *Besprechung*: M. de Gottrau, <www.cdbf.ch/1097>.

**r26 Bankgarantie. Rechtsmissbräuchlicher Abruf verneint. – Garantie bancaire. Appel abusif (non).**

Die D. Ltd. ist ein grosses Unternehmen, das vom indischen Staat gehalten wird. Sie schrieb einen Auftrag für die Entwicklung einer Easy Credit Plattform für ihre Pre-Paid-Kunden aus. Die E. Ltd. mit Sitz in Indien erhielt den provisorischen Zuschlag. Als Voraussetzung für den definitiven Zuschlag verlangte die D. Ltd. von der E. Ltd. allerdings Performance Guarantees. Die A. Holdings Ltd., die eine Beteiligung an der Gruppe hält, zu der auch die E. Ltd. gehört, eröffnete bei der Bank B. zwei Akkreditive zugunsten der C. Ltd. Diese gab zugunsten der D. Ltd. eine Performance Garantie ab, woraufhin die E. Ltd. den definitiven Zuschlag erhielt. Die Easy Credit Plattform war nicht profitabel, der D. Ltd. droht die Zahlungsunfähigkeit. Die A. Holdings Ltd. gelangte

dreimal ans Zürcher Handelsgericht, um gegen die Bank B. ein vorsorgliches Zahlungsverbot zu erwirken – erfolglos. Die A. International Ltd., wohl eine Konzerngesellschaft der A. Holdings Ltd., scheidet ebenfalls.

**1.** Provisorische Zahlungsverbote werden bei Bankgarantien bzw. entsprechenden Rechtsgeschäften nur mit grosser Zurückhaltung ausgesprochen, weil sie dem Grundsatz «zuerst zahlen, dann prozessieren» widersprechen. Sie können nur erlassen werden, sofern glaubhaft erscheint, dass die Abrufung des Betrags offensichtlich rechtsmissbräuchlich erfolgt. Ein Verbot kommt grundsätzlich nur in Frage, wenn der Rechtsmissbrauch auch für die Bank erkennbar ist. – **2.** Ein rechtsmissbräuchlicher Garantieabruf ist vorliegend nicht ohne weiteres erkennbar und daher nicht offensichtlich. Überdies stellt der Umstand, dass die Klägerin den ausbezahlten Betrag klageweise in Indien zurückfordern müsste, keinen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil dar.

ZH Handelsgericht, HE190098-O vom 15. März 2019, 15:45 (A. Holdings Limited gegen B. Switzerland AG); HE190099-O vom 15. März 2019, 16:15 (A. Limited gegen B. AG); HE190115 vom 21. März 2019 (A. Holdings Limited gegen B. AG); HE 190170-O vom 13. Mai 2019 (A. International Limited gegen B. AG), alle rechtskräftig.

**r27 Formloser Auftrag zur Ausstellung einer Bankgarantie (Art. 402 OR). – Mandat oral pour l'émission d'une garantie bancaire (art. 402 CO).**

Die D. AG gewährte der B. AG und C. ein Darlehen über CHF 1 700 000. Sicherheit bildete eine Bankgarantie der Bank E. in derselben Höhe. Die Bank E. zeigte der D. AG die Garantie schriftlich an. Da die Darlehensnehmer das Darlehen nicht fristgerecht zurückzahlten, beanspruchte die D. AG die Bankgarantie. Die Bank E. verweigerte die Auszahlung mit der Begründung, dass bankintern keine Dokumentation oder Unterlagen zur angeblichen Bankgarantie bestünden. Nach einer zweiten Zahlungsaufforderung vonseiten der D. AG teilte die Bank E. der B. AG und C. mit, dass die D. AG die Auszahlung der Bankgarantie geltend mache, und forderte sie auf, allfällige Einwände sofort mitzuteilen. Da der Bank E. kein gegenteiliger Bericht der Darlehensnehmer einging, zahlte sie der D. AG die Garantiesumme aus. Am selben Tag machte die B. AG geltend, sie habe der Bank E. nie einen derartigen Auftrag erteilt und die Auszahlung der Garantie nicht gestattet. Die Bank E. klagt gegen die B. AG und C. erfolgreich auf Auslagenersatz nach Art. 402 OR.

1. Vorliegend fehlt die sonst banktechnisch übliche, in Schriftform vorliegende Auftragserteilung zur Garantiebestellung in der bankinternen Dokumentationskette. Ein strikter Beweis ist daher nicht möglich. Sofern ein strikter Beweis nicht möglich ist, können behauptete Tatsachen mittelbar durch Indizien belegt werden. Beim Indizienbeweis kann lediglich das Beweismass der hohen Wahrscheinlichkeit erbracht werden. – 2. Für einen Auftrag zur Garantiebestellung spricht vorliegend, dass ein ehemaliger Mitarbeiter der Bank eine solche bestätigt. Weiter nimmt der Wortlaut der Garantieerklärung explizit Bezug auf den fraglichen Darlehensvertrag. Sodann hat die B. AG die Bank schriftlich um Verlängerung der ausgestellten Bankgarantie ersucht und ihrem Auftrag zudem die Garantieerklärung beigefügt. – 3. Der Auftrag nach Art. 394 ff. OR ist an keine besondere Form gebunden, sodass er auch formlos, d.h. konkludent zustande kommen kann.

*BL, Kantonsgericht, 400 18 309 vom 19. März 2019 (A. gegen B. AG und C), rechtskräftig.*

## 2. Sûretés réelles – Dingliche Sicherheiten

**r28 Bauhandwerkerpfandrecht. Hinreichende Sicherheit (Art. 839 Ziff. 3 ZGB). – Hypothèque légale des artisans. Sûretés suffisantes (art. 839 al. 3 CC).**

Das Handelsgericht Zürich hat sich mehrfach zur hinreichenden Sicherheit beim Bauhandwerkerpfandrecht geäussert.

1. Die Rüge, wonach die Bank «aufgrund der aktuellen Bankenkrise, der aktuellen oder einer neuen Weltwirtschaftskrise oder aus sonstigen Gründen» allenfalls nicht in der Lage sein könnte, ihren Verpflichtungen nachzukommen, ist unbegründet, da die Garantin von den einschlägigen Rating-Agenturen regelmässig höchste Bewertungen erhält. – 2. Im Gegensatz zu einer absoluten Befristung ist eine relative Befristung der Sicherheitsleistung zulässig, wenn dem Unternehmer nach Eintritt des bestimmten Ereignisses eine angemessene Reaktionsfrist zur Verfügung steht. Die angesetzten Fristen von 120 Tagen sind angemessen. – 3. Die Zinsusanz 365 bzw. 366/360 entspricht der Übung im internationalen Bankenverkehr und benachteiligt die Gesuchsteller nicht. – 4. Eine Bedingung zur Inanspruchnahme einer Zahlungsgarantie der Art, dass der Unternehmer den Nachweis zu erbringen hat, dass der Schuldner den sichergestellten Betrag trotz Aufforderung nicht

bezahlt hat, ist zulässig. – 5. Im Gegensatz zur Schuldübernahme ändert sich bei der Abtretung die Person des Schuldners und damit das mit dessen Bonität verbundene Risiko der Inanspruchnahme nicht. Die Garantin hat folglich kein Interesse an einem Abtretungsverbot in der Zahlungsgarantie. – 6. Eine Zahlungsgarantie ist nicht hinreichend, wenn sie nur Zahlungen im Umfang des Werkvertrags deckt, nicht jedoch Nachtrags- oder Regiearbeiten oder Ansprüche aus Art. 672 ZGB. – 7. Nicht hinreichend ist eine Sicherheit, die zeitlich unbefristet geschuldete Verzugszinsen zeitlich nur befristet sichert. Eine Barkaution in Höhe von 125% der Pfandsumme stellt daher keine hinreichende Sicherheit dar.

*ZH Handelsgericht, HE190060-O vom 15. April 2019 (A. AG gegen B. AG sowie C. Schweiz AG); HE170371-O vom 15. Januar 2018 (ARGE A., B. AG, C. AG, D. AG gegen E. sowie F. AG), beide rechtskräftig.*

**r29 Bestimmtheit des Pfandes. – Détermination suffisante de l'objet du gage**

Die Kundin und die Bank schlossen einen Pfandvertrag ab, der festhielt, dass die Kundin der Bank ein Pfandrecht «an den nachstehend verzeichneten Wertpapieren» einräume. Anschliessend fand sich folgende Passage: «Soweit Wertpapiere nicht auf den Inhaber lauten, werden sie im Sinne von Art. 900 bzw. 901 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches an die Bank zu Faustpfand abgetreten.» Im «Verzeichnis der Pfänder» waren zwei Inhaberschuldbriefe aufgelistet. Strittig ist, ob trotz der zitierten Passage ein Faustpfand an diesen Inhaberschuldbriefen begründet wurde. Das Obergericht Zürich bejaht dies: Aus dem Wortlaut des Vertrages ergebe sich klar, dass die Kundin der Bank ein Pfandrecht an den erwähnten Inhaberschuldbriefen einräumen wollte.

*ZH Obergericht, RT190064-O vom 9. Juli 2019 (I. Zivilkammer, A. AG gegen B.), rechtskräftig.*

**r30 Abtretung einer grundpfandgesicherten Forderung. Akzessorischer Übergang des Pfandrechts. – Cession d'une créance garantie par un gage immobilier. Transfert accessoire du gage**

Die Bank A. verlangt, dass ihre Forderung von CHF 290 000 im Konkurs über den Nachlass ihres verstorbenen Kunden B. vollumfänglich bei den grundpfandversicherten Forderungen zu kollozieren sei. Zu Lebzeiten des B. hatte sie den Kredit bei der Bank E. abgelöst. Dazu wurde die Forderung von der Bank E. an die Bank A. zediert. Strittig ist, ob die Forderung nach wie vor pfandgesichert ist, mithin die Pfand-

rechte akzessorisch auf die Zessionarin übergegangen sind. Das Obergericht bejaht dies.

**1.** Das Bundesgericht hat bereits in einem Entscheid aus dem Jahr 2002 auf die in der Bankpraxis verbreitete Ablösung hingewiesen. Es erwog, die Übertragung einer durch die Grundpfandverschreibung gesicherten Forderung und des akzessorischen Pfandrechts vollziehe sich ausserhalb des Grundbuches. Dabei könne sich der Erwerber der Forderung ins Gläubigerregister einschreiben lassen, was aber rein deklaratorischen Charakter habe. Die Forderung, für die eine Grundpfandverschreibung errichtet sei, werde dabei nach den Regeln von Art. 164 ff. OR zediert, wobei ihr die Grundpfandverschreibung gemäss Art. 170 Abs. 1 OR als akzessorisches Nebenrecht folge. – **2.** Vorliegend haben die Bank A. und die Bank E. eine Ablösung im beschriebenen Sinne vorgenommen. Es wurde dadurch kein neues Kreditverhältnis begründet, sondern ein bestehendes übernommen. Die Grundpfandrechte sind akzessorisch auf die Bank A. übergegangen.

ZH Obergericht, NE180001-O vom 14. Januar 2019 (I. Zivilkammer, A. [Bank] gegen Konkursmasse im Konkurs über den Nachlass von B. sel.), rechtskräftig.

#### IV. Reddition de compte, rétrocessions et renseignements – Rechenschaftsablegung, Retrozessionen und Auskünfte

**r31 Reddition de compte. Prétention de droit matériel. Ordonnance de preuve. – Rechenschaftsablegung. Materieilrechtlicher Anspruch. Beweisverfügung.**

Demande en paiement intenté par des fonds de placement (Iles Caïmans) contre une banque dépositaire en Suisse. Demande de suspension de la procédure jusqu'à droit jugé sur une demande de production de pièces (reddition de compte; art. 400 CO). Demande interprétée par le Tribunal de première instance comme une requête en production de pièces au sens des art. 152 et 160 CPC. Ordonnance de preuve annulée par la Cour de justice.

**1.** Sous le titre « reddition de compte », l'art. 400 al. 1 CO impose au mandataire qui en est requis par le mandant de rendre en tout temps compte de sa gestion. Le mandant dispose ainsi d'un droit à l'information lui permettant de vérifier si les activités du mandataire correspondent à une bonne et fidèle exé-

cution du mandat. Le droit à la reddition de compte fondé sur l'art. 400 al. 1 CO est une prétention de droit matériel, et non un droit de nature procédurale: elle doit donc être distinguée de l'obligation procédurale de collaborer en produisant les titres requis (art. 160 al. 1 let. b CPC). En tant que droit accessoire indépendant, il peut faire l'objet d'une action en exécution. En ordonnant au mandataire de fournir l'information ou les documents requis, le juge règle définitivement le sort de la prétention, qui « s'épuise » avec la communication des renseignements ou des pièces. – **2.** En l'espèce, le tribunal de première instance devait instruire si nécessaire puis statuer sur la demande de reddition de compte par un jugement. Il ne pouvait pas convertir cette demande en conclusions purement procédurale pouvant être tranchée par une simple ordonnance de preuves. – **3.** Admission de l'appel, annulation de l'ordonnance et renvoi de la cause au Tribunal de première instance.

GE Cour de justice, ACJC/400/2019 du 12 mars 2019 (A. LTD et C. SA), entré en force; GE Cour de justice, ACJC/399/2019 du 12 mars 2019 (A. LTD, B. LTD, C. LTD et E. SA).

**r32 Succession. Reddition de compte. Droit des héritiers à l'information (non). – Nachlass. Rechenschaftsablegung. Informationsanspruch der Erben (nein).**

Ordre de virement bancaire de EUR 500 000 donné par une cliente dont la fortune s'élève à plus de EUR 13 millions. Décès de la cliente à Madrid. Refus par la banque d'informer les héritiers réservataires de l'identité du bénéficiaire du virement. Action en reddition de compte rejetée par les deux instances cantonales en raison du secret bancaire. Le TF rejette le recours.

**1.** En vertu du principe de l'universalité de la succession, les héritiers acquièrent non seulement tous les droits patrimoniaux du défunt, mais aussi le droit aux renseignements concernant les relations contractuelles que celui-ci entretenait, en particulier avec sa banque, à l'exception des faits de nature strictement personnelle que le défunt aurait confiés à son banquier. – **2.** Au regard du droit successoral, l'héritier a le droit d'exiger d'une banque des renseignements au sujet de l'identité de tiers auxquels ces biens auraient été remis ou cédés et dont ceux-ci seraient devenus titulaires ou ayants droit économiques. Ce droit aux renseignements présuppose toutefois que l'héritier ait vraisemblablement un intérêt juridique à la restitution de ces biens, que ce soit par l'action en rédu-

tion et restitution ou par l'action en rapport et en partage. – 3. Lorsque l'affaire présente un caractère international, le droit contractuel et le droit successoral des héritiers aux renseignements à l'égard de tiers présentent des différences. L'action en reddition de compte, soit le droit contractuel des héritiers aux renseignements contre la banque, tombe dans le champ d'application matériel de la Convention de Lugano. En vertu d'une habituelle élection de droit, l'existence et l'étendue du droit contractuel sont régies par l'art. 400 al. 1 CO. En revanche, le droit successoral des héritiers aux renseignements contre la banque est soumis à la LDIP. La demande de renseignements est du ressort de la juridiction du dernier domicile du défunt. – 4. Le droit à l'information de nature contractuelle des héritiers se heurte au droit du défunt au maintien de sa sphère privée, laquelle englobe non seulement les faits de nature strictement personnelle, mais aussi les aspects d'ordre économique relatifs à son patrimoine et donc les ordres qu'il a donnés, qu'il ait expressément ou non ordonné à la banque d'en maintenir la confidentialité. – 5. Dès lors que toute action est subordonnée à l'existence d'un intérêt juridique du demandeur, comme l'exprime l'adage, « pas d'intérêt, pas d'action », seul l'héritier réservataire dont la réserve est lésée et dont l'action en réduction n'est pas périmée, ou l'héritier légal qui dispose d'un droit au rapport et au partage sont en droit d'obtenir des renseignements sur les opérations effectuées par le défunt de son vivant. – 6. En l'espèce, les héritiers n'ont pas allégué que leur réserve légale aurait été lésée par le virement bancaire de EUR 500 000.

TF 4A\_522/2018 du 18 juillet 2019 (1<sup>re</sup> Cour de droit civil, A., B., C., D., contre Z. SA), SJ 2020 I 5. **Recours contre GE CJ ACJC/1031/2018 du 25 juillet 2018. Recensions:** P. Fischer <www.cdbf.ch/1088/>, C. Hirsch <www.lawin side.ch/831/>, S. Herzog, PJA 2019 1345.

### **r33** Anlageberatungsvertrag. Herausgabe von Retrozessionen (bejaht). Verjährung und Verzugszins. – Mandat de conseil en placement. Remise des rétrocessions au mandant (oui). Prescription et intérêt moratoire.

Strittig ist die Herausgabe von vereinnahmten Drittvergütungen von mindestens rund EUR 40 000. Das Handelsgericht St. Gallen heisst die Klage im Umfang von rund EUR 35 000 gut. Ein Teil der Forderung ist verjährt.

1. Ob bei einem Anlageberatungsvertrag die Retrozessionen analog zum Vermögensverwaltungsvertrag herauszugeben sind, muss einzelfallweise ge-

prüft werden. Besteht zwischen einem Anlageberatungsvertrag und den vereinnahmten Retrozessionen ein innerer Zusammenhang und damit ein potenzieller Interessenkonflikt, ist eine Herausgabe anzunehmen. – 2. Bei einer reinen Konto-/Depotbeziehung (*execution only*) fehlt ein innerer Zusammenhang (und damit die Gefahr eines Interessenkonflikts), da die Bank grundsätzlich nur die Anweisungen des Kunden ausführt. – 3. Vorliegend bestand ein Anlageberatungsvertrag. Die Bank hat die Wahl des Anlageprodukts zumindest beeinflusst bzw. selber festgelegt und sich vom Kunden bestätigen lassen. Ein Grossteil des Vermögens wurde in für die Bank provisionsprofitable Anlagen investiert. Unter diesen Umständen ist ein innerer Zusammenhang zwischen dem Anlageberatungsvertrag und den vereinnahmten Retrozessionen zu bejahen. – 4. Die Kunden wurden nicht darüber informiert, dass die Bank Retrozessionen erhielt. Aufgrund des gegenüber dem Kunden nicht offen gelegten Interessenkonflikts sind die Retrozessionen gemäss Art. 400 Abs. 1 OR herauszugeben. – 5. Die Verjährung wurde durch die Einreichung des Schlichtungsgesuchs unterbrochen, unabhängig davon, dass es sich um eine handelsgerichtliche Zuständigkeit handelte und dass die Klägerin das Verfahren nicht innert der Frist von Art. 63 ZPO fortgesetzt hat. – 6. Die Klägerin kann sich nicht gestützt auf Art. 60 Abs. 2 OR auf die Verjährung der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB berufen. Beim Anlageberatungsvertrag ist dieser Straftatbestand nicht erfüllt, da es an der vorausgesetzten Selbständigkeit fehlt. – 7. Verzugszins für die Retrozessionen sind erst ab dem Zeitpunkt geschuldet, zu dem der Kunde Rechenschaftsablegung verlangt.

SG Handelsgericht, HG.2018.11-HGK vom 12. September 2019 (A. AG gegen B. AG), rechtskräftig.

### **r34** Retrozessionen. Verjährung. – *Rétrocessions. Prescription.*

Der Alleinerbe der verstorbenen C. klagt gegen deren vermögensverwaltende Bank auf die Herausgabe von Retrozessionen. Das Bezirksgericht Zürich hatte die Verjährungseinrede der Bank abgelehnt mit der Begründung, dass die zehnjährige Verjährungsfrist beginne, wenn Rechenschaft abgelegt werde. Im Sinne einer Eventualerwägung bejahte es einen Rechtsmissbrauch der Bank. Das Obergericht Zürich verweist auf die abweichende bundesgerichtliche Rechtsprechung und heisst die Berufung der Bank gut.

1. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung beginnt die zehnjährige Verjährungsfrist der Herausgabeansprüche des Auftraggebers an dem Tag zu laufen, an dem der Beauftragte den herauszugebenden Betrag erhalten hat. Die Erwägungen beziehen sich allgemein auf Retrozessionen, daher ist nicht ersichtlich, weshalb die bundesgerichtliche Rechtsprechung nur auf Versicherungsberatungsverträge und nicht auch auf Vermögensverwaltungsverträge zur Anwendung kommen sollte. Die Geltendmachung der Herausgabe setzt zudem nicht zwingend die vorgängige Erfüllung der Rechenschaftspflicht voraus, sondern ist beispielsweise auch mittels einer Stufenklage möglich. – 2. Eine Verjährungseinrede ist dann rechtsmissbräuchlich, wenn der Gläubiger durch eine pflichtwidrige Unterlassung des Schuldners von verjährungsunterbrechenden Schritten abgehalten wurde. Damit eine Unterlassung des Schuldners kausal für die Unterlassung verjährungsunterbrechender Schritte durch den Gläubiger sein kann, muss sie von diesem vor dem Hintergrund eines bestimmten Erwartungshorizonts als solche wahrgenommen werden. Dies ist vorliegend nicht der Fall: Der Kläger rechnete nicht mit Herausgabeansprüchen, sodass es keines Verhaltens der Bank bedurfte, um den Kläger von verjährungsunterbrechenden Handlungen abzuhalten. Es fehlte daher an der für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs erforderlichen Kausalbeziehung. – 3. Der Kläger kann sich nicht gestützt auf Art. 60 Abs. 2 OR auf die längere Verjährungsfrist der ungetreuen Geschäftsbesorgung berufen: Beklagte ist eine juristische Person, die grundsätzlich nicht als Täterin einer ungetreuen Geschäftsbesorgung in Frage kommt. Die Verantwortlichkeit von Unternehmen ist in Art. 102 StGB als Übertretung ausgestaltet, für die gemäss Art. 109 StGB eine Verjährungsfrist von drei Jahren gilt. Die Verjährungsfrist von 15 Jahren gemäss Art. 97 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 158 StGB käme zur Anwendung, wenn die Beklagte i.S.v. Art. 55 Abs. 2 ZGB für die Handlungen eines Organs einstehen müsste, was nicht geltend gemacht wird.

ZH Obergericht, LB190002-O vom 16. August 2019 (II. Zivilkammer, A. AG gegen B.), rechtskräftig. Siehe aber BGer 6B\_31/2019 vom 12. Dezember 2019 (Strafrechtliche Abteilung, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau gegen A. und Bank B.): Art. 102 StGB ist eine Zurechnungsnorm. Die Verjährung richtet sich nach der Anlasstat. **Besprechungen:** C. Kerber, <www.swissblawg.ch>, 13. Januar 2020; K. Villard, <www.cdbf.ch/1107/>; C. Hirsch, <www.lawinside.ch/873/>.

### **r35 Retrozessionen. Verurteilung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung und Geldwäscherei (ASE). – *Rétrocessions. Condamnation pour gestion déloyale et blanchiment d'argent (ASE).***

1. Die Klausel, mit denen die ASE ihre Kunden über die Vereinnahmung von Retrozessionen informierte, genügt den bundesgerichtlichen Anforderungen nicht (Hinweis auf die zivilrechtliche Retrozessionsrechtsprechung des Bundesgerichts). Unzutreffend war in dieser Klausel zudem der Hinweis, die vereinnahmten Gelder würden der Deckung von Kosten und Spesen dienen. Dies stellt eine Pflichtwidrigkeit im Sinne der ungetreuen Geschäftsbesorgung dar. – 2. Die Tatsache, dass die Auszahlung der Retrozessionen teilweise unter einem anderen Buchungstext geführt wurde, vermag an deren Natur nichts zu ändern. – 3. Auch wenn die Kunden infolge Vermischung ihr Eigentum an den gepoolten Geldern verloren haben, blieben sie dennoch wirtschaftlich an ihnen berechtigt. Dass die Retrozessionen dabei aufgrund von unautorisierten Transaktionen anfielen, ändert insofern nichts, als die Beschuldigten diese Geschäfte nur tätigen und Retrozessionen generieren konnten, weil die Kunden ihre Gelder der ASE zur Verwaltung anvertraut hatten. Der Geschäftsführer und der Verwaltungsrat der ASE haben sich der ungetreuen Geschäftsbesorgung schuldig gemacht. – 4. Die Bank verbuchte jeweils eine Barauszahlung bzw. -einzahlung, obschon sie das Geld faktisch nicht auszahlte, sondern direkt überwies. Da die Beschuldigten die entsprechenden Belege unterzeichneten, ist ihnen dieses Vorgehen anzurechnen. Das Verfahren scheint derart unüblich, dass damit lediglich eine Unterbrechung des «*paper trail*» bezweckt worden sein kann, was eine Geldwäschereihandlung darstellt. Die Beschuldigten haben sich hinsichtlich der Retrozessionen der mehrfachen Geldwäscherei in Mittäterschaft schuldig gemacht.

AG Obergericht, SST.2017.146/SST.2017.147 vom 1. Februar 2019, nicht rechtskräftig. **Besprechungen:** z.B. Aargauer Zeitung Online vom 1. Februar 2019 (Der Betrüger und die Ahnungslosen: Obergericht reduziert Strafen im ASE-Prozess); NZZ Online vom 1. Februar 2019 (Mildere Urteile für ASE-Verantwortliche).

### **r36 Retrozessionen. Churning. Ungetreue Geschäftsbesorgung. – *Rétrocessions. Churning. Gestion déloyale.***

Das Obergericht Zürich sprach einen Vermögensverwalter, der Retrozessionen vereinnahmt hatte, vom Vorwurf der ungetreuen Geschäftsbesorgung frei,



weil die Handlungen im Jahr 2004 und damit vor der zivilrechtlichen Retrozessionsrechtsprechung des Bundesgerichts stattgefunden hatten (SZW 2/2019 212 r31). Dieser Entscheid wurde vom Bundesgericht aufgehoben. Die Begründung betrifft allerdings nicht die Retrozessionen, sondern das Churning, zu dessen Beurteilung das Obergericht ein Gutachten hätte einholen müssen. Die zivilrechtliche Retrozessionsrechtsprechung bleibt für die Frage der Strafbarkeit massgeblich.

BGer 6B\_1113/2018, 6B\_1139/2018 vom 10. Dezember 2019 (Strafrechtliche Abteilung, A. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und B. und Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen B.) *Besprechung*: Fontana, SJZ 116/2020, 138 ff.

## V. Procédure civile, exécution forcée et entraide internationale – Zivilverfahren, Zwangsvollstreckung und internationale Rechtshilfe

### **r37 Séquestre. Crédit documentaire. Rattachement avec la Suisse. – Arrest. Akkreditiv. Genügender Bezug zur Schweiz.**

Vente à une société turque par une société sise à Dubai. Paiement par crédit documentaire ouvert par une banque turque et confirmée par une banque à Genève. Inexécution de la vente en raison d'une prétendue force majeure. Séquestre obtenu par l'acheteur au préjudice du vendeur en mains de la banque genevoise confirmant le crédit. Opposition à séquestre admise par la Cour de justice qui lève le séquestre. Recours au TF rejeté.

1. La décision sur opposition au séquestre porte sur une mesure provisionnelle au sens de l'art. 98 LTF; un recours n'est possible que pour violation des droits constitutionnels. – 2. Entre autres conditions, l'art. 271 al. 1 ch. 4 LP permet le séquestre des biens du débiteur qui se trouvent en Suisse lorsque le débiteur n'habite pas en Suisse pour autant que la créance ait un lien suffisant avec la Suisse. – 3. La jurisprudence retient notamment comme point de rattachement le lieu d'exécution du contrat en Suisse. Ainsi, le paiement sur un compte en Suisse en relation avec le contrat litigieux peut constituer un lien suffisant avec la Suisse. En revanche, la doctrine est divisée sur l'existence d'un lien suffisant du seul fait que le crédit documentaire est payable en Suisse. – 4. L'autorité de séquestre dispose d'un large pouvoir d'appréciation. En l'absence de tout autre rattachement avec la

Suisse, il n'est pas arbitraire de considérer que la confirmation et le paiement du crédit documentaire par une banque suisse ne constitue pas un lien suffisant avec la Suisse.

TF 5A\_519/2018 du 1 mai 2019, SJ 2019 I 388 (1<sup>re</sup> Cour de droit civil, A. A.S. contre B.) *Recours contre GE Cour de justice* ACJC/689/2018 du 4 juin 2018.

### **r38 Entraide judiciaire internationale en matière civile (divorce). Compte bancaire. Droit d'être entendu. – Internationale Rechtshilfe in Zivilsachen (Scheidung). Bankkonto. Rechtliches Gehör.**

Demande d'entraide internationale en matière civile tendant à la fourniture de documents bancaires relatifs aux comptes des époux ouverts auprès d'une banque suisse. Par ordonnance, le tribunal donne suite à la demande d'entraide et ordonne à la banque de livrer diverses informations relatives aux comptes. Recours de l'époux qui invoque une violation du droit d'être entendu et le retrait de la demande en divorce. Recours rejeté par la Cour de justice, mais admis par le TF.

1. Clarification du droit d'être entendu dans une procédure d'entraide judiciaire suite à l'ATF 142 III 116 : il suffit que les personnes intéressées disposent avant le renvoi de la commission rogatoire d'une voie de recours dans laquelle elles pourront faire valoir leurs arguments. En l'espèce, le recourant a pu déposer un recours devant la Cour de justice. Il a dès lors pu exercer son droit d'être entendu – 2. Le TF reconnaît que, lorsque la personne intéressée n'a pas été entendue devant la première instance cantonale, celle-ci peut invoquer des *nova*. En l'espèce, l'époux a invoqué le retrait par l'épouse de la demande en divorce. Ce fait aurait dû être pris en considération par la Cour de justice. Le TF admet ainsi le recours.

ATF 145 III 422 (5A\_362/2018 du 2 juillet 2019; II<sup>e</sup> Cour de droit civil, A. contre Banque B.) *Recours contre GE CJ* ACJC/243/2018 du 20 février 2018. *Recensions*: C. Hirsch, <[www.lawinside.ch/843/](http://www.lawinside.ch/843/)>, P. Haberbeck, *Inside Law*, <[www.onsidelaw.ch/internationale-rechtshilfe-in-zivilsachen-neues-leiterteil-des-bundesgerichts/](http://www.onsidelaw.ch/internationale-rechtshilfe-in-zivilsachen-neues-leiterteil-des-bundesgerichts/)>.

### **r39 Liquidation d'une banque étrangère solvable. Reconnaissance en Suisse. Sous-dépositaire en Suisse de titres intermédiés. Remise au liquidateur étranger (oui). Distraction en faveur de titulaires de comptes de titres de la banque étrangère (non). – Liquidation einer zahlungsfähigen ausländischen Bank. Drittverwahrung von Bucheffekten in der Schweiz. Überweisung an den ausländischen**

**Liquidator (ja). Absonderung zugunsten der Inhaber der Wertpapierkonten der Bank (nein).**

Une banque sise à Andorre est soumise à une procédure de liquidation solvable faisant suite à des difficultés liées à des soupçons de blanchiment d'argent. Elle est liée par un contrat de service à une banque suisse auprès de laquelle elle détient une position relative à des espèces et des effets de change (banque sous-dépositaire). La FINMA reconnaît la mesure d'insolvabilité prononcée à Andorre afin que les avoirs soient remis à l'autorité compétente d'Andorre sans procédure ancillaire en Suisse. Des clientes de la banque en liquidation, titulaires de titres déposés par celle-ci auprès de la banque sous-dépositaire, forment recours auprès du TAF. Titulaires de titres intermédiaires pouvant être soustraits à la masse en faillite, elles estiment que leur situation doit être assimilée à celle de bénéficiaires de créances garanties par gage, qu'elles bénéficient de la même protection que ceux-ci et exigent l'ouverture d'une procédure de faillite ancillaire en Suisse. Recours déclarés irrecevables par le TAF et le TF. Le raisonnement résumé ci-dessous est celui du TAF.

**1.** Dans le cas d'une faillite bancaire, l'art. 37d LB renvoie aux art. 17 ss LTI qui régissent la distraction des valeurs déposées au sens de l'art. 16 LB auprès de la banque en liquidation. Il ressort de la place de l'art. 37d LB dans le chapitre XII consacré à la faillite de banques – ainsi d'ailleurs que de la teneur de l'art. 17 LTI – que la distraction ne peut intervenir qu'en cas de procédure de faillite et non pas dans le cadre de mesures d'assainissement. En cas de faillite d'une banque étrangère, ces normes ne trouvent application qu'à la suite de la reconnaissance de la décision de faillite étrangère par la FINMA. – **2.** En l'espèce, la banque est soumise à une mesure d'assainissement; un plan de résolution a été mis en place et est exécuté par l'autorité andorrane compétente. Puisque la banque n'est pas en faillite, l'art. 37d LB et les art. 17 ss LTI, qui permettent la distraction des titres intermédiaires, ne sont pas applicables. – **3.** L'art. 37g al. 2 LB protège d'une manière différente les créanciers gagistes des titulaires de titres intermédiaires. En effet, alors que les seconds disposent du droit de distraction, les premiers ne disposent que d'un droit préférentiel sur le produit de la réalisation des biens grevés du droit de gage qui, pour leur part, tombent dans la masse en faillite. Partant, les clientes ne peuvent se prévaloir directement du régime prévu pour les créanciers gagistes au sens de l'art. 37g al. 2 LB. –

**4.** Le TAF relève que le législateur n'entendait pas prendre en considération les créanciers domiciliés à l'étranger à l'exception de ceux dont le gage est situé Suisse (art. 37g al. 2 LB). Ces derniers bénéficient d'un privilège fondé sur le droit matériel suisse qui crée un rattachement à la Suisse. Tel n'est pas le cas du dépôt de titres intermédiaires par un dépositaire étranger auprès d'un sous-dépositaire suisse. – **5.** En l'espèce, les clientes ont une relation contractuelle avec la banque andorrane, et non avec la banque suisse sous-dépositaire. Elles ne peuvent donc pas bénéficier de la protection accordée par le législateur à défaut de rattachement immédiat ou intentionnel avec la Suisse. En outre, cette approche rejoint la conception prévalant dans la Convention de la Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (RS 0.221.556.1). En effet, l'art. 1 al. 1 let. g de cette Convention se fonde sur «l'approche du lieu de l'intermédiaire pertinent», soit celui qui tient le compte de titres pour le titulaire de compte, afin de déterminer le droit applicable. En l'espèce, il s'agit donc de la banque andorrane et non de la banque suisse sous-dépositaire. – **5.** Le TAF en conclut que les clientes ne peuvent pas se prévaloir d'une application de l'art. 37g al. 2 LB, fût-ce de manière directe ou par analogie, ni de l'existence d'une lacune dans cette disposition.

*TAF B-2520/2017 du 21 décembre 2017 (Cour II, A., B. SA contre C.C., D., E. F., G.), Recours déclaré irrecevable par ATF 145 II 168. Recensions: G. Geissbühler, <cdbf.ch/1086/>; E. Jacot-Guillarmod, <www.lawinside.ch/778/>.*

**40 Mitwirkungspflicht der Bank in einem Prozess zwischen Dritten. – Obligation de la banque de collaborer dans un procès civil entre tiers.**

In einem Grundbuchberichtigungsprozess zwischen X. und Y. einerseits und der H. AG andererseits wurde die am Prozess nicht beteiligte Bank A. zur Mitwirkung verpflichtet. In der Lehre ist umstritten, ob eine Beschwerde nach Art. 167 Abs. 3 ZPO nur dann zulässig ist, wenn das Gericht Sanktionen androht. Das Kantonsgericht kommt zum Schluss, dass die blosser Aufforderung zur Mitwirkung noch nicht mittels Beschwerde anfechtbar ist, sondern erst die definitive, mit Androhung einer Sanktion verbundene Aufforderung des Gerichts zur Urkundenedition nach Prüfung der geltend gemachten Verweigerungsgründe.

*LU Kantonsgericht, LGVE 2019 / Nr. 2 vom 5. Februar 2019, rechtskräftig.*

## VI. Conformité fiscale du client – Steuerkonformität der Kunden

### **r41** Verweigerung der Herausgabe von Gold bei fehlendem Nachweis der Steuerkonformität. – *Refus de remettre de l'or à un client qui ne démontre pas suffisamment sa conformité fiscale.*

Ein in Deutschland wohnhafter Kunde verlangte von der Bank die Herausgabe von 299 Unzen Gold. Da er sich weigerte, ein Offenlegungsformular betreffend die korrekte Versteuerung zu unterzeichnen, kündigte die Bank die Geschäftsbeziehung per Ende März 2014. Der Kunde klagt auf Herausgabe des Goldes. Das Begehren wurde von den kantonalen Instanzen abgewiesen. Das Bundesgericht hat die Sache an das Obergericht zurückgewiesen.

1. Soweit das GwG und die GwV-FINMA einem privatrechtlichen Vertrag widersprechen, gehen sie dessen Bestimmungen grundsätzlich vor (vgl. insbesondere Art. 20 und 119 OR). Hat der Finanzintermediär einen begründeten Verdacht i.S.v. Art. 9 Abs. 1 Bst. a GwG, muss er unverzüglich Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei erstatten. Hat er zwar keinen solchen begründeten Verdacht, erscheint die Geschäftsbeziehung aber trotzdem als «zweifelhaft», so überlässt Art. 31 Abs. 1 GwV-FINMA die Meldung dem Ermessen des Finanzintermediärs. Bricht der Finanzintermediär eine zweifelhafte Geschäftsbeziehung ohne einen begründeten Verdacht auf Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung ab, so darf er den Rückzug bedeutender Vermögenswerte nur in einer Form gestatten, die den Paper Trail wahrt (Art. 32 Abs. 1 GwV-FINMA). – 2. Vorliegend bestehen keine Verdachtsmomente hinsichtlich eines klassischen Geldwäschereitatsbestands. Auch Anhaltspunkte für ein qualifiziertes Steuervergehen (Verwendung einer gefälschten, verfälschten oder unwahren Urkunde und Hinterziehung von Steuern in Deutschland im Gegenwert von mehr als CHF 300 000) sind nicht ersichtlich. Art. 32 i.V.m. 31 GwV-FINMA sind daher nicht einschlägig. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Geldwäschereigesetzgebung der Herausgabe des Goldes entgegenstehen könnte. – 3. Eine Verletzung schweizerischer Aufsichtsnormen wie Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG kann auch durch die Verletzung ausländischen Rechts begründet werden. Vorliegend fehlen allerdings jegliche Angaben zur Rechtslage in Deutschland. Die Sache ist zur Ermittlung des insoweit offensichtlich unvollständig festgestellten (Prozess-)Sachverhalts, zur Anwendung

ausländischen Rechts und zur Beurteilung der von der Vorinstanz offen gelassenen Einwände der Beschwerdegegnerinnen zurückzuweisen. – 4. Falls die Vorinstanz nicht ausschliessen kann, dass sich die Bank bereits durch die Annahme und Verwaltung der Vermögenswerte des Kunden strafbar machte, ist in Bezug auf die von der Vorinstanz bejahte *clausula rebus sic stantibus* zu fordern, dass Sanktionen entweder gerade deshalb drohen, weil das Gold herausgegeben wurde, oder sich aber zumindest gerade deshalb das Strafverfolgungsrisiko beträchtlich erhöht bzw. die Straffolgen massgebend schärfer ausfallen würden. Bei der Interessenabwägung wäre zudem zu berücksichtigen, mit welchen Folgen der Kunde zu rechnen hat, wenn er seine Steuersituation bereinigt.

BGer 4A\_263/2019 vom 2. Dezember 2019 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen Bank B. AG und Bank B. Switzerland AG). **Besprechungen:** z.B. *Jurius, Jusletter 20. Januar 2020 (Bank verweigert deutschem Kunden die Aushändigung von 8 Kilo Gold); P. Haberbeck, <<https://insidelaw.ch/interessantes-neues-bundesgerichtsurteil-zum-bankenrecht-forderung-auf-herausgabe-von-gold/>>; C. Hirsch, <[cdbf.ch/1109](https://www.cdbf.ch/1109)>; ius. focus 2/2020 Nr. 41, M. Böckli, AJP 2020, 525 ff.*

### **r42** Transferbeschränkung bei fehlendem Nachweis der Steuerkonformität. Herausgabepflicht der Bank bejaht. Verbot der Offenlegung im Rahmen des Automatischen Informationsaustauschs. – *Restrictions de transfert en l'absence de preuve de la conformité fiscale. Obligation de la banque de remettre les avoirs. Interdiction de procéder à l'échange automatique de renseignements en matière fiscale.*

Die mittlerweile 79-jährige A. eröffnete im Jahr 2000 ein Konto bei der Bank E., die später von der Bank C. übernommen wurde. Im Juni 2015 kündigte A. die Kontobeziehung und verlangte die Barauszahlung ihres Kontoguthabens. Die Bank C. anerkennt grundsätzlich einen Auszahlungsanspruch der A., macht aber die Barauszahlung vom vorgängigen Nachweis der ordnungsgemässen Versteuerung in Deutschland abhängig. A. klagt gegen die Bank auf Barauszahlung ihres Kontoguthabens zuzüglich Zins. Zudem will sie der Bank gerichtlich verbieten, sie betreffende Daten den deutschen Steuerbehörden gegenüber direkt oder indirekt offenzulegen, insbesondere im Rahmen einer Meldung unter dem Automatischen Informationsaustausch (AIA). Sie erhält Recht.

1. Die Bank macht geltend, sie sei aufgrund ihrer AGB berechtigt, die Barauszahlung zu verweigern.

Dabei beruft sie sich einerseits auf Ziff. 11 AGB, nach denen die Bank im Falle, «dass die Transaktion ungewöhnlich ist oder gegen in- oder ausländische gesetzliche Vorschriften verstossen könnte» oder sich die Kundin weigert, «die für die Beurteilung notwendigen Auskünfte zu erteilen, [...] nach eigenem Ermessen berechtigt [ist] zu bestimmen, ob und in welcher Form die Transaktion ausgeführt wird. Insbesondere ist die Bank berechtigt, Barein- und -auszahlungen zu verweigern [...]». Andererseits beruft sich die Bank auf Ziff. 20 AGB, wonach sich die Bank im Falle einer Kündigung der Bankbeziehung vorbehalte, «den Abzug von Vermögenswerten nach freiem Ermessen nur in einer Form zu gestatten, welche es erlaubt, deren Spur weiterzuverfolgen». Diese Klauseln stellen eine übermässige Bindung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB dar, da die Bank die Erfüllung einer Hauptleistungspflicht – die Auszahlung des Guthabens – in ihr ausschliessliches Ermessen stellt. Sie würden überdies vor Art. 8 UWG nicht standhalten. – 2. Die Bank bringt weiter vor, das seit der Kontoeröffnung signifikant erhöhte Strafbarkeitsrisiko unter deutschem Recht stelle ein Leistungshindernis im Sinne von Art. 119 OR dar. Ausländische (Steuer-) Strafnormen können zwar grundsätzlich eine Unmöglichkeit nach Art. 119 OR begründen. Vorliegend bestanden für die Bank allerdings bereits bei der Kontoeröffnung gewisse Indizien dafür, dass die Guthaben von A. in Deutschland nicht ordnungsgemäss versteuert worden sein könnten. Entsprechend wäre eine allfällige Unmöglichkeit weder nachträglich noch unverschuldet. Die Vereinbarung banklagernder Korrespondenz und eines Nummernkontos kann nicht nur Ausdruck eines erhöhten Diskretionsbedürfnisses sein, sondern bildet auch Indiz für das Vorliegen eines möglichen Steuerdelikts. – 3. Weiter beruft sich die Bank auf die *clausula rebus sic stantibus* und führt aus, seit der Kontoeröffnung hätten sich die Verhältnisse stark verändert; die strafrechtliche Verfolgung von Schweizer Banken und deren Mitarbeitenden sei nicht vorhersehbar gewesen. Das erhöhte Strafbarkeitsrisiko war der Bank allerdings bereits vor dem Jahr 2015 bekannt. Dennoch hat sie die Vertragsbeziehung zu A. nicht gekündigt, sondern ihr vielmehr weiterhin Barbezüge gestattet. Daran ändert nichts, dass sie die Klägerin auf Einschränkungen für Bartransaktion aufmerksam gemacht habe (was von dieser im Übrigen bestritten wird). Wenn sich die Bank nun auf die veränderten Verhältnisse beruft, ist ihr Verhalten als widersprüchlich

zu qualifizieren. – 4. Die Bank macht weiter geltend, die Barauszahlung wäre als Beihilfehandlung zur Steuerhinterziehung als sittenwidrig zu betrachten. Die Verletzung ausländischen zwingenden Rechts führt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann zur Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts, wenn die verletzte Vorschrift Interessen des Individuums und der menschlichen Gemeinschaft von fundamentaler und lebenswichtiger Bedeutung schützt oder Rechtsgüter in Frage stehen, die nach allgemeiner ethischer Auffassung schwerer wiegen als die Vertragsfreiheit. Steuervorschriften können nicht zu diesen Normen gerechnet werden. – 5. Die Bank hat der Kundin das Guthaben daher in bar herauszugeben. – 6. Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. i AIAG ist ein bestehendes Konto ein Finanzkonto, das am Tag vor Beginn der Anwendbarkeit des automatischen Informationsaustauschs mit einem Partnerstaat von einem meldenden schweizerischen Finanzinstitut geführt wird. Nach der entsprechenden Wegleitung der ESTV gilt ein Konto dann als aufgelöst, wenn das Konto technisch abgeschlossen ist, d.h. die letzten Vermögenswerte das Finanzinstitut verlassen haben oder auf ein internes Konto des Finanzinstituts umgebucht wurden. Hätte die Bank der A. die Barauszahlung ihres Guthabens nicht zu Unrecht verweigert, wäre die Kontobeziehung beim Inkrafttreten des AIAG längstens aufgelöst und auch technisch geschlossen gewesen. – 7. Würde die Bank die Daten der A. betreffend das bereits im Juni 2015 aufgelöste Konto übermitteln, würde sie somit objektiv falsche Daten übermitteln und gegen Art. 5 DSG verstossen, was eine Persönlichkeitsverletzung darstellen würde.

ZH Bezirksgericht, CG170101-L vom 25. November 2019 (A. gegen C.), nicht rechtskräftig.

## VII. Protection des données personnelles et secret professionnel – Datenschutz und Berufsgeheimnis

**r43** Transmission de données au DOJ. Atteinte illicite au droit de la personnalité. Dommages-intérêts (non). – Datenübermittlungen an das DOJ. Widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung. Schadenersatzanspruch (nein).

Une employée est engagée comme assistante de gestion auprès du desk nord-américain d'une grande banque suisse. Dans le cadre du programme américain, des documents bancaires contenant son nom

sont transmis aux autorités américaines. Après s'être retrouvée en incapacité de travail, l'employée accepte de reprendre le travail à condition que la banque lui garantisse qu'elle n'aura plus à traiter des dossiers de clients non déclarés. N'étant pas satisfaite par la réponse de la banque, elle résilie avec effet immédiat le contrat de travail et actionne la banque afin d'obtenir réparation du préjudice subi qu'elle estime à plusieurs millions. Les instances cantonales la déboutent et le TF rejette son recours.

**1.** Rappel des conditions et des droits de l'employé lors d'une résiliation immédiate pour justes motifs. En l'espèce, la résiliation est tardive. En effet, l'employée a préféré négocier son retour. Or, si le lien de confiance était effectivement rompu, elle aurait dû résilier le contrat sans délai. – **2.** L'atteinte à la personnalité a été constatée dans une procédure préalable. L'employée n'a cependant pas réussi à prouver que la transmission de son nom aux autorités américaines aurait eu pour conséquence l'impossibilité de retrouver un emploi dans le domaine bancaire. Il n'y a donc pas de lien de causalité entre l'atteinte à sa personnalité et le préjudice invoqué.

*TF 4A\_610/2018 du 29 août 2019 (1<sup>re</sup> Cour de droit civil, A. contre B. AG). Recours contre GE CJ CAPH/140/2018 du 15 octobre 2018. Recensions: C. Hirsch <www.cdbf.ch/1093/>.*

**r44 Datenübermittlung an das DOJ. Gesuch des Kunden um vorsorgliche Massnahmen gutgeheissen. – Transmission de données au DOJ. Requête du client en mesures provisionnelles admises.**

Der Bankkunde ist ein in Israel wohnhafter Diamantenhändler mit US-Staatsbürgerschaft. Er erwirkt gegen seine Bank ein vorsorgliches Verbot, ihn betreffende Personendaten an die US-Behörden zu übermitteln.

**1.** Der Kläger ist bei mehreren Konten nicht Vertragspartei, sondern bestenfalls wirtschaftlich Berechtigter. Hinsichtlich jener Personendaten, die mit diesen Konten im Zusammenhang stehen, ist er nicht an eine allfällig zwischen den Vertragsparteien vereinbarte Gerichtsstandsvereinbarung gebunden. Dasselbe gilt für Rechtswahlklauseln. Bei derjenigen Kontoverbindung, die auf den Namen des Klägers lautet, greift hingegen die vereinbarte Gerichtsstandsklausel zugunsten der Luxemburger Gerichte. – **2.** Selbst bei Geltung einer Rechtswahlklausel wäre Schweizer Recht anwendbar, da sich das Gesuch des Klägers insbesondere auf Art. 6 DSG stützt, der

gemäss Art. 18 IPRG für alle von der Schweiz aus übermittelten Daten gilt. – **3.** Allfällige Namen von Familienangehörigen können durchaus einen tauglichen Anknüpfungspunkt bilden, um Genaueres über das betroffene Konto zu erfahren, und könnten den Kläger letztlich identifizierbar machen. Dies, zumal Namen von natürlichen Personen nicht die gleiche Anonymität bieten wie Namen von Gesellschaften. Daher gelingt es dem Kläger, glaubhaft zu machen, dass auch bezüglich derjenigen Kontoverbindung eine Lieferung seiner Personendaten droht, die zu einem seiner Familienangehörigen besteht. – **4.** Das Gesuch des Klägers ist auch hinsichtlich pseudonymisierter bzw. verschlüsselter/codierter Daten gutzuheissen: Solche Daten sind zwar unter Umständen anonymisierten Daten gleichgestellt, die nicht mehr Personendaten im Sinne der Datenschutzgesetzgebung darstellen. Dies trifft allerdings nur zu, sofern es sich um eine *geeignete* Pseudonymisierung bzw. Verschlüsselung/Codierung handelt. Auch hinsichtlich der Geeignetheit der getroffenen Verschlüsselungsmassnahmen ist dem Kläger zuzugestehen, die Frage gerichtlich klären zu lassen.

*ZH Handelsgericht, HE180350 vom 21. Dezember 2018 (A. gegen B. AG), bestätigt in BGer 4A\_50/2019 vom 28. Mai 2019 (Bank A. [Schweiz] AG gegen B.).*

**r45 Datenübermittlungen an das DOJ nicht «unerlässlich» i.S.v. Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG. – Transmission de données au DOJ pas «indispensable» au sens de l'art. 6 al. 2 lit. b LPD.**

In diversen Fällen gelangten (ehemalige) Mitarbeitende, Treuhandgesellschaften, Rechtsanwältinnen und Vermögensverwalter an das Zürcher Handelsgericht, um den Banken die Übermittlung ihrer Personendaten an das DOJ zu verbieten. Sie erhielten Recht.

**1.** Mangels schutzwürdigen Interesses ist auf die Klage insoweit nicht einzutreten, als sich das Verbot der Datenübermittlung nicht auf das DOJ, sondern auf eine andere Behörde der Vereinigten Staaten von Amerika bezieht. – **2.** Gemäss Art. 6 Abs. 1 DSG gilt als schwerwiegende Gefährdung der Persönlichkeit von Gesetzes wegen jede Bekanntgabe in ein Land, welches über keine angemessene Datenschutzgesetzgebung verfügt. Die USA verfügen über keine angemessene Datenschutzgesetzgebung. Demnach droht durch die Bekanntgabe von Personendaten der Kläger an das DOJ eine Persönlichkeitsverletzung, die nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes gemäss

Art. 6 Abs. 2 DSG nicht widerrechtlich wäre. – **3.** Gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG können Personen-daten ins Ausland bekanntgegeben werden, obschon die dortige Gesetzgebung keinen angemessenen Schutz gewährleistet, wenn die Bekanntgabe im Einzelfall entweder für die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses oder für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht unerlässlich ist. – **4.** Als unerlässlich erachtet das Bundesgericht eine Datenlieferung etwa dann, wenn ohne sie davon auszugehen wäre, dass der Steuerstreit mit den USA erneut eskalieren und damit insgesamt der schweizerische Finanzplatz in Mitleidenschaft gezogen sowie der Ruf der Schweiz als zuverlässige Verhandlungspartnerin beeinträchtigt würde. Die Anklageerhebung müsste im Urteilszeitpunkt konkret drohen und dürfte nicht bloss möglich sein. Die Unerlässlichkeit wird von den Banken nicht hinreichend dargetan. – **5.** Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass seit dem Urteil des Bundesgerichts 4A\_83/2016 vom 22. September 2016 bis heute keine tatsächlichen Entwicklungen eingetreten sind, die im Hinblick auf vergleichbare Streitfälle eine andere als die bundesgerichtliche Einschätzung der Situation im Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA nahelegen würden.

*ZH Handelsgericht, HG160183-O vom 29. November 2018 (A. AG gegen B. [Switzerland] SA; HG160088 vom 23. Januar 2019 (A. AG und B. gegen C. AG; HG160136-O vom 23. Januar 2019 (A. gegen B. AG); HG170193-O vom 1. April 2019 (A. Ltd. und B. gegen C. AG); HG170245-O vom 6. März 2019 (A., B., C. D. Reg., E. Anstalt [beendet], F. Anstalt gegen G); HG180066 vom 14. Juni 2019 (A. gegen B.); HG180024-O vom 21. Juni 2019 (A. gegen B. [Bank]); HG160009-O vom 30. Januar 2019 (A. Ltd. gegen B. AG); HG180026-O vom 25. Juni 2019 (A. AG gegen B. AG); HG180088-O vom 1. Juli 2019 (A. AG gegen B.); HG180064-O vom 29. August 2019 (A. und B. gegen C.), alle rechtskräftig.*

**r46 Datenübermittlungen an das DOJ. Personen-datenqualität der Angaben auf der II.D.2-Liste. – Transmission de données au DOJ. Caractère personnel des données sur la Liste II.D.2.**

Eine Anwaltskanzlei und zwei bei ihr tätige Anwälte können einer Kategorie-2-Bank erfolgreich verbieten, im Zusammenhang mit dem US-Programm ihre Personendaten direkt oder indirekt an das DOJ weiterzugeben. Strittig ist insbesondere, welchen Angaben auf der II.D.2-Liste Personen-datenqualität zukommt. Unter der II.D.2.-Liste versteht das Appellationsgericht Basel-Stadt zwei Tabellen: Tabelle 1 enthält insbesondere die Namen und Funktionen von

Bankmitarbeitenden und Dritten, die mit dem Konto in Verbindung standen; Tabelle 2 enthält detaillierte Angaben zu den Vermögenstransfers (Datum, Betrag, Sender-, Korrespondenz- oder Empfängerbank). In beiden Tabellen sind die Kontobeziehungen fortlaufend mit einer Nummer versehen, die beide Tabellen miteinander verknüpft.

**1.** Personendaten sind gemäss Art. 3 lit. a DSG alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimm-bare Person beziehen. Das Logistep-Urteil (BGE 136 II 508) zeigt klar, dass sich die Bestimmbarkeit auch daraus ergeben kann, dass die Informationen, welche die Identifizierung der betroffenen Person ermöglichen, in einem rechtsstaatlichen Verfahren unter Mitwirkung einer staatlichen Behörde erhältlich gemacht werden können. Entsprechend kann die Bestimmbarkeit auch dann gegeben sein, wenn die Empfänger der Daten die betroffenen Personen nur mittels eines Amts- oder Rechtshilfverfahrens identifizieren können. – **2.** Anonymisierung bedeutet, dass der Personenbezug oder die Personenbeziehbarkeit von Personendaten irreversibel so aufgehoben wird, dass ohne unverhältnismässigen Aufwand keine Rückschlüsse auf die betroffene Person mehr möglich sind. Anonymisierte Personendaten sind keine Personendaten mehr. Bei der Pseudoanonymisierung wird der Personenbezug oder die Personenbeziehbarkeit nur reversibel aufgehoben, indem der Schlüssel zu Re-Identifizierung bzw. Re-Personalisierung erhalten bleibt. Für all diejenigen, die Zugang zum Schlüssel haben oder über andere Kenntnisse verfügen, um die Daten wieder einer bestimmten Person zuordnen zu können, bleiben pseudoanonymisierte Personendaten weiterhin Personendaten. Für alle anderen sind sie keine Personendaten mehr. Die vom Inhaber der Daten vorgenommene Anonymisierung oder Pseudoanonymisierung ist nur dann wirksam, wenn nicht damit gerechnet werden muss, dass der Empfänger der Daten die betroffene Person identifiziert. Bei dieser Beurteilung sind die technischen Möglichkeiten des Empfängers, die Informationen, über die der Empfänger verfügt oder die er erhältlich machen kann, und sein Interesse an der Identifizierung nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu berücksichtigen. – **3.** Es erscheint durchaus möglich, dass die Kläger aufgrund der Angaben in der II.D.2-Liste durch die US-Behörden auch dann identifiziert werden können, wenn ihre Firma bzw. ihre Namen unkenntlich gemacht werden. Das Gegenteil wurde von der Bank im erstinstanzlichen Verfahren nicht

behauptet. – 4. Überdies können die US-Behörden die Firma bzw. die Namen der Kläger über ein Amts- oder Rechtshilfeersuchen erhältlich machen. Angesichts des erheblichen Interesses der US-Behörden, nicht nur Steuerpflichtige, sondern auch Dritte strafrechtlich zu verfolgen, ist nicht ersichtlich, weshalb der Aufwand eines Amts- oder Rechtshilfeersuchens derart gross sein sollte, dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht damit gerechnet werden muss, dass die US-Behörden ihn bei einem entsprechenden Verdacht auf sich nehmen. – 5. Die Bank hat daher nicht bewiesen, dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht damit gerechnet werden muss, dass die US-Behörden die Kläger aufgrund der Angaben in der Tabelle 2 identifizieren. Mangels Beweises einer wirksamen Anonymisierung oder Pseudonymisierung sind daher alle Daten betreffend die fünf Kontobeziehungen in der Tabelle 2 weiterhin als Personendaten der Kläger zu qualifizieren.

*BS Appellationsgericht, ZB.2019.3 vom 9. August 2019 (A., B. und C. gegen D.), rechtskräftig.*

**r47 Datenübermittlungen an das DOJ. Pseudonymisierung. Vorsorgliche Massnahmen. – Transmission de documents au DOJ. Pseudonymisation. Mesures provisionnelles.**

Die Bank macht geltend, sie habe die Daten ausreichend pseudonymisiert, indem sie namentlich (1) sämtliche Überweisungsbeträge in US-Dollar umgerechnet, (2) die Transaktionen addiert und nur das monatliche Total ausgewiesen und (3) das ermittelte Total auf die nächsten CHF 10 000 aufgerundet habe. Die Kläger machen geltend, das DOJ könnte sie etwa mittels SWIFT-Abgleich identifizieren.

1. Das US-Programm verlangt die von der Bank behaupteten Massnahmen. Es sind darin keine Anonymisierungsmassnahmen zu erkennen. – 2. Die Bestimmbarkeit der Kläger ist zumindest glaubhaft gemacht. Ihre Ausführungen, wonach das DOJ Zugang auf SWIFT-Daten hätte, vermag die Bank nicht zu entkräften.

*ZH Handelsgericht, HE190100-O vom 21. Mai 2019 (A. SA und B. gegen C. SA), rechtskräftig.*

**r48 Datenübermittlungen an das DOJ. Verbotene Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 StGB). – Transmission de données au DOJ. Actes exécutés sans droit pour un État étranger (art. 271 CP).** A. hat in seiner Funktion als Verwaltungsratspräsident der B. AG dem DOJ im Hinblick auf den Abschluss eines Non Prosecution Agreement (NPA)

einen USB-Stick mit 109 Dossiers von in den USA potenziell steuerpflichtigen Kunden durch eine New Yorker Anwaltskanzlei übergeben lassen, ohne über eine Bewilligung nach Art. 271 Ziff. 1 StGB verfügt zu haben. Das Bundesstrafgericht hatte ihn zunächst freigesprochen, das Urteil war aber dann vom Bundesgericht aufgehoben worden. Das Bundesstrafgericht verurteilt A. zu einer Busse von CHF 10 000.

*BStrGer, SK.2018.71 vom 2. Mai 2019, bestätigt von der Berufungskammer des BStrGer, CA.2019.6 vom 5. Dezember 2019). Vorinstanzen: BStrGer, SK.2017.64 vom 9. Mai 2018; BGer 6B\_804/2018 vom 4. Dezember 2018 = r51 in SZW 2/2019. Besprechung: Juris, Jusletter, 3. Juni 2019, (CHF 10 000 wegen Übergabe von Kundendaten an US-Behörde).*

**r49 Verkauf von Bankkundendaten an die deutschen Steuerbehörden. Art. 273 und 305<sup>bis</sup> StGB – Vente de données de clients aux autorités fiscales allemandes. Art. 273 et 305<sup>bis</sup> CP.**

Das Bundesstrafgericht spricht den ehemaligen Bankmitarbeiter A. des qualifizierten wirtschaftlichen Nachrichtendienstes schuldig, weil er Kundendaten an die deutschen Steuerbehörden verkauft hat. Der Beschuldigte hat zwar nicht gestanden, konnte allerdings aufgrund mehrerer Indizien, insbesondere der gehäuften Zugriffe auf eine Applikation zur Verwaltung personenbezogener Informationen, überführt werden.

Bezüglich des erzielten Erlöses wird er ferner wegen Geldwäscherei i.S.v. Art. 305<sup>bis</sup> Ziff. 1 StGB schuldig gesprochen. Zudem erfolgt ein Schuldspruch wegen unerlaubten Munitionsbesitzes. Das Verfahren wegen Verletzung von Geschäftsgeheimnissen nach Art. 162 StGB wird eingestellt, vom Vorwurf der Verletzung des Bankgeheimnisses wird er freigesprochen, weil es sich um eine Auslandtat handelt und es an der Voraussetzung der beidseitigen Strafbarkeit nach Art. 7 Abs. 1 lit. a StGB fehlt. A. wird zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von drei Jahren und vier Monaten und zu einer bedingten Geldstrafe von 270 Tagessätzen à CHF 50 verurteilt.

*BStrGer, SK.2016.34 vom 21. Januar 2019 (Bundesanwaltschaft und Bank B. gegen A.), rechtskräftig infolge Rückzugs der Berufung (vgl. BStrGer, CA.2019.4 vom 13. August 2019). Besprechung: NZZ vom 22. Januar 2019 (40 Monate Gefängnis für ehemaligen UBS-Banker).*

**r50 Amtshilfe in Steuersachen. Information von Drittpersonen. – Assistance administrative en matière fiscale. Information des tiers concernés.**

Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) klagt gegen die Eidgenös-

sische Steuerverwaltung (ESTV) wegen deren Praxis, Personen, die nicht formell vom Amtshilfeersuchen betroffen sind (Drittpersonen) nicht vorgängig über die Übermittlung ihrer Daten zu informieren. Er erhält Recht.

**1.** Das DSG gelangt aufgrund der spezialgesetzlichen datenschutzrechtlichen Regelungen im StAhiG und im Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und den USA lediglich als Auslegungshilfe zur Anwendung. – **2.** Drittpersonen haben gestützt auf Art. 14 Abs. 2 StAhiG das Recht, darüber informiert zu werden, sobald ihre Daten für eine Übermittlung an die ersuchende Steuerbehörde voraussichtlich relevant im Sinne von Art. 4 Abs. 3 StAhiG und Art. 26 DBA CH-USA 96 sind. Sind diese Daten nicht voraussichtlich relevant, dürfen sie nicht übermittelt, sondern müssen ausgesondert und unkenntlich gemacht werden (Art. 17 Abs. 2 StAhiG). – **3.** Der Begriff der nicht betroffenen Person ist restriktiv zu verstehen. Es sind diejenigen Personen zu schützen, die nichts mit dem im Amtshilfeersuchen geschilderten Sachverhalt zu tun haben und deren Namen rein zufällig auftauchen. Das Bundesgericht hat dies für Bankmitarbeitende, Rechtsvertreterinnen und Notare bejaht. – **4.** Sofern Daten von Drittpersonen somit nicht ausgesondert oder unkenntlich gemacht werden, sind die Drittpersonen sowohl nach StAhiG als auch nach DSG vorgängig zu informieren. Für Fälle, in denen mit der erforderlichen Information unverhältnismässiger Aufwand verbunden ist und der Vollzug der Amtshilfe verunmöglicht oder unverhältnismässig verzögert würde, haben die zuständigen Behörden in geeigneter Form, zum Beispiel mittels Weisungen oder Richtlinien, gemeinsame Lösungen im Sinne von Ausnahmeregelungen zu erarbeiten.

*BVGer A-5715/2018 vom 3. September 2019 (Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter EDÖB gegen Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV und Eidgenössisches Finanzdepartement EFD), nicht rechtskräftig. **Besprechung:** Le Temps du 11 septembre 2019 (Le fisc fédéral rappelé à l'ordre par le Tribunal administratif fédéral); T. Sievert, <www.lawinside.ch/817/>.*

**r51** Auskunft über einen Eintrag im internen Global Tracking System. – *Obligation d'informer sur une inscription dans le Global Tracking System interne.*

B. bewarb sich erfolgreich um eine Stelle bei der Bank A. in London. Noch vor Stellenantritt annullierte die Bank A. die Anstellung, nachdem im Zuge eines Hintergrund-Checks ein Eintrag in ihrem in-

ternen Global Tracking System (GTS) aufgetaucht war. Die Bank A. wird verpflichtet, B. Auskunft über dessen Eintrag im GTS zu erteilen.

**1.** Art. 8 Abs. 1 DSG statuiert das Recht einer jeden Person, vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber zu verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden. – **2.** Nach Art. 9 Abs. 1 DSG kann der Inhaber der Datensammlung die Auskunft verweigern, einschränken oder aufschieben, soweit (lit. a) ein Gesetz im formellen Sinn dies vorsieht oder es (lit. b) wegen überwiegender Interessen Dritter erforderlich ist. – **3.** Die Pflicht zur Führung eines effizienten und funktionierenden Risikomanagements gestützt auf das Bankengesetz, namentlich Art. 3f Abs. 2 BankG, bildet keinen Rechtfertigungsgrund für eine Einschränkung des datenschutzrechtlichen Auskunftsrechts. – **4.** Eine Abwägung mit Dritt- und Eigeninteressen ist im vorliegenden Fall nicht möglich, da keine Angaben vorliegen, um welche Informationen es sich beim fraglichen GTS-Eintrag handelt.

*ZH Obergericht, LA180010-O vom 19. Dezember 2018 (A. AG gegen B.), rechtskräftig.*

**r52** Zugang zu amtlichen Dokumenten im Fall Raoul Weil (verneint). – *Accès à des documents publics sur l'affaire Raoul Weil (non).*

Im Rahmen der Recherchen für einen Dokumentarfilm über Raoul Weil ersuchte der SRF-Redakteur Hansjürg Zumstein um Zugang zu amtlichen Dokumenten. Das Gesuch wurde gemäss Bundesgericht zu Recht gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. d BGÖ bis zur Beendigung des Steuerstreits aufgeschoben, da die erhebliche Gefahr bestehe, dass sich bei einer Veröffentlichung der fraglichen Dokumente die Beziehungen zwischen der Schweiz und den USA verschlechtern könnten. Die Unterlagen enthielten insbesondere Angaben zum Verlauf der Verhandlungen der Schweiz mit dem DOJ.

*BGer 1C\_462/2018 vom 17. April 2019 (I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft und Hansjürg Zumstein gegen Eidgenössisches Finanzdepartement). **Besprechung:** Bircher, sic! 2019, 550 ff.*

**r53** Cum-Ex-Geschäfte. Übermittlung von Bankdokumenten (Sarasin). – *Investissement dans un fond Cum-Ex. Transmission de documents couverts par le secret bancaire (Sarasin).*

Im Zusammenhang mit dem Zivilverfahren gegen die Bank (Müller vs. Sarasin) lässt der Head Legal & Compliance, Products & Services der Bank (A.) dem Rechtsvertreter des Kunden (Rechtsanwalt B.) teils



direct, teils indirect über C. bankinterne Dokumente zukommen. Das Bezirksgericht Zürich spricht den Head Legal des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes, der mehrfachen Verletzung des Bankgeheimnisses und der mehrfachen versuchten Nötigung schuldig. Es verurteilt ihn zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 13 Monaten und einer bedingten Geldstrafe von 170 Tagessätzen zu CHF 120. Der Rechtsvertreter B. wird aufgrund der Anstiftung zur mehrfachen Verletzung des Bankgeheimnisses zu einer bedingten Geldstrafe von 360 Tagessätzen zu CHF 460 verurteilt. C. wird wegen der Anstiftung zur mehrfachen Verletzung des Bankgeheimnisses zu einer bedingten Geldstrafe von 360 Tagessätzen zu CHF 360 verurteilt. Von den übrigen Vorwürfen wurden die Beschuldigten freigesprochen.

ZH *Bezirksgericht, DG180059-L, DG180060-L und DG180061-L vom 9. April 2019 (Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich gegen A., B. und C.), nicht rechtskräftig. Besprechung: NZZ 12. April 2019, 27 (Teilfreisprüche im Zürcher Cum-Ex-Prozess). Siehe auch SZW 2017 213 f., 232 r14; SZW 2018 186, 206 f. r31; SZW 2019 197, 318 r34. Weiterführender Hinweis: Das Landgericht Bonn hat Cum-Ex-Geschäfte mit Urteil vom 18. März 2020 für strafbar erklärt. Siehe z.B. Frankfurter Allgemeine Zeitung Online vom 18. März 2020 (Strafen im Cum-Ex-Prozess: «Mit diesem Urteil geht eine klare Botschaft einher»).*

## VIII. Divers – Diverses

### **r54** Contrat de travail. Prohibition de faire concurrence. – *Arbeitsvertrag. Konkurrenzverbot.*

Contraint par la limite d'âge prévue par son ancien employeur, un «senior private banker» membre de la direction d'une banque informe ses clients, le lendemain de la fin des rapports de travail, qu'il a changé de banque et leur donne ses nouvelles coordonnées. Il leur met également à disposition un modèle de courrier pour qu'ils puissent transférer leurs avoirs auprès de son nouvel employeur. L'ancien employeur actionne le conseiller pour violation de la clause d'interdiction de concurrence. Rejet de la demande par les deux instances cantonales genevoises. Recours rejeté par le TF.

1. Lorsque le travailleur fournit au client une prestation qui se caractérise surtout par ses capacités personnelles, de sorte que ce dernier attache plus d'importance aux dites capacités qu'à l'identité de l'employeur, une clause de prohibition de concurrence fondée sur la connaissance de la clientèle n'est pas valable; en effet, dans une telle situation, si le client

se détourne de l'employeur pour suivre l'employé, ce préjudice pour l'employeur résulte des capacités personnelles de l'employé et non pas simplement du fait que celui-ci a eu connaissance du nom des clients. Pour admettre une telle situation – qui exclut la clause de prohibition de concurrence – il faut que l'employé fournisse au client une prestation qui se caractérise par une forte composante personnelle. – 2. En l'espèce, le conseiller à la clientèle fournissait une prestation avec une forte composante personnelle. Au même titre que le fait de confier sa santé à un médecin ou ses problèmes juridiques à un avocat, la relation nouée entre un gestionnaire de patrimoine et un client repose sur une confiance absolue. En outre, tous les clients entendus ont expliqué avoir suivi le conseiller lors du changement d'employeur car ils accordent davantage d'importance à la personne du gestionnaire qu'à la banque dépositaire; ils ont tous mis en exergue la confiance absolue que leur inspirait l'intimé et leur souhait qu'il continue à s'occuper de la gestion de leur patrimoine. Partant, la clause de prohibition de concurrence fondée sur la connaissance de la clientèle n'est pas valable.

TF 4A\_116/2018 du 28 mars 2019 (1<sup>re</sup> Cour de droit civil, A.SA contre Z.). Recours contre GE Cour de justice CAPH/7/2018 du 22 janvier 2018. *Recensions*: A. Telychko, <www.cdbf.ch/1064>.

### **r55** Revisionshaftung (bejaht). Hypothetischer Kausalzusammenhang. Verhältnis Strafrecht–Privatrecht. – *Responsabilité de l'organe de révision. Causalité hypothétique. Rapports entre droit pénal et droit privé.*

Die M. SA war eine Finanzierungsgesellschaft, die von Kunden Gelder zur Anlage und Verwaltung entgegennahm. Mit dem Geld der Anleger tätigte sie in eigenem Namen Finanzgeschäfte. Spätestens ab 1997 war die M. SA nicht mehr in der Lage, die mit den Anlegern vereinbarten Zinsen zu erwirtschaften. Trotzdem wurden die Zinsen weiterhin auf den Konten der Anleger gutgeschrieben. 2002 wurde über die M. SA der Konkurs eröffnet. Der leitende Revisor hatte es unterlassen, den Bestand und die Bonität der Debitoren zu überprüfen und wurde für diese Pflichtwidrigkeit wegen mehrfacher Urkundenfälschung verurteilt. Die Anleger machen gegenüber der Revisionsstelle Ansprüche aus Art. 755 OR und gegenüber dem leitenden Revisor Ansprüche aus Art. 41 OR geltend. Die Teilklage wird im Umfang von CHF 900 000 teilweise gutgeheissen.

1. Die Revisionsstelle hat gegen Art. 755 OR verstossen, weil sie die ihr obliegenden Prüfungspflichten bezüglich der Jahresrechnung der M. SA in den Jahren 1994–1999 verletzt hat. Der leitende Revisor hat in den Revisionsberichten wahrheitswidrig die Vornahme der gesetzeskonformen Prüfung der Jahresrechnungen der M. SA für die Geschäftsjahre 1994–1999 bestätigt und so mehrfach den Tatbestand der Falschbeurkundung i.S.v. Art. 251 Ziff. 1 StGB erfüllt. Es ist unverständlich, wie die Beklagten geltend machen können, trotz strafrechtlicher Verurteilung sei nicht ersichtlich, welche Pflichtverletzungen ihnen vorgeworfen würden. Eine Pflichtverletzung ist zu bejahen. – 2. Ein Schaden im Umfang von CHF 960 000 ist unangefochten bzw. wegen fehlender Bestreitung ausgewiesen. – 3. Die Kläger 2, 4, 6 und 7 haben keine Einsicht in die pflichtwidrig erstellten Jahresabschlüsse und Revisionsberichte genommen, sodass die Pflichtwidrigkeit nicht kausal für den jeweiligen Teilschaden der betreffenden Kläger sein konnte. Die Kläger 1, 3 und 5 hatten hingegen Einsicht in die Jahresabschlüsse und Revisionsberichte. Es kann davon ausgegangen werden, dass sie ihre Anlagen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bis spätestens Ende 1996 zurückgezogen bzw. keine neuen Überweisungen getätigt hätten, wenn ihnen korrekte Revisionsberichte vorgelegt worden wären.

ZH Obergericht, LB180005-O vom 26. Oktober 2018 (II. Zivilkammer, A., B., C., Erben von D. (nämlich E., F. und G.), H., I. J. gegen K. AG in Liquidation, L.), rechtskräftig.

**r56 Einziehung nach Art. 35 Abs. 1 FINMAG. Auslegung des Begriffs des Gewinns i.S. der Geschäftsführung ohne Auftrag. Kein Abzug von allgemeinen Betriebskosten. – Confiscation selon l'art. 35 LFINMA. Interprétation de la notion de gain illicite au sens de la gestion d'affaires sans mandat. Frais généraux non déductibles.**

Die FINMA stellte fest, die Bank A. habe im Zusammenhang mit dem malaysischen Staatsfonds 1MDB schwerwiegend gegen ihre geldwäschereirechtlichen Sorgfaltspflichten verstossen und zog den dabei erzielten Gewinn in Höhe von rund CHF 2,5 Mio. ein. Umstritten ist, ob die allgemeinen Betriebskosten bei der Gewinnberechnung nach Art. 35 Abs. 1 FINMAG zum Abzug gebracht werden können.

1. Art. 35 Abs. 1 FINMAG ist im Gegensatz zur strafrechtlichen Einziehung als eine Massnahme rein administrativen Charakters zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands zu verstehen. Der Be-

griff des Gewinns meint nicht die Differenz zwischen Ertrag und Aufwendungen. Vielmehr ist er nach den Grundsätzen zu ermitteln, wie sie für die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR) entwickelt worden sind. – 2. Allgemeine Betriebskosten können bei der Gewinnberechnung nach Art. 35 Abs. 1 FINMA insoweit, als sie auch bei einer aufsichtsrechtlich korrekten Geschäftstätigkeit angefallen wären, nicht abgezogen werden.

BGer 2C\_422/2018 vom 20. März 2019 (II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA gegen Bank A.). **Besprechungen:** K. Villard, <<https://cdbf.ch/1058/>>; C. Kerber, swissblawg 14. April 2019, Zuur/Forrer, GesKR 2019, 491–499, rechtskräftig.

**r57 Staatshaftung für Handlungen der Eidg. Bankenkommission und des bankgesetzlichen Beobachters (Holenweger). – Responsabilité de l'État pour les actes de la Commission fédérale des banques et de l'observateur nommé par cette dernière (Holenweger).**

Oskar Holenweger und ein Mitaktionär der Tempus Privatbank machen Schadenersatzansprüche gestützt auf Staatshaftung geltend mit der Begründung, das widerrechtliche Handeln der Bundesanwaltschaft und der Eidgenössischen Bankenkommission hätte sie zu einem Notverkauf der Bank unter ihrem eigentlichen Wert gezwungen. Sie scheitern auch vor Bundesgericht.

1. Gegenstand dieses Verfahrens ist nicht der Schaden, den Holenweger als beschuldigte Person erlitten hat und auch nicht der von der Tempus Privatbank erlittene Schaden. Es geht einzig um den Schaden, den die Beschwerdeführer als (ehemalige) Aktionäre der Bank durch die Wertverminderung ihrer Aktien erlitten haben. – 2. Der Schaden, den ein Aktionär aufgrund einer Wertverminderung der Aktien erleidet, wird als mittelbarer Schaden eingestuft. Der unter dem Druck der Strafverfolgung erzwungene Verkauf der Tempus Privatbank bzw. der dadurch realisierte Wertverlust der Aktien der Beschwerdeführer ist ein indirekter reiner Vermögensschaden und daher nicht ersatzfähig.

BGer 2C\_809/2018 vom 18. Juni 2019 (II. öffentlich-rechtliche Abteilung, A. und B. gegen Eidgenössisches Finanzdepartement, Generalsekretariat, und Eidgenössische Finanzmarktaufsicht). **Vorinstanz:** BVGer A-3150/2016 vom 3. Juli 2018 = SZW 2/2019 221 s. r55. **Besprechungen:** Nobel, SJZ 116/2020, 25; HAVE 2019, 281; NZZ 6. Juli 2019, 13 (Bundesgericht: Holenweger erhält keinen Schadenersatz – Das Begehren des Ex-Bankers gegen den Bund wird abgewiesen); S. Bechaalany <<https://cdbf.ch/1079/>>.

**r58** **Erwachsenenschutzrechtliche Verfügungssperre. – *Mesure de protection de l'adulte. Blocage de compte.***

A. ist ein russischer Staatsangehöriger mit Aufenthalt in Zypern, der über namhafte Vermögenswerte in der Schweiz verfügt. Er leidet an einer neurodegenerativen Hirnerkrankung mit Verdacht auf mittelschwere bis schwere Demenz, weshalb seine Hirnleistung mittelschwer bis schwer vermindert ist. Die KESB ordnet für sämtliche Schweizer Konten von A. Verfügungssperren an. Ausgenommen sind Rückzüge von insgesamt maximal USD 150 000. A. wehrt sich erfolgreich gegen die Verfügungssperre.

1. Für die Anordnung erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen verlangt das schweizerische Recht eine rechtlich relevante Gefährdung des zu schützenden Vermögens als Folge eines Schwächezustandes und daraus resultierend ein Unvermögen, die eigenen Angelegenheiten hinreichend zu besorgen bzw. entsprechende Vollmachten zu erteilen. Dabei gelten die

Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit. – 2. Dem Beschwerdeführer ist darin zuzustimmen, dass keine Anhaltspunkte für eine konkrete und unmittelbare Gefahr für sein in der Schweiz liegendes Vermögen bestehen – insbesondere, da eine konservative Anlagestrategie verfolgt wird und die involvierten Bankberater sensibilisiert sind. Das Vermögen ist zumindest so lange nicht in Gefahr, als diese Strategie beibehalten wird. Bei wesentlichen und allenfalls Verdacht erzeugenden Veränderungen sind die Bankberater nach Art. 397a OR gegebenenfalls zur Meldung an die KESB verpflichtet. Die vom Beschwerdeführer selbst getroffenen Massnahmen erscheinen aus heutiger Sicht hinreichend, um einer allfälligen künftigen Gefahr für sein in der Schweiz gelegenes Vermögen zu begegnen. Die Verfügungssperre ist aufzuheben.

*ZH Obergericht, PQ190020-O vom 21. März 2019 (A.), rechtskräftig.*