I. Introduction : monnaie, marchés financiers, système bancaire et financier, réglementation et surveillance

Introduction

Banques : il y a une typologie des banques (banques cantonales, grandes banques etc.). Il y a une concentration des banques (passées de 338 en 2004 à 275 en 2014). En Suisse on a un secteur bancaire diversifié, qui se concentre en ce moment, mais il y a une présence très forte de deux grandes banques (UBS et Crédit suisse).

Quels services le secteur financer fournit-il ?

- Financement
- Paiement de transactions
- Transfert (ou partage) des risques

Ces fonctions font interagir tout un nombre de services. Au cœur de ces services financiers, il y a l'argent et les risques.

Quand on parle d'argent, les économistes voient de la **monnaie**. La monnaie est un moyen de paiement. On peut attribuer un prix et une valeur à des biens et à des services, la monnaie a une fonction d'unité de compte. La monnaie se prête à une thésaurisation. Il n'y a pas vraiment de définition juridique de la monnaie, mais les économistes nous disent qu'elle a trois fonctions (unité de compte, moyen de paiement, moyen de thésaurisation).

La définition de la monnaie est lié à la souveraineté nationale, le privilège d'émettre de la monnaie revient au pouvoir souverain (pouvoir régalien).

L'art. 84 CO précise que 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. Ayant cours légal veut dire qu'on peut légalement imposer à son créancier de les recevoir. Les virements, paiement à crédits ne font pas partie de la liste de « moyens de paiement ayant cours légal », on ne peut pas les imposer au créancier. Evidemment, si le créancier accepte ces autres modes de paiement, le paiement est libératoire.

L'art. 1 de la LUMMP (loi fédérale sur l'unité monétaire et les moyens de paiement) indique que l'unité monétaire suisse est le franc et qu'il se divise en cent centimes. L'art. 2 LUMMP précise que les moyens de paiement légaux sont : a. les espèces métalliques émises par la Confédération ; b. les billets de banque émis par la BNS ; c. les avoirs à vue en francs auprès de la BNS.

Quelle est l'activité économique d'une banque commerciale ? La banque commerciale reçoit les dépôts du public, fait des crédits et assure le trafic des paiements. Seules les banques peuvent recevoir des dépôts du public (art. 1 al. 2 LB).

Les banques ont un rôle très important dans le financement des particuliers et des entités publiques. Mais on peut aussi trouver un tel financement dans les **marchés de capitaux**. On cherche à prendre directement des capitaux de la part d'investisseurs (sans passer par le crédit bancaire, comparativement cher). Ce marché comprend des émetteurs (personnes qui émettent des titres, des droits) et des investisseurs (qui achètent ces droits, qui leur donnent un flux d'argent). Quand on achète une obligation, on achète un flux d'argent régulier et un remboursement au terme. Rapport direct entre ceux qui ont besoin de financement et ceux qui financent.

Dans ce financement, il y a deux phases : le marché primaire et le marché secondaire

- Marché primaire : les émetteurs lèvent des fonds en émettant de nouveaux titres qui sont souscrits par des investisseurs.

- Marché secondaire : dans ce marché s'échangent les titres déjà souscrits, entre investisseurs. Il s'agit d'un marché organisé et réglementé (bourse) ou d'un marché de gré à gré (over the counter). L'avantage de ce marché : il crée des liquidités. Ce marché attribue en tout temps un prix à chaque titre.

Pour émettre des titres, souscrire des titres et échanger ces titres, il faut passer par sa banque. Ici, la banque agit comme banque d'investissement, appelée un « négociant en valeurs mobilières » en Suisse. Ces négociants sont soumis à la loi sur les bourses et sont les intermédiaires dans les diverses phases et segments du marché des capitaux (maison d'émission, fournisseurs de dérivés, teneurs de marché, négociants pour compte de tiers, négociants pour compte propre etc.).

La plupart des banques suisses cumulent les deux fonctions de banques commerciales et de banques d'investissement (banque universelle). On comprend l'argument de vouloir séparer ces deux activités, la banque d'investissement ayant une activité plus volatile. Mais certaines crises (notamment la crise immobilière de 1989-1990 en Suisse) affectent davantage les banques commerciales.

Banque commerciale (*Main Street*) :
- Activité plutôt stable sur le court terme
- Exposée à des pertes (cycle conjoncturel, modification rapides des taux d'intérêts, bulles immobilières)
- Fonctions systémiques (trafic des paiements, dépôts de la clientèle, approvisionnement en crédits)

Banque d'investissement (*Wall Street*) :
- Activité volatile (« banque-casino »)
- Prises de risque pour compte propre

1. Banques commerciales

Il s'agit de l'activité bancaire au sens strict. Principalement : **recevoir les dépôts d'argent du public**, **fournir des crédits** et **assurer le trafic des paiements**.

2. Marché des capitaux

Ce sont des marchés ou des émetteurs (collectivités publiques, entreprises, banques, assurances…) lèvent des capitaux à court, moyen ou long terme auprès d'investisseurs (ménages, caisses de pensions, entreprises, banques, assurances…) en émettant des titres, tels que les actions, obligations, instruments financiers dérivés.

3. Gestion d'actifs et placement collectif

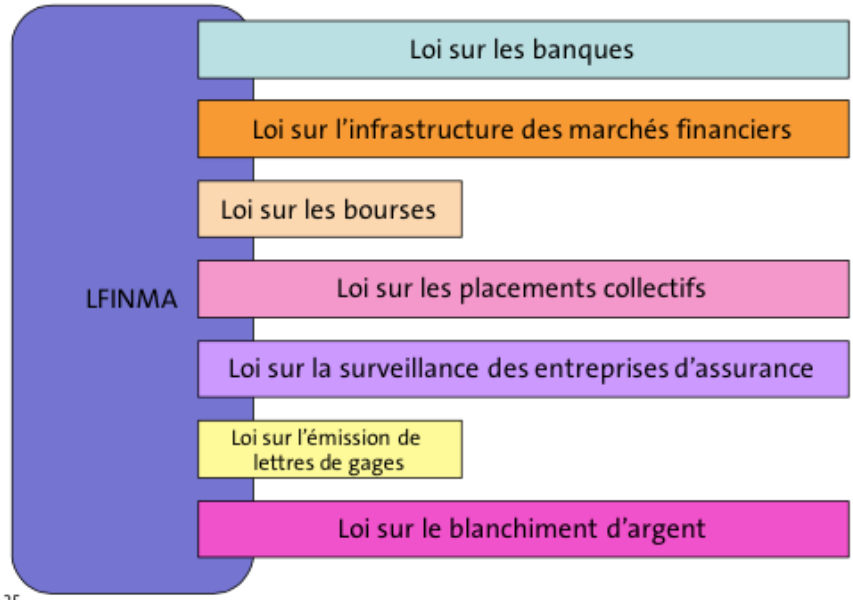
La dénomination *asset management* comprend :
- Les conseils en placement ou gestion discrétionnaire
  - Pour investisseurs privés (« gestion de fortune », *private banking*)
  - Pour investisseurs institutionnels

- La création de produits d'investissement collectifs, tels que des fonds de placement, SICAV, SICAF, unit trusts etc.

Les placements collectifs sont des apports constitués par des investisseurs pour être administrés en commun pour le compte de ces derniers. Les besoins des investisseurs sont satisfaits à des conditions égales (art. 7 al. 1 LPCC). L'idée est d'acheter une part dans un fond de placement, qui investit dans toute une série d'actions, pour une plus grande diversification. On est dans la création de produits qui servent à investir dans les marchés de capitaux.

Compétence législative

Compétence de la Confédération (droit civil, art. 122 Cst. / droit pénal, art. 123 Cst. / protection des consommateurs, art. 97 Cst. / banques et assurances, art. 98 Cst.).



Caractéristiques du droit bancaire

Il n'y a pas de réglementation spécifique sur le contrat bancaire. Il y a quelques lois spéciales, par exemple sur le crédit à la consommation, les placements collectifs, titres intermédiés. Hormis ces domaines, le gros des transactions n'est pas réglementé spécifiquement. Il y a beaucoup de place pour les usages et les lois de surveillance ont également un effet sur ces transactions bancaires.

L'objet du cours est d'étudier les principales opérations bancaires et financières et de se familiariser avec les méthodes et les principes qui caractérisent l'ensemble du droit bancaire (rôle des contrats standardisés, cloisonnement des transactions bancaires, impact du droit de la surveillance et de l'autorégulation).

II. Actifs financiers, protection des déposants

Le marché financier est le lieu où les personnes qui ont un excédant d'argent mettent leur argent et investissent. L'activité de la banque est autre : recevoir les dépôts du public pour en faire des crédits. L'activité bancaire se caractérise par une transformation d'échéances. Comment la banque peut-elle rembourser des dettes qui sont remboursables du jour au lendemain (à vue) alors qu'elle a des actifs qui sont bloqués à court, moyen et long termes ? Les clients ont le risque que la banque se retrouve dans la difficulté de rembourser si le remboursement de tous les dépôts à vue est exigé. Mais tant qu'il y a de la confiance, les gens ne retirent pas tous leurs actifs en même temps. Toutefois, ce moment peut arriver lorsque les clients retirent leurs actifs dans un mouvement de précipitation ; les banques ne trouvent plus de financement. C'est la situation du *bank run* (course sur la banque).

N.B. les règles dont on va parler dans la LB valent aussi pour les intermédiaires financiers. La LBVM renvoie à la LB.

II. Actifs financiers, protection des déposants

Pour rappel, on met un excédent d'argent à disposition de personnes qui ont un besoin de financement. Pour l'investisseur, placer de l'argent se produit par des placements plus ou moins diversifiés.

Dans le cas pratique, on va examiner qu'est-ce qui se passe si la banque à laquelle j'ai confié mes actifs tombe en faillite. En effet, la banque reçoit des dépôts du public pour en faire des crédits. Les dépôts du public que la banque prend sont à son passif (à droit de son bilan) et les crédits sont à son actif (donc à gauche du bilan). La banque utilise d'autres modes de refinancement (achat d'obligations, vente, etc). Mais l'activité bancaire se caractérise par une transformation d'échéances. Mais une bonne partie des passifs sont à vu. Les crédits ont des échéances diverses également. Comment la banque peut rembourser des dettes du jour au lendemain à un client alors qu'elle a des actifs qui sont à court, moyen et long terme (p.ex en ayant fait un crédit à 15 ans) ?. Les actifs sont a plus longue durée que ses passifs, donc des passifs plus court en terme d'échéances que les actifs. Donc les clients sont exposés au risque que la banque doivent rembourser des passifs à vue ou se refinancer à un certain moment et elle n'y arrive pas. Normalement, ça ne se passe pas en raison de la confiance et de la surveillance, qui font que les gens ne retirent pas tous leurs avoirs du jour au lendemain, ce qui permet au système de fonctionner. Mais ce risque existe néanmoins et on peut se retrouver dans une situation classique de *« Bank Run »* (course sur la banque), donc le moment où les gens doutent de la banque et courent à la banque pour tous retirer leur argent, ce qui fait que la banque coule. Donc la surveillance des banques vise à prévenir ces situations là et protéger les déposants.

La réglementation dont on va parler se trouve en partie dans la LB, et vaut aussi en partie pour les négociants en valeurs mobilières. D'abord, les clients des négociants ont aussi un besoin d'être protégés (car ramènent aussi de l'argent au négociant). La LBVM renvoie ainsi à la LB quant à certains point de son régime.

CAS PRATIQUE 1

Pour chacun de ces actifs, veuillez:

- ***a. Analyser la nature de l'actif et des droits qu'il incorpore.***
- ***b. Identifier la contrepartie de l'investisseur.***
- ***c. Déterminer son sort en cas de faillite de la Banque BonPlan SA.***

Il s'agit ici d'une estimation d'un portefeuille à une certaine date (ici au 21 septembre 2016). On mentionne des actifs financiers et on leur attribue une valeur. Certains actifs changent peu (p.ex le salaire) et d'autres dont la valeur change vite et l'estimation capture leur valeur à un certain moment, alors que trois jours après elle peut changer drastiquement. En outre, ici c'est en CHF, mais il faut se rappeler que le taux de change varie également.

Le compte salaire : c'est un compte de dépôt qui sert généralement à recevoir de l'argent et à financer les dépenses courantes. C'est donc un *compte de trafic des paiements*. On peut prélever le solde à tout moment, c'est un *compte à vue* sur lequel en principe on ne peut pas s'endetter (sauf accord préalable mais évidemment moyennant paiement d'intérêts). Comme droits pour Viviane, ce compte représente *une créance à l'encontre de la banque*. Le compte lui même est un contrat (rapport contractuel) et les 36'275.20 CHF sont une créance de Viviane contre la Banque BonPlan SA. En principe, la valeur de la créance ne fluctue pas en fonction du marché, du cours des actions, etc. C'est une *créance nominale fixe, remboursable en tout temps à la demande du client*. Toutefois, elle est exposée à un risque de contrepartie si la banque est en difficulté financière (faillite, suspendue pour besoin d'assainissement, etc). Heureusement, ce n'est pas très fréquent mais quand cela arrive, cela fait de grands dégâts. Viviane a-t-elle en soit une *sureté/garantie/gage ?* En soit, non. Quid d'un *dépôt privilégié* ? Art. 37a LB : jusqu'à un certain montant, les dépôts libellés au nom du déposant (donc ici de Viviane) sont attribués jusqu'à un montant maximal de 100'000.- CHF par créancier, à la deuxième classe au sens de l'art. 219 al.4 LP. Normalement, un créancier « en blanc » (sans suretés) entre en troisième classe et est payé après toutes les autres classes. Certains dépôts bénéficient d'un privilège de faillite. La notion même a été explicité dans l'Ordonnance de la FINMA sur l'insolvabilité bancaire (art. 25 OIB-FINMA). Maintenant, est-ce que ce dépôt privilégié suffit ? Il faut des années pour liquider une banque et il y a toujours la première classe

devant nous. Donc si on devait attendre que toute la procédure de la faillite selon la LP était finie, Viviane pourrait compter sur son remboursement privilégiée après des années. Ce serait une situation intolérable, le privilège ne servirait à rien. Donc la loi sur les banques a mis un *deuxième mécanisme* qui permet un *paiement anticipé des créances privilégiées : art. 37b al.1 LB.* Remboursement immédiat hors collocation, à partir des liquides actifs disponibles, toute compensation exclue. Parfois il y a suffisamment d'actifs, parfois pas. Il y a donc un *troisième mécanisme : art. 37h LB*, le mécanisme de la garantie des dépôts. En Suisse, c'est un mécanisme par lequel toutes les banques sont invitées à faire une avance de fonds pour rembourser les dépôts privilégiés de la banque en faillite. C'est prescrit par la loi : le liquidateur calcule le montant nécessaire, transmet cela à l'association en charge et chaque banque doit contribuer selon la hauteur de ses propres dépôts privilégiés. Les banques seront remboursées si la deuxième classe est remboursée (après la fin de la liquidation). L'organisation qui garantit les dépôt est subrogée aux droits des créanciers désintéressés. Il n'y a pas de fonds qui existe en permanence comme aux USA. Le système est d'ailleurs capé d'un maximum (à hauteur de 6 milliards seulement). Il y a en tout cas en Suisse 8 banques dont les dépôts garantis excèdent la somme, donc si UBS tombe en faillite, ce système ne suffira pas à rembourser les créances concernées. Pour résumer, ce compte salaire de Viviane, c'est un contrat avec sa banque et pour le solde d'une créance en blanc (= une créance qui n'a pas de sureté/pas de gage/etc), mais c'est un dépôt privilégié au sens de la LB, c.à.d. colloqué en deuxième classe en cas de faillite, et si la banque tombe en faillite, elle est remboursée en priorité, ce système étant agrémenté de la garantie des dépôts.

Le compte épargne : libellé en EUR, ce qui, converti en CHF au cours du 21 septembre 2016 est estimé à 51'495.10.- CHF. Pour Viviane, c'est *à nouveau une créance*. C'est un compte monétaire et la banque reconnaît devoir cette somme d'argent en euros ici. Quelle est la différence essentielle entre un compte épargne et un compte courant ? Il y a une rémunération sur un compte épargne car sur contrairement au compte courant, on ne peut pas tout retirer en tout temps (sinon il faut faire un préavis de trois mois ou de six mois selon les conditions). Pour la banque, ce compte a plus de stabilité et elle peut puiser dedans, en échange de quoi elle le rémunère. Le fait que cette créance soit libellée en euros fait que la banque ne peut pas rembourser en CHF, sauf si le client retire par exemple lui même en CHF. Si la banque a un compte en euros, la couverture existe aussi en la forme d'une créance en euros. Ici donc elle a des actifs correspondant auprès d'une banque à l'étranger dans la zone euro ici. Cette créance est un peu différente d'une créance en CHF pour Viviane, premièrement c'est elle qui doit faire le change si elle veut retirer en CHF, deuxièmement elle supporte le risque de change, troisièmement elle supporte le risque politique (p.ex si la zone euro disparaît). Quid si BonPlan SA tombe en faillite ? Qu'est-ce qui se passe avec ce compte ? Le compte euro sera remboursé dans ce cas en CHF (les dettes en monnaie étrangère se transforment en dettes en monnaie nationale). Ce compte bénéficie-t-il du privilège de deuxième classe et de la garantie des dépôts ? Oui. Toutefois, l'art. 37a al.1 LB ne nous dit rien là dessus et l'art. 25 OIB-FINMA ne restreint pas la garantie aux comptes en CHF. Donc ce compte d'épargne bénéficie également du privilège de remboursement immédiat et si c'est nécessaire de la garantie du remboursement des dépôts (avec le maximum de 100'000.- CHF par créancier toutefois ! Ici les deux comptes mis ensembles n'atteignent pas la limite, donc c'est bon). Pourquoi la limite de 100'000.- et pas plus ou moins ? Protéger les liquidités essentielles des personnes, autant physiques que morales. Le système marche que si il y a une confiance suffisante mais pas trop fort non plus sinon il y a trop de privilèges.

Un compte à terme : 0,5% le 15 décembre 2016. On dépose de l'argent sur un compte et cet argent reste figé jusqu'à un certain terme, en produisant de l'argent. Cela peut exister sous forme de compte à terme mais aussi sous forme *d'obligation bancaire*. C'est une créance contre la banque. Est-ce un dépôt privilégié ? Oui, cela rentre aussi dans la définition de 37a LB pour autant qu'on reste dans la limite des 100'000.- CHF.

Confédération 2% 10-21 : le *numéro ISIN est un numéro qui désigne un titre.* Le lien nous emmène sur le Six Swiss Exchange (bourse suisse). Ici il y a un marché secondaire organisé sur la bourse. Il n'y a eu aucune transaction aujourd'hui. Que cache ce 2% EIDG 10-21 ? C'est une obligation émise par la Confédération suisse. On sait que cette obligation va rapporter à son porteur 2%, émise en 2010 et jusqu'en 2021. Aujourd'hui il y a eu un volume de 25'000.- CHF de valeurs nominales échangées (ce qui n'est pas énorme). Comment se détermine la valeur de cette obligation chaque jour ? En fonction du taux d'intérêt sur le marché. Si le taux actuellement est de -0,5%, alors il est négatif et ça rend plus désirable cet actif qui rapporte 2% par année. Le *prix d'une obligation est essentiellement déterminé par la durée restante, le taux d'intérêt qu'elle porte et le taux d'intérêt sur le marché*, pour autant que l'émetteur soit solvable. Ici c'est un *émetteur souverain* (puisque c'est un Etat) considéré comme « à risque zéro » ou « à risque très faible », probablement le plus faible qu'on puisse avoir en CHF. Juridiquement, pour Viviane, détenir cette obligation c'est en fait *une série de créances.* Si

elle continue de détenir cette obligation, elle va recevoir des versements chaque année (200.- d'intérêts) jusqu'en 2021. Viviane prend un risque de contrepartie sur la Confédération. Cette obligation, qu'elle n'a jamais détenu physiquement, elle l'a déposée auprès de sa banque. Donc si la banque BonPlan SA tombe en faillite, quel est le sort de cette obligation ? Est-ce qu'elle tombe dans la masse en faillite ? L'obligation n'est pas la propriété de la banque mais de Viviane, mais y a-t-il réellement un objet propre ? En soit c'est immatériel. Si il y avait des papiers-valeurs au porteur, on aurait des choses mobilières dont Viviane serait propriétaire et en déposant auprès de la banque et aurait un droit de distraction dessus même en cas de faillite. Mais le système a changé. Les titres aujourd'hui détenus au travers des différents intermédiaires financiers existent ou pas sous forme physique, mais quand ils entrent dans le système d'intermédiation, ils deviennent un nouveau sujet, *un titre intermédié (au sens de la Loi sur les Titres Intermédiés).* L'art. 1 LTI dit en effet que la loi garantit le droit de propriété des investisseurs, et ceci au sens le plus large. Ce n'est pas une propriété au sens de propriété mobilière ou immobilière, mais cela reste une forme de propriété et on a la confirmation que ces obligations de la Confédération ne vont pas tomber dans la masse en faillite mais vont être distraites au profit de Viviane : art. 3 al.2 LTI (titres sont opposables au dépositaire ainsi qu'à tout tiers) et soustraites aux autres créanciers. On a la distraction dans la liquidation du dépositaire (art. 17, 18 et 19 LTI). On a aussi l'art. 16 LB (sont réputées valeurs déposées diverses choses, dont les titres déposés par les clients). Art. 37d LB : les valeurs déposées au sens de l'art. 16 LB sont distraites conformément aux art. 17 et 18 LTI et en cas de découvert l'art. 19 de cette loi est applicable. Donc il y a un risque pour Viviane de contrepartie sur l'émetteur du titre (pas vraiment ici), mais pas de risque sur le dépositaire. Rappel : dans une obligation, ce sont des créances en paiement d'un intérêt et en remboursement d'un capital.

Implenia N : il s'agit d'une *action* auprès d'une entreprise de construction et travaux publics. Le « N » à coté d'Implenia signifie *action nominative* (par opposition aux actions au porteur). La bourse est fermée lorsqu'on consulte le site. Elle a connue une fluctuation entre 69.30 et 69.70. Action moyennement liquide donc. Une action est *une part de capital d'une société*. Quels sont les risques qu'on a ? Que la société baisse de valeur ou que la société tombe en faillite. Si on est actionnaire, i la société dégage un bénéfice, on touche un *dividende*. C'est un *revenu, en principe annuel*. La valeur même de l'action fluctue plus fréquemment que pour la valeur de l'obligation de la Confédération, ceci en fonction de la perception par le marché, donc tous les acheteurs et les vendeurs, et tous ceux qui décident de ne pas acheter ou de ne pas vendre. C'est le *prix du cours boursier à n'importe quel moment, entre l'offre et la demande de cette action*. Ce cours représente l'opinion du marché, donc une multitude d'opinions très différentes qui se retrouvent en équilibre sur un marché. On voit que Viviane, pour environ 15% de son portefeuille, a 300 actions de cette société suisse, elle a donc une opinion assez précise de cette action. Dans le cadre d'Implenia, elle est *titulaire de droits contre Implenia (l'émetteur)*. Dans une obligation, ce sont des créances en paiement d'un intérêt et en remboursement d'un capital, or ici *c'est le droit de participer à l'AG (voter), obtenir un dividende, droit de société et en cas de liquidation le remboursement des fonds propres.* C'est aussi un titre intermédié au sens de la LTI et Viviane a pris un risque sur Implenia et en déposant ses titres auprès d'une banque, ce sera à nouveau distrait en cas de faillite.

Mirabaud Eg Sw Small and Mid A CHF : c'est un *fonds de placements (placement collectif de capitaux).* Le règlement prévoit qu'il investit dans les actions suisses de petites et moyennes capitalisations. La différence entre Implenia et Mirabaud c'est qu'ici on investit dans plusieurs actions. Attention, ici c'est luxembourgeois et pas suisse, ceci dans le but d'avoir plus facilement accès au marché européen. On peut vendre dans n'importe quel pays de l'Europe, alors qu'un fonds de placement en Suisse ne permet de vendre que dans certains pays. Pourquoi y a-t-il toutes ces conditions à accepter sur le site ? Parce qu'on peut préciser certains produits en Suisse qu'on ne pourra pas proposer à un investisseur français. Le cadre réglementaire qui entoure la distribution des produits financiers impose de filtrer en donnant certaines informations. « VNI » signifie « Valeur net d'inventaire » : chaque jour on calcule la valeur du portefeuille et on déduit les passifs, puis on divise par le nombre de parts d'actions en circulation. Viviane peut sortir et entrer chaque jour de ce fond. Pour entrer on verse de l'argent pour participer au portefeuille, en sortant on est remboursé. L'art. 7 LPCC en allemand dit qu'il s'agit de patrimoines apportés par des investisseurs pour être administrés en commun pour le compte de ces derniers. Ainsi, on est traités au pro rata de cet investissement. Viviane ici n'a pratiquement les droits d'un actionnaire contre cette SICAV, qui comporte ce patrimoine/ce portefeuille, qui est entièrement l'investissement pour ces actionnaires et dont les revenus seront distribués comme un dividende. Les actionnaires pourront exiger le remboursement à la valeur net d'inventaire. Viviane prend un *risque de marché* car elle décide d'investir dans les société de petites et moyennes capitalisations. En revanche, elle ne prend *en principe aucun risque à l'égard des intermédiaires (SICAV, la banque dépositaire)*. A nouveau : mécanisme de la LTI.

Pièces d'or dans un coffre-fort : droit de propriété sur ses pièces là. Ces pièces ne sont pas déposées auprès de la banque, le client loue un espace dans lequel elle stocke, donc la banque n'est pas dépositaire mais simplement bailleresse d'un coffre.

« Compte numérique » hérité de son père : c'est un compte *nominal* comme n'importe quel autre, mais pour des raisons de discrétion (souvent fiscales), la banque ne le désigne pas par le nom du client mais par un *nom de code ou un numéro* et le nom du client est accessible à très peu de monde. Juridiquement, ce n'est pas différent d'un compte normal. La seule chose c'est qu'il est entouré de mesures opérationnelles de protection mais sans effet juridique particulier. Elle est donc aussi *créancière de la banque pour cette somme là*. C'est soit un compte de titres, soit un compte monétaire, il est aussi privilégié mais là on va dépasser les 100'000.- CHF. Donc là elle a 4 créances contre la banque pour un total supérieur à 100'000.- et l'ensemble de cela sera *plafonné* à cette somme en cas de faillite et *le solde restera une créance colloquée en troisième classe dans la faillite*.

III. Comptes bancaires, compte courant, comptes joints

Le compte est un des mécanismes de base du fonctionnement des banques et des intermédiaires financiers. C'est un terme comptable, c'est une écriture dans laquelle figure les actifs et les passifs. Un compte avec un client (ex : Viviane, qui est créancière) est au passif de la banque. Les crédits se traduisent par des comptes, qui constatent des dettes des emprunteurs, qui se retrouvent à l'actif de la banque. Le compte bancaire ne veut pas seulement dire le dépôt, c'est l'extrait comptable de la relation entre le client et la banque.

Il y a aussi des comptes de titres. La banque est dépositaire de ces titres. On parle aujourd'hui de compte-titre, on comptabilise les titres de la même façon qu'on comptabilise les créances réciproques (comptes monétaires).

Les comptes sont des relations qui se fondent sur des contrats entre la banque et les clients (autant de contrats que de comptes). Les comptes bancaires ne sont pas réglementés dans le CO, il n'y a pas de contrat de compte bancaire. Cette relation tombe-t-elle dans le cadre d'un ou plusieurs autres contrats nommés ?

- Prêt : on distingue le prêt à usage (art. 305 ss CO) du prêt de consommation (312 ss CO). Ici, on serait dans le cas d'un prêt de consommation, car l'usage de la chose (argent) est fait par sa consommation. Différence avec le crédit : le crédit à un consommateur, c'est-à-dire qui emprunte à usage privé, est un crédit en blanc, sans sureté (on appelle cela le « petit crédit »), fait l'objet d'une loi spéciale.

- Dépôt normal (art. 472 CO), on dépose puis on récupère. Dépôt irrégulier (art. 481 CO) : la banque détient un somme et est tenu de restituer la même somme (et non les mêmes espèces), car l'argent est fongible et il n'y a plus de propriété du déposant.

- Mandat (art. CO) : la banque doit rendre des services au mandataire.

On peut hésiter. Dans les brochures Crédit suisse, on voit des contrats relatifs à des comptes monétaires très différents. Si l'élément *conservation* est plus important, c'est plutôt un dépôt ; si l'élément *rémunération* est primordial, c'est du prêt à la consommation et si c'est l'élément *trafic des paiements*, on est dans le mandat.

Dans l'arrêt sur les banques centrales, la question est de savoir si le « dépôt » entre les deux banques est un dépôt ou un prêt à la consommation ? Dans le cas d'espèce, c'était important pour définir le droit applicable. À défaut d'une élection de droit, ou en cas de conflit d'élections, il faut trouver un rattachement objectif (art. 117 LDIP), qui est le lieu du domicile du débiteur de la prestation caractéristique. Dans le contrat de dépôt, il s'agit du dépositaire et dans le contrat de prêt, le préteur.

En général, cette question de qualification est précisée dans les conditions générales des banques (sinon, grande insécurité).

Notion de compte courant : c'est un compte qui ne rémunère pas et qui sert au trafic des paiements. Juridiquement, ce compte est un contrat innommé, qui est aussi une technique de comptabilisation et règlement des créances réciproques entre deux parties. L'idée est de réunir toutes les créances réciproques, de périodiquement en faire le solde et de reporter ce solde à nouveau. L'avantage est de connaître en tout temps la position nette de chaque partie (ex : fournisseur et une entreprise -> on saura à intervalles réguliers la position nette de chaque partie, qui doit combien à qui). Le fait de compenser les créances réciproques a un effet de garantie (sans être une sureté au sens strict). C'est aussi un mécanisme qui permet de comptabiliser les intérêts : pendant telle période, il y a un solde positif, les intérêts créditeurs se comptabilisent (idem pour les intérêts débiteurs), c'est aussi un mécanisme de capitalisation des intérêts. Le compte courant est donc une convention entre les parties dans le but que chaque créance réciproque tombe automatiquement dans ce compte, elles y seront inscrites (l'inscription est purement déclarative), la créance perd son individualité, on ne peut plus la faire valoir séparément, elle bénéficie d'un sursis, c'est-à-dire qu'elle n'est pas exigible immédiatement mais en principe avec le solde et elle bénéficie d'une compensation automatique.

La novation : on remplace une série de créances qui ont été compensées par une seule qui remplace la précédente. But : sécurité juridique. C'est la dernière phase de la compensation, c'est un contrat (art. 116 et

117 CO). Elle suppose un accord des parties, c'est le sens d'un relevé de compte périodique. Si le relevé est accepté, le compte final est déterminant. Il y a un délai de contestation, si après le délai, il y a silence du client, ce silence vaut acceptation (cf. art. 117 CO). L'art 6 CO dit qu'en principe, le silence d'une partie ne vaut pas acceptation. En revanche, dans les relations de durée entre deux parties, on peut déduire du silence d'une partie l'acceptation de l'offre qui lui a été faite. Le client de la banque accepte donc par son silence la novation.

Toutes les transactions bancaires se traduisent par des écritures dans des comptes. Seuls nous intéressent ici les comptes monétaires. Nous reviendrons plus tard sur les comptes de titres. Un même client peut être titulaire de nombreux comptes. De même, un compte peut avoir plusieurs titulaires. Dans cette séance de travail, nous allons étudier le fonctionnement des comptes bancaires qui ont la qualité de compte courant, en prenant l'exemple d'un compte joint. Le compte courant nous intéresse ici parce qu'il comprend un mécanisme d'opposition à la charge du client qui vise à assurer une correction rapide des erreurs. Le compte joint nous amène à réfléchir sur la pluralité de titulaires et les effets de cette pluralité sur les rapports avec la banque (rapports externes).

CAS PRATIQUE 1

Philippe Dupond et Oscar Dupont, avocats, se sont associés pour la pratique du barreau à l'enseigne Dupond & Dupont. Ils sont cotitulaires d'un compte 118118-00 auprès de Banque de Plainpalais SA sur lequel ils reçoivent leurs honoraires et avec lequel ils règlent les dépenses courantes de leur cabinet. Ils sont convenus avec la banque que chaque associé peut donner des ordres de paiement à concurrence de CHF 10'000 sous sa seule signature et que les deux signatures sont requises pour les montants supérieurs. En février, les deux associés se sont brouillés. Philippe se méfie d'Oscar, dont le récent divorce l'a amené à fréquenter les salles de jeux. Craignant qu'Oscar ne pille le compte de l'étude, Philippe a écrit le 5 février une lettre recommandée à la banque révoquant la signature individuelle d'Oscar sur le compte joint et interdisant à la banque d'exécuter tout ordre d'Oscar qui ne soit pas contresigné par Philippe. La banque lui a répondu qu'elle transmettait cette lettre à son service juridique. Le 4 mars, Philippe épluche le relevé du compte joint pour le mois de février et y constate les écritures suivantes :

Date	Ecriture	Val.	Débit	Crédit	Solde
01.02	Solde à nouveau				15'323.50
	_				
10.02	Retrait au guichet	10.02	9'000.00		17'217.35
	_				
15.02	Encaissement coupon 4 CONF JN 00/11	18.02		800.00	10'827.55
16.02	Extourne encaissement coupon	18.02	800.00		10'027.55
	_				
23.02	Commission annuelle carte de crédit	28.02	80.00		17'217.35
	_				
28.02	Report à nouveau				19'883.95

Le relevé de compte comporte le rappel de la clause suivante des conditions générales : « Les réclamations relatives aux relevés de compte doivent être formées dans les 30 jours suivants leur réception à défaut de quoi les relevés sont considérés comme acceptés par le client. » ***Questions :***

1. ***Philippe interroge la banque sur le prélèvement du 10 février. Il apparaît que celui-ci a été effectué au guichet par Oscar sous sa seule signature. Oscar a ensuite joué les CHF 9'000 au casino, et les a perdus. Philippe est-il fondé à contester cette écriture ? Contre qui peut-il agir ?***

P. et O. ouvrent ensemble un compte collectif auprès de la banque P.SA. Il s'agit d'un compte-joint. Il faut savoir si c'est un compte ou chacun peut librement disposer des avoirs ou si c'est un compte qui les oblige à disposer conjointement. Ici, il s'agit d'un compte-joint au sens strict (ou chacun peut librement disposer). Dans ce type de compte, le droit y voit une solidarité active (150 CO). On a deux créances avec un lien entre elle ;

dans le compte collectif, on a une seule créance mais en mains communes. C'est la raison pour laquelle les titulaires doivent tout faire en commun. Ici, il y a aménagement des deux systèmes. C'est sans doute un compte collectif en mains communes, mais ils se sont donnés réciproquement une procuration individuelle pour des montants inférieurs à 10'000.-.

La question est la suivante : la révocation de P. le 5 février est-elle valable ? La procuration (art. 32 ss CO) peut être révoquée en tout temps ? Qui peut révoquer ces procurations mutuelles ? Chacun ou l'ensemble des titulaires ? Il est préférable de prévoir ces éléments importants dans le contrat bancaire ou dans la procuration (cf. documentation LODH). On a donc un compte collectif en mains communes avec procuration individuelle de débiter jusqu'à un certain montant et on se pose la question de la révocation de la procuration.

Avant le retrait au guichet par O. de CHF 9'000.-, P. a envoyé une lettre recommandée pour révoquer cette procuration. La réponse (majoritaire) est de dire qu'Oscar pouvait révoquer la procuration. Si P. a raison, que doit-il faire ? Quelle action entreprendre ? Il va demander à la banque de supprimer l'écriture infondée. Il va dire que l'écriture n'est pas justifiée. On l'a vu, le relevé montre un extrait des créances réciproques dans le compte. Juridiquement, quand la banque paie un de ses clients, elle se libère partiellement de sa dette. Sans cause valable, ce paiement est injustifié (« qui paie mal paie deux fois »).

Quand P. demande une rectification du solde et demande que la banque trace l'écriture infondée, comment la banque va-t-elle faire (si elle accepte) ? Peut-elle effacer l'écriture ? Non, problème de traçabilité. Il faut faire une écriture en sens-inverse, en Suisse, on appelle cela une extourne. P. demande à la banque (à son mandataire) de corriger le compte, de contre-passer l'écriture. L'extourne datera du moment où la banque accepte de la faire.

En s'opposant au relevé qu'il reçoit, il refuse la novation.

2. ***Philippe interroge la banque sur les écritures des 15 et 16 février. Il apparaît que la banque a crédité par erreur des intérêts en rapport avec des titres appartenant personnellement à Oscar. Philippe peut-il contester l'extourne du 16 février ?***

Si la banque paie sans cause, elle peut exiger le remboursement de la somme, si elle était dans l'erreur (enrichissement illégitime, 63 CO). Cette extourne représente en quelque sorte une créance en enrichissement illégitime. En tout cas, cette écriture ne pose pas problème, au sens de droit comptable, car une erreur est corrigée. L'écriture constate une créance mais ne la fait pas exister.

Le Code pénal interdit d'utiliser des valeurs patrimoniales sans droit (art. 141bis CP). Celui qui, sans droit, aura utilisé à son profit ou au profit d'un tiers des valeurs patrimoniales tombées en son pouvoir indépendamment de sa volonté sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

3. ***Philippe peut-il contester l'écriture du 23 février en démontrant que la carte de crédit en question n'a pas été sollicitée et qu'elle a été immédiatement restituée à la banque ?***

Comment qualifier la créance de la banque contre le client ? C'est la rémunération d'un service que la banque fournit à son client. Comment fonctionne le système de cartes de crédit ? La principale source de rémunération pour la banque est un pourcentage payé par le commerçant qui participe au système. Il y a aussi une commission pour l'utilisation de la carte à l'étranger.

Ici, la rémunération est-elle bien fondée ici ? La banque a fait une offre que les clients ont refusé. Le contrat n'a pas été passé. La créance est sans fondement, elle n'existe pas. Elle est donc contestable et doit être contre-passée.

4. ***Dans l'hypothèse où l'écriture du 23 février n'a pas été contestée pendant le mois de mars, Philippe***

peut-il encore la contester le 14 avril ?

On est dans le cas où P. veut faire valoir une contestation, mais en dehors du délai de 30 jours. L'écoulement du délai de 30 jours vaut acceptation du compte courant. Le solde du compte remplace l'ensemble des créances qui y figurent (novation). La jurisprudence et les auteurs disent qu'on ne peut pas nover une dette qui n'existe pas. Cela voudrait dire que la novation, l'épurement d'un tel compte sont paralysés. Le TF ajoute que la novation supprime les objections et exceptions connues. En acceptant de nover, je renonce aux exceptions et aux objections.

Le contrat de novation est un contrat comme un autre. Tout contrat peut être entaché par un vice du consentement, notamment en cas d'erreur essentielle. Donc, pour toutes les objections connues ou reconnaissables pour le client ou pour la banque, on ne peut pas remettre en cause le contrat. Pour les objections qui n'étaient pas reconnues ou pas facilement reconnaissables, alors la pratique admet que le contrat puisse être remis en cause (cf. Lombardini, p. 381).

En bonne théorie, si P. attend le 14 avril pour faire valoir ses objections, la banque peut dire qu'il connaissait ses éléments et qu'il est trop tard. En pratique, les banques sont plus souples que ça (pour fidéliser sa clientèle). La conséquence de tout cela : la novation dépendra de la remise en question du contrat de novation pour vice du consentement.

Si P. n'a pas contesté des écritures dont il connaissait les défauts, ou dont les défauts étaient facilement reconnaissables, avant l'écoulement du délai de contestation, en principe il ne peut plus remettre en cause ces écritures, car le contrat de novation est passé.

5. ***Faute de pouvoir résoudre leurs différends, Philippe et Oscar décident de mettre un terme à leur association. Le 28 février, Philippe donne pour instructions à la banque de clôturer le compte 11811800 avec Oscar et de transférer le solde sur le compte de sa nouvelle étude. La banque peut-elle donner suite à ces instructions ? Quel est le droit de Philippe sur les actifs déposés sur le compte n° 118118-00 à sa clôture ?***

P. pouvait-il de clôturer le compte seul ? Vu que c'est un compte collectif en mains communes, il faudrait l'instruction des deux titulaires (sauf si le contrat bancaire prévoit autre chose, ex : contrat LODH). S'ils se retrouvent dans une situation de paralysie, on ne peut pas mouvementer le compte et il faudra attendre une solution, le cas échéant, judiciaire.

Si le compte avait été individuel : il faut aussi que les deux mettent fin au compte. En cas de problème, comment bloquer le compte pour éviter qu'un retire tout ? L'art. 150 al. 3 CO (sur la solidarité active) prévoit que la banque est tenue de répondre aux sollicitations de chaque titulaire, sauf si on lui notifie une poursuite. Lorsqu'un titulaire veut bloquer un compte, il doit mettre la banque en poursuite. La banque va bloquer les avoirs en attendant la justice, pour éviter de payer à double.

Dans notre compte en mains communes, P. ne pourra pas unilatéralement débloquer les fonds, tout ce qu'il peut faire c'est éviter qu'O. ne touche aux fonds pour moins de CHF 10'000.- (en révoquant sa procuration). Dans la pratique, les banques sont timides, lorsqu'il y a un « risque judiciaire », elles bloquent tout pour diminuer leurs risques.

CAS PRATIQUE 2

La soeur de Philippe, Julie, dispose d'un compte courant auprès de Caisse d'Epargne SA. Les conditions générales annexées aux documents d'ouverture du compte contiennent la clause suivante : « Contestation : Toute réclamation doit être effectuée par écrit auprès de la banque dans les 30 jours suivants la réception du relevé de compte, à défaut de quoi le relevé est considéré comme accepté par le client. » En janvier 2010, Julie avait donné un ordre permanent à la banque pour le paiement du loyer par le débit de son compte courant. Conformément à cet ordre, un montant de CHF 3'000 doit être payé le 27 de chaque mois en faveur de la Régie Beautoit. Le 3 mars 2011, Julie a reçu son relevé de compte du mois de février 2011. En examinant le détail des écritures, elle s'aperçoit que le paiement du loyer a été comptabilisé deux fois le 27 février 2011. Le 7 mars, elle a envoyé un courrier électronique à l'adresse figurant sur le relevé pour demander la correction de cette erreur.
Questions :

1. ***Le double débit du 27 février 2011 est-il justifié?***

.

2. ***Julie a-t-elle valablement contesté ce double débit ?***

.

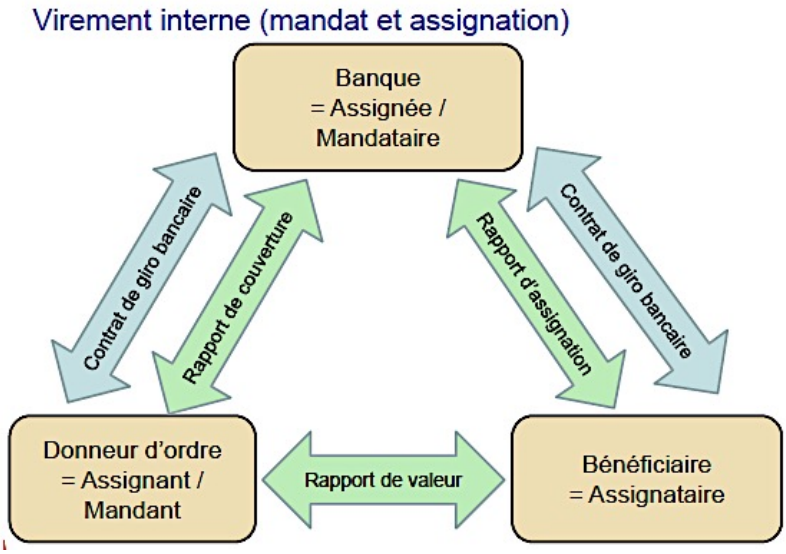
IV. Trafic des paiements ; virement ; assignation

Rappel : quand la novation intervient, il y a une compensation réciproque des créances des parties. Le client n'a plus qu'un solde sur son compte. Si il est positif, il a une créance contre la banque. Si le solde est négatif, la banque a une créance contre le client. Aujourd'hui on ajoute l'élément du contrat du **giro bancaire**. Avec ce contrat, la banque se charge du trafic des paiements pour le clients. Pas en espèces, mais en passation d'écritures (jeu d'écritures). La banque va débiter et créditer le compte pour le compte de son client. Les écritures passées donnent lieu à de la monnaie scripturale qui peut à tout moment être convertie en espèces.

Quelle est la nature juridique du contrat de giro bancaire ? Contrat de mandat: la banque est chargée de s'occuper du trafic des paiements pour son client. Le client est le mandant et la banque est le mandataire selon les art. 394 ss CO.

Concernant les interventions du client, c'est une autre relation qui s'ajoute au contrat de mandat. Le client en tant que donneur d'ordres va demander à la banque d'effectuer un paiement sur le compte d'une tierce personne. Il s'agit de **l'assignation**.

Est-ce que l'assignation (art. 466ss CO) est un contrat ? Non, il manque un élément pour qu'il s'agisse d'un contrat, c'est l'accord entre les parties. Ici c'est un acte unilatéral. On a en réalité une double autorisation unilatérale dans l'assignation. Attention dans loi c'est bien marqué que c'est un contrat !!!!!

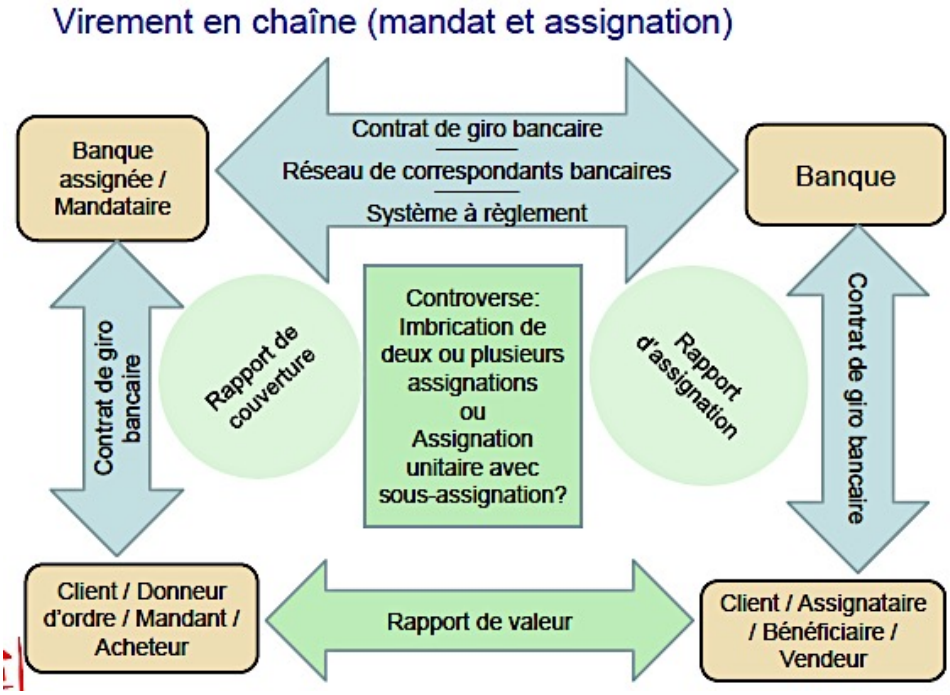


↑ Le virement interne c'est quand le client donne l'ordre à sa banque d'effectuer un paiement à sa banque à un autre client dans la même banque (l'autre client à un compte dans cette même banque). Le mandat ici c'est les deux contrats de giro bancaire et l'assignation c'est une relation triangulaire. Le mandat est ici donc doublé d'une assignation. La double autorisation unilatérale se concrétise par le fait que l'assignant donne l'autorisation à l'assigné d'effectuer le paiement (première autorisation), ainsi que l'assignant donne également l'autorisation à l'assignataire de recevoir le paiement (seconde autorisation).

Par l'assignation, l'assigné n'est pas immédiatement obligé ! Mais il sera obligé d'effectuer le paiement à partir du moment où il y a acceptation (où l'assigné notifie/informe son acceptation à l'assignataire) au sens de l'art. 468 al. 1 CO ! Concernant le **rapport de valeur**, peut-il y a voir un contrat ? Oui, p.ex un contrat de vente. Le donneur d'ordre sera libéré a partir du moment où le bénéficiaire acquiert une créance irrévocable contre la banque. L'opération permet à l'assignant de faire une attribution indirecte en faveur de l'assignataire, afin d'acquitter une dette qu'il a envers lui (p.ex prix de vente) ou de lui octroyer un prêt ou un crédit.

Concernant le **rapport de couverture**, entre l'assignant et l'assigné dans le rapport d'assignation. Ici on peut utiliser l'assignation de deux manières différentes : a) soit en tant que moyen de paiement ; b) soit comme un moyen de crédit.

Le principe du caractère abstrait du paiement opéré par la banque est un principe central du trafic des paiements (art. 468 al.1 CO). Ce principe domine l'intégralité du trafic des paiements : selon l'art. 468 al.1 CO, l'assigné qui a notifié son acceptation à l'assignataire sans faire de réserves est tenu de le payer et ne peut lui opposer que les exceptions résultant de leurs rapports personnels ou résultant de l'assignation, a l'exclusion de celles qui dérivent de ses rapports avec l'assignant. Autrement dit la banque qui est assignée n'a pas à se préoccuper du rapport du valeur. Si il y a un vice dans le rapport de valeur, la banque ne peut pas s'en prévaloir pour refuser d'effectuer le paiement. Pour le rapport de couverture, la banque ne peut pas non plus invoquer l'absence de couverture (de fonds) pour refuser de payer. Il y a vraiment une indépendance de l'engagement bancaire.



↑ Ici on introduit un **rapport quadrangulaire :** le client qui est donneur d'ordres et le client bénéficiaire n'ont pas forcément un compte auprès de la même banque mais auprès de banques différentes. A nouveau mandat et assignation interviennent. Les relations entre les banques peuvent être différentes :

- On peut s'imaginer que la banque du bénéficiaire et la banque du donneur d'ordre ont un contrat ensemble, ce qui ferait qu'on aurait un contrat de giro bancaire entre les deux banques.
- On peut s'imaginer un réseau de correspondants bancaires dont la banque du donneur d'ordre aurait un contrat avec une autre banque, qui aurait une relation bancaire directe auprès d'une autre banque et à la fin qui aurait une relation avec la banque du bénéficiaire. La somme qui sera versée ne sera pas en espèces en partant du compte du client donneur d'ordres en passant par toutes ces autres banques, mais il s'agira d'un jeu d'écritures.
- Mais enfin on aura un système à règlement. En Suisse pour les opérations bancaires en CHF, on a le **Swiss Interbank Clearing**, qui est un système de règlement/système de compensation interbancaire en francs suisses, c'est pour qu'il y ait une centralisation et c'est la BNS (Banque Nationale Suisse) qui a une relation avec toutes les autres banques. La BNS a pour tache de faciliter et assurer le bon fonctionnement du système de paiement interbancaire. Elle a une relation avec chacune des banques et mandate la SIC pour opérer ce système de compensation interbancaire.

On peut s'imaginer p.ex qu'il y ait une imbrication de deux ou plusieurs assignations, donc on peut s'imaginer un deuxième rapport d'assignation, où la banque assignée deviendrait un donneur d'ordre pour la deuxième

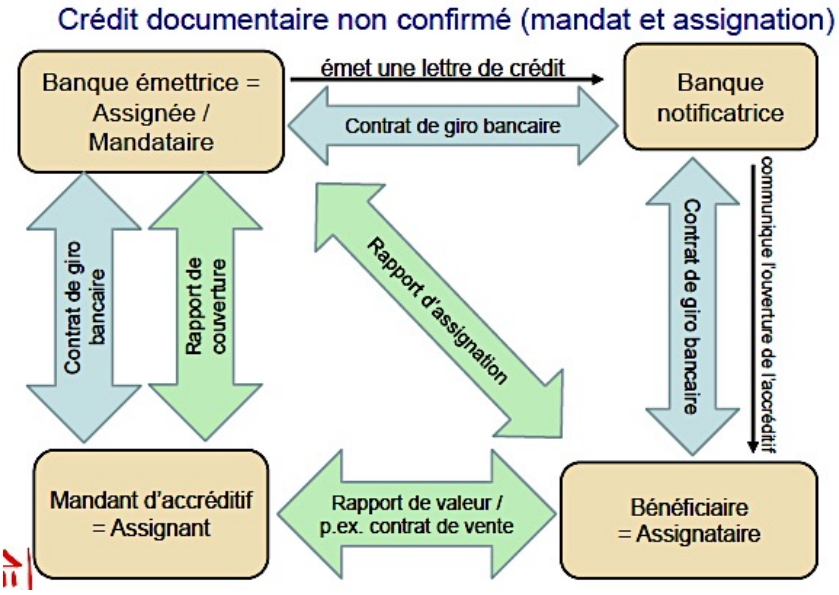
banque qui intervient, qui elle devient assignée. Il y a une autre idée aussi en doctrine c'est qu'on aurait une assignation unitaire, où la banque serait assignée et sous-assignante. L'avantage serait que le rapport de valeur reste entre le client donneur d'ordre et le client bénéficiaire, alors que le rapport de couverture serait simplement étendu.

CAS PRATIQUE 1

Cala Export SA est une société genevoise active dans le commerce de matières premières. Cala Export a conclu un contrat avec Filly Import Ltd, une société sise aux Emirats Arabes Unis, selon lequel Filly Import s'engage à acheter 25'000 kg d'un alliage de plomb et d'argent pour le prix de USD 800'000.–, devant être versés au moyen d'une lettre de crédit. Cala Export a un compte auprès de la banque Crédit Genevois SA, sise à Genève. Filly Import a un compte auprès de la banque Dubaï Bank Ltd dont le siège est à Dubaï. Sur requête de Filly Import, Dubaï Bank a émis une lettre de crédit irrévocable pour un montant de USD 800'000.–. Les parties ont convenu que les règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires de la Chambre de commerce internationale (RUU) s'appliquent à l'accréditif. Entre autres, selon le principe de la rigueur documentaire des RUU 600, la banque doit examiner la conformité formelle des documents présentés avec les conditions figurant dans la lettre de crédit. Selon l'article 14b, la banque doit déterminer dans un délai maximum de 5 jours ouvrés suivant le jour de présentation des documents si ceux-ci sont conformes et qu'elle les accepte ou si elle les refuse et les retourne au bénéficiaire de l'accréditif. De plus, les parties prévoient dans l'accréditif que la banque Crédit Genevois est uniquement chargée de notifier le crédit, c'est-à-dire de communiquer à Dubaï Bank l'ouverture de l'accréditif. Enfin, l'accréditif prévoit l'applicabilité du droit suisse avec élection de for exclusive en faveur des tribunaux suisses. Le 7 septembre, Cala Export a remis la marchandise à une société de transport. Le 8 septembre, Cala Export a présenté les documents attestant l'expédition des marchandises à la banque Crédit Genevois. ***Veuillez répondre aux cas de figure suivants:***

1. ***La banque Crédit Genevois remarque que les documents présentés ne sont pas conformes aux conditions de l'accréditif et les restitue à Cala Export. Est-ce que Cala Export peut demander à Dubaï Bank d'effectuer le paiement?***

Dans notre cas pratique, on a un crédit documentaire non confirmé. On voit un contrat entre Cala et Filly, c'est un contrat de vente. Dans le schéma le contrat de vente c'est le rapport de valeur. Le moyen de paiement est une lettre de crédit, qu'on appelle aussi un **accréditif**.



Qu'est-ce qu'une lettre de crédit ? C'est quand la banque assignée va être requise par le donneur d'ordre (ici l'acheteur qui paie le prix de vente) d'émettre une lettre de crédit, c.à.d. qu'elle va s'engager à payer si certaines conditions sont remplies. Quelles sont ces conditions ? Présentation de documents qui attestent l'expédition des marchandises. Le fait d'ouvrir un accréditif est déjà un engagement, en ouvrant l'accréditif la banque notifie le vendeur de son acceptation de l'accréditif. Quand le bénéficiaire reçoit cette lettre de crédit,

il va expédier la marchandise. On utilise beaucoup cela dans le commerce international puisque c'est des ventes à distance et les deux parties veulent être protégées, où les banques agissent en tant qu'intermédiaires neutres et solvables.

Y a-t-il des contrats de mandat dans ce schéma ? Oui, dans le rapport de couverture (il y a un contrat de giro bancaire entre l'assignant et assigné, donc une relation bancaire directe), mais aussi entre la banque assignée et la banque notificatrice (donc la banque dans le pays de l'exportateur, elles ont aussi une relation bancaire directe), puis le contrat de giro bancaire entre la banque notificatrice et l'exportateur lui-même.

Le mandant de l'accréditif (et donc l'importateur/l'acheteur) est Filly Export. Le bénéficiaire c'est Cala Export, qui est aussi exportateur et vendeur. La banque émettrice c'est Dubaï Bank. La banque notificatrice est le Crédit Genevois.

Concernant les RUU (Règles et Usances Uniformes relatives au crédit documentaire de la Chambre de Commerce Internationale), celles-ci s'appliquent comme des conditions générales au contrat si elles y figurent. Elles s'appliquent pratiquement dans toutes les lettres de crédit dans le commerce international. Les RUU ont quelques principes qui vont finalement modéliser les règles sur l'assignation et sur le mandat, en donnant vraiment le comportement que les différents acteurs doivent avoir dans ces lettres de crédit. La toute nouvelle mise à jour des RUU est les RUU 600 et consacrent les principes essentiels du crédit documentaire. Principes :

- Le premier principe est celui du paiement contre l'acceptation de document : la banque s'engage à ce que le paiement soit effectué uniquement contre des documents conformes aux conditions de l'accréditif. SI la banque refuse, elle notifie son refus sans délai au bénéficiaire, mais au plus tard 5 jours après réception des documents.
- Le second principe est celui de la rigueur documentaire : si les documents ne sont pas conformes, la banque peut les refuser. La condition dans l'obligation de la banque n'a pas d'objet autre que la conformité autre que celle des documents. La banque va donc examiner leur conformité formelle mais pas matérielle. Délai d'examen des documents : 5 jours ouvrés (art. 14 RUU).
- Le troisième grand principe est celui de l'abstraction : le rapport de valeur est totalement indépendant du crédit documentaire et la banque ne peut pas s'opposer aux prétentions du bénéficiaire même si le rapport de valeur ou le rapport de couverture est affecté d'un vice.

En l'espèce, concernant les documents non conformes et leur restitution à Cala Export, celle-ci ne peut pas demander à Dubaï Bank de procéder au paiement, puisque la conformité des documents est la condition au paiement. L'art. 7 des RUU 600 stipule que la banque émettrice s'engage fermement à exécuter l'accréditif en faveur du bénéficiaire pour autant que les documents soient remis à la banque émettrice et qu'ils soient conformes aux conditions de l'accréditif. C'est une condition suspensive. Dans l'assignation en droit suisse, on a l'art. 468 al.1 CO, selon lequel le bénéficiaire a une véritable créance contre l'assigné dès que celui-ci a manifesté son acceptation. Ici dans un accréditif, ce serait quand la lettre de crédit à été notifiée, mais à la condition que les documents soient remis, mais aussi qu'ils soient conformes.

En conclusion, Dubaï Bank n'est pas obligée d'effectuer le paiement.

2. ***La banque Crédit Genevois ne relève pas la non-conformité des documents. Crédit Genevois exécute le paiement en faveur de Cala Export. Crédit Genevois transmet les documents à Dubaï Bank et lui demande le remboursement du paiement effectué. Cependant, Dubaï Bank remarque que les documents ne sont pas conformes. Est-ce que Crédit Genevois a une créance contre Dubaï Bank?***

Une banque notificatrice n'a pas l'obligation de payer, elle doit attendre les instructions de la banque émettrice. Lorsqu'elle le fait, la banque notificatrice ne prend aucun risque. La banque confirmante a elle même une obligation de payer. A partir du moment ou les documents sont remis à la banque et sont conformes, elle doit payer et sera remboursée (cf. arrêt où la banque avait payé trop vite alors qu'elle n'avait pas l'obligation de le faire). Selon les RUU 600, on a ici le paiement contre documents ainsi que le principe de la rigueur documentaire qui entrent en jeu ici. La banque émettrice doit examiner la régularité formelle des documents présentés (avec les conditions figurant dans la lettre de crédit) à l'exception de leur régularité matérielle. En cas d'irrégularité, la marche à suivre pour la banque figure à l'art. 16 RUU 600 : si la banque émettrice reçoit des documents non conformes, elle peut refuser de payer et doit faire preuve de son refus par un avis au présentateur des documents, indiquant qu'elle refuse de payer et indiquant chaque irrégularité des

documents, tout en mettant les documents à disposition. Elle a 5 jours ouvrés pour accepter ou refuser des documents. S'agissant ensuite des contrats de mandat en général, selon l'art. 397 CO, les obligations du mandataire sont l'exécution conforme au contrat. Le mandataire doit suivre les instructions du mandat. L'art. 402 al.1 CO quant à lui dit que le mandataire ne peut pas demander un remboursement en cas d'exécution irrégulière du mandat.

En l'espèce, le Crédit Genevois (banque notificatrice) a payé sans remarquer l'irrégularité des documents, ce qui signifie qu'il n'était pas obligé de payer. En revanche, Dubaï Bank (banque émettrice) a remarqué l'irrégularité des documents et a notifié son refus de payer dans le délai. La question de la créance est une question de mandat. Le Crédit Genevois ici est en relation avec Dubaï Bank (comme mandante) et selon l'art. 397 CO, les obligations du mandataire sont l'exécution conforme au contrat. Le mandataire doit suivre les instructions du mandat. Or ici on voit donc une inexécution irrégulière du mandat puisque le Crédit Genevois alors qu'elle ne devait pas le faire. Le Crédit Genevois ne peut pas ainsi demander le remboursement à Dubaï Bank en vertu de l'art. 402 al.1 CO.

En conclusion, le Crédit Genevois n'a pas de créance contre Dubaï Bank.

3. ***Les documents présentés sont conformes aux conditions de l'accréditif. La banque Crédit Genevois les transmet à Dubaï Bank. Cependant, le montant disponible sur le compte bancaire de Filly Import s'élève à USD 350'000.–. Dubaï Bank refuse d'exécuter le paiement, faute de couverture suffisante. Dubaï Bank reproche à Filly Import de ne pas avoir alimenté son compte bancaire alors qu'elle s'était engagée de le faire. Est-ce que Cala Export peut exiger que Dubaï Bank exécute le paiement?***

L'art. 7 RUU 600 prévoit concernant l'engagement delà banque émettrice, que tant que les documents sont présentés et sont conformes, la banque émettrice doit effectuer le paiement. C'est le principe de l'abstraction bancaire. L'art. 468 al.1 CO le confirme : dès l'acceptation sans réserve de l'assignation, la banque assignée doit effectuer le versement, sans pouvoir faire valoir des exceptions tirées du rapport de couverture ou encore du rapport de valeur.

SI une banque confirmante serait présente dans le schéma (qui serait l'assignataire dans le premier rapport d'assignation), il y aurait acceptation de l'assignation par la banque assignée lorsque la banque confirmante elle même notifie à l'assignataire sans réserves.

Il faut noter qu'en droit suisse, l'accréditif devient irrévocable lorsqu'il a été notifié à l'assignataire. Le mandat est révocable en tout temps (art. 404 al.1 CO). L'assignation est révocable jusqu'au moment de la notification de son acceptation par l'assigné (art. 470 al.2 CO). En droit suisse, les normes concernant l'assignation sont de droit dispositif et cèdent le pas aux RUU si ces dernières sont intégrées au contrat.

En l'espèce, le rapport de couverture a un problème. Toutefois, en vertu du principe de l'abstraction bancaire ainsi que des art. 7 RUU 600 et 468 al.1 CO, Dubaï Bank ne peut pas utiliser cela comme une exception au paiement.

En conclusion, Cala Export peut effectivement exiger que Dubaï Bank exécute le paiement.

4. ***Dubaï Bank a d'ores et déjà procédé au paiement du montant de USD 800'000.– au Crédit Genevois. Cependant, Filly Import n'a pas reçu les marchandises. En s'informant auprès de Dubaï Bank, Filly Import a appris que Dubaï Bank n'a pas vérifié les documents et il s'est avéré que les documents présentés n'étaient pas conformes. Est-ce que Filly Import peut contester le débit effectué par Dubaï Bank à son compte ?***

Selon les RUU 600, on a ici le paiement contre documents ainsi que le principe de la rigueur documentaire qui entrent en jeu ici. La banque émettrice doit examiner la régularité formelle des documents présentés (avec les conditions figurant dans la lettre de crédit) à l'exception de leur régularité matérielle. En cas d'irrégularité, la marche à suivre pour la banque figure à l'art. 16 RUU 600 : si la banque émettrice reçoit des documents non conformes, elle peut refuser de payer et doit faire preuve de son refus par un avis au présentateur des documents, indiquant qu'elle refuse de payer et indiquant chaque irrégularité des documents, tout en mettant les documents à disposition. Elle a 5 jours ouvrés pour accepter ou refuser des documents.

En l'espèce, Dubaï Bank n'aurait pas dû verser la somme litigieuse. En effet, les documents présentés n'étaient pas conformes et elle aurait dû s'en apercevoir en vertu du principe de la rigueur documentaire. Filly Import peut contester le débit. Il y a aussi un problème entre Dubaï Bank et le Crédit Genevois : doit-elle rendre le montant débité au Crédit Genevois ? Du point de vue de l'art. 16 RUU 600, Dubaï Bank a violé ses obligations en acceptant les documents et a versé le paiement. En acceptant les documents, elle ne pouvait plus revenir sur le paiement. Il s'agit d'une exécution irrégulière du mandat envers Filly Import, qui peut contester le débit effectuer à son compte et exiger que Dubaï Bank fasse l'écriture inverse/recrédite le compte. Attention, pas d'extourne possible par contre, car une extourne n'entre en jeu qu'en cas d'erreur sur les écritures (p.ex erreur dans le montant), or en l'espèce c'est une erreur sur les motifs.

En conclusion, Filly Import peut tout à fait contester le débit effectué par Dubaï Bank à son compte.

5. ***Filly Import souhaite s'opposer au paiement et explique à Dubaï Bank que Cala Export l'a induite en erreur lors de la conclusion du contrat et qu'elle a l'intention de se prévaloir de l'invalidité du contrat pour vice de consentement. Est-ce que Dubaï Bank peut refuser d'exécuter le paiement?***

Les RUU 600 et consacrent les principes essentiels du crédit documentaire, dont le troisième grand principe qui est celui de l'abstraction : le rapport de valeur est totalement indépendant du crédit documentaire et la banque ne peut pas s'opposer aux prétentions du bénéficiaire même si le rapport de valeur ou le rapport de couverture, ou le contrat, est affecté d'un vice (art. 23 ss CO) ou est nul (art. 20 CO) (art. 4 RUU 600). L'art. 468 al.1 CO en droit suisse confirme ce principe. Y a-t-il des limites à ce principe tout de même ? Oui, l'ordre public, tel que p.ex la fraude dans les documents (documents de l'assignation falsifiés par exemple).

En l'espèce, il y a un vice dans le rapport de valeur, le contrat initial entre Filly Import et Cala Export étant vicié. Néanmoins, en vertu de l'art. 4 RUU 600, les banques ne sont pas concernées par ce contrat et Dubaï Bank sera tout de même obligée d'exécuter le paiement, si l'assignation est valablement effectuée (documents conformes et notification d'acceptation de l'assignation). Aucun intérêt d'ordre public n'entre en compte dans le cas particulier, on peut présumer que les documents de l'assignation étaient conformes. Ceux-ci étant indépendants du contrat, ce motif ne constitue pas une exception au principe des art. 4 RUU 600 et 468 al.1 CO.

En conclusion, Dubaï Bank ne peut pas refuser d'exécuter le paiement.

V. Conditions générales ; défaut de légitimation ; risques et responsabilités

A. Conditions générales en droit bancaire et financier

- Contrats d'adhésion : Les conditions générales ont une valeur contractuelle, si elles sont acceptées par les parties. L'une des parties propose une forme de contrat a laquelle l'autre est invitée à adhérer. Cette formule contient les CG. Il s'agit de clauses contractuelles préformulées qui décrivent de manière générale tout ou partie du contenu d'éventuels contrats.

- Phénomène de standardisation : beaucoup de clauses préformulées par les banques. Biensûr la sécurité juridique c'est bien pour le secteur bancaire, mais qu'en est-il du client qui n'a pas négocié les clauses des CG ? Du point de vue de la liberté contractuelle on voit que ce n'est pas toujours la solution optimale. Avec les CG les banques peuvent déroger au droit dispositif et celles-ci permettent parfois d'imposer aux cocontractants des conditions défavorables telles que des clauses limitatives de responsabilité.

- Règles sur l'interprétation des contrats
    - *In dubio contra proferentem :* particularité : on a une partie faible, le client, qui n'a pas librement négocié les clauses. C'est la petite limite : en cas de clause ambiguë ou pas claire, la clause s'interprète au détriment de la partie qui l'a rédigée. Cela s'applique toutefois de façon subsidiaire, uniquement lorsqu'il subsiste un doute sur des dispositions rédigées par les banques (celles-ci vont ainsi faire très attention lors de la rédaction de leurs CG).

- Production normative de « législateurs innommés » (Tercier) : Prof Tercier a proposé de reconnaître aux CG une valeur para-légale. Cela va dans le sens de cette problématique, dans ce sens que si on reconnaît ce rôle aux CG, on a besoin d'un régime pour éviter les abus et donc un contrôle des CG plus étendu que le contrôle d'un contrat individuel. A ce titre, il faut souligner le nouvel art. 8 LCD.

- Contrôle du contenu des conditions générales pour les contrats passés avec des consommateurs (art. 8 LCD) : on va jusqu'à donner une possibilité de contrôle abstrait des CG, c.à.d. que même des associations de protection de consommateurs qui peuvent avoir la qualité pour agir.

B. Intégration et validité des conditions générales

- Intégration : pour que les CG soient applicables, il faut qu'elles soient intégrées (a) et valides (b). On commence toujours par vérifier l'intégration. Il s'agit d'une manifestation de volonté par laquelle les parties conviennent que des CG déterminées complètent l'accord qu'elles ont passé et en font partie intégrante. Cela se fait donc en principe par une clause d'intégration individuelle dans le contrat. On a aussi la possibilité de faire une intégration globale des CG. Si une partie accepte les CG sans les discuter, voire sans en prendre connaissance, c'est possible a la seule exigence que le texte des CG soit disponible et librement disponible à cette partie.

- Dispositions applicables
    - Droit impératif : toujours applicable, impossible d'y déroger.
    - Contrat individuel : peut déroger aux conditions générales. Si il y a conflit entre CG et contrat individuel, c'est le contrat qui s'applique.
    - Conditions générales : s'appliquent de manière contractuelle.
    - Droit dispositif : si rien n'est prévu par les CG, le droit dispositif s'applique à titre supplétif.

- Principes généraux quant à la validité des conditions générales

- Les clauses illicites ou immorales : on fait référence a l'application des art. 19 et 20 CO, donc des clauses dont le contenu est contraire à la loi ou aux bonnes mœurs. Ces clauses sont nulles.
- Les clauses insolites : selon le nouvel art. 8 LCD.
- Les clauses abusives

C. Article 8 LCD

- « Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat ». On doit avoir affaire aux protections des consommateurs. P.ex le contrat bancaire tombe bien sous ce champ. Concernant le consommateur, il s'agit de toute personne physique ou morale qui achète une marchandise pour son usage propre, c.à.d. sans rapport avec son activité commerciale ou professionnelle.

- Champ d'application : premièrement, pour que l'art. 8 LCD s'applique et que les CG soient nulles, il faut un contrat inéquitable pour le consommateur, p.ex disproportion entre valeur économique de la prestation et celle de la contre-prestation. Autre exemple : des clauses qui permettent de résilier ou de résoudre unilatéralement le contrat. Autre exemple : une disproportion notable entre l'équilibre qui découle du régime dispositif et celui prévu par les CG sans que cette disproportion ne puisse se justifier dans l'ensemble du contrat considéré. Le second élément qui doit s'appliquer de manière cumulative pour entrainer la nullité des CG, c'est une clause qui trompe le consommateur, c.à.d. une clause qui est contraire aux règles de la bonne foi.

- Sanction : la nullité. Selon la doctrine et la JP c'est la nullité partielle, celle de la clause concernée. Cela n'entraine pas la nullité du contrat. Est-ce que le juge peut sauver les éléments non-abusifs dans la clause nulle ? Non, cela entraine la nullité de la clause entière, sinon on va faire des clauses exagérées et attendre que le juge sauve ce qui reste. Si une clause tombe, le contrat sera complété par le droit dispositif. Les moyens pour sanctionner sont plusieurs :
  - Art. 9 LCD : en appeler à un juge pour faire constater l'illicéité de l'atteinte, faire interdire l'usage des conditions générales ou la faire cesser si l'atteinte est en cours. La qualité pour agir appartient aux consommateurs mais aussi aux associations de protection des consommateurs qui peuvent demander un contrôle abstrait.
  - Demander des dommages-intérêts ou la remise de gain conformément au CO.

D. Défaut de légitimation – Allocation légale du risque

- Art. 402 al.1 CO : « Le mandant doit rembourser au mandataire, en principal et intérêts, les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution régulière du mandat, et le libérer des obligations par lui contractées. »
- Art. 475 al.1 CO : « Le déposant peut réclamer en tout temps la chose déposée, avec ses accroissements, même si un terme a été fixé pour la durée du dépôt. »
- Art. 481 al.1 CO : « S'il a été convenu expressément ou tacitement que le dépositaire d'une somme d'argent serait tenu de restituer, non les mêmes espèces, mais seulement la même somme, il en a les profits et les risques. »
- Art. 312, 315 et 318 CO.

E. Modification des conditions générales

- Modification contractuelle
- Acceptation
  - Délai prévu pour réagir

F. Conventions de banque restante

- Accord
    - Client renonce à recevoir les communications de la banque
    - Banque tient les communications à disposition du client
- Fiction de réception
- *Quid* en cas de réclamations tardives du client ? Cf. cas pratique.

G. Clause qui met le risque de défaut de légitimation sur la tête du client

- Exécution dépourvue d'effet libératoire
- Action en exécution – client demande la restitution de l'avoir en compte
- Clause de transfert de risque
- Art. 100 CO :
    - Al.1 : « Est nulle toute stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave. »
    - Al.2 : « Le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, tenir pour nulle une clause qui libérerait d'avance le débiteur de toute responsabilité en cas de faute légère, si le créancier, au moment où il a renoncé à rechercher le débiteur, se trouvait à son service, ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité ».

H. Clause de prorogation de for

- Règles de compétence semi-impérative en faveur des tribunaux du domicile du consommateur
    - Art. 114 LDIP
    - Art. 15ss CL révisée
- Limitations de la possibilité de conclure des conventions d'élection de for avant la naissance d'un différend
- Champ d'application de la CL révisée
    - Exercice d'une activité commerciale ou professionnelle
    - Action de diriger une activité commerciale ou professionnelle

I. Droit applicable aux contrats de consommation

- Règlement de Rome I
- LDIP
    - Art. 120 LDIP
    - Art. 19 LDIP
- Application du droit le plus favorable aux consommateurs

J. Questions

- *En cas d'intégration globale des conditions générales, une clause n'entrainant pas de disproportion notable entre les droits et obligations découlant du contrat est-elle toujours valable ?*
    a. *Oui, même si elle s'écarte du contenu auquel le client pouvait raisonnablement s'attendre ;*
    b. *Non, l'attention du client doit être attirée spécialement sur la clause en question pour qu'elle soit valable ;*
    c. *Non, elle peut être attaquée sous l'angle du caractère insolite ;*
    d. *Oui, si le contrat dans l'ensemble confère assez d'avantages au client pour justifier la clause en question.*

On élimine la réponse l'art. 8 LCD puisqu'elle n'entraine pas de disproportion notable entre les droits et obligations découlant du contrat. Néanmoins, un problème peut se poser sous l'angle des clauses insolites : celles-ci doivent être mises en évidence et il faut spécialement attirer l'attention de la partie faible sur la clause insolite. Elle peut être problématique en cas d'intégration globale uniquement (c.à.d. sans négociations). Pour réparer la clause insolite, la partie faible doit en être informée. La JP se contente en principe d'une typographie spéciale (p.ex caractères gras). Ainsi on écarte la réponse a.). Ensuite, la réponse d.) peut être un remède pour les clauses abusives. La réponse juste est la réponse c.). On doit vérifier les conditions de chaque régime pour voir si la clause est nulle ou pas.

- *En cas de virement effectué par une banque nonobstant un défaut de légitimation, quelle action à l'encontre de la banque peut intenter le client dont le compte a été débité ?*
    a. *Action fondée sur la responsabilité contractuelle*
    b. *Action fondée sur la responsabilité délictuelle*
    c. ***Action en exécution du contrat***
    d. *Action en enrichissement illégitime*

- *« La banque est tenue de vérifier la légitimation du client et de ses mandataires avec la diligence usuelle en affaires. Si la Banque, ses collaborateurs ou ses auxiliaires ne respectent pas cette obligation, le dommage qui en résulte est à la charge de la Banque. Si aucune violation des obligations n'existe, le client supporte le dommage résultant des défauts de légitimation. »* (Art. 1, Crédit Suisse, *édition 2015.*
    a. *La Banque transfère le risque d'une faute légère d'un de ses employés au client conformément à l'art. 101 al.3 CO.*
    b. *L'article 1 ne déroge pas au régime légal, étant donné que la Banque assume le risque d'une faute légère de ses organes et employés.*
    c. *L'article 1 est nul dans son ensemble, car le juge ne va pas sauver la partie valide de la clause en question.*
    d. *L'article 1 déroge au régime légale, étant donné qu'il met le risque d'une faute du client sur la tête du client.*

- *Les Conditions générales d'une banque contiennent une clause d'élection de for en faveur des tribunaux genevois. Le client est domicilié en Allemagne. La clause est :*
    a. *Valable, si c'est le client qui agit contre la banque et non la banque qui intente l'action ;*
    b. *Nulle, même si le client l'accepte tacitement ;*
    c. *Nulle, car le client ne peut jamais renoncer au for de son domicile, même pas après la naissance du différend ;*
    d. *Valable, pour autant que l'attention du client soit attirée spécialement sur elle, par exemple si la clause est mise en gras.*

Aucune réponse n'est vraiment juste, mais le mieux serait de dire que le client ne peut jamais renoncer au for de son domicile et **surtout pas avant** la naissance du différend.

CAS PRATIQUE 1

Monsieur Huber est domiciliée à Francfort. Il y a six ans, Monsieur Huber a ouvert un compte d'épargne auprès de Banque Ducoin SA. Monsieur Huber a signé une convention de banque restante. Le 10 novembre 2011, un montant de CHF 450'000.– a été transféré sur son compte. Monsieur Huber a procédé à de rares transactions bancaires dans les années qui suivent, lesquelles n'ont jamais dépassé le montant de CHF 20'000.–. Le 7 septembre 2016, la banque reçoit un téléphone d'une personne qui s'annonce comme Monsieur Huber, gérant de la société Huber Sàrl. Ce téléphone est suivi d'un courrier se référant à l'entretien téléphonique, confirmant l'ordre de transférer le solde du compte de Monsieur Huber sur celui de la société Huber Sàrl. La signature apposée sur le courrier de confirmation est illisible. La Banque Ducoin SA exécute l'ordre. Près de CHF 355'000.– sont transférés. Le 20 septembre 2016, Monsieur Huber se rend à la Banque Ducoin SA et constate avec stupéfaction le débit effectué sur son compte. Il s'avère que Monsieur Huber n'a aucun lien avec la société Huber Sàrl. ***Questions :***

1. ***En vertu de la loi, qui supporte le risque d'un paiement exécuté sur la base d'un ordre n'émanant pas d'une personne autorisée ?***

Le client qui veut contester le débit qui a été effectué sur son compte va introduire une action en exécution contre la banque. S'agissant du compte épargne, de quelle type de contrat s'agit-il ? Contrat de dépôt irrégulier ouvert, qui assure à son titulaire une rémunération plus élevée a son titulaire que sur un compte de dépôt ordinaire tout en ayant des conditions d'accès plus restrictives. On considère les art. 402 al.1, 475 al.1, 481 al.1 CO ainsi que les art. 312, 315 et 318 CO.

Ainsi le client demande l'exécution de son contrat de dépôt et donc la restitution de l'argent déposé sur ce

compte.

La banque en espèce a débité son argent et dit qu'elle a exécuté un ordre à un tiers non autorisé. Elle essaie sous l'angle du mandat (art. 402 CO) dire qu'elle a exécuté cet ordre selon les obligations régulières du mandat et tente de se faire rembourser par le client. Mais elle ne peut pas s'en prévaloir puisque le tiers était non autorisé. Il n'y a pas de créance et le débit effectué par la banque n'a pas lieu d'être.

Le client peut en conclusion contester le débit.

Note : pourquoi le client ne peut pas intenter une action en DI ? Parce qu'il n'y a pas besoin d'une faute ici. En cas de cas fortuit (p.ex problème dans le système informatique et virement par erreur), c'est la banque qui supporte le risque du point de vue du régime légale. Quid si le client n'a vraiment pas été diligent (n'a pas caché ses codes, etc) ? C'est toujours la banque qui supporte le risque, mais elle va tout de même se retourner contre le client pour une action en dommages-intérêts.

2. ***Le 5 mars 2016, Monsieur Huber a reçu les nouvelles conditions générales de Banque Ducoin SA, lesquelles contiennent une clause libellée comme suit : « Article 6 - Vérifications en matière de signature et de légitimation Le dommage résultant de défauts de légitimation ou de faux non décelés est à la charge du client, sauf en cas de faute grave de la banque. » Qui supporte le risque du paiement exécuté par la Banque Ducoin SA dans l'hypothèse où Monsieur Huber n'a pas pris connaissance des nouvelles conditions générales et ne s'y est pas opposé dans le délai de 30 jours prévus à cet effet ?***

Pour être valables, les clauses doivent d'abord être valablement intégrées au contrat. Ensuite, pour être valables, les clauses doivent être valides.

En l'espèce, H n'a pas pris connaissance des nouvelles CG et ne s'est pas opposé dans le délai de 30 jours dès leur communication. Faute de contestation dans le délai, les nouvelles CG sont considérées comme approuvées. Y a-t-il toujours un problème ? Il faut se demander si une acceptation tacite est possible. Ensuite si en cas de changement important au contrat, si une acceptation tacite suffira ou si il faut renégocier le contrat pour qu'il y ait une véritable modification contractuelle.

Autre problème dans l'état de fait qui doit être pris en considération : il y a une convention de banque restante. C'est un accord entre le client et la banque selon lequel le client renonce à recevoir les communications et charge la banque moyennant rémunération de les tenir à sa disposition pour qu'il puisse en prendre connaissance lors de ses visites. La fiction de réception fait que les communications sont réputées avoir été reçues à la date de leur expédition. En principe ici il y aurait donc acceptation tacite. Est-ce que la banque peut en profiter pour faire des communications/changer les CG etc ? Non, il y a une limite à cela : l'abus de droit, à partir du moment ou la banque profite de cette fiction de réception pour agir sciemment au détriment du client. On n'acceptera pas cette fiction de réception si elle sait bien qu'en l'espèce H ne prend pas connaissance de toutes les communications et en particulier dans le délai imparti, et la banque s'expose à des réclamations tardives de la part du client. Cela s'aligne avec le fait que dans la convention de banque restante, il y a rémunération pour que la banque mette a disposition ses communications mais la banque est aussi rémunérée pour les risques qu'elle prend à s'exposer aux réclamations tardives du client.

Quid ici de la clause de transfert de risque sur le client ? On applique l'art. 100 CO (confirmé par le TF), qui régit les conventions d'exonérations de la responsabilité pour inexécution ou exécution imparfaite du contrat. On doit se demander si avec la banque il s'agit d'une industrie concédée par une autorité. Le TF répond que oui et que l'art. 100 al.2 CO s'applique. La clause de transfert de risques peut transférer le risque mais pas en cas de faute légère de la banque (y.c ses organes). Quid d'un employé de la banque ? C'est l'art. 101 CO qui s'applique dans ce cas (responsabilité des auxiliaires) et dans quelle mesure la banque peut reporter la faute commise par ses auxiliaires sur le client : art. 101 al.3 CO. La banque peut s'exonérer conventionnellement de la faute légère de ses auxiliaires.

En l'espèce, est-ce que cette clause est valable ou est-elle nulle ? Dans quelle mesure dans cet article 6 des CG la banque a essayé de reporter le dommage subi sur le client ? Il faut l'examiner sous l'angle de l'art. 100 al.2 CO. La banque ne peut pas transférer le risque d'une faute légère d'un de ses organes sur ses clients. C'est une

clause nulle au regard de l'art. 100 al.2 CO puisqu'elle ne devrait pas transférer le risque du dommage qu'elle subi pour une faute légère de ses organes. Attention : elle n'est pas nulle *de facto*, c'est le juge qui va la tenir pour nulle. Mais la banque n'aime pas ce genre de risque et il vaut mieux pour elle de l'enlever.

3. ***Quid si les conditions générales applicables étaient identiques à celles du Crédit Suisse ? Et à celles d'UBS ?***

L'article 1 déroge au régime légale, étant donné qu'il met le risque d'une faute du client sur la tête du client. Toutefois cela reste valable.

4. ***L'article 16 des conditions générales applicables a la teneur suivante : « Article 16 – Droit applicable et for Toutes les relations juridiques du client avec la Banque sont soumises au droit suisse. Le for exclusif pour toute procédure est à Genève. La Banque se réserve le droit d'engager des poursuites contre le client auprès de la juridiction dont relève son siège social ou son domicile. » Monsieur Huber peut-il agir contre la banque Ducoin SA devant un tribunal allemand, nonobstant l'article 16 des conditions générales ?***

Quel type de contrat ici ? Contrat de consommation (contrat bancaire). Champ d'application de la CL révisée : il faut un exercice d'une activité commerciale ou professionnelle ET l'action de diriger une activité commerciale ou professionnelle (p.ex par Internet). On présume pour la résolution de l'exercice que c'est le cas en l'espèce.

For partiellement impératif au domicile du consommateur : le principe c'est les art. 15 ss CL (la Suisse et l'Allemagne en font partie), ainsi que l'art. 14 LDIP. Le consommateur ne peut pas renoncer au for de son domicile avant la naissance de son différend. Grand principe pour la validité des clauses de prorogation de for. Cela en fait un for semi-impératif.

Acceptation tacite d'une élection de for en cas de for semi-impératif possible ? Non, cela ne suffit pas.

Inefficacité des clauses de prorogation de for en faveur des tribunaux du siège de la banque : art. 32 CPC, 114 al.2 LDIP et 17 CL révisée.

Le consommateur a toujours le droit d'agir au for de son domicile (donc ici ce serait en Allemagne), cette clause est par conséquent nulle et Mr H peut sans problèmes agir devant un tribunal allemand (au for de son domicile). En plus la clause est asymétrique (siège social etc), de ce point de vue là elle est aussi nulle. Le consommateur lui a le choix entre son domicile (Allemagne) ou le siège social de la banque (ici Suisse) par contre (art. 114 LDIP).

VI. Secret bancaire

A. Définition

Le monde a complètement changé mais l'idée de base reste la même. Définition du secret bancaire : « Le secret bancaire consiste dans la discrétion que les banques, leurs organes, leurs employés ainsi que certaines personnes en relation directe avec elles doivent observer avec elles doivent observer concernant les affaires économiques et personnelles de leurs clients et de tiers parvenus à leur connaissance dans l'exercice de leur profession » - Schönle H. C'est vrai que le secret bancaire s'est développé et a été un argument de vente pour la place financière suisse majeur. Notamment, une raison fondamentale mais mauvaise était son opposabilité fiscale, ses effets sur les flux d'échanges en matière d'information fiscale. Ce facteur a fondamentalement changé durant les dernières années.

B. Fondements

- Droits de la personnalité (CC 28) : La sphère privée des personnes est le premier fondement. Les droits de la personnalité sont principalement protégés par l'art. 28 CC.
- Obligation contractuelle de fidélité (CO 398). Rapports contractuels. Les rapports entre les banques et leurs clients sont soumis à un ensemble de règles très variées où les règles du mandat sont très présentes. Nombreux mandataires ont une obligation de secret et chez les intermédiaires financiers cela ne se limite pas aux banques mais s'étend également à leurs organes, auxiliaires, etc. Conditions générales ne parlent en principe jamais du secret bancaire. Si on trouve des choses aujourd'hui dans la documentation contractuelle des banques, c'est plutôt des mises en garde contre le fait que le secret bancaire a des limites, que certains processus de paiement entrainent la révélation de l'identité des clients, etc. Le contrat est la deuxième, voire la première source de l'obligation de confidentialité, mais ce n'est pas le contrat en lui même, c'est la conséquence de l'obligation de fidélité et la bonne de foi.
- Règles de la bonne foi (CC 2 al.1) dans le contrat mais aussi dans les rapports précontractuels. La bonne foi de l'art. 2 CC joue un rôle tant dans les rapports contractuels qu'à l'extérieur (rapports précontractuels typiquement). Une des obligations est de garder la confidence sur les obligations confidentielles révélées p.ex pendant des négociations.
- Droit de la surveillance (LB 47, LBVM 43, LPCC 148) ; par des normes pénales. Ce sont des fondements qui ne sont pas explicites : dans aucun code c'est marqué « secret bancaire », etc. C'est une obligation déductible des règles générales de notre droit privé. Maintenant il y a quelques bases légales expresses pour ce secret qui spécifiquement protègent le secret bancaire. On pense notamment à l'art. 47 LB, l'art. 43 LBVM ou encore 148 LPCC. Ce sont des bases légales qui se trouvent dans des textes de droit public/de droit administratif et prennent la forme d'une règle pénale.
- Pas un droit constitutionnel ! Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de dire que le secret bancaire n'est pas un droit de nature constitutionnel : ATF 137 III 431/JdT 2012 I 207, consid. 2.1, affaire ou l'UBS a transmis 150 dossiers de clients américains dans une procédure d'entraide, les clients ont contesté cette décision et le TF a dit que le secret bancaire est un principe clair de notre ordre juridique, sans toutefois être un droit constitutionnel. Définition du Tribunal fédéral : « Le secret bancaire désigne le devoir d'une banque et de ses membres, renforcé par des sanctions pénales et éventuellement par des sanctions relevant du droit de la surveillance, de garder secrètes à l'égard de l'extérieur toutes les informations qui leurs sont confiées par le client ou qui parviennent à leur connaissance dans le cadre de leurs relations d'affaires. Il repose sur la relation contractuelle entre la banque et le client, d'une part, et sur la protection de la personnalité de celui-ci, d'autre part. » (ATF 135 III 431/JdT 2012 I 207, consid. 2.1 *Finma c. X Ltd, Y Ltd et Z Corp*.

C. Art. 47 LB

Art. 47[153]

[1] Est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui, intentionnellement:

a. en sa qualité d'organe, d'employé, de mandataire ou de liquidateur d'une banque, ou encore d'organe ou d'employé d'une société d'audit, révèle un secret à lui confié ou dont il a eu connaissance en raison de sa charge ou de son emploi;

b. incite autrui à violer le secret professionnel;

c.[154] révèle un secret qui lui a été confié au sens de la let. a ou exploite ce secret à son profit ou au profit d'un tiers.

[1bis] Est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui obtient pour lui-même ou pour un tiers un avantage pécuniaire en agissant selon l'al. 1, let. a ou c.[155]

[2] Si l'auteur agit par négligence, il est puni d'une amende de 250 000 francs au plus.

[3] ...[156]

[4] La violation du secret professionnel demeure punissable alors même que la charge, l'emploi ou l'exercice de la profession a pris fin.

[5] Les dispositions de la législation fédérale et cantonale sur l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice sont réservées.

[6] La poursuite et le jugement des infractions réprimées par la présente disposition incombent aux cantons. Les dispositions générales du code pénal[157] sont applicables.

Cette disposition a passement évolué mais les bases restent la même. C'est une règle de droit qui figure dans une loi spéciale et qui s'applique qu'à certaines intermédiaires financiers. Un gestionnaire de fortune p.ex a les mêmes obligations de droit privé. Toutefois, sa violation du secret bancaire n'est pas menacée par cette loi mais par autre chose (p.ex Code pénal).

Trois hypothèses sont envisagées ici :

- Art. 47 al.1 let. a : « Celui qui », est en principe une personne physique. La délimitation de ce qui est secret n'est pas très précise. Ne s'applique qu'aux organes, mandataires, etc… donc des *intraneus*.
- Art. 47 al.1 let. b : s'applique à toute personne qui incite la personne de l'hypothèse de la let. a à violer ce secret.
- Art. 47 al.1 let. c : vise l'*extraneus*, qui reçoit le secret protégé par un *intraneus* et le révèle.

Avec la loi de 2015, apparaît l'al.1bis de l'art. 47 LB.

L'al. 5 : caractère absolu du secret est entamé par la réserve de cet alinéa, qui renvoie à d'autres bases légales prévoyant une obligation de témoigner et de renseigner en justice.

D. Pourquoi le secret bancaire ne figure-t-il pas, comme les autres secrets professionnels, dans le Code pénal ?

Explication historique : Loi sur les banques (1934) est antérieure au Code pénal suisse (1937). Dans les années 20, introduction de la LB pour des raisons de crise. Volonté de protéger les clients, et ainsi les banques. Explication symbolique.

E. Les grands paramètres

- Maitre du secret : le client (et ses héritiers)

- Sujets :

- La banque, le négociant en valeurs mobilières ou la bourse
- Ses organes, employés, mandataires, auditeurs, etc.

- Objet : faits non notoires parvenus é la connaissance de la personne chargée du secret dans l'exercice de ses fonctions. Le secret est un fait non notoire, parvenu a la connaissance de l'obligé (la personne tenu au secret) dans l'exercice de ses fonctions. Le fait que l'information ne soit pas notoire suffit ! Si plein d'autres gens le savent (famille, amis, etc) ce n'est pas important.

- Durée : avant, pendant et après (voire en dehors) des rapports contractuels entre client et établissement. P.ex le droit de la personnalité ne s'éteint même pas avec le décès des personnes physiques. De même, le secret bancaire subsiste après le décès de la personne qui en bénéficiait. Question : est-il opposable aux héritiers ? Cf. art. 400 CO.

- Le secret professionnel s'applique à toutes les intermédiaires financiers, mais seul celui des banques, négociants et bourses fait l'objet d'une protection pénale.

F. Secret bancaire suisse : vraiment différent ?

- Sanction pénale, peine privative de liberté.

- Poursuite d'office, pas le cas partout ! Plutôt fréquent de prévoir la poursuite sur plainte dans les autres pays.

- Exceptions traditionnelles au secret bancaire sont très restrictives (ce qui est spécifique au droit suisse et quelques autres « paradis fiscaux ») : « Les dispositions de la législation fédérale et cantonale sur l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice sont réservées. »

- Mais en extension régulière. La demande de clients qui n'ont pas déclaré leurs avoirs que ce secret soit particulièrement bien maintenu, on prend bcp de précautions. En France p.ex bcp moins de précautions (facile d'accéder à son compte bancaire sur internet) alors qu'en Suisse bcp plus de précautions (boitier à code avec carte spéciale, etc).

- Le secret bancaire suisse n'est pas unique, mais importance historique, symbolique et commerciale !

G. Conséquences d'une violation du secret bancaire

- Responsabilité pénale (auteurs = personnes physiques).

- Responsabilité civile de l'établissement (et de l'auteur). Vrai dans l'abstrait seulement car en pratique difficile de chiffrer le dommage en cas de violation du secret bancaire. La JP suisse est très exigeante sur la quantification et la preuve du dommage (y.c le tort moral). Cf. cependant ATF 115 II 72. Si les avoirs n'étaient pas déclarés et à la suite de « cette trahison » par un employé bancaire, le client doit payer 5 ans d'arriérés d'impôts à son pays, alors c'est un dommage ? Le TF dit que la dette fiscale existe de tout façon, on ne va pas protéger cela + la pénalité (qui par nature vise à infliger une peine à qqn). Selon prof, JP un peu bizarre mais en soit juste dans son raisonnement.

- Mesures administratives (LFINMA 31 à 37)

H. Les exceptions au secret

- Le consentement du maitre du secret :
  - Pratique des *waivers* (=levée du secret bancaire)

- Alinéa 5 des art. 47 LB et 43 LBVM : « les dispositions de la législation fédérale et cantonale sur l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice sont réservées ». On pense surtout aux codes de procédures cantonaux.
- Faits justificatifs extra-légaux :

- Clause générale de police (ATF 137 III 431 affaire UBS à nouveau, le TF a jugé que la FINMA avait pu valablement autoriser UBS à transférer les 150 dossiers).
- Intérêt prépondérant de l'établissement dans une procédure contre le client : pour se défendre dans le cadre d'une procédure, la banque a le droit de donner des informations.
- Autres intérêts, e.g. avoirs non réclamés (maintenant : LB 37m).

I. FINMA

- Aucun secret à l'égard de l'autorité suisse de surveillance

- Art. 29 LFINMA : « Obligation de renseigner et d'annoncer :
  Al. 1 : Les assujettis, leurs sociétés d'audit et organes de révision ainsi que les personnes et entreprises détenant une participation qualifiée ou prépondérante au sein des établissements assujettis doivent fournir à la FINMA les renseignements et les documents nécessaires à l'accomplissement de ses tâches.
  Al. 2 : Les assujettis renseignent sans délai la FINMA sur tout fait important susceptible de l'intéresser. »

- Ne s'applique pas à l'égard des autorités de surveillance étrangères.

J. Autorités étrangères de surveillance des marchés financiers

- Assistance administrative internationale
  - LFINMA 42 : à la requête d'une autorité étrangère chargée de la surveillance des intermédiaires et marchés financiers
    - Principe de spécialité
    - Secret de fonction des autorités requérantes
    - Procédure administrative (PA) applicable lorsque les informations concernent des clients (=levée du secret bancaire)
    - Recours au TAF
  - LFINMA 42b : collaboration avec les organisations et les organes internationaux
  - LFINMA 43 : audits hors du pays d'origine
  - LFINMA 42c : transmission d'informations par des assujettis aux autorités étrangères

K. Procédure pénale

- Secret bancaire pas mentionné comme tel dans le code de procédure pénale

- Art. 173 al.2 CPP : « Les détenteurs d'autres secrets protégés par la loi sont tenus de déposer. La direction de la procédure peut les libérer de l'obligation de témoigner lorsqu'ils rendent vraisemblable que l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité ».

- S'applique aussi à la production de pièce

- Sanction en cas de refus injustifié : CP 292, poursuite pénale.

- La même règlementation vaut en matière d'entraide internationale en matière pénale, par renvoie de EIMP 9.

L. Entraide internationale en matière pénale

- Réglée par la loi sur l'entraide internationale en matière internationale (EIMP) et par de nombreux traités

- Art. 9 EIMP : « Protection du domaine secret
  Lors de l'exécution de la demande, la protection du domaine secret est réglée conformément aux dispositions sur le droit de refuser de témoigner. Les art. 246 à 248 CPP s'appliquent par analogie à la perquisition de documents à leur mise sous scellés ».

M. Lutte contre le blanchiment : Code pénale

Art. 305ter : « Défaut de vigilance en matière d'opérations financiers et droit de communication.

« Al.1 : Celui qui, dans l'exercice de sa profession, aura accepté, gardé en dépôt ou aidé à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à un tiers et qui aura omis de vérifier l'identité de l'ayant droit économique avec la vigilance qui requièrent les circonstances, sera puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire.
Al.2 : Les personnes visées à l'al.1 ont le droit de communiquer au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent de l'Office fédéral de la police les indices fondant le soupçon que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305bis, ch.1bis. »

N. Loi contre le blanchiment d'argent (LBA)

Art. 9 : Obligation de communiquer

« Al.1 : L'intermédiaire financier informe immédiatement le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent…:

a. S'il sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires :
   1. Ont un rapport avec une des infractions mentionnées aux art. 260ter Ch.1 ou 305bis CP ;
   2. Proviennent d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305bis ch.1bis ;
   3. Sont soumises au pouvoir de disposition d'une organisation criminelle ;
   4. Servent au financement du terrorisme (art. 260quinquies, al.1 CP).
b. S'il rompt des négociations visant à établir une relation d'affaires en raison de soupçons fondés conformément a la let. a […] »

O. Procédure civile

- Procédure civile
  - Régimes disparates sous l'empire des procédures civiles cantonales
  - Régime unifié depuis le 1er janvier 2010

- Obligation de collaborer
  - CPC 163 II et 166 I : « Les dépositaires d'autres secrets protégés par la loi peuvent refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. »

- Refus injustifié
  - De la banque comme partie « le tribunal en tient compte lors de l'appréciation des preuves » (CPC 164)
  - De la banque comme tiers : mesures de contrainte (CPC 167)

P. Entraide civile internationale

- Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (RS 0.274.132)

- Art. 10 renvoie au CPC : « En exécutant la commission rogatoire, l'autorité requise applique les moyens de contrainte appropriés et prévus par sa loi interne … »

Q. Droit fiscale interne : aujourd'hui

- En procédure de taxation, les autorités fiscales ne peuvent obtenir aucune information des banques et négociants de en valeurs mobilières sur les contribuables. Elles ne peuvent pas réclamer des informations sur un contribuable particulier pour savoir si il a plusieurs comptes auprès de la banque, etc.

- La « simple » soustraction d'impôts n'est pas un délit, ne donne donc pas lieu à des poursuites pénales auxquelles le secret bancaire ne serait pas opposable.

- Le secret bancaire n'est levé que dans deux hypothèses (très restrictives) :
    - En cas de poursuite pour escroquerie fiscale (usage de faux ou autre édifice de mensonges aptes à tromper l'autorité fiscale), qui peut être punie d'une peine privative de liberté car c'est un délit, et cela donne lieu à une procédure pénale dans le cadre de laquelle on peut lever le secret bancaire.
    - Pour l'impôt fédéral direct, en cas de soupçon fondé de soustraction continue de montants importants d'impôts (LIFD 175, 176, 190 ss). C'est l'hypothèse de la soustraction de sommes importantes mais sans escroquerie toutefois. Il y a à ce moment là des enquêtes assorties de mesures de contraintes (saisies, etc).

R. Droit fiscal international de la Suisse : hier

- Maintenait la distinction entre soustraction d'imports et escroquerie fiscale

- Entraide internationale en matière pénale ouverte seulement en cas d'escroquerie fiscale

- Dans le cadre des conventions contre la double imposition (CDI), échange d'informations en principe limité à la bonne application de la CDI.

S. Droit fiscal international : évolution

- Assouplissement (relatif) des CDI :
    - Notamment CDI 1996 avec USA « *taux fraud and the like* », cas de transmission d'informations pour la fraude fiscale.

- Mesures unilatérales et coopération privée forcée : les *Qualified Intermediary Agreements* entre US IRS et banques suisses, système qui oblige les banques étrangères (y.c la Suisse) à rentrer dans une convention avec IRS pour avoir accès au marché américain. Cette convention oblige encore de distinguer les personnes US des personnes non-US. En plus les banques sont soumises à une obligation d'audit.

- Impôt a la source plutôt que échange d'informations : accord avec l'UE sur la fiscalité de l'épargne. Directive sur la fiscalité de l'épargne de 2004. L'UE voulait assurer un bon échange d'informations pour assurer la bonne fiscalité de l'épargne. Mais des pays comme Luxembourg, Singapour, etc n'étaient pas d'accord de transmettre des informations. Ils étaient d'accord par contre de prélever un impôt à la source. Puis l'UE négocie avec la Suisse et des pays tiers qui offrent l'alternative aux clients soit de transmettre les informations, soit de prélever l'impôt a la source. Mais bcp de trous dans la directive, ainsi les clients européens des banques suisses ne déclaraient pas et ont bien vécu avec cette directive. Cette directive devait être révisée après 8 ans pour passer à l'échange automatique. Mais on y a échappé. Pendant cette même période, il y avait des discussions avancées à l'OCDE à ce

sujet. La Suisse n'aime pas, ne participe pas à certaines séances (erreur) pour éviter de devoir dire non.

- Changement de cap avec l'accord sur la fraude :
    - Moyens de contrainte dans les procédures de soustraction fiscale en matière d'impôts indirects (TVA…)

T. L'affaire US DOJ v UBS

- Démarchage actif de clients US
    - Sans les autorisations nécessaires au regard du droit de la surveillance
    - En violation des engagements pris par UBS comme *qualified intermediary*
    - Complicité de fraude fiscale des clients

- IRS obtient des ordonnances judiciaires contre UBS SA ordonnant la production de documents relatifs à 10'000+ comptes de « *US persons* »

- *Departement of Justice* menace d'introduire des poursuites pénales contre UBS SA

- FINMA ordonne la transmission urgent de 250+ dossiers de clients
    - ATF 135 III 431/JdT 2012 I 207 (clause générale de police)

- Conseil fédéral négocie deux accords ; Accord 2010 approuvé par le Parlement sert de base à transmission de env. 4'500 dossiers.

U. Droit fiscal international : révolution

- L'affaire UBS

- Décision du Conseil fédéral du 13 mars 2009 : révision des conventions de double imposition (art. 26 modèle OCDE

Choc car changement de paradigme : cela signifie qu'à partir du moment ou la nouvelle CDI entre en vigueur, les Etats concernés pourront demander des informations sur les autorités fiscales suisses sur leurs ressortissants. Vaut mieux accepter l'échange sur requête toutefois, car on veut à tout prix éviter l'échange automatique d'informations !

- Promulgation (2010) du *Foreign Account Tax Compliace Act* (*FATCA*) et conclusion d'un accord USA-CH. Le FATCA crée le premier mécanisme d'échange automatique de renseignement ou les banques étrangères rapportent automatiquement au fisc américain des informations sur leurs ressortissants. Le marché financier américain est d'une tel importance que c'est pratiquement impossible pour une banque de refuser d'entrer. La Suisse, face à cela, propose aux USA un marché de mécanisme d'impôt à la source, mais cette fois par forfaitaire, mais taillé sur le régime fiscal des USA. Les contribuables devront soit accepter que leurs informations soient transmises, soit d'accepter leur prélèvement. Et cela sera ainsi pour chaque Etat. Cela devient très compliqué.

- RUBIK : dernière tentative de la Suisse en faveur de l'imposition à la source pour éviter l'échange automatique
    - Succès avec le Royaume-Uni et l'Autriche
    - Echec devant le Parlement allemand
    - En juin 2013, le Conseil fédéral déclare qu'il faut changer de stratégie et qu'ils sont favorables à un échange automatique d'informations multilatéral, selon 1 standard international, une fois que ce standard international passe. En 2009 on va appliquer l'échange à la demande, en 2013 on s'engagera pour l'échange automatique de renseignements.

Développement de la stratégie en matière de marchés financiers

Berne, 14.06.2013 - Lors de sa séance d'aujourd'hui, le Conseil fédéral a pris acte du premier rapport d'experts consacré au développement de la stratégie en matière de marchés financiers. Le Conseil fédéral est disposé à collaborer activement, dans le cadre de l'OCDE, à l'élaboration d'une norme mondiale applicable à l'échange automatique de renseignements permettant de garantir que les clients étrangers de gérants de fortune respectent leurs obligations fiscales. Cette norme devra satisfaire aux exigences élevées posées en matière de respect du principe de la spécialité et des dispositions sur la protection des données, garantir la réciprocité et réglementer de manière fiable l'identification des ayants droit économiques de toutes les structures juridiques, y compris les trusts et les sociétés de domicile.

Depuis un certain temps, la place financière suisse est confrontée à un contexte international lourd de défis. Ces dernières années, les conditions-cadres des

En 2014, le standard est publié à l'état de projet, et accepté en Suisse. En 2015, les Etats se précipitent pour dire qu'ils vont mettre ça en place.

Echange automatique de renseignements

La nouvelle norme globale d'échange automatique de renseignements (EAR) permet de lutter contre la soustraction d'impôt sur le plan international. Jusqu'à présent, près de 100 Etats, dont la Suisse et tous les grands centres importants, se sont déclarés prêts à reprendre cette norme.

La Suisse a signé un accord pour l'introduction de l'échange automatique de renseignements avec les Etats partenaires suivants:

Vidéo
L'échange automatique de renseignement

Etats	Signature	Etat au parlement*	En vigueur
Australie	03.03.2015	15.076	*01.01.2017*
Canada	05.02.2016	16.057	*01.01.2017*
Corée du Sud	19.02.2016	16.057	*01.01.2017*
Guernesey	20.01.2016	16.057	*01.01.2017*
Ile de Man	20.01.2016	16.057	*01.01.2017*
Islande	20.01.2016	16.057	*01.01.2017*
Japon	29.01.2016	16.057	*01.01.2017*
Jersey	20.01.2016	16.057	*01.01.2017*
Norvège	20.01.2016	16.057	*01.01.2017*
UE**	27.05.2015	15.081	*01.01.2017*

* Etat des délibérations parlementaires
** L'accord d'EAR avec l'UE vaut pour les 28 Etats membres et s'applique aussi à Gibraltar
en italic: date prévue

Pour la Suisse, mettre cela en place signifie avoir une loi. Le Conseil Fédéral travaille a grande vitesse pour adopter les bases légales nécessaires, mais aussi échanger avec chaque pays. Ci-dessus on voit la liste des pays avec lesquels c'est déjà en place.

V. Art. 26 du modèle OCDE de conventions de double imposition

« 1. Les autorités compétentes des Etats contractants échangent les renseignements vraisemblablement pertinents pour appliquer les dispositions de la présente Convention ou pour l'administration ou l'application de la législation interne relative aux impôts de toute nature ou dénomination perçus pour le compte des Etats contractants, de leurs subdivisions politiques ou de leurs collectivités locales dans la mesure où l'imposition qu'elles prévoient n'est pas contraire à la Convention…
4. Si des renseignements sont demandés par un Etat contractant conformément à cet article, l'autre Etat contractant utilise les pouvoirs dont il dispose pour obtenir les renseignements demandés, même s'il n'en a pas besoin à ses propres fins fiscales.
5. En aucun cas les dispositions du paragraphe 3 ne peuvent être interprétées comme permettant à un Etat contractant de refuser de communiquer des renseignements uniquement parce que ceux. Ci sont détenus par une banque, un autre établissement financier, un mandataire ou une personne agissant en tant qu'agent fiduciaire ou parce que ces renseignements se rattachent aux droits de propriété d'une personne ».

W. LAAF

- Loi fédérale sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale (LAAF) du 28 septembre 2012
    - Entrée en vigueur le 1er février 2013 (RO 2013 231)

- Modification en 2014
    - Possibilité de répondre à des demandes groupées
    - Possibilité de ne pas informer immédiatement les contribuables visés par une requête

X. Secret bancaire et avenir de la place financière

La disparition du secret bancaire en matière de fiscalité est surmontable sur la place financière suisse à trois conditions :

- Intervient en même temps et dans la même mesure que pour les places financières concurrentes
- Est précédée de possibilités de régularisation pour les clients concernés (et pour les collaborateurs concernés)
- Est accompagnée d'une (ré)ouverture de l'accès au marché.

Y. Bilan

- Le secret bancaire est une norme de rang législatif qui réserve expressément toute disposition légale contraire.

- Il n'est pas opposable :
    - Dans les procédures pénales suisses et internationales
    - Dans l'échange automatique ou à la demande de renseignements fiscaux

- Reste une mesure de protection dans les rapports de droit privé, où il peut être levé par un juge en présence d'un intérêt prépondérant.

VII. Décès du client et sort des avoirs bancaires

La question d'aujourd'hui touche aussi au secret bancaire, c'est une situation où le secret est restreint, voire levé.

A. Aspects

- Avoirs bancaires non réclamés
  - Affaire des fonds juifs en déshérence
  - Directives Narilo

- Droit aux renseignements des héritiers
  - Fondement contractuel
  - Fondement successoral

B. Affaire des fonds juifs en déshérence

- Problème juridique et dimension éthique

- Arrêté fédéral de 1962

- Arrêté fédéral de 1996 – Commission Indépendant d'experts suisses
  - Rapport final de la Commission Bergier en 2002

- 1996 : MoU avec deux organisations juives mondiales
  - Comité Volcker
  - 1997 : Publications de listes nominatives
  - 1997-2001 : *Claims Resolution Tribunal for Dormant Accounts*

- 1996 : Trois plaintes collectives devant un tribunal new-yorkais
  - 1998 : Accord conclu pour USD 1.25 milliards
  - 2nd *Claims Resolution Tribunal*

Après la Seconde Guerre mondiale, cette affaire a révélé un problème juridique et éthique important au sein des banques suisses. Quels sont les droits et obligations des banques lorsque le contact est rompu avec un client ? Avant l'évolution de la situation juridique, le client-créancier devait lui-même faire valoir sa créance contre la banque. La banque débitrice n'avait pas à rechercher les ayants droits d'avoirs non-réclamés. Elle ne pouvait même pas le faire à cause du secret bancaire.

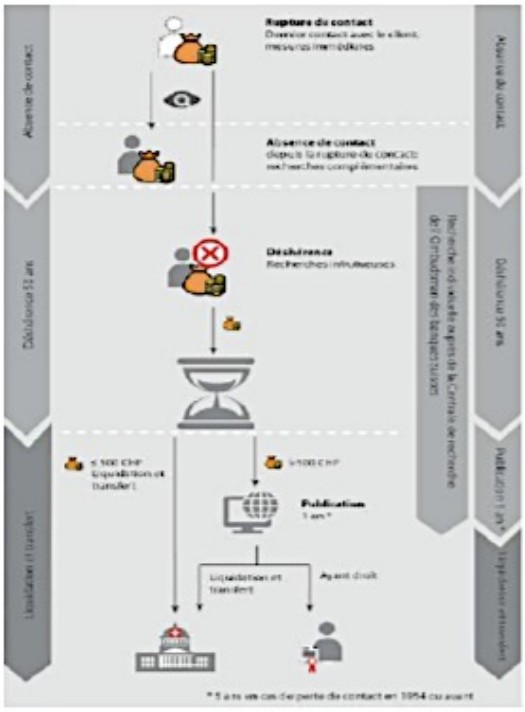
Le secret bancaire a été élaboré en 1934 [cf. cours précédent, idée de protéger les fonds juifs de l'Allemagne nazie]. À l'époque, image plutôt positive du secret bancaire, protection de la sphère privée des individus. Mais la situation s'est retournée contre les banques dans les années 1990. C'est à ce moment que l'affaire des fonds juifs a éclaté. On a reproché aux banques de s'être enrichies grâce à ses fonds de victimes du nazisme. Grandes pressions internationales, obligation de changer la loi pour protéger l'image des banques et de la place financière suisse.

Histoire : dès 1962, un arrêté fédéral obligeait les banques à annoncer les avoirs d'étrangers disparus. La dette était reprise par la Confédération. Si aucun ayant droit n'était trouvé, les avoirs étaient versés dans un fond spécial. Dans les années 1990, il y a de fortes pressions internationales, important d'agir pour l'image des banques. Une Commission Indépendante (mise sur pieds par un arrêté fédéral de 1996) devait recenser les avoirs des victimes du nazisme. Rapport final de la Commission « Bergier » a été rendu en 2002. En 1996 toujours, un MoU est passé avec deux organisations juives mondiales : cela a mené à la publication de nombreux noms. Cette publication est approuvée par la CFB, ce qui représente une première grande levée du secret bancaire. En 1997, un Tribunal arbitral est constitué en et présidé par un certain Volcker pour régler les prétentions venant de l'étranger. Les demandeurs pouvaient obtenir gain de cause s'ils rendaient leurs

prétentions vraisemblables (appréciation des preuves simplifiée). Ce tribunal, entre 1997 et 2001, a instruit près de 10'000 requêtes et a attribué plus de 65 millions de CHF. En 1996, trois *class actions* ont été interjetés devant un tribunal new-yorkais. Les grandes banques suisses ont conclu un accord transactionnel, pour solde de tout compte. Cela éteignait les prétentions contre les banques suisses, la question est ainsi réglée de façon définitive. La distribution des fonds s'est faite par la *2nd Claims Resolution Tribunal*.

Cette affaire des fonds juifs a eu pour effet de modifier la pratique des banques et l'étendu du secret bancaire.

C. Directives Narilo



Publiés:
Plus de 2'600 noms en décembre 2015, auxquels sont associés près de CHF 44 millions d'avoirs ainsi qu'environ 80 compartiments de coffre-fort.

Source: Avoirs en déshérence, Information de l'ASB, décembre 2015

Ces directives règlent les avoirs en déshérence en général. Les banques doivent prendre des mesures pour éviter la rupture du contact et rechercher activement leurs clients. La troisième version des Directives est entrée en vigueur en 2015, suite à un changement de la LB (nouveaux art. 37*l* et *m* LB), qui introduit une base légale de la procédure pour aboutir à la liquidation des avoirs en déshérence après 50 ans, suite à une publication (nouveauté législative).

Cette procédure est mise en œuvre dans l'OB (art. 45 à 59 OB) : à partir du moment où il y a rupture de contact, les avoirs sont réputés « avoirs sans contact » pendant 10 ans. A l'issue des 10ans, les avoirs sont réputés « avoirs en déshérence » pendant une période de 50 ans. Après cela, ils sont publiés sur un site internet (le nom de l'ayant droit, sa date de naissance, la raison sociale, le domicile, le siège de l'ayant droit.). Ici, ce sont les intérêts prépondérants qui justifient cette levée du secret bancaire. Au terme de la procédure de publication, 1 an après, les avoirs sont transférés à la Confédération et le transfert entraîne l'extinction de toute prétention y afférente.

L'ASB a modifié les Directives Narilo, pour concrétiser cette nouvelle procédure. Ce sont des normes d'autorégulation qui sont reconnues par la FINMA comme standards minimaux. La reconnaissance de la FINMA leur confère force obligatoire pour toutes les banques.

Les Directives Narilo contiennent :

- Mesures préventives (pour éviter la rupture de contact) : les banques doivent informer le client sur la problématique de la perte de contact, attirer leur attention sur l'importance de transmettre une nouvelle adresse en cas de besoin, l'inviter à nommer une personne à contacter si le contact est rompu (le secret bancaire sera levé face à cette personne).

- Mesures immédiates : en cas de rupture de contact, la banque a l'obligation de tenter de renouer le contact avec le client, avec toute la diligence requise. Elle doit, notamment, tenter de trouver la nouvelle adresse du client. La banque peut mandater des tiers pour rechercher le client (ces tiers seront tenus par le secret bancaire). Si ces recherches sont infructueuses, la rupture est constatée. Il faut comptabiliser les avoirs, désormais réputés « sans contact », de façon centralisé, pour que le client puisse s'adresser le moment venu à n'importe quelle succursale de la banque. La banque va continuer à gérer ces « avoirs sans contact » pendant 10 ans.

- Autres mesures : les avoirs de plus de 500.- sont notifiés à l'Ombudsman des banques suisses (médiateur neutre) et ce dernier peut rechercher les ayant droits. Il dispose d'une banque de données centralisée. Le secret bancaire est préservé à ce moment grâce à la médiation de l'Ombudsman. 10 ans après, ces avoirs deviennent des « avoirs en déshérence ». Levée du secret bancaire après 50 ans, publication sur un site internet (dormantaccounts.ch) pendant 1 an. Si toujours rien, avoirs sont transmis à la Confédération.

D. Droit aux renseignements des héritiers – Nature contractuelle

- Art. 560 CC : Universalité de la succession

- Art. 405 al.1 CO : Fin du mandat

- Maitre du secret bancaire

- Art. 400 al.1 CO : Obligation de rendre des comptes

- Exception : Faits de nature strictement personnelle

- Art. 602 CC : Communauté héréditaire

E. Compte joint

- Cotitulaires de la relation de compte
  - Mode de signature individuel ou collectif
  - Mandat
  - Créanciers solidaires

- Principe

- Clause d'exclusion des héritiers
  - Art. 154 CO
  - Droit aux renseignements ?

F. Droit aux renseignements des héritiers – Nature successorale

- Art. 607 al.3 CC et art. 610 al.2 CC

- A l'égard des tiers
  - Comblement d'une lacune
  - Levée du secret bancaire

- Droit individuel

- Etendue
  - Y compris libéralités entre vifs rapportables ou réductibles

- Caractère impératif

G. Délimitation nature contractuelle VS nature successorale

- Compétence (fondement contractuel) : le for est presque toujours déterminé par les CG de la banque et vaut aussi pour les héritiers (dans la relation contractuelle). Il faut faire attention à la protection des consommateurs.
    - For : for du lieu d'exécution (art. 113 LDIP) / choix du consommateur (art. 114 LDIP) / clause d'élection de for (art. 5 LDIP) / for de domicile (art. 17 CL) ;
    - Droit applicable : rattachement objectif (art. 117 LDIP) / clause d'élection de droit (art. 116 LDIP) / droit du domicile du consommateur ou droit le plus favorable (art. 19 et 120 LDIP).

- Compétence (fondement successoral) : important de noter que la CL ne s'applique pas aux successions.
    - For : dernier domicile du *de cujus* (art. 86 LDIP) / lieu d'origine (art. 87 LDIP)
    - Droit applicable : dernier domicile du de cujus (art. 90 al. 1 LDIP) */ professio iuris* (art. 90 al. 2 LDIP)

- Etendue matérielle du droit aux renseignements :
    - Limite :
        - Fondement contractuel : tous les faits (nature globale de la reddition de comptes) ;
        - Fondement successoral : informations nécessaires à l'exercice des droits successoraux.
    - Sphère privée du défaut :
        - Fondement contractuel : possible de restreindre les informations
        - Fondement successoral : si les héritiers ont des prétentions successorales, ils peuvent avoir accès à de telles informations.
    - Clause d'exclusion des héritiers :
        - Il n'y aura plus de fondement contractuel ; on passe au fondement successoral.
    - Réservataire évincé :
        - Fondement successoral.
    - Ayant droit économique :
        - L'ADE n'a pas de prétention contractuel, car il n'existe pas de relation bancaire entre lui et la banque. Pas de fondement contractuel pour ses héritiers non plus, mais ils peuvent demander des renseignements à la banque sur la base de leurs prétentions successorales.

- Etendue temporelle du droit aux renseignements :
    - Fondement contractuel : tous les documents dont la banque a obligation de garder pour 10ans (art. 962 CO) et autres archives ;
    - Fondement successoral : le droit aux renseignement ne peut pas dépasser l'échéance de l'action successorale en vue (p. ex : l'action en réduction de l'art. 533 CC, délai de 1 an, respectivement 10 ans).

H. Ayant droit économique

- Véhicules successoraux
    - Trusts
    - Fondations

- Secret bancaire

- Débat : atteintes portées à la réserve

- Jurisprudence de la Cour de justice genevoise
    - Héritiers réservataires
    - Haute vraisemblance

- Activité de conseil de la banque

L'ADE n'est pas partie à la relation contractuelle. Le titulaire du compte est un tiers. Que se passe-t-il au décès de l'ADE ? Ses héritiers peuvent-ils avoir des informations ? Le fondement contractuel n'aide pas du tout, car il n'y a pas de contrat. Le secret bancaire et opposable à l'ADE et aussi à ses héritiers. Mais les héritiers de l'ADE pourraient avoir des prétentions successorales, et pour exercer ces prétentions, pourraient avoir besoin de certains renseignements. Par exemple, si le défunt a créé des *trusts* ou des fondations, il n'est que le bénéficiaire de ces structures. On sait que cela permet, dans certains cas, d'éluder les règles du droit des successions. Il serait choquant que les droits des héritiers soient lésés par ce genre de structures. Ainsi, les réservataires peuvent obtenir des renseignements auprès de la banque. Ils doivent rendre la violation de leurs réserves légales hautement vraisemblable.

N.B. Si la banque a donné des conseils au défaut pour créer ces structures, il pourrait y avoir des fondements contractuels. Pour l'instant la jurisprudence parle uniquement de réservataires, mais la

I. Procuration

- Représentant direct au sens des art. 32 ss CO

- Art. 35 al.1 CO
  - Les pouvoirs s'éteignent par la mort du représenté à moins que le contraire n'ait été ordonné ou ne résulte de la nature de l'affaire
  - Procuration *post mortem*

- Obligations de la banque à l'égard des héritiers
  - Rapports internes et externes
  - Art. 33 al.3 CO : bonne foi
  - Directives internes

- Procuration limitée VS procuration générale

Votamatic
Est-ce que la demande de renseignements faite par Eric à la banque Bonsou & Cie concernant l'état du compte personnel de son père entraîne une levée du secret bancaire ?

NON – il faut distinguer les prétentions contractuelles d'avec les prétentions successorales. Les trois héritiers sont Charlotte, Eric et Delphine. Ils forment la communauté héréditaire, au sens de l'art. 560 CC et deviennent partenaires contractuels de la banque. Chacun a droit de demander des renseignements auprès de la banque. La prétention est la même que celle qu'Adrien avait. Le maître du secret est titulaire de ce droit, les héritiers, au décès du *de cujus*, deviennent maîtres du secret.

CAS PRATIQUE 1
De nationalités suisse et australienne, marié en séparation de biens et domicilié en Suisse, Adrien est décédé. Il était titulaire auprès de la banque Bonsou & Cie :

- *d'un compte bancaire personnel présentant au jour de son décès un solde créancier de CHF 100'000 ;*
- *avec son épouse Charlotte, d'un compte joint et d'un compte de titres joint dont la valeur totale au jour de son décès est estimée à CHF 800'000, provenant des revenus de chaque époux.*

Les comptes joints sont soumis aux conditions générales suivantes :

> *«Chacun des Cotitulaires, agissant individuellement, peut disposer des avoirs crédités ou déposés auprès de la Banque et effectuer toutes opérations y relatives, notamment effectuer des apports et des retraits et attribuer tous pouvoirs sur le compte-joint. En présence d'instructions contradictoires de la part des Cotitulaires, la Banque se réserve le droit de surseoir à leur exécution ou de ne pas les exécuter. Les Cotitulaires sont créanciers et débiteurs solidaires à l'égard de la Banque. Chacun des Cotitulaires est ainsi responsable, pleinement et individuellement, de tout débit ou engagement à l'égard de la Banque ou de*

tiers. La Banque n'est pas partie et n'a pas à connaître les rapports internes entre les Cotitulaires, notamment ceux fondés sur le régime matrimonial ou sur le droit successoral. »

Outre son épouse, les héritiers légaux d'Adrien sont ses enfants Delphine (28 ans) et Eric (23 ans). Adrien n'a pas fait de testament.

Trois ans jour pour jour avant son décès, il a effectué à partir de son compte personnel un versement en faveur de Delphine d'un montant de CHF 100'000 afin qu'elle ait les fonds propres nécessaires à l'achat d'un appartement. Dans l'intention de ne pas attiser la jalousie de son fils Eric, le même jour, il a conféré à ce dernier une procuration sur son compte personnel, tout en s'assurant que Charlotte et Delphine ne soient pas mises au courant. ***Questions :***

1. **Eric peut-il demander à la banque Bonsou & Cie l'état du compte personnel de son père au jour de son décès ? Souhaitant connaître le montant du versement effectué par son père à sa sœur Delphine, Eric peut-il demander un tel renseignement à la banque Bonsou & Cie ? Peut-il demander les extraits du compte personnel de son père des six années précédant son décès ?**

Oui, car il devient partenaire contractuel de la banque, il a un droit individuel aux renseignements. C'est le fondement contractuel du droit aux renseignements des héritiers qui entre en jeu. L'art. 560 CC instaure l'universalité de la succession. La banque va demander des documents de preuve (acte de décès, certificat d'héritier etc.). Les héritiers sont subrogés au défunt. L'art. 405 al. 1 CO précise que le mandat prend fin par la mort du mandant, à moins que le contraire ne résulte de la nature de l'affaire ; c'est le cas pour les contrats bancaires. Souvent les CG des banques dérogent à l'art. 405 al. 1 CO (qui est de droit dispositif). L'obligation de la banque de rendre des comptes continue de déployer ses effets, après la mort du client (art. 400 al. 1 CO). Eric peut demander à la banque de rendre des comptes.

Quelle est l'étendue de ce droit aux renseignements. Est-ce que le fondement contractuel suffit à demander de tels renseignements ? Eric (comme les autres héritiers) reprend la relation contractuelle de son père. Son droit aux renseignements est aussi étendu que celui de son père, sauf pour les faits de nature strictement personnelle, c'est-à-dire les informations de nature secrète que le père avait partagé avec la banque ; mais il faut que le père l'ait spécifié expressément (ex : versement à une maîtresse). En l'espèce, on ne voit pas d'élément qui laisserait croire que le versement à la sœur aurait été de nature strictement personnelle. La banque ne peut donc pas opposer l'art. 47 LB. La reddition de comptes est globale et s'étend à tous les documents que la banque a l'obligation de conserver pendant 10 ans (au sens de l'art. 962 CO) et les autres documents qu'elle aurait conservé au-delà de ce délai. La réponse à la question est oui, car il y a un fondement contractuel.

2. **La banque peut-elle refuser d'indiquer à Delphine ou à Eric l'existence, la composition, respectivement la valeur des comptes joints d'Adrien et Charlotte ? Votre réponse serait-elle différente en cas d'application de la clause libellée comme suit : « En cas de décès d'un des Cotitulaires, le survivant conserve seul le droit de disposer à l'égard de la banque, à l'exclusion des héritiers ou autres ayants droits du Cotitulaire décédé et indépendamment des droits de propriété portant sur les actifs déposés. »**

Le principe du compte-joint est qu'en cas de décès d'un des cotitulaires, la relation perdure entre le cotitulaire survivant et la communauté héréditaire. Les héritiers deviennent cotitulaires, mais le droit de signature stipulé dans le contrat bancaire ne change pas. Ici, le fondement est contractuel ; la banque doit donner des renseignements concernant le montant du compte. Mais il y a une clause des CG qui prévoit que le survivant devient seul titulaire du compte-joint, à l'exclusion des héritiers. Cette clause d'exclusion des héritiers est valable, il s'agit d'une condition résolutoire au contrat de compte-joint, au sens de l'art. 154 CO. Au décès du cotitulaire, la relation bancaire prend fin avec le cotitulaire décédé. Jusqu'à là, pas de fondement contractuel et la banque peut refuser.

Cependant, en faisant valoir un fondement successoral, ont-ils droit à ces renseignements ? Ce fondement a une toute autre étendue, en raison des spécificités du droit successoral. Le but pour l'héritier d'obtenir ces informations est de faire valoir ses droits d'héritiers. Existe-t-il une base légale pour un droit à l'information de l'héritier ? On peut penser aux art. 607 et 610 CC qui parlent d'obligations de renseignement. Mais il s'agit

d'une obligation mutuelle entre héritiers, pas envers les tiers (comme la banque). La jurisprudence admet qu'il faut un droit à l'information pour le réservataire. Le CC ne prévoit rien, c'est une lacune proprement dite (au sens de l'art. 1 al. 2 CC) que le juge va combler. Il y a un projet de modification du CC en cours pour rajouter cette base légale manquante. Le droit de demander des renseignements appartient à chaque héritier individuellement. Ce droit s'étend à toute transaction antérieure, à condition de rendre vraisemblable, que l'information est nécessaire à la sauvegarde de ses intérêts successoraux. Caractère impératif du droit successoral aux renseignements à l'égard des tiers. Le testateur ne peut pas enlever ce droit par testament.

3. **Eric veut aller étudier aux Etats-Unis. Peut-il retirer les CHF 50'000 nécessaires à la réalisation de ce projet ?**

Quand il y a une procuration **bancaire**, le principe est que la procuration continue après le décès (voir les art. 32 ss CO). L'art. 35 al. 1 CO précise que la procuration prend fin par la mort du représenté, sauf si la nature de l'affaire l'exige, c'est le cas des procurations bancaires. Il s'agit ici d'une procuration *post-mortem*. Mais cela ne veut pas dire que la banque va simplement suivre la procuration, elle a certaines obligations, notamment une obligation d'agir de bonne foi (art. 33 al. 3 CO). Si la banque ignore la mort d'Adrien, elle va sans doute remettre l'argent à Eric. En revanche, dès qu'elle sait que le compte appartient à la communauté héréditaire, elle sait que si Eric retire 50'000.-, les intérêts des héritiers pourraient être menacés. Elle demandera l'avis des autres héritiers.

4. **Supposons que la dernière transaction effectuée sur le compte personnel d'Adrien était le versement à Delphine du 27 novembre 2009. Adrien a ensuite déménagé en Australie et n'a pas communiqué sa nouvelle adresse à la banque. Toute la correspondance bancaire a ensuite été retournée par la poste. La banque a également perdu tout contact avec Charlotte, Delphine et Eric. Adrien est décédé en Australie le 27 novembre 2012, mais la banque ne l'apprend qu'en octobre 2016. La banque Bonsou & Cie peut-elle transférer les avoirs du compte personnel d'Adrien à la banque Ducoin SA ? En quelle année est-ce que la banque débitrice des avoirs peut compter avec la liquidation définitive des avoirs sans nouvelles si aucun des héritiers ne refait surface ?**

La banque peut-elle transférer à une autre banque, en vertu de l'art. 37*l* al. 1 LB ? C'est possible de transférer des avoirs en déshérence à une autre banque (qui serait la banque *reprenante*). C'est une reprise de dette qui déroge à l'art. 176 CO (qui exige l'accord du créancier). Il faudra attendre 10 ans à partir du 27 novembre 2009. À partir de 2019, la banque pourra transférer ces avoirs réputés en déshérence à une banque *reprenante* sans l'accord du créancier. À partir de 2019, il faut attendre 50 ans, pour que le secret bancaire soit levé. S'en suivra une publication sur *domantaccounts.ch*, et au terme d'une année, les avoirs pourront être liquidés.

VIII. Négoce de valeurs mobilières ; transactions en bourse et hors bourse ; commission de vente et d'achat ; notion d'abus de marché

A. Valeurs mobilières

- Art. 2 let. b LIMF : « les papiers-valeurs, les droits-valeurs, les dérivés et les titres intermédiés standardisés susceptibles d'être diffusés en grand nombre sur le marché ». La LIMF est entrée en vigueur en 2016. Les papiers valeurs sont des titres physiques et seule la personne qui les détient physiquement peut les faire valoir ou les transférer physiquement. Les droits-valeurs sont les titres dématérialisés (plus de forme papier). Les dérivés sont des contrats financiers dont la valeur fluctue en fonction d'un ou plusieurs actifs sous-jacents. Les titres sont intermédiés lorsque la personne qui détient les titres les dépose chez un dépositaire central, ceci pour faciliter son transfert et son mode de conservation. Ces titres sont inscrits au crédit d'un compte de titres du dépositaire central, donc finalement il y a une écriture comptable qui se fait et au moment de son transfert il n'y a qu'une simple passation des écritures.

- Biens fongibles, donc des biens de masse qui peuvent être remplacés par des biens de même nature, de même quantité et de même qualité. La banque devra rendre un titre de même nature, de même quantité et de même qualité. Cela facilite les échanges de titres.

- Instruments négociables (= ce qui peut être échangé sur le marché financier)
    - Actions et autres droits de participation (p.ex d'une SA)
    - Obligations (droits de créances émises p.ex par une SA ou un gouvernement) – emprunts
    - Fonds de placement
    - Dérivés (options, futures, etc)
    - Produits structurés

B. Marché primaire VS marché secondaire

- Marché primaire
    - Emissions de nouveaux titres, donc on a une relation entre l'émetteur du titre et l'investisseur qui va acheter ce nouveau titre.
    - Financement
    - Offre publique initiale
    - Augmentation de capital
    - Prix d'émission

- Marché secondaire (lieu de rencontre entre investisseurs qui veulent vendre un titre et investisseurs qui veulent acheter un titre)
    - Négoce de valeurs mobilières déjà émises
    - Echanges de titres existants
    - Prix de marché

C. Négoce de valeurs mobilières

- Divers types d'infrastructures, réglées par la LIMF
    - Plates-formes de négociation
        - Bourses (en Suisse, la Bourse principale c'est la SIX Swiss Exchange)
        - Systèmes multilatéraux de négociation
    - Contreparties centrales etc

- Valeurs mobilières cotées (si elles sont en Bourse) VS non cotées (non en Bourse)

- Marché organisé (titres vendus au travers d'infrastructures) VS marché de gré à gré (pas d'infrastructure qui agit comme intermédiaire et on a des contrats bilatéraux entre investisseurs pour la vente ou l'achat de titres/de valeurs mobilières).

- Fonctions de la bourse
    - Formation des prix (jeu de l'offre et de la demande sur le marché boursier)
    - Procurer des liquidité des titres (si on a un marché liquide, a tout moment un investisseur peut aller vendre ses titres sur le marché, et le fait de savoir qu'il peut le vendre à tout moment, c'est une fonction très importante dans le marché. Si il voit qu'il ne peut pas vendre vite et qu'il risque de se retrouver coincé avec le titre, il ne va pas l'acheter).
    - Transparence (en publiant les volumes échangés, etc on traite les investisseurs de manière égale avec un accès égal au marché).

D. Négociants en valeurs mobilières

- Art. 2 let. d LBVM
    - « Toute personne physique ou morale ou société de personnes qui, pour son compte, en vue d'une revente à court terme, ou pour le compte de tiers, achète et vend à titre professionnel des valeurs mobilières sur le marché secondaire, qui les offre au public sur le marché primaire ou qui crée elle-même et offre au public des dérivés »

- Peut être un courtier (*broker*) (pas au sens de l'art. 412ss CO ! Sens financier ici ! Ici ce n'est pas juste indiquer une occasion de conclure un contrat au sens de 412 CO mais ici c'est toute personne physique ou morale qui en son nom et pour le compte du client achète et vend à titre professionnel des valeurs mobilières sur le marché secondaire. Donc ici **c'est plutôt un contrat de commission**).
    - Réception et transmission d'ordres, compensation (livraison des valeurs mobilières), tenue et gestion de compte des clients
    - Rémunération : commission

- Teneur de marché (*market maker*)
    - Achat et vente de titres
    - Rémunération : marge (*spread*)

E. Dispositions légales applicables

- Art. 425ss CO = contrat de commission, donc entre commissionnaire et commettant, ou la banque et son client.

- Art. 394ss CO = contrat de mandat, en particulier art. 398 CO qui vise les obligations de diligence et de fidélité du mandataire, donc on peut aussi répondre à la question 1 selon ce point de vue.

- Art. 11 LBVM = règles de conduite du négociant en valeurs mobilières

F. Commission

La personne qui se charge d'opérer est le commissionnaire (donc le négociant ou la banque) en son nom mais pour le compte du client. Il s'agit d'une représentation indirecte. La commission est un type spécial de mandat.

- Mandat comportant une représentation indirecte
    - Art. 425 al.2 CO : Renvoi aux règles du mandat si les règles sur la commission ne disent rien.
    - Art. 400 al.1 CO = obligation de restitution
    - Achat, vente, échange (art. 237 CO)
    - Choses mobilières ou papiers-valeurs

- Rémunération
    - Provision – Commission

- Art. 431 CO – Art. 402 al.1 CO

- Art. 398 CO
  - Personne diligente
  - Obligation de moyens

G. Règlement relatif au négoce (SIX Swiss Exchange)

- Art. 27 LIMF
  - Autorégulation obligatoire

- Transactions en bourse
  - Transactions en bourse dans le carnet d'ordres
  - Transactions en bourse hors carnet d'ordres
    - Obligation de déclarer à la Bourse

- Transactions hors bourse
  - Exceptions à l'obligation de traiter en bourse
  - Obligation de déclarer à une instance reconnue par la Bourse

H. Commission – Selbsteintritt

- Art. 436 – Droit de se porter contrepartie
  - Opérations de *Nostro* technique vs *Nostro* au sens strict
  - Conditions
    - Devoir de diligence
    - Cotés à la bourse ou traités sur un marché régulier
    - Facturation du cours effectivement réalisé ou du cours prévalant au moment de l'exécution du contrat
    - Risque de cours

- Art. 437
  - Présomption en cas d'annonce sans indication de cocontractant avant conclusion de l'affaire
  - Présomption réfragable
  - Droit impératif

I. Règles de conduite du négociant (art. 11 LBVM)

- Concrétisation de la garantie d'une activité irréprochable

- Double nature de droit public ET de droit privé, donc c'est possible dans le cadre d'une prétention en droit civil pour les parties d'invoquer l'art. 11 LBVM contre la banque si celle-ci n'a pas respecté ses obligations.

- Art. 11 LBVM
  - Al.1 : le négociant a envers ses clients :
    a. Un devoir d'information ; il les informe en particulier sur les risques liés à un type de transactions donné ;
    b. Un devoir de diligence ; il assure en particulier la meilleur exécution possible de leurs ordres et veille à ce qu'ils puissent la reconstituer ;
    c. Un devoir de loyauté ; il veille en particulier à ce qu'ils ne soient pas lésés en raison d'éventuels conflits d'intérêts.
  - Al. 2 : Dans l'accomplissement de ces devoirs, il sera tenu compte de l'expérience des clients et de l'état de leurs connaissances dans les domaines concernés.

J. Règles de conduite pour négociants (ASB 2008)

- Autorégulation reconnue comme standard minimal

- Concrétisation de l'art. 11 LBVM
  - Devoir d'information
  - Devoir de diligence
  - Devoir de loyauté

- Art. 11 : Interdiction du Front Running, Parallel Running, After Running
  - Devoir de loyauté

- Art. 13 : Livraison des positions short du négociant
  - Les positions courts du négociant peuvent être couvertes par l'emprunt de titres

- Art. 8 : Traitement des conflits d'intérêts
  - Mesures d'organisation
  - Ex : séparation fonctionnelle du négoce pour compte propre et du négoce pour le compte de clients
  - Ex : limitation du flux d'informations

K. Pratique des cours coupés

- Obligations de l'art. 11 LBVM
  - Diligence – meilleure exécution possible
    - Art. 5 Règles de conduite pour négociants (ASB) : Droit de se porter contrepartie ou *crossing* à condition que cela ne porte pas préjudice au client
  - Loyauté – attention aux conflits d'intérêts
    - Art. 12 Règles de conduite pour négociants (ASB) : Interdiction

- Licite en cas de tenue de marché
  - Risque

- Art. 436 al.2 CO
  - Cours actuel

L. Double représentation

- Internalisation

- Devoir de loyauté
  - Conflits d'intérêts

- Art. 398 al.2 CO

- Art. 11 LBVM
  - Art. 9 Règles de conduite pour négociants (ASB) : Clients traités de manière équitable et égale

- Conditions
  - Aucun client désavantagé
  - Prix peut être objectivement fixé

M. Droit de se porter contrepartie

- Art. 436
  - Question relative à l'obligation de diligence et de loyauté
  - Question des actions non cotées en bourse

- Art. 433

- Perte du droit à la commission

- Art. 97ss CO et art. 398 CO

N. Rétrocessions

- Types de rétrocessions
  - Rétrocessions et *finder's fees* versés par une banque au gérant
  - Rétrocessions sur produit : versées par l'émetteur au distributeur

- Conflit d'intérêts

- Principe = Art. 400 al. CO – obligation de restituer
  - Relation intrinsèque entre l'attribution d'un tiers et l'exécution du mandat

- Droit dispositif
  - Validité de la renonciation

O. Devoir d'information

- Marché primaire VS marché secondaire

- Art. 5 LPCC
  - Directive concernant l'information des investisseurs sur les produits structurés (ASB 2014)

- Art. 11 LBVM
  - Conflits d'intérêts
  - Forme standardisée
  - Facteurs qui dépassent le cadre de risques généraux
  - *Exécution only* VS conseil en placement
  - Rapport particulier de confiance
  - Cas de méconnaissance évidente de la part du client

P. Questions

- Dans le cadre de l'état de fait de la question 1, la banque est-elle en droit de vendre à son client des actions qu'elle détient pour son propre compte ?
  a. Oui
  b. Non

- Dans le cadre de l'état de fait de la question 4, sur quelle base légale se fonde une éventuelle prétention civile ?
  a. L'art. 11 LBVM
  b. Les art. 97ss CO
  c. L'art. 398 CO
  d. All of the above

CAS PRATIQUE 1

Depuis 2003, Xavier Dubois est titulaire d'un compte de dépôt auprès de la banque Dulac SA, sise à Genève. La banque avait remis à Xavier une information standardisée à l'ouverture du compte indiquant les risques essentiels liés aux investissements en actions et obligations. Le compte de Xavier était d'abord constitué d'environ 60% d'obligations et de 40% d'actions. Xavier n'a pas de connaissances particulières en matière financière, mais a acquis une certaine expérience en gérant ses avoirs lui-même tout en optant pour une stratégie de placement plutôt prudente. Le contrat de dépôt entre la banque et Xavier prévoit le versement d'une commission de 0.5% du volume de la transaction pour chaque service fourni par la banque. Le 20 janvier 2012, Xavier a manifesté son intérêt d'acheter des actions de la société cotée en bourse Alfa SA. La banque a informé Xavier qu'elle est détentrice d'actions pour son compte propre et qu'elle veut bien vendre à Xavier

20'000 actions au cours de bourse du jour. Cependant, la banque a omis d'informer Xavier qu'elle avait acquis les actions 2 ans auparavant à un cours nettement inférieur. Xavier accepte l'offre. La banque réalise un bénéfice de CHF 50'000. La banque ne prélève pas de frais de courtage sur cette transaction.

1. **La Banque Dulac SA a-t-elle respecté ses obligations envers Xavier ?**

Dans un contrat de commission, la personne qui se charge d'opérer est le commissionnaire en son nom mais pour le compte du client. Il s'agit d'une représentation indirecte. La commission est un type spécial de mandat. L'art. 425 CO renvoie aux règles du mandat si les règles sur la commission ne disent rien. Le mandataire doit agir comme toute personne diligente le ferait dans une situation particulière. Il s'agit d'une obligation de moyen selon l'art. 398 CO, à savoir mettre en œuvre la diligence requise par sa fonction les moyens nécessaires à l'exécution des instructions du commettant. La rémunération est un élément essentiel du mandat et il faut qu'il y ait une commission pour qu'on soit en présence d'un contrat de commission. Si le droit a la provision est exclu par le contrat, on serait en présence d'un contrat de mandat simple.

Le commissionnaire doit obtenir les conditions de vente optimales pour le commettant. Si le commissionnaire se porte contrepartie, cela veut dire qu'elle a aussi une volonté de faire une bonne affaire. On a une sorte de conflit d'intérêts quand même, c'est pourquoi les conditions du droit de se porter contrepartie au sens de l'art. 436 CO sont strictes. Une des conditions est que les actions doivent être cotées a la bourse ou être traitées sur un marché régulier, avec une valeur vénale donc de ses obligations. Cette condition est remplie ici, ainsi que toutes les autres et la banque peut se porter contrepartie. La banque devra facturer le cours prévalant au cours de l'exécution du contrat : cette condition est également remplie en l'espèce. Selon l'art. 437 CO, si la banque annonce l'affaire sans indication de cocontractant avant la conclusion de l'affaire, il y a une présomption qu'elle a exercé son droit de se porter contrepartie. Cette présomption est réfragable et est de droit impératif. La présomption de l'art. 437 CO s'éteint avec la conclusion du contrat (donc la banque ne peut pas attendre la conclusion du contrat pour soudain dire qu'elle se porte contrepartie, dans le but de bénéficier d'une bonne affaire après coup).

En l'espèce, on a bien un contrat de commission entre la banque et Xavier. Il s'agit d'une transaction hors bourse, même si c'était des actions cotées en bourse. En effet, le contrat d'échange des actions était conclu hors bourse. En principe il y a une obligation de traiter en bourse ce type d'actions mais il y a des exceptions. Par ailleurs, si les actions cotées en bourse sont échangées hors bourse, le négociant aura l'obligation de déclarer cette transaction à une instance reconnue par la Bourse. En d'autres termes, le négociant doit notifier cette transaction. On a pas l'utilisation du système de conciliation de la Bourse mais on doit se baser sur le contrat. Ensuite, la banque a-t-elle pris un risque de cours ou pas ? A-t-elle fait une opération de *Nostro* technique ou un *Nostro* au sens strict ? Ici c'est au sens strict car la banque a revendu les titres qu'elle détenait elle-même sur son stock commercial de titres. Cela est possible si la banque prend un risque de cours, même si l'opération après coup paraît très avantageuse. En effet, elle aurait pu faire une perte quand elle a, deux ans plus tôt, acheté les titres et les a détenu dans son stock commercial pendant deux ans.

S'agissant des obligations de diligence et de fidélité, les dispositions légales relevantes sont l'art. 398 CO, l'art. 11 LBVM et les Règles de conduite pour négociants (ASB 2008). La banque pouvait se porter contrepartie à condition que cela ne porte pas préjudice au client mais avec une certaine transparence totale, ceci dans le but d'éviter le conflit d'intérêts, en signifiant clairement qu'elle agit dans son propre intérêt et ne défend pas seulement l'intérêt de son client dans le cadre de cette transaction. La banque a plutôt respecté ses obligations en l'espèce (pas d'indication contraire dans le cas d'espèce).

En conclusion, la banque a respecté ses obligations envers Xavier.

* * *

Le 27 avril 2013 à 14 heures, Xavier a donné l'ordre à son banquier de vendre 15'000 actions de Betty SA, société cotée à la SIX Swiss Exchange, pour un prix minimum de CHF 53 par action. Le cours boursier du jour était en train de fluctuer autour de CHF 52.50-54.20. Le banquier a pris contact avec un trader de la banque, lequel l'a informé qu'il a une cliente, la société Crédo SA, qui serait preneuse pour CHF 54 par action. Les banquiers se sont mis d'accord pour prendre une marge sur la transaction. A 14h53, le trader a ainsi saisi dans

le système SIX l'achat pour compte propre de 15'000 actions à CHF 53 en tant qu'offre dirigée (avec Xavier comme vendeur). Le trader a d'abord laissé transiter les actions sur le compte interne de la banque. A 15h44, le trader a ensuite saisi dans le système SIX la vente de 15'000 actions pour CHF 54 également au moyen d'une offre dirigée (avec Crédo SA comme acheteuse). Au final, la banque a crédité le compte de Xavier de CHF 53 par action. La banque a prélevé les frais de courtage de 0.5% convenus contractuellement pour toutes les transactions effectuées pour Xavier. La banque a débité CHF 54 par action du compte de Crédo SA.

2. **Est-ce que la banque a violé ses obligations envers Xavier ?**

Selon l'art. 11 LBVM, la banque a une obligation de diligence (meilleure exécution possible ; art. 5 ASB) et de loyauté (attention au conflit d'intérêts ; art. 12 ASB) envers son client. A noter que selon l'art. 398 al.2 CO, si on a ce mandataire qui a une double représentation (deux clients à l'interne pour qui la banque effectue la transaction), le mandataire a un devoir de loyauté envers ses deux clients et il y a un conflit d'intérêts. Le mandataire doit faire attention de ne pas porter préjudice a ses deux clients et la condition pour une double représentation c'est la compensation par le dépositaire, ceci uniquement aux conditions si aucun client n'est désavantagé et que le prix peut être objectivement fixé.

En l'espèce, les parties ont conclu un contrat. La banque, en tant qu'intermédiaire, a acheté des titres d'un client et les a revendu à un autre client. Cette transaction a donc été faite hors bourse et n'aurait pas du être saisie dans le système SIX Swiss Exchange. En effet, la banque avait l'obligation de déclarer cette transaction à une instance reconnue par la Bourse mais pas la saisir directement dans le système SIX comme si c'était fait en bourse.

Ici, le prix est un peu plus élevé que le prix minimum fixé. La banque a finalement prélevé une marge sur la transaction. Or, elle n'avait pas le droit d'acheter a un prix inférieur et de revendre tout de suite après à un prix supérieur dans cette situation, puisque elle doit agir à la lumière de la meilleure exécution possible pour ses clients et faire attention au conflit d'intérêts. C'est un *Nostro* au sens technique et la banque devait facturer au cours qui été effectivement réalisé par la banque, ce qui fait qu'ici la banque prélève une marge finalement au détriment de Xavier. La banque n'a même pas pris de risque de cours et a conclu ces deux contrats ensemble, donc c'est différent par rapport à une activité de banque qui serait p.ex teneur de marché, qui ferait des contrats de vente et supporterait le risque de cours. C'est la pratique des cours coupés et cette pratique est parfaitement interdite.

S'agissant de la commission contractuelle de 0,5% que la banque a prélevé en tant que commissionnaire, l'art. 433 CO s'applique. Il y a une perte du droit à la provision dans un cas ou le commissionnaire viole ses obligations envers le commettant, ceci dans le cadre d'un acte de mauvaise foi, tel que c'est le cas en l'espèce.

Si, au surplus, l'investisseur subit un dommage, il pourra intenter une action fondée sur les art. 97ss CO (violation du contrat, dommage, causalité et faute). Le dommage serait la différence entre ce que le commissionnaire a facturé et ce qu'il aurait du facturer. Sous l'angle du droit public, si la FINMA poursuit ce genre de cas, selon l'art. 35 LFINMA, la FINMA peut confisquer les gains réalisés indument et dédommager le lésé.

En guise de conclusion, la banque a violé ses obligations de commissionnaire non seulement envers Xavier mais aux dépens de ces deux clients. Elle n'aura ainsi même pas le droit à sa commission contractuelle de 0,5% et Xavier pourra soit intenter l'action civile des art. 97ss CO, voire se faire dédommager directement par la FINMA.

* * *

Le 25 avril 2014, Xavier a donné l'ordre à la banque d'acheter 25'000 actions de Delta SA détenues en mains privées d'ici le 31 mai 2014 pour un prix n'excédant pas CHF 90 par action. La banque a acheté les actions en son nom pour compte propre le 27 avril 2014 pour un prix de CHF 89 par action. A ce moment, Delta SA avait conclu un accord visant l'acquisition d'une société en pleine croissance. Il était incertain que la transaction allait aboutir. Heureusement, les développements des semaines suivantes semblaient positifs. Ne disposant pas de prix effectif sur le marché, la banque s'est permise de revendre les actions à Xavier le 27 mai 2014 pour le

montant consenti de CHF 90 par action. La banque n'a pas perçu de frais de courtage pour cette transaction.

3. **Est-ce que la pratique de la banque est permise ?**

L'art. 436 CO porte sur le droit de se porter contrepartie et l'une de ses conditions est que les titres doivent être cotés en bourse.

En l'espèce, on a des actions non cotées en bourse mais détenues en mains privées, donc pas de cours boursier ni de marché régulier. Le commissionnaire (la banque) n'avait pas le droit de se porter contrepartie puisque la condition de l'art. 436 CO ne sont pas réalisées. Il y a un acte de mauvaise foi du commissionnaire qui perd son droit à la commission et le client a une prétention contre la banque fondée sur les art. 97ss CO et 398 CO.

En conclusion, la pratique de la banque n'était donc pas permise.

* * *

Le 27 avril 2015, Xavier a donné l'ordre à la banque de vendre un bloc de 50'000 actions de la société cotée en bourse Elfy SA de manière échelonnée jusqu'au 31 juillet 2015. Sans donner d'indication exacte de prix à obtenir, Xavier a donné l'instruction à la banque de ne pas vendre d'actions pour une valeur boursière de moins de CHF 150 par action. Le cours du jour était de CHF 163 par action. L'employé de la banque chargé d'exécuter la transaction a informé un de ses collègues trader. Détenant 20'000 actions de la société Elfy SA pour le compte propre de la banque, le collègue trader s'est empressé de tout vendre le 28 avril 2015. Le cours des actions a chuté à CHF 159 par action suite à cette transaction. Le même jour, le trader a également vendu 40'000 actions à découvert sur le marché au cours de bourse de CHF 159 par action. Ayant vendu 40'000 actions sans les détenir, il a emprunté 40'000 actions à une société financière contre le paiement d'un intérêt de 5%. Le 29 avril 2015, le banquier chargé d'exécuter la transaction de Xavier a vendu 10'000 actions pour CHF 159 par action. Le cours a continué de baisser. Le 15 mai 2015, le banquier a encore pu vendre 20'000 actions de Xavier au cours de CHF 150 par action. Le cours de l'action a continué de baisser jusqu'à CHF 144 par action le 31 mai 2015. Le collègue trader a acheté 40'000 actions au cours de bourse de CHF 144 par action le 31 mai 2015 et a rendu les 40'000 actions empruntées à la société financière. Une bonne nouvelle sur le marché a ensuite fait remonter le cours de l'action. Le 20 juillet 2015, l'action valait CHF 150. Le banquier en charge de la transaction de Xavier a vendu les 20'000 actions au prix de CHF 150 par action. Dès le 21 juillet 2015, le cours a baissé à nouveau. Ne connaissant pas les bénéfices réalisés par le trader à ses dépens, Xavier a été satisfait par le produit de la vente de ses actions.

4. **Est-ce que Xavier a une prétention civile contre la banque ?**

Dans les cas de Front Running, il y a une violation du devoir de loyauté du négociant en valeurs mobilières. Il y a un conflit d'intérêts. Le négociant a l'obligation d'exécuter le mandat de la meilleure façon possible pour son client et être également loyal (cf. art. 11 LBVM, 398 CO et 97 CO).

En l'espèce, on un cas de Front Running. La banque exécute en moins bons termes ses obligations envers le client. C'est contraire aux obligations de l'art. 11 LBVM qui est de droit public ET de droit privé, donc le client peut invoquer cette base légale dans le cadre d'une prétention civile si la banque, en tant que négociant, viole son devoir de diligence à son encontre.

En conclusion, Xavier a bien une prétention civile contre la banque fondée.

* * *

En mars 2015, Xavier fait part à son banquier de son désir d'acheter divers produits structurés et indique son manque d'expérience en la matière. La banque a remis une information standardisée à Xavier indiquant les risques essentiels liés aux investissements en produits structurés ainsi qu'en fonds de placement. Après une brève conversation téléphonique avec son banquier mentionnant divers produits structurés disponibles sur le marché, Xavier a signé des ordres de souscription tendant à l'achat de produits structurés pour une valeur totale de CHF 400'000. Le banquier reconnaît immédiatement que l'investissement comprend un risque de marché élevé, éloignant Xavier de l'approche prudente caractérisant sa stratégie de placement jusqu'à ce jour.

Xavier n'ayant pas demandé de conseil en placement particulier, le banquier décide de ne pas s'immiscer dans ses affaires. Par ailleurs, le banquier omet de mentionner un accord que la banque a avec l'émetteur du produit structuré en question selon lequel l'émetteur reverse à la banque une commission de commercialisation de 0.5% du montant de la transaction. La banque a effectué la transaction et a touché CHF 2'000 de l'émetteur au-delà de la commission usuelle lui étant versée par Xavier. Dans les mois qui suivent, les produits structurés perdent 50% de leur valeur.

5. **Que peut reprocher Xavier à la banque et que peut-il lui réclamer ?**

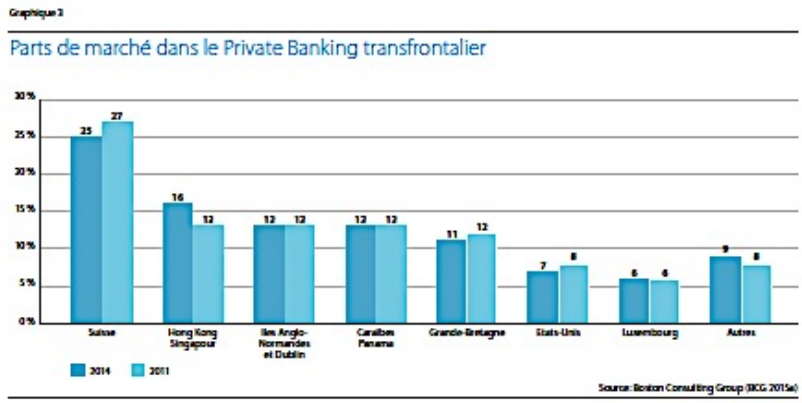
Il y a beaucoup de jurisprudence sur les rétrocessions. Elles peuvent en outre se baser sur l'art. 400 CO (obligation de reddition). Les rétrocessions et les finder's fees versés par une banque dépositaire au gérant de fortune doivent être restituées au client. C'est le principe de base.

En l'espèce, on est dans le cadre du marché primaire. Ce sont des rétrocessions sur produit, versées par l'émetteur au distributeur. Ici, les rétrocessions n'ont pas été restituées. Le client peut en principe renoncer aux rétrocessions, mais sa volonté doit être claire et expresse dans l'accord avec le mandataire et doit surtout être éclairé. Ce n'était pas le cas ici.

En conclusion, Xavier peut reprocher à la banque de ne pas lui avoir restitué les rétrocessions et peut les lui réclamer.

IX. Conseil en placement et gestion de fortune

A. Introduction



B. Recommandation d'un placement collectif (LPCC)

Art. 24 Autres règles de conduite[53]

[1] Les titulaires prennent les mesures nécessaires pour assurer une acquisition sérieuse et un conseil objectif des clients.

[2] Les titulaires recourant à des tiers pour la distribution de parts de placements collectifs doivent conclure un contrat de distribution.

[3] Les titulaires et les tiers auxquels ils ont recours pour la distribution consignent par écrit les besoins du client dont ils ont fait l'inventaire ainsi que les raisons motivant la recommandation d'acquérir un placement collectif précis. Ils remettent cet inventaire au client.[54]

Obligation concrétisée par les directives de l'ASB relatives à l'obligation d'inventaire selon l'art. 24 al. 3 LPCC, standard minimum selon Circ. FINMA 2008/10

C. Circulaire 2008/10

I. Reconnaissance des normes d'autorégulation

La FINMA reconnaît les normes d'autorégulation mentionnées dans l'annexe à la présente circulaire comme standards minimaux pour les destinataires indiqués ci-après. 1

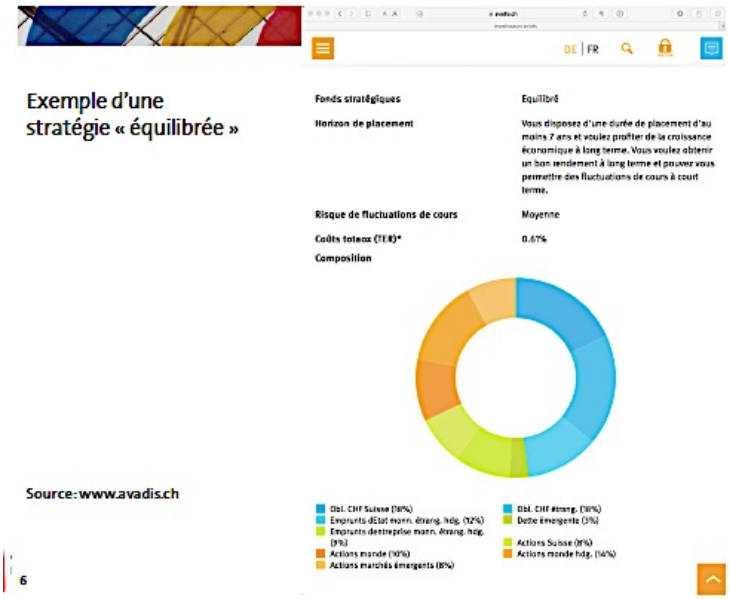
II. Destinataires de la circulaire

Les destinataires de la présente circulaire sont, selon leur activité : les banques[1], les négociants en valeurs mobilières[2], les entreprises d'assurance[3], les groupes d'assurance et les conglomérats d'assurance[4] ainsi que les directions[5], les sociétés d'investissement à capital variable[6], les sociétés en commandite de placements collectifs[7], les sociétés d'investissement à capital fixe[8], les distributeurs[9], les gestionnaires de placements collectifs[10] et les représentants de placements collectifs étrangers[11] au sens de la loi sur les placements collectifs (LPCC ; RS 951.31). 2*

III. Audit

Les sociétés d'audit vérifient le respect des normes d'autorégulation reconnues comme standards minimaux selon les dispositions de la Circ.-FINMA 13/3 « Activités d'audit » et consignent le résultat des mesures d'audit éventuelles dans le rapport d'audit. 3*

D. Exemples



Historique

On désigne ces services par *Private Banking*

=/ Banquier privés : Personnes qui pratiquent le métier de banque avec responsabilité personnelle (sociétés de personnes)

Par la suite, ils ont créée des SA (Pictet, Mirabeau etc.)

CH est très bien placée dans ce segment (prestation de service d'investissement) à des non-résidents (*Off-Shore* : client (personne physique) et prestataire de service financiers sont dans deux pays différents). CH est en position frontale, mais baisse depuis 2011

Il y a des avantages compétitifs :

-Stabilité monétaire depuis début du XXème :

Lié à la stabilité du pays

Politique de neutralité -> pas impliqué dans les deux Guerres

-Bonne localisation au centre de l'EU

Attrayant pour des gens d'Amérique latine, Moyen-Orient

Mais pas top pour l'Asie

-Libéralisme économique : pas de contrôle d'échange

-Secret bancaire, dans sa dimension de confidentialité

Mais plus en matière fiscale

Autours de ces avantages se sont créés des savoir-faire :

Multilinguisme, clientèle étrangère, offrir à des capitaux étrangers déposés en CH des possibilités d'investissement en dehors de la CH

Services très diversifiées pour s'adapter à une clientèle ayant des demandes diversiviées

Clientèle étrangère préfère déléguer la gestion aux Banques

Offre de négoce + offre de conseil + offre de gestion

Ensuite, les acteurs se sont globalisés dans le monde.

Pole de croissance de richesse bouge vers l'Asie

Plus de secret fiscal

Tout ça est devenu moins cosy, mais plus compétitif

Ex : client étranger avec avoirs en CH. Il ne peut pas transférer ses avoirs hors de la CH car sinon il paierait des impôts + sanction dans son pays pour évasion fiscale. Il est bloqué en CH

Bien pour les gestionnaires de fortune (à l'époque)

Certains avantages disparaissent

Crise de 2007 : univers a changé. Plus dur d'être performant. Place financière CH est comparée à d'autres places. Plus forcément supérieure (ni inférieure). On est dans un monde en transformation. Il reste tout de même des avantages significatives. C'est pas un effondrement (on est toujours les premiers sur le tableau) Différentes activités : Dépôt : conservation des actifs. Banques, Négociants en VM peuvent seuls recevoir et conserver les fonds pour leur clientèle, des titres et autres actifs financiers (métaux précieux, matières premières). Art. 472 CO

Transactions : sur le marché primaire et secondaire. Pour vendre et acheter : contrat de commission. Commissionnaire achète en son nom et pour le compte d'autrui. Exécution des transactions : contrat de commission, art. 11 LBVM. Négociant a des obligations envers son client : diligence, fidélité, information. Devoir d'information du négociant VM art. 11 LBVM : En fonction des connaissances du client. C'est une pure information sur la structure de risque d'une catégorie d'actifs

Services supplémentaires qui s'ajoutent
Conseil en placement :

Va au-delà de l'information du négociant VM
Il fait une recommandation positive ou négative (achète ! / N'achète pas !)

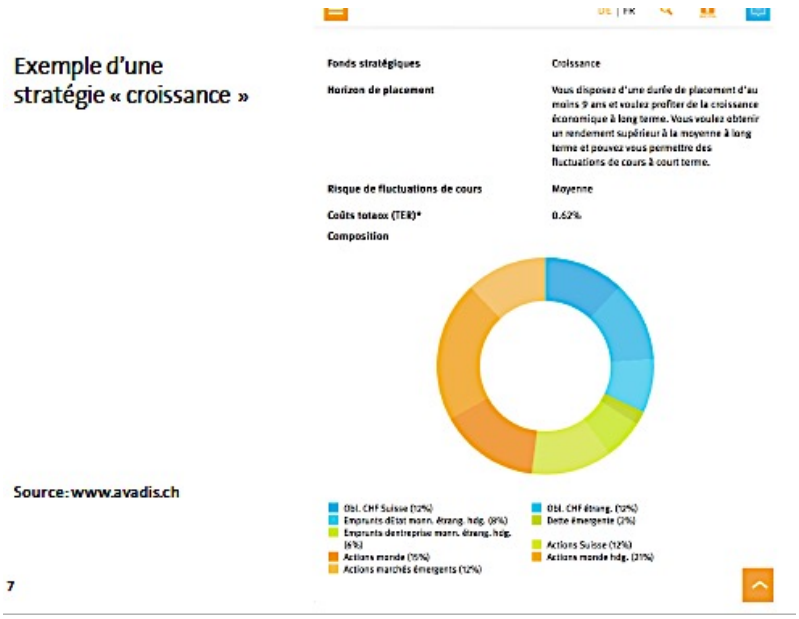
Il y a du conseil informel qui a toujours existé, le cadre juridique st venu récemment

Gestion de fortune : = Gestion discrétionnaire. C'est l'alternative.
Investisseur charge qn de prendre des décisions d'investissement à sa place dans un cadre défini

Ce cadre doit être bien défini

Délégation de la gestion. On confère au gérant un pouvoir discrétionnaire dans le choix des investissements. Différence = degré de contrôle qu'exerce le client. Les deux ne se limitent pas à la clientèle privée

Investisseurs institutionnels, obtiennent aussi ces services
Cadre très différent du à la nature de la clientèle institutionnelle
Gestion privée / institutionnelle : se jouent dans des situations très différentes
Savoir que ça existe



E. Stratégie équilibrée ou croissance ?

- Les deux exemples qui précèdent concernent deux fonds de placement et ont le franc suisse pour monnaie de référence
- Aucune définition générale ou normative de ces stratégies n'existe, ni pour la gestion collective ; simples étiquettes dénotant des tendances
- A l'égard de leurs clients, les prestataires définissent ces notions de manière souvent peu précises
- Pour la mise en œuvre, ces stratégies font l'objet de définitions plus précises (allocation d'actifs, marges de fluctuation, etc pour chaque monnaie de référence)
- Le client peut contraindre la mise en œuvre de la stratégie par des restrictions et autres instructions

Cas pratique 1

A 36 ans, Victoria est collaboratrice dans un cabinet d'architectes. Son salaire annuel est d'environ CHF 150'000.Hormis sa prévoyance professionnelle, elle dispose d'un petit pécule de CHF 50'000 env. sous la forme d'un carnet d'épargne auprès de Postfinance SA. Son père est décédé prématurément et, dans le cadre du partage de la succession, elle va recevoir un chalet dans la campagne vaudoise et un portefeuille d'actifs financiers évalués à CHF 2 millions déposés à la Banque de l'Arve SA. Victoria n'a ni connaissances particulières ni expérience dans les placements financiers. Elle a rencontré récemment un conseiller à la clientèle de sa banque ainsi Martin Duboule, de Duboule & Associés, une boutique de gestion de fortune. En outre, en passant dans une succursale de Credit Suisse, elle a pris la brochure reproduite plus loin. ***Elle se pose les questions suivantes :***

1. ***Victoria hésite entre mandat de conseil et mandat de gestion. Quelle différence cela ferait-elle pour elle ? En particulier, la brochure de Credit Suisse la plonge dans la perplexité : pourquoi CS propose-t-il quatre formules alors que sa banque ne lui propose que deux possibilités ?***

Occasion d'un décès. Elle reçoit un patrimoine important par rapport à ce qu'elle avait

Différence : Dans un cas V décide, on lui fait des propositions. Dans l'autre, c'est la Banque qui décide. Délégation à un prestataire de service de la mise en œuvre d'une stratégie de placement

Dans les deux cas : cadre juridique = mandat. Obligation de service : on tend vers un résultat, mais le mandataire ne le garantit pas. Il y a quand même un but recherché. Si but bien défini, plus facile de vérifier si le mandataire a bien fait son travail. Mandataire promet sa diligence et sa loyauté

Brochure CS : propose 4 choix

En fonction du profil de l'investisseur

Brochure s'appelle conseil, mais on retrouve le contrat de gestion dans un des 4 mandats
Les autres sont des mandats de conseil

En fonction de l'intensité de l'interaction entre B et client

De la reddition de compte, son degré de détail
Dans Expert : accès direct à un expert d'investissement

Expert : le plus fourni, sophistiqué, plus cher
Compact : service le plus simple, moins intense, moins cher

CS fait en sorte que leurs offres de service soit conforme au DEU (MIFID). MIFID a posé des exigences sur le conseil plus restrictives que ce que prévoit le DS. CS fait en sorte que ça soit déjà euro compatible. CS essaye aussi de se faire rémunérer

2. ***Victoria pourrait-elle conserver le portefeuille bancaire qui lui vient de son père sans donner aucun mandat ? Son banquier pourrait-il néanmoins lui recommander certains placements ?***

Elle va voir son conseiller. Il y a un élément de recommandation
DS n'a pas légiféré et a ignoré cela

Avant : Conseil = acte de complaisance avec une responsabilité pour acte illicite dans des cas particuliers (pas liée au conseil)
Ensuite : TF : une recommandation ponctuelle, même sans signature d'un contrat peut être un mandat ponctuel qui a pour objet un conseil

Arrêt 2 : contrat ponctuel de conseil
Ca répond à sa question, par rapport à ses besoins

Cas pathologique : Arrêt 1
Clients sans connaissances financières : se retrouve avec 17% d'action Vivendi et supportent une perte importante
TF : ici rapport de confiance provenant d'un rapport durable. Banquier aurait dû informer les clients.

Banquiers deviennent méfiants. Chaque fois qu'il fait une recommandation, prestation contractuelle : conseil devait être adéquat par rapport aux besoins et à la compréhension du client

Ce principe est codifié à un seul endroit art. 24 al. 3 LPCC

Titulaires = assujettis
Pour un conseil sur un Placement collectif : il faut faire l'inventaire des besoins du client, le consigner par écrit.

Existe que pour placement collectif, pour le reste JP s'applique

DEU : cette exigence existe déjà.

3. Si elle décide de donner un mandat, le choix entre Banque de l'Arve et Duboule & Partners a-t-il des implications juridiques ?

choix entre Banque et Société de Gestion de fortune

Relations contractuelles :

Gérant indépendant : n'est jamais dépositaire des avoirs

Il faut passer par la banque pour le dépôt

V peut choisir de donner le mandat de conseil / gestion à un tiers, mais elle aura de toute façon une relation juridique avec la Banque

Droit de la surveillance : CH = cas unique

Gérant : peut exercer l'activité sans être soumis à une autorisation de la FINMA

Il est soumis à la loi sur le blanchissement
Pas de régime légal spécifique pour l'activité de conseil/gestion
Sauf gérant pour les PCC
Pur rapport de droit privé, sans surveillance par une autorité

Banque : soumise à autorisation, et exigences de la LB

Pouvoir de sanction de la FINMA

CH gérants indépendants = 11-12% du marché
90% gérés par des Banques, Négociants VM

Règles de conduite :
Banque = directive ASB
Gérant = Code de conduite si membre de l'ASG

Sinon autre code de conduite d'une autre association

FINMA reconnait une partie de l'autoréglementation (Directives ASB, machin des Négociants VM) des assujettis comme des standards minimaux

Mécanisme d'autorégulation qui s'est développé. ASB a développé des règles de conduites

FINMA a dit que c'était des standards minimaux
Circulaire 2008/10 : énumère les textes qui sont des standards minimaux

Mécanisme de contrôle = audit (comptable et prudentiel)
Gérant de fortune indépendant se soumet à un code de conduite :
C'est juste un mécanisme de droit de l'association

Circulaire FINMA 2009/1 : FINMA s'est mise à poser des règles sur gestion de fortune qui s'applique aussi à des intermédiaires qu'elle ne surveille pas (donc les gérants indépendants)

Ici, Duboule : pas soumise à surveillance FINMA, mais qui doit respecter des règles sur le mandat de Gestion, qui sont équivalentes (mais identiques mais très proches), par ce que ces règles ont été fixé comme minimum par une circulaire de la FINMA
Mais pas le même niveau de contrôle
Gérant : sont surveillés au travers d'audits

DS est incompatible avec DEU
DEU : service de gestion = élément d'assujettissement -> soumis à une législation et à la surveillance d'une autorité
DS : proposition de loi au Parlement

Conclusion : Si Banque : un seul cocontractant pour tous les services. Il est assujetti à LB et soumis à surveillance FINMA. Duboule : relation avec la banque pour dépôt et transaction. Relation de conseil ou gestion avec Duboule. Pas soumise à surveillance mais tenue par des règles qui sont équivalentes. Pas le même mécanisme de surveillance.

Encore indécise, Victoria a eu un second entretien avec le conseiller à la clientèle de la Banque et avec Martin Duboule. Le premier lui a fait remplir un long questionnaire sur sa situation personnelle, sa formation, et ses objectifs. Il recommande à Victoria de choisir la formule du mandat de gestion avec une stratégie équilibrée. Le second a conduit l'entretien en prenant quelques notes. Il lui recommande à Victoria de lui conférer un mandat de gestion avec un profil croissance.

1. ***Quelles sont les obligations du gérant de fortune lors de l'entrée en relation (bases juridiques, contenu, but) ? Sont-elles identiques pour le conseiller en placement ?***

Obligations gérant de fortune : (Banque ou indépendant)
Fondement : mandat
CO ne nous dit pas grand-chose
JP concrétise le contrat de mandat
Circulaire de la FINMA + Directive ASB ou Code de conduite
Donnent des indications plus précises

Circulaire de la FINMA = dénominateur commun
Obligation de s'informer sur le client, ses besoins :
ch. 7-1 : <u>profil de risque</u> du client

Obligation de fixer une stratégie d'investissement :
En fonction de la base du profil de risque
Gérant : conseil. « je pense que pour vous, blabla »
Et ensuite choix du client
Si client <u>accepte</u> la recommandation du gérant : ok
S'il <u>s'écarte</u> de la recommandation : plus/moins risqué
Il peut le faire, mais le gérant doit lui dire que c'est pas bon à son avis

À la fin on a une stratégie, qui va guider le gérant/conseiller
C'est à la mesure de cette stratégie qu'on va apprécier le service qui est rendu
Les décisions prises étaient-elles conforme à la stratégie

Au début, pas de reconnaissance juridique de l'obligation d'adéquation (suitability) entre le profil du client et la stratégie
DEU nous influence bcp. DS ne suivait pas dans les textes
FINMA a introduit cette notion dans la circulaire 2009/1
Dès ce moment, aussi introduit dans les règles de conduites

Une stratégie donnée pour un client CH pas la même que pour client en Euro
Définition de la monnaie de référence : V ça serait le CHF

Tous ces éléments doivent être définis

Obligations du conseiller en placement :
Pas de texte. JP, tend à suivre dans cette direction mais moins précise
Conseil ponctuel : cadre différent que cadre structuré durable
Conseil durable : analyse complète du profil de risque du client
Ponctuel : moins clair

Art. 24 al. 3 LPCC : il faudrait aller dans cette direction aussi pour le conseil

2. ***Pouvez-vous expliquer à Victoria ce que signifie « stratégie équilibrée » et « profil croissance » ?***

Banque recommande un profil équilibré. Duboule : profil croissance. Deux stratégies différentes. Chaque établissement a ses propres stratégies. Avadis : stratégie équilibrée. Bon rendement à long terme, mais fluctuations à court terme ok. Portefeuille sera diversifié selon une certaine allocation d'actifs. Croissance : plus de risque pour un horizon a plus long terme. Plus d'actions, moins de titres de dettes. Plus de risque -> plus de rendement ou pas. Ce qui est équilibré chez l'un peut être croissant chez l'autre. Pas de concordance entre les termes entres les établissements. Femme jeune, bon revenu, capital important dont elle n'a pas besoin → elle peut prendre des risques. C'est des indications générales, elle doit s'informer auprès de la banque.

Victoria a décidé de confier un mandat de gestion à Duboule & Partners. Elle a reçu pour signature un projet de « mandat de gestion » portant le logo de Duboule et une « procuration limitée à la gestion » portant le logo de Banque de l'Arve.

1. ***Expliquez l'utilité de chacun des documents.***

Gestionnaire aura besoin d'une procuration pour agir sur l'argent qui est déposé à la Banque. Le tiers doit avoir le droit de donneurs les instructions au nom et pour le compte du client. Ça se fait par une procuration = autorisation donnée par le représenté au représentant de faire des actes juridiques en son nom

Ici banques ont des formules de procuration standards pour les gérants. Banque ne veut pas connaitre le mandat de gestion. Elle ne veut pas avoir à surveiller la bonne gestion par le gérant.

2. ***Le mandat prévoit une rémunération annuelle correspondant à 1.2% de la valeur nette des actifs en fin d'année. Que pensez-vous de cette clause ?***

Clause 7 : rémunération annuelle de 1.2% des actifs : CO ne nous dit pas comment doit être fixée la rémunération. Règles ASG : 3 formules : en fonction de la valeur des actifs : max 1.5% par année ; à la performance (augmentation de valeur) ; cumul des deux

3. ***Le mandat comporte une clause ainsi libellée : « Le mandant est informé que le gérant peut recevoir directement ou indirectement des rémunérations de tiers ou de sociétés affiliées sous forme, notamment, de commissions, droits de garde ou courtages, en particulier en rapport avec certains instruments financiers détenus dans le portefeuille du mandant. Le mandant accepte que ces rémunérations demeurent acquises au gérant. » Quelle est la raison de cette clause ? Est-elle valable?***

La clause sert à la rémunération de tiers. Si il n'y a pas de telle clause, elle reviendrait au mandat au sens de

l'art. 400 CO (reddition de comptes), le mandataire doit restituer tout ce qu'il a reçu du chef de sa gestion. Pour déroger à cela, il faut une clause. Quel est le problème que soulève le principe des rétrocessions en rapport avec le client Victoria ? Conflit d'intérêts : si le mandataire a des rétrocessions en fonction des transactions qui augmente, il a une incitation d'augmenter ses transactions ce qui risque de nuire aux intérêts du mandat. Y a-t-il des exigences supplémentaires/besoin d'informations supplémentaires en plus de ce qui figure dans cette clause ? Dans l'ATF 132 III 460, la jurisprudence a considéré que pour que le consentement du mandant a l'abandon de ces rémunérations (qui devraient normalement lui être restituées) soit valable, cela suppose une information suffisante (consentement libre et éclairé). Simple clause dans le contrat ne suffit pas, on doit donner une information sur l'ampleur approximative, voir le mode de calcul de ces rémunérations au mandant. D'ailleurs, a suivit cette jurisprudence la circulaire 2009/01 FINMA sur les conditions minimales en gestion de fortune, a partir du chiffre marginal 27.

4. ***Sur la base des explications reçues, Victoria a choisi une stratégie de placement équilibrée, avec le franc suisse comme monnaie de référence. Cette stratégie pourra-t-elle être modifiée ultérieurement ? Par qui ?***

Cette stratégie ne pourra être modifiée que par Victoria : ce n'est pas une clause contractuelle (car pour ce faire, elle doit être modifiée des deux coté), mais c'est une instruction du mandant au sens de l'art. 397 CO. Obligation de diligence et de fidélité du mandataire : quid si Victoria avait adopté une stratégie recommandée, puis veut prendre plus de risques, etc ? Que doit faire le gérant avant d'obéir a cette instruction ? Il doit l'informer sur les risques et lui faire une recommandation ou mise en garde.

Cas pratique 2

En janvier 2007, Hubert a fait la connaissance de Ricardo, trader en devises auprès de Poudlard Pottier & Cie Banquiers privés, à Genève (PP&Cie). Hubert a transféré son portefeuille (estimé à CHF 1 million) à PP&Cie. Pendant deux ans, Hubert et Ricardo ont eu des contacts réguliers et Ricardo a proposé diverses possibilités d'investissement à Hubert. En particulier, Ricardo a recommandé à Hubert, début 2008, d'investir dans un produit structuré particulièrement complexe émis par Crédit Foncier SA. Hubert a décidé d'investir 30% de son portefeuille dans ce produit dont l'investissement minimum était de CHF 300'000. Ce produit avait une durée de trois ans sans possibilité de sortie anticipée.

1. ***A la fin de l'année 2008, Hubert a reçu une estimation de son compte qui indique une performance négative. En particulier, le produit structuré émis par Crédit Foncier SA est évalué à CHF 150'000. Que peut-il faire ?***

Mr Poudlard et Mr Pottier sont infiniment responsables à priori. Contexte informel de recommandation faite par Ricardo. Au début 2008, Hubert suit conseil et achète produit structuré en investissant 300'000.- CHF (30%), donc très haut risque. Le dépôt a lieu auprès de la banque mais on ne sait pas qui donne des conseils, si c'est Ricardo a titre amical, si il reçoit a la banque, etc… Un trader ne conseille pas la clientèle normalement, il faut investiguer, pas assez de faits. Si la banque a toléré que Ricardo reçoive Hubert, exécute etc alors c'est la banque qui est dans ce propos ici.

On peut retenir 3 choses : art. 11LBVM est la base du devoir d'informations et s'applique aux négociants en valeurs mobilières. Est-ce qu'un banquier privé est un négociant en valeurs mobilières ? Oui, sont assujettis à l'art. 11 LBVM (devoir d'info, de diligence, etc), concrétisé par les règles de l'ASB, devoir d'info ne porte pas sur tel produit en particulier mais sur la structure du risque en soit. Autres obligations à accrocher en l'espèce, hormis le devoir d'information ? Quand on fait un conseil en placement, art. 24 al.3 LPCC : on doit faire un inventaire (pas de base légale comparable pour les produits structurés). Ici pas un placement mais applicable pr conseil ponctuel. Enfin, y a-t-il eu remise d'un prospectus simplifié pour ce produit ? A investiguer.

En janvier 2009, afin de mettre un frein à ses pertes et vu la complexité des marchés consécutive à la crise, Hubert a décidé de confier un mandat de gestion à PP & Cie. Patrick est désormais le gestionnaire qui s'occupe d'Hubert. A la suite d'un premier entretien, Hubert et Patrick ont convenu d'une politique de gestion orientée vers la préservation de la valeur, avec le franc suisse comme monnaie de référence. Après plusieurs discussions avec les dirigeants de la banque, Hubert a finalement accepté de laisser ses avoirs auprès de celle-ci et les parties sont convenues que la gestion du portefeuille d'Hubert serait confiée à Patrick. Hubert vient vous voir en vous montrant une évaluation de son portefeuille au 30 avril 2011. Il en résulte fin 2009, Hubert constate une

performance très négative sur son compte, dont l'évaluation s'établit à CHF 800'000.

2. Au regard des constatations suivantes, pensez-vous que Hubert puisse invoquer la responsabilité de PP&Cie et celle de Patrick?

Le mandat de gestion est conclu avec la banque. Politique de gestion orientée vers la présentation de la valeur (= très conservateur). Deux ans après (30 avril 2011), le compte montre une valeur de 800'000.- CHF, c.à.d. performance très négative qui déçoit beaucoup Hubert. Un client regarde évidemment la variation de la valeur (si j'ai fait +3% cette année c'est pas mal, si j'ai fait +6% c'est bien, si j'ai fait -3%, c'est que franchement mon gérant a foiré). Remarques : a) la promesse d'une gestion de fortune n'est pas une obligation de résultat, mais une obligation de diligence et de fidélité, donc le fait que le résultat soit insatisfaisant n'est pas encore une violation des obligations du mandat de gestion, ni même l'indice d'une telle violation. Mais le seul fait qu'un gérant n'ait pas produit les mêmes résultats que ses confrères ne suffit pas pour une telle violation. La seule perte de valeur d'un portefeuille, absolument relative, n'est pas constitutive à elle seule d'une responsabilité.

3. La part d'actions du portefeuille a varié entre 55% et 75% pendant la période allant de janvier 2009 à mars 2011.

Concernant les actifs, il y a des actifs qui sont plus stables, et plus volatiles. Plus ils sont volatiles, plus ils ont de rendement. Plus ils ont stables (donc potentiel de croissance), moins ils ont de performance. En effet, les actions ont cette caractéristique qu'elles ont de fortes fluctuations (bonnes ou mauvaise), bien plus que des obligations ou du cash sur le long terme.

En l'espèce, il y a eu beaucoup d'actions échangées avec une perte de CHF 800'000. Le fait de mettre plus de 55% à 75% d'actions dans un portefeuille, dont on nous dit qu'il est orienté vers la conservation de valeurs, est d'emblée une forme d'hérésie. Il y a des gens qui pensent que c'est une bonne idée, mais fondamentalement le consensus c'est de dire que qqn qui veut la préservation de la valeur n'a pas envie de grande fluctuations. Ici c'est clairement contraire tant aux intérêts qu'à la demande du client, peu importe que les entreprises ou les actions soient dangereuses ou pas. Cf. arrêt TF du 15 janvier 2008, qui considère que le client n'est pas forcément en mesure de reconnaître que des investissements sont contraires à la stratégie convenue de base, à moins que l'on attire véritablement son attention là-dessus, en lui expliquant les risques d'un changement de stratégie orientée de manière plus agressive.

En conclusion, on a une allocation d'actifs qui n'est pas conforme à la stratégie convenue avec le client, et donc une mauvaise exécution du mandat, ce qui sera constitutive d'une responsabilité pour PP & Cie.

4. Malgré la mauvaise performance des valeurs financières tout au long de l'année 2009, les actions financières n'ont fait l'objet d'aucun mouvement.

Lorsqu'on parle de valeurs financières, on parle en réalité des actions ou des titres émis par des sociétés financières, c.à.d. des banques et d'autres sociétés engagés dans la finance (y.c les assurances, etc). Donc quand on parle de crise financières, cela signifie que les valeurs financières ont très mal performé. Le gérant de fortune a une obligation de surveiller le portefeuille (cf. Directives ASB, standards minimum, art. 7 dit qu'il faut surveiller les placements, et donc réagir si il y a des placements inappropriés). Est-ce que cela était inapproprié de rester avec le même portefeuille ? C'est très difficile à dire. La JP nus dit que le gérant doit choisir avec soin les placements, ainsi que les déplacements/investissements, et cela suppose qu'il ait de bonnes raisons de le faire, doit se fonder sur l'information disponible et avoir un bon raisonnement pour cela, sans forcément qu'il doive avoir vu juste. Si un titre dans notre portefeuille baisse, faut-il le vendre ou le garder ? Cela dépend de plein de choses, comme ce que l'on pense de l'entreprise qui a émis l'action, si il y a un risque qu'elle baisse ou au contraire qu'elle se rétablit parce que c'est juste une mauvaise passe (p.ex rumeurs, etc), ce qu'on pense du secteur économique, de l'environnement économique. Mais ce ne sont que des opinions. Dès le moment ou on a des avis, des analyses, etc qui vont considérer qu'il faut garder les actions, le Tribunal ne va pas imputer au gérant qu'il ait gardé la valeur.

En l'espèce, on nous indique que les valeurs financières ont très mal performé tout au long de l'année 2009. Mais on ne pourra pas imputer cela à PP & Cie, à moins que l'on arrive à prouver que le gérant n'a véritablement pas fait attention ou n'avait aucune base pour garder la valeur, ou qu'absolument tout indiquait

qu'il fallait la vendre, sans que cela soit juste un avis ou une analyse parmi d'autres. Mais une action déraisonnable être très difficile à démontrer, mais ici pas assez d'éléments pour le dire dans le cas d'espèce.

En conclusion, PP & Cie ne sera en principe pas responsable pour la baisse de ces valeurs financières.

5. ***Au mois de mars 2010, alors que le portefeuille d'Hubert était pleinement investi, Patrick a pris l'initiative de solliciter – et a obtenu – au nom et pour le compte d'Hubert un crédit lombard de CHF 100'000.- afin d'exercer un droit préférentiel de souscription sur les actions d'une société qui représentait déjà 8% du portefeuille.***

Notion d'effet de levier

Portefeuille initial	variation +50%	variation -50%
CHF 100'000 fonds propres	CHF 150'000 (gagné 50% FP)	CHF 50'000 (perdu 50% FP)
CHF 200'000 = CHF 100'000 FP + CHF 100'000 crédit	CHF 300'000 (gain 100% FP)	CHF 100'000 (perte 100% FP)

Prendre du crédit, c'est augmenter son exposition aux risques pour le haut ET pour le bas. Si les valeurs augmentent, je fais d'autant plus de profit que j'ai pu emprunter (sachant que je dois payer des intérêts quand même), et si ces valeurs baissent en revanche, alors là mes fonds propres seront « mangés » deux fois plus vite. (Petite parenthèse : il y a aussi des instruments qui comprennent déjà du levier en soit, ce n'est pas simplement souscrire du crédit). Dans le mandat de gestion, est-ce que cela comprend tout (y.c acheter des yachts ? pendre des crédits) ou est-il limité ? Les directives ASB nous répondent à ce sujet d'abord avec un principe très clair exprimé à l'art. 12 : « [d]ans l'exercice du mandat de gestion, il est interdit de souscrire des crédits et de rendre les comptes potentiellement débiteurs ». Donc cela n'entre pas dans le mandat de gestion. Par ailleurs, on a une exigence de diversification dans les directives (art. 10 ASB).

En l'espèce, Patrick est un employé de la banque et fait des actes de gestion. On peut distinguer deux problèmes : premièrement, le gérant a pris un crédit sans demander l'avis d'Hubert en mettant en gage les actifs, ce qui est contraire à l'art. 12 ASB. Deuxièmement il n'y a plus assez de diversification, car il y a une concentration sur une valeur particulière, ce qui est contraire à l'art. 10 ASB. En effet, 8% dans une seule action c'est déjà beaucoup, mais augmenter en plus cela est une violation claire des obligations de diligence du gérant, ainsi qu'une violation claire de l'art. 10 ASB sur l'obligation de diversification du portefeuille. Sur ces deux griefs identifiés, dans un procès civil entre Hubert et PP & Cie, est-ce-que Hubert peut se prévaloir des directives ASB ? Oui et non : en réalité ces directives ne lient pas le juge, toutefois il va les prendre en considération.

En conclusion, Patrick viole clairement ses obligations, à toute le moins sur la base des directives ASB, mais aussi la garantie d'une activité irréprochable, le devoir de diligence, de loyauté… Donc pour la FINMA ce sera suffisant pour sanctionner PP & Cie, ce qui ne sera pas forcément le cas pour le juge civil, qui appliquera lui les règles civiles. Il est fréquent que les tribunaux se réfèrent aux directives pour apprécier la diligence/le comportement du gérant bancaire, qui sera sanctionné typiquement sur les règles du mandat (art. 398 ss CO) sur la diligence qui sont très générales, ou encore (et surtout) l'art. 11 LBVM reconnu par le TF (+ circulaire 2009/01 conditions minimales à remplir).

6. ***Pour le reste, le portefeuille était investi en fonds immobiliers, en métaux précieux et en matières premières.***

Les fonds immobiliers sont assez stables. Mais les métaux précieux et matières premières sont à l'inverse très volatiles. En soit ce n'est pas interdit d'investir dans du volatile, simplement il faut le comparer avec la stratégie convenue avec le client, ou plus précisément se demander si investir dans un fonds immobilier, en métaux précieux ou en matières premières entre dans le cadre d'un mandat de gestion ou pas.

Pour les fonds immobiliers, pas de problème (chiffre __ de ___ ??), les placements collectifs (chiffre 22), tels

que des métaux précieux ne pose pas de problème non plus. Par contre, les matières posent problème (chiffre 25) : « [e]n vue de diversifier le portefeuille, le recours à des métaux non précieux et à des matières premières est possible, mais sous la forme d'un placement collectif, d'un dérivé ou d'un produit structuré et pourvu qu'il n'y ait pas de livraison physique ». Les métaux précieux (or et argent) sont traditionnellement des valeurs de portefeuille. Les MP c'est un peu plus récent, il y a 30 ans on n'investissait pas là dedans. Voir ensuite art. 8 ASB : par défaut voilà le périmètre des opérations qu'on peut faire. Avant il était étroit, et révision après révision nouveaux types d'investissements ont été introduits.

Il faut comparer avec d'autres portefeuilles dans les mêmes situations.

X. Crédits hypothécaires

A. Crédits hypothécaires

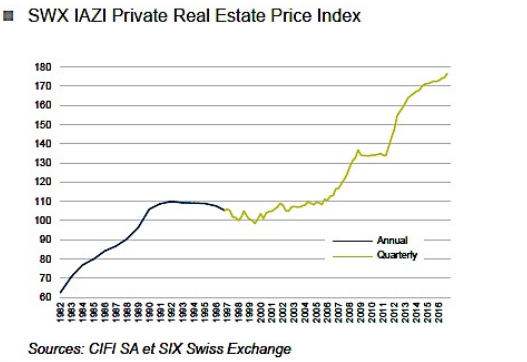
- But et durée : Il s'agit de prêts accordés par une banque a leurs clients et la banque se couvre pour le risque de non remboursement en prenant un gage immobilier. Activité risquée pck si la banque s'engage à long terme, quand on a des taux hypothécaires extrêmement bas (comme en ce moment) et que la banque doit se refinancer sur le marché des capitaux, en cas d'une hausse des taux d'intérêts remontent sur les marchés des capitaux, la banque encourt un grand risque. C'est la raison pour laquelle la banque est rémunérée par une marge, car pour se refinancer elle doit aussi emprunter mais à un taux bas, et c'est la marge entre ces deux taux qui l'intéresse.

- Risque : même si le client ne rembourse pas, la banque pourra en principe réaliser le bien immobilier mis en gage. Elle encourt là un risque d'insuffisance de gage, si le prix de revente est plus bas que le crédit octroyé. Donc la banque doit également bien évaluer la valeur du bien évalué, autrement elle encourt ce risque au cas ou le débiteur n'arrive pas à payer.
    - Risque de crédit
    - Risque d'insuffisance du gage

- Taux d'intérêt, c'est un des aspects du risque que prend la banque, mais il y a aussi la valeur temporelle de l'argent. Le principe c'est qu'aujourd'hui 1 CHF vaut plus que 1 CHF demain.
    - Fixe : si la banque octroie un prêt a un taux d'intérêt fixe, le débiteur n'est pas exposé au risque de fluctuation du taux d'intérêt, mais la banque oui.
    - Variable : là, le client supporte le risque de la fluctuation. Si il augmente, le client devra payer des taux d'intérêts plus élevés.

- Sûreté réelle – Gage immobilier (art. 793 CC). Les droits de gage en général sont destinés a procurer une garantie a leur titulaire et permettent a celui-ci en cas d'inexécution de la prestation garantie de procéder à la réalisation de l'objet grevé et de se payer sur celle-ci. Il y a deux types de gages immobiliers :
    - Hypothèque : est constituée pour sureté d'une créance quelconque. Cela peut être la créance pour l'achat d'une mauvaise mais aussi une autre créance. L'hypothèque n'a qu'une fonction de garantie et n'est pas matérialisée par un titre de gage.
    - Cédule hypothécaire (art. 842 CC) : Al.1 définit la cédule hypothécaire comme une créance personnelle garantie par un gage immobilier. L'al. 2 : le principe pour une cédule hypothécaire c'est que 2 créances coexistent, celle de la cédule hypothécaire ainsi que la créance de base, qui serait la créance du contrat de prêt par exemple.

Evolution des prix des logements en propriété dans le marché immobilier suisse

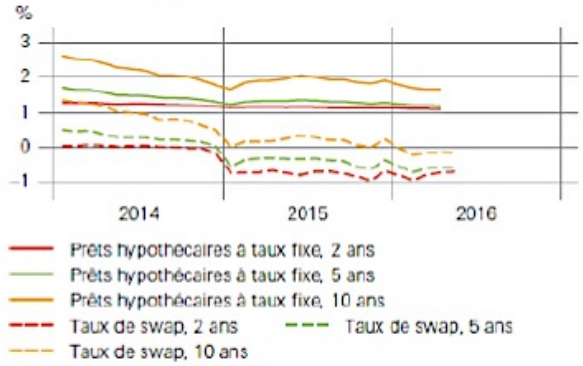


Sources: CIFI SA et SIX Swiss Exchange

On a une constante hausse des prix immobilier en CH, car forte demande provient des faibles taux d'intérêts, donc stimule l'endettement, surtout depuis fin 2014 avec l'instauration des taux négatifs par la Banque Nationale Suisse (BNS), banque incitées à octroyer un max de crédits hypothécaires car ça rapporte beaucoup.

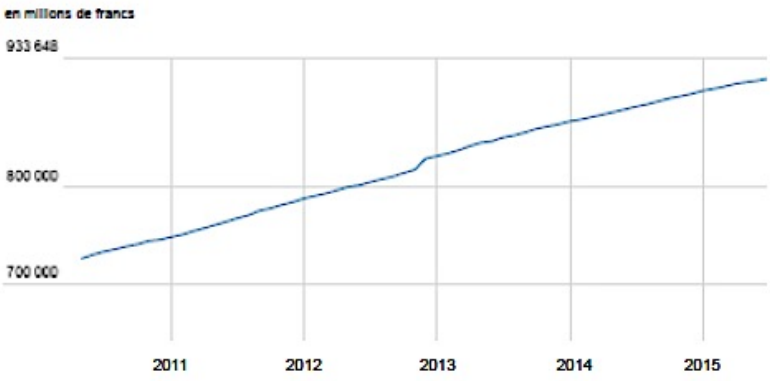
Taux d'intérêt publiés des nouveaux prêts hypothécaires à taux fixe dans le marché immobilier suisse

■ Moyenne équipondérée



Sources: Bloomberg et BNS (enquête ZISA)

Volumes d'hypothèques octroyées par les banques suisses en Suisse



Source: BNS

B. Autorégulation de l'ASB

- Directives concernant l'examen, l'évaluation et le traitement des crédits garantis par gage immobilier (2014)
  - Contrôle de solvabilité
  - Evaluation des sûretés
  - Surveillance des crédits
  - Coordonner la capacité financière, le nantissement et l'amortissement

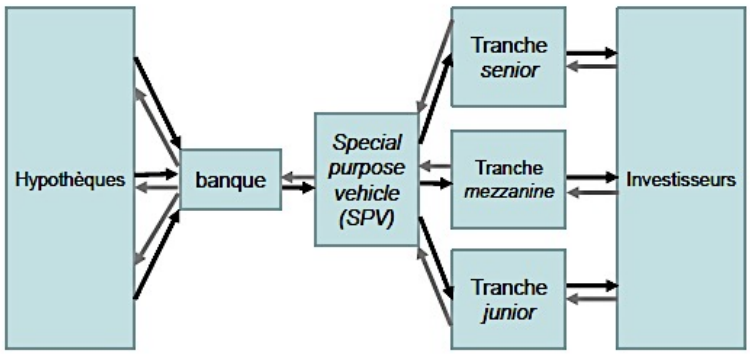
- Directives relatives aux exigences minimales pour les financements hypothécaires (2014)
  - Fonds propres : part minimale de 10%
  - Amortissement
    - 2/3 de la valeur de nantissement de l'immeuble en l'espace de 15 ans maximum
    - Linéaire
    - Au plus tard 12 mois après le versement

C. Sources de financement des prêts hypothécaires

Transfert de risque	Pas de transfert de risque	
Titrisation (*securitization*)	Lettres de gage	Obligations sécurisées (*covered bonds*)

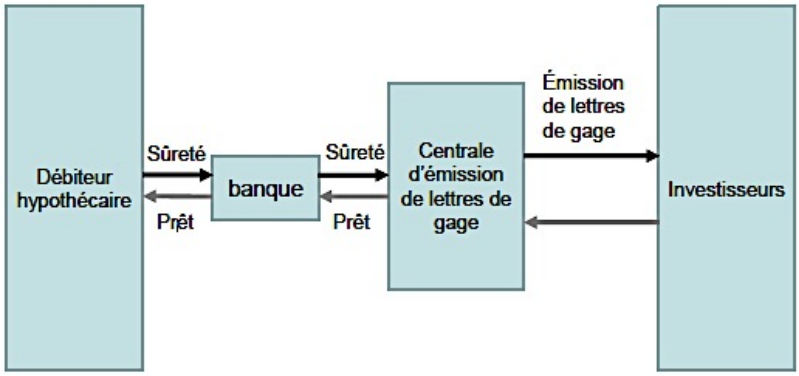
La titrisation correspond a la banque qui octroie le crédit a l'origine est qu'elle transfère le risque et mettant le crédit hors bilan. Le transfert de risque était total aux USA ; en tout cas du point de vue légal. Tandis qu'en Suisse, ce serait envisageable mais n'a pas vraiment pris l'essor en Suisse. Les banques commerciales qui octroient des crédits hypothécaires vont elle même se refinancer et ne transfèrent pas le risque, sans revendre les crédits hypothécaires complètement et les mettre hors bilan contrairement aux USA. Une des manière de se refinancer pour les banques suisses sont les lettres de gage, sans transférer le risque.

D. Processus de titrisation (*securization*) : système des Etats-Unis



La banque transfère les hypothèques a une entité juridiquement séparée (SPV, crée par la banque), qui prend le risque et s'occupe ensuite de la titrisation des crédits achetés. Elle va regrouper les crédits provenant de différentes régions géographiques, puis les revendre/les titriser. La tranche junior est la plus risquée.

E. Lettres de gage : système en Suisse



Différence fondamentale : pas de transfert de risque et les investisseurs peuvent eux mêmes prêter.

Cas pratique

Auguste Bonplan est boulanger indépendant. Il a réalisé des économies qu'il entend investir « dans la pierre ».

Un courtier immobilier lui a proposé un immeuble de rendement au prix de CHF 2'500'000. Bonplan dispose d'un pécule de CHF 500'000 et s'est adressé à la Banque du Lac SA pour obtenir un financement à hauteur de CHF 2'000'000. La banque lui a soumis une offre de crédit hypothécaire pour une durée fixe de 5 ans selon les termes figurant dans le projet de contrat annexé au présent cas. ***Bonplan vous pose les questions suivantes :***

1. ***Quelle est la qualification juridique du document intitulé « Contrat-cadre de crédit hypothécaire » ?***

Ils ont d'abord fait un contrat-cadre de crédit hypothécaire. La qualification juridique de ce contrat est un contrat innommé, c'est un accord préalable à l'octroi du crédit à proprement parler. Il est à distinguer du contrat d'ouverture de crédit. Tant que le contrat de crédit lui même n'a pas été octroyé, c'est encore possible de le résilier en tout temps. Mais dès que les crédits seront conclu, la résiliation du contrat cadre n'aura plus aucune influence là dessus. Si le client remplit les conditions, la banque mettra l'argent à disposition.

2. ***Après signature de ce document, la banque aura-t-elle l'obligation de fournir des fonds à Bonplan ? Le cas échéant, à quelles conditions ? Pour répondre aux questions qui suivent, admettez que Bonplan a effectivement obtenu un prêt de CHF 2'000'000 d'une durée de 5 ans depuis le 1er février 2014 au taux fixe de 2.3% p.a., que tous les documents nécessaires ont été signés, les sûretés fournies et le crédit utilisé.***

Pour ce qui est de la conclusion du contrat-cadre de crédit, l'art. 82 CO prévoit que « celui qui poursuit l'exécution d'un contrat bilatéral doit avoir exécuté ou offrir d'exécuter sa propre obligation, à moins qu'il ne soit au bénéfice d'un terme d'après les clauses ou la nature du contrat ». La banque n'a pas l'obligation directe de fournir des fonds, seulement à condition que le client fournisse les sûretés exigées (fournir le gage immobilier), en tant que demandeur du crédit. La constitution du gage immobilier et la clause des dispositions générales (cf. documents annexes au cas). Les droits de gage immobiliers naissent par leur inscription au RF, donc à partir du moment ou Bonplan aura fait ça, c'est là que l'obligation naitra chez la banque de fournir les fonds.

3. ***Bonplan souhaite rénover trois appartements qui se sont libérés. Il doit pour cela investir CHF 600'000 qu'il n'a pas. Peut-il exiger de la banque qu'elle augmente son crédit ?***

Obligations de la banque ? Bonplan ne peut pas exiger de la banque d'augmenter son crédit car le montant du crédit selon le contrat cadre était 2 millions, ce qui a été octroyé. Selon le contrat conclu avec la banque, c'était de 2 millions, ces 2 millions ont été utilisées et il n'y a pas d'obligation de la banque d'aller au delà de ce pour quoi elle s'est engagée. Mais peut-elle le faire, même si elle n'est pas obligée ? On voit que le prix d'achat de l'immeuble était de CHF 2'500'000.-. Montant de crédit : CHF 2'000'000.-. Fonds propres : CHF 500'000.-. Investissement envisagé de CHF 600'000.-. La banque est liée par les directives ASB, même si elles n'ont pas d'effet direct sur les relations privées entre la banque et son client (mais l'a du point de vue de la surveillance), elle peut donc augmenter le crédit mais dans la mesure ou cela est possible selon les directives ASB. Le minimum requis pour les fonds propres c'est 10%, donc ici il y a de la marge de manœuvre ! Elle aurait pu octroyer un crédit plus élevé dès le départ puisque Bonplan disposait de base de 500'000.- CHF de fonds propres. En outre, le principe de base pour les augmentations de crédit c'est que le montant doit être affecté dans l'immeuble gagé, ce qui serait le cas ici.

4. ***Bonplan a décidé d'acheter un studio sur la Côte d'Azur pour son usage personnel. Il doit pour cela réaliser son investissement après deux ans déjà. Il a trouvé un acheteur pour CHF 3'000'000. Peut-il se départir du prêt hypothécaire ? A quelles conditions ? Pour répondre à cette question, imaginez que le taux d'intérêt offert par la banque pour la durée résiduelle du prêt est de 6% ? … de 2% ?***

Clauses contractuelles :

- Résiliation ordinaire :
    - Résiliation du contrat-cadre sans effet sur les crédits accordés antérieurement
    - Crédits à durée fixe ne peuvent pas être résiliés avant terme

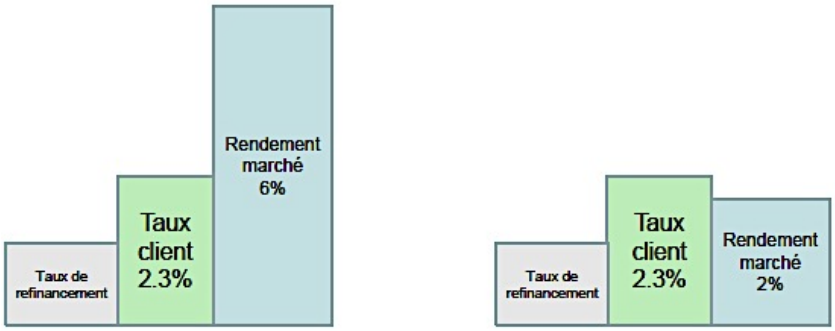
On a une indemnité pour remboursement anticipé prévu par le contrat cadre et du coup il y a possibilité de faire un remboursement anticipé en payant cette indemnité. Comment qualifier cette indemnité

juridiquement ? C'est une clause pénale (au sens de l'art. 160 al.3 CO). Remarque : le juge peut réduit une clause pénale excessive (limite). La clause du cas particulier est-elle excessive ? Le juge analysera cette question d'office : la clause pénale ici parle de : Décompte :

- Capital, intérêts échus et courus
- Indemnité forfaitaire de 1%o mais au minimum CHF 1'000.-
- Gain ou perte d'intérêts : en fonction des conditions qui règnent sur les marchés de l'argent et des capitaux et de la durée résiduelle du crédit

On voit ici que cette clause pénale n'est clairement pas excessive.

Question 4 – Quid si taux de 6%? … de 2%?



On va partir du principe que la banque va placer le montant remboursé de manière anticipée sur le marché des capitaux, et cela va influencer notre calcul et il faut ensuite interpréter cette clause de gain/perte d'intérêt. Si le taux était de 2% sur le marché des capitaux, alors 0,3% pour la durée résiduelle du contrat (différence avec les 2,3% convenus avec Bonplan). Mais cette clause est très vague selon les profs qui partent du principe que si la banque peut faire un gain, on ne va pas décompter cette différence entre 6%.

5. ***Que peut faire la banque si Bonplan ne paie pas les intérêts dus lors d'une échéance ? En particulier, les intérêts échus sont-ils additionnés au capital prêté ? Font-ils l'objet d'un taux d'intérêt de pénalité ? La banque peut-elle résilier le crédit et en exiger le remboursement immédiat ? Supposons que la banque a déposé une réquisition de poursuite en réalisation de gage immobilier à l'encontre de Bonplan et que ce dernier a formé opposition au commandement de payer. Si une cédule hypothécaire au porteur n'indiquant pas qui en est le débiteur avait été remise par Bonplan à la banque à titre de sûreté, est-ce qu'une telle cédule hypothécaire vaut comme titre de mainlevée provisoire dans la poursuite en réalisation du gage immobilier?***

S'agissant du retard de paiement en tant que tel, **quid des intérêts échus additionnés au capital prêté ?** Question de l'admissibilité de la composition des intérêts. Cf. art. 314 al.3 CO qui s'applique, principe de l'interdiction de l'anatocisme, c.à.d. interdit de faire des intérêts composés dans le cadre d'un contrat de prêt, quand un taux d'intérêt est dû, mais il y a des exceptions selon 314 al.3 CO : n'est pas applicable aux contrats de compte courants et autres usages analogues (dans la pratique bancaire du coup ça se fait bcp, typiquement dans la novation, ou les intérêts deviennent éléments du capital par reconnaissance du solde de la novation). MAIS l'art. 105 al.3 CO interdit l'anatocisme pour les intérêts moratoires !!!! Donc non, on ne peut pas additionner les intérêts du capital prêté puisqu'on a affaire a des intérêts moratoires ici. **Quid du taux d'intérêt de pénalité ?** A partir du moment que Bonplan est en retard et que les intérêts sont déjà exigibles à une certaine date selon le contrat cadre, il y a des intérêts moratoires calculés ici selon le contrat, donc maximum de 2% supérieur au taux d'intérêt que la banque applique (… ; cf. contrat). Cela est en ordre par 104 al.1 et 2 CO. En principe 5% d'intérêt moratoire selon 104 CO mais le contrat peut déroger dans les limites de 104 CO.
Réalisation :

- Conditions
- + cf. arrêt dans la documentation.

Poursuite en réalisation du gage immobilier : cédule hypothécaire au porteur n'indiquant pas le débiteur : une cédule hypothécaire peut être au porteur et pour transférer la cédule hypothécaire il suffit de transférer le papier. Mais ca ne suffit pas de l'amener comme titre de mainlevée, il faut en plus qqch qui soit une reconnaissance de dette de la part du débiteur, donc un document signé par le débiteur qui dit qui est le débiteur (ce serait en principe la convention sur les sûretés dans notre cas pratique, à vérifier + voir arrêt, il faut que le débiteur ait fait un reconnaissance de dette).

6. ***Pour financer ses affaires hypothécaires, la Banque du Lac SA contracte des emprunts auprès de la Centrale de lettres de gage des banques cantonales suisses SA, laquelle émet des lettres de gage. Le prêt octroyé par la Centrale de lettres de gage à la Banque du Lac SA est couvert par la créance hypothécaire de la banque envers Bonplan. Dans ce cadre, la banque a transmis à la Centrale de lettres de gage l'ensemble des documents liés au crédit hypothécaire de Bonplan. Ce faisant, la banque respecte-t-elle ses obligations contractuelles envers Bonplan? Si Bonplan ne rembourse pas son crédit hypothécaire, qui de la banque ou de la Centrale de lettres de gage en supporte le risque de crédit?***

S'agissant des lettres de gage :

- Centrale d'émission de lettres de gage
- Couverture
- Clause de transmissibilité permet de libérer la banque du secret bancaire pour donner des infos à des tiers qui seront eux mêmes seront soumis au secret bancaire, donc la centrale d'émission devrait l'être
    - Transfert ou cession à un tiers
    - Transmission des informations en relation avec le rapport de crédit
- Si Bonplan ne rembourse pas, qui supporte le risque de crédit ? Tjs la banque, pas de transfert de risque ici, et la banque devra donner des sûretés en plus à la centrale des lettres de gage qui lui a accordé un emprunt.

XI. Titres intermédiés

A. Loi fédérale sur les titres intermédiés

Rappel : Art. 2 LIMF (nouvelle loi sur les infrastructures des marchés financiers) définit les valeurs mobilières, qui comprennent les papiers valeurs (art. 2 let. b), les droits valeurs, les dérivés ET les titres intermédiés. Les papiers valeurs sont des titres physiques. Cela peut être des actions ou des obligations d'emprunt. L'idée c'est que les droits incorporés sont transférés avec et au travers du papier valeur. Si on a p.ex des titres au porteur, pour transférer ces titres, le transfert a lieu selon les règles de la propriété mobilière, c.à.d. transférer simplement le papier. Si on a des papiers a ordre, des actions nominatives, là il faudra un endossement, c.à.d. une signature sur le papier. Pour les titres intermédiés, on aura une coexistence des titres physiques et dématérialisés. Ce sont des biens *sui generis*, c.à.d. des biens juridiques nouveaux crées en Suisse grâce à la LTI adoptée en 2008, et entrée en vigueur en 2010. C'est une pratique de détention indirecte de titres qui a en réalité évolué et le cadre juridique a été mise en place par la LTI.

- Art.1 – Objet et but
  - Al.1 : Conservation et transfert des papiers-valeurs et droits valeurs
  - Al.2 : Protection des droits de propriété des investisseurs, sécurité juridique, efficience, stabilité du système

- Art. 2 – Champ d'application
  - Al.1 : Titres intermédiés qu'un dépositaire a inscrits au crédit d'un compte de titres

- Art. 3 – Définition des titres intermédiés
  - Al.1 : Créances et droits sociaux fongibles qui sont inscrits au crédit d'un compte de titres et dont le titulaire du compte peut en disposer. Biens fongibles signifie des biens de même nature, qualité et quantité.

Pour avoir des titres intermédiés, il faut qu'ils soient inscrits au crédit d'un compte de titre, donc la banque dépositaire va inscrire des titres (papiers valeurs ou droits valeurs) au crédit d'un compte de titres, ce qui va permettre la création du titre. Cela facilite sa conservation et son transfert.

B. Modes de conservation des titres

- Trois modes : on peut constituer des titres via ces trois modes, grâce à l'art. 6 LTI.
  - Dépôt collectif : art. 973a CO. Des papiers valeurs sont conservés sous forme d'un dépôt collectif auprès d'un intermédiaire financier. Les dépôts collectifs sont caractérisés par le fait que tous les titres d'une même émission sont conservés ensemble, sans qu'on distingue quel investisseur est titulaire de quel titre. Avec ce mode, l'investisseur qui avait déposé ses titres dans le dépôt collectif devient copropriétaire et on ne distingue plus ses titres de manière individuelle. Il renonce donc à la restitution des titres individuels qu'il a remis. On voit l'idée de bien fongible. Si les titres lui sont remis selon sa part de copropriété, ce sont des titres de même nature, qualité et quantité qui lui sont remis, mais pas forcément les mêmes qu'au début (p.ex pas le même série de l'action déposée et rendue ; si c'est des actions, elles devront être au porteur pour que ce soit possible ou alors des papiers à ordre, donc des actions nominatives mais endossées en blanc pour que cette action puisse être transférée plus facilement). Il s'agit d'une forme de dépôt qui entraine une transformation des droits de propriété. L'art. 6 al.1 let. a LTI définit quand ils deviennent des titres intermédiés.
  - Certificats globaux : art. 973b CO. L'art. 6 al.1 let. b LTI définit quand les certificats globaux deviennent des titres intermédiés. Les droits des investisseurs sont immobilisés d'une manière permanente lorsque, conformément aux conditions de l'émission, l'émetteur renonce a émettre des coupures individualisées et les remplace par un certificat global représentant l'ensemble des droits divisibles. Les droits deviennent alors indivisibles. Le certificat global sera remis à un dépositaire pour le compte de l'ensemble des souscripteurs. En principe els conditions d'émission prévoient que les investisseurs ne peuvent pas exiger la

livraison d'un certificat individuel. Finalement c'est une solution intermédiaire sur le chemin de la dématérialisation. Le certificat global est un titre physique et ensuite peut devenir un titre intermédiés.

- Droit-valeurs : art. 973c CO. L'art. 6 al.1 let. c LTI définit quand les droits valeurs sont constitués comme titres intermédiés. Les droit-valeurs ne sont plus des titres physiques mais sont des titres dématérialisés complètement. On renonce à produire un titre. Si p.ex une action n'est pas émise par un titre physique, il peut s'agir d'un droit-valeur, donc que dans le registre des actions. Pour faire en sorte qu'un droit-valeur devienne un titre intermédiés, il faut qu'il soit inscrit au registre principal d'un dépositaire. C'est un élément constitutif de l'inscription. Quel intérêt pour quelqu'un qui a un droit-valeur, déjà pas émis physiquement ? C'est pour s'assurer que le cadre juridique de la LTI s'applique car il facilite le transfert des titres. Si on a que un droit-valeur selon l'art. 973c CO, on a une qualification juridique un peu incertaine du point de vue des règles qui s'adaptent du CO au transfert de ces titres, contrairement au régime clair de la LTI.

- Art. 6 LTI : Effet constitutif de l'inscription au crédit des comptes de titres tenus par un dépositaire. Mais avant cela, il faut choisir un des trois modes.

- Jeu d'écritures : les droits des investisseurs sont constatés uniquement par des écritures auprès d'un intermédiaire financier. Le titre est lui même crée quand il est inscrit au crédit du compte de titre, donc un investisseur qui va déposer ces titres et qu'ils deviennent des titres intermédiés. A ce moment la, il aura au crédit du compte de titres des titres intermédiés, ce n'est plus qu'un jeu d'écritures. Mais cela facilite surtout la création de droits réels ! SI on veut p.ex créer un gage, etc. C'est aussi plus facile de faire constater l'existence des titres intermédiés sans avoir besoin de les bouger. Tout un réseau de dépositaire peut finalement se créer.

Cas pratique

Bond Partners LLP (Bond Partners), Antigua, est titulaire d'un compte de titres et de comptes courants en diverses monnaies auprès de Banque d'Investissements (Suisse) SA (BISSA), filiale suisse d'un groupe bancaire luxembourgeois. Cet établissement est autorisé comme banque et comme négociant en valeurs mobilières par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA). BISSA a ouvert une ligne de crédit en faveur de Bond Partners à hauteur de CHF 2'000'000. Ce crédit est garanti par un contrat de nantissement général par lequel Bond Partners constitue en faveur de BISSA un gage sur ses comptes courants et sur l'intégralité de son compte de titres à hauteur de 120% du montant de son découvert à tout moment. Aujourd'hui, l'ensemble des avoirs de Bond Partners auprès de BISSA est évalué à CHF 6'000'000 (valeur brute). Bond Partners est débitrice de BISA à hauteur de CHF 1'800'000. Bond Partners a obtenu de Cash & Carry Bank Ltd à Londres (Cash & Carry) un crédit de GBP 5'000'000 garanti par un gage sur tous les titres crédités à son compte n° 123'456 auprès de BISSA. Les trois parties ont signé le Pledge Agreement reproduit en annexe.

Veuillez répondre aux questions suivantes :

1. ***Quelle est la loi applicable à la sûreté créée par le Pledge Agreement ? La réponse est-elle la même suivant que c'est un tribunal suisse ou celui d'un Etat membre de l'Union européenne qui doit déterminer la loi applicable ?***

Avant quoi que ce soit, il faut définir le for. L'art. 108a LDIP prévoit que « on entend par titres intermédiés les titres détenus après d'un intermédiaire au sens de la Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire ». L'art. 108b al.1 LDIP prévoit que « les tribunaux suisses du domicile ou, à défaut du domicile, ceux de la résidence habituelle du défendeur sont compétents pour connaître des actions relatives à des titres intermédiés. Al. 2. Les tribunaux suisses du lieu où le défendeur a son établissement sont aussi compétents pour connaître des actions relatives à des titres intermédiés découlant de l'exploitation de cet établissement ». Remarque : la Convention de La Haye mentionnée par la LDIP n'est pas en vigueur. Il faudrait que trois Etats la ratifient, or, on a que la Suisse et l'Ile Maurice qui l'ont ratifié, donc pas encore en vigueur (mais depuis novembre 2016, les Etats-Unis l'ont ratifié, donc il y a 3 semaines ! Elle doit encore passer au Sénat américain, donc l'entrée en vigueur est imminente !!!).

En l'espèce, on a une clause d'élection de for et d'élection de droit dans le Pledge Agreement. Ce sont les

tribunaux de Genève selon cette clause. Une telle élection est possible selon l'art. 5 LDIP et elle est valable.

En guise de conclusion intermédiaire, les tribunaux genevois sont compétents et vont devoir déterminer le droit applicable.

Pour déterminer le droit applicable, on a les bases légales suivantes : l'art. 108c LDIP prévoit que « le droit applicable aux titres intermédiés est régi par la Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire ». L'art. 108d LDIP prévoit que « les décisions étrangères rendues en relation avec une action relative à des titres intermédiés sont reconnues en Suisse : a. Lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur ; b. Lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat de l'établissement du défendeur et que la prétention résulte de l'exploitation de cet établissement. » Attention, la Convention ne détermine que la loi applicable !

En l'espèce, en adoptant cet article dans la LDIP qui renvoie à la CLAH/2006, on applique quand même la Convention même si elle n'est pas encore entrée en vigueur. Ici, le droit applicable serait donc le droit suisse.

En guise de conclusion intermédiaire, le droit applicable à la sûreté sera le droit suisse, et la loi applicable sera la Loi fédérale sur les titres intermédiés (LTI).

Si le tribunal qui doit déterminer la loi applicable n'était pas un tribunal suisse, mais un tribunal de l'Union européenne, la réponse ne serait pas la même puisque, n'ayant pas ratifié la Convention de la Haye, celle-ci ne leur serait pas applicable. Ce serait le droit international privé de l'Etat membre de l'UE en question qui déterminerait la loi applicable.

2. Quelle est la nature juridique de la sûreté créée par Bond Partners en faveur de Cash & Carry ?

S'agissant de la nature juridique de la sûreté, on a trois formes des sûretés :

- Gage : il ne peut procure qu'un droit réel limité à son titulaire.
- Transfert de titularité aux fins de garantie : le bénéficiaire ne peut pas disposer des titres reçus en garantie sauf convention contraire.
- Gage irrégulier : le titulaire peut disposer des titres reçus en garantie.

En l'espèce, il faut regarder dans le Pledge Agreement quel type de sûreté a été constitué. Il s'avère qu'il s'agit d'un gage conventionnel. Les clauses qui le montrent sont la clause numéro 10.2 (affirme le caractère accessoire de la sûreté, elle suit finalement la créance garantie) et la clause numéro 7 (clause qui prévoit une vente des titres en cas d'*enforcement event*).

Dès lors, il s'agit d'un gage conventionnel au sens des droits réels limités, avec réalisation privée et la titularité reste auprès de celui qui a obtenu le crédit, en l'occurrence Bond Partners. Celui qui a octroyé le crédit (la banque Cash & Carry) ne devient pas propriétaire des titres.

3. Cette sûreté a-t-elle été valablement constituée et rendue opposable aux tiers ? La méthode mise en oeuvre par les parties pour ce faire relève-t-elle de l'art. 24, 25 ou 26 LTI ?

S'agissant des actes de disposition, on a trois moyens de faire un acte de disposition sur des titres intermédiés et pour créer la sûreté, il faut créer une de ces méthodes. Chaque méthode prévoit que les choses suivantes doivent être réalisés pour constituer la sûreté :

- Art. 24 LTI : Instruction du titulaire du compte au dépositaire + Bonification + Opposabilité aux tiers
- Art. 25 LTI : Convention de contrôle (procure le contrôle des titres au créancier garanti) + Engagement irrévocable + Opposabilité aux tiers
- Art. 26 LTI : Convention avec le dépositaire + Opposabilité aux tiers (ce cas de figure s'applique si le dépositaire lui même octroie un crédit au titulaire du compte de titres pour créer une sûreté)

En l'espèce, on constate qu'il y a une convention de contrôle entre le titulaire du compte (c.à.d. Bond Partners) et le dépositaire (BISSA) qui donne le contrôle des titres au créancier garanti (Cash & Carry). Pour qu'on ait un acte de disposition au sens de 25 LTI, il faut cette convention de contrôle. On a trois parties qui rentrent en jeu : soit de faire deux conventions séparées (une convention de sûreté et une convention de contrôle), soit de

régler le tout dans la même convention, et ça pourrait être un contrat tripartite et règlent déjà la création de la sureté et le fait que le contrôle est donné à la banque créancière qui a octroyé le crédit au détenteur des titres intermédiés. Le Pledge Agreement du cas particulier répond bien à ces conditions : il y a une convention de contrôle avec un engagement irrévocable du dépositaire (*custodian,* i.e. BISSA ici). On le voit avec la clause 4.4 qui dit que le dépositaire s'engage a suivre toutes les instructions données par la banque créancière sans demander le consentement ou la notification à Bond Partners qui est le titulaire des titres intermédiés. L'engagement irrévocable figure à la clause 11.3. Donc le contrôle est donné à la banque créancière et la sûreté est crée de cette manière là.

En conclusion, toutes les conditions de l'art. 25 LTI sont réalisées et la sûreté a été valablement constituée et elle est opposable aux tiers.

4. Quels sont les rangs respectifs des sûretés de BISSA et de Cash & Carry ?

S'agissant des rangs respectifs, l'art. 30 LTI prévoit que :

- Al.1 : Entre les actes de disposition relatifs à des titres intermédiés ou à des droits sur des titres intermédiés qui ont été effectués selon les dispositions de la présente loi, l'acte antérieur prime l'acte postérieur.
- Al.2 : Si le dépositaire conclut avec le titulaire d'un compte une convention au sens de l'art. 25 al.1, sans signaler expressément à l'acquéreur ses droits antérieurs, ceux-ci sont réputés subordonnés aux droits de l'acquéreur.
- Al.4 : Les accords modifiant le rang des droits sur des titres intermédiés sont réservés ; ils ne déploient d'effets qu'entre les parties à ces accords.

En l'espèce, sur la base de l'art. 30 LTI mais aussi du Pledge Agreement, BISSA ne signifie pas à Cash & Carry qu'elle avait une sûreté de rang antérieur, l'art. 30 LTI s'applique. La sûreté antérieure devient du coup posté-posée et de deuxième rang. Les clauses 4.6 et 6.1.H confirment d'ailleurs ce raisonnement.

En conclusion, la sûreté de Cash & Carry est de premier rang et celle de BISSA est de deuxième rang, alors même qu'elle été antérieure mais n'avait pas été « réservée » dans le Pledge Agreement tripartite.

5. Dans quelles situations Cash & Carry peut-elle réaliser cette sûreté ? De quelle manière ?

La réalisation de la sûreté est prévue aux articles 31 et 32 LTI. Il s'agit du principe de réalisation privée. En cas de faillite, l'art. 31 al.2 LTI est applicable.

En l'espèce, la faillite de Bond Partners sera réglée par l'art. 31 al.2 LTI. Dès que Bond Partners ne rembourse pas sa créance envers Cash & Carry comme prévu aux conditions stipulées dans le contrat de crédit (qui s'appelle *Facility Agreement*), Cash & Carry pourra vendre les titres intermédiés pour rembourser sa créance. L'art. 31 et 32 LTI forment le cadre juridique de la réalisation. La clause 7.1 sur l'*enforcement event* confirme cette réponse. Cash & Carry pourrait en principe réaliser sa sûreté et imputer la valeur déterminée objectivement sur la créance garantie. Mais la réalisation doit être précédée d'un avertissement. Par contre on peut ne pas le faire, donc déroger à la condition d'avertissement si il s'agit d'un investisseur qualifié au sens de l'art. 5 let. d LTI, on peut déroger au principe d'avertissement dans le contrat. Donc il faudrait examiner si Bond Partners est un investisseur qualifié au sens de l'art. 5 let. d LTI pour répondre. Si on part du principe que oui, c'est possible de déroger à l'avertissement et c'est ce qui a été fait dans le Pledge Agreement.

En conclusion, Cash & Carry pourra réaliser sa sûretés aux conditions des art. 31 et 32 LTI.

6. Si Bond Partners était mise en faillite, Cash & Carry pourrait-elle néanmoins réaliser sa sûreté ?

La réalisation de la sûreté est prévue aux articles 31 et 32 LTI. Il s'agit du principe de réalisation privée. En cas de faillite, l'art. 31 al.2 LTI est applicable : il y a un droit de procéder à la réalisation privée du gage même lorsque le constituant de la sûreté fait l'objet d'une procédure d'exécution forcée. Il n'y a pas besoin d'attendre la fin de cette procédure pour procéder à la réalisation privée immédiatement par Cash & Carry.

7. Quelle est la situation juridique si, sur instruction de Bond Partners et sans le consentement de Cash

& Carry, BISSA a vendu des titres intermédiés figurant au crédit du compte de titres de Bond Partners ?

- Art. 15 LTI
    - Instructions du titulaire d'un compte
    - Conformément au contrat qui les lie
- Clause 4.5, clause 9.2 : consentement préalable de la banque
- Clause 9.3 : devoir d'informer la banque
- Art. 27 LTI : extourne en cas d'instruction défectueuse
- Art. 29 LTI : Protection de l'acquéreur de bonne foi
- Dommages-intérêts fondés sur le CO

Une extourne n'est pas possible ici car elle n'est possible qu'en cas d'instruction défectueuse (p.ex défaut de légitimation), mais ce n'est pas le cas ici, c'est une violation du Pledge Agreement ce qui n'est pas la même chose. En plus, l'art 29 LTI protège l'acquéreur de bonne foi. Mais comme BISSA a violé le Pledge Agreement, on peut examiner les dommages-intérêts fondés sur le CO.

XII. MiFID et accès au marché européen des services financiers

A. Le for du client privé selon la LDIP

Art. 114 LDIP : « 1. Dans les contrats qui répondent aux conditions énoncées par l'art. 120 al.1, l'action intentée par un consommateur peut être portée au choix de ce dernier, devant le tribunal suisse ;
a. de son domicile ou de sa résidence habituelle, ou
b. du domicile ou, à défaut de domicile, de la résidence habituelle du fournisseur.
2. Le consommateur ne peut pas renoncer d'avance au for de son domicile ou de sa résidence habituelle ».

Quels sont les contrats figurant à l'art. 114 LDIP ? Ils sont décrits à l'art. 120' LDIP.

Art. 120 LDIP : « 1. Le contrats portant sur une prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur sont régis par le droit de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur :
a. Si le fournisseur a reçu la commande dans cet Etat ;
b. Si la conclusion du contrat a été précédée dans cet Etat d'une offre ou d'une publicité et que le consommateur y a accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat, ou
c. si le consommateur a été incité par son fournisseur se rendre dans un Etat étranger aux fins d'y passer la commande.
2. L'élection de droit est exclue.

B. Le for du client privé selon la Convention de Lugano

Section 4
Compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs

Art. 15
1. En matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice des dispositions de l'art. 4 et l'art. 5, par. 5 :
a. Lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels ;
b. Lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets
c. Lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat lié par la présente Convention sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.

Cet article s'applique à chaque fois que l'autre partie a la résidence dans un Etat de l'UE. Le dispositif de protection du consommateur figure aux articles 16 et 17 CL.

C. Le client comme consommateur au sens de la CL

- Contrat conclu
  - Entre une personne physique
  - Domiciliée sur le territoire d'un Etat lié par la CL
  - Pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle

- Et une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles
  - Dans l'Etat du domicile du consommateur, ou
  - Qui par tout moyen dirige ses activités vers cet Etat, et le contrat entre dans le cadre de ces activités

D. Usage pouvant être considéré comme étranger à l'activité professionnelle ou commerciale

- Crédit
- Compte courant
- Conseil en placement
- Gestion de fortune
- …
- Vaut même si, par ailleurs, le consommateur est un professionnel des affaires voire des services financiers, et même s'il est lui-même conseillé par un mandataire

E. Le cocontractant professionnel

- Banque
- Négociant en valeurs mobilières
- Gérant de fortune indépendant
- Conseiller en placement
- …
- Sous forme de personne morale, de société de personnes ou comme entreprise individuelle

F. Activités dirigées vers l'Etat du domicile du consommateur

- Annonces publicitaires
- Démarchage téléphonique
- Démarchage personnel, pris de contact, etc
- Site Internet : toute indication que les services proposés sont offerts (aussi) à des résidents dans l'Etat du domicile du consommateur ; la langue peut être un indice

G. Effet des art. 15 à 17 CL

- Le consommateur a le choix du for de son domicile ou du domicile / siège du défendeur
- Le consommateur ne peut être recherché qu'au for de son domicile
- Les conventions contraires (prorogations de for) sont soumises à des conditions très restrictives

H. Remarques sur l'application de la CL

- La détermination du for selon la CL s'applique (aussi) aux contrats conclus avec son entrée en vigueur
- L'activité dans ou dirigée vers l'Etat du domicile du consommateur doit être antérieure à la conclusion du contrat
- En revanche, un lien de causalité entre l'activité et la conclusion du contrat n'est pas nécessaire (CJUE C-218/12 du 17 octobre 2013, *Emrek c. Sabranovic*).
- Les tribunaux suisses appliquent la CL de manière plutôt restrictive
- Les tribunaux européens sont plus extensifs, cf. Oberlandesgericht Stuttgart, 27 avril 2015, *Erwin Müller c. Bank J. Safra Sarasin*).

I. For en Suisse : loi applicable selon la LDIP

Art. 120 LDIP : « 1. Le contrats portant sur une prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur sont régis par le droit de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur :
a. Si le fournisseur a reçu la commande dans cet Etat ;
b. Si la conclusion du contrat a été précédée dans cet Etat d'une offre ou d'une publicité et que le consommateur y a accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat, ou
c. si le consommateur a été incité par son fournisseur se rendre dans un Etat étranger aux fins d'y passer la commande.
2. L'élection de droit est exclue.

J. For dans l'UE : loi applicable selon le Règlement 593/2008 « Rome I »

Art. 6 : Contrats de consommation
1. Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci-après « le consommateur »), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après « le professionnel »), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel :
a. Exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou
b. Par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci
Et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité.

K. Election de droit selon le Règlement Rome I

Art. 6
2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'art. 3. Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1.

L. Loi applicable à un consommateur résident UE : synthèse

Si for en Suisse : le tribunal applique le droit suisse prévu au contrat sauf si « prestation de consommation courante »

Si for dans l'UE : le tribunal applique le droit suisse prévu au contrat sous réserve des (très nombreuses) règles impératives protégeant le client dans l'Etat de sa résidence habituelle

M. Autres règlementations étrangères applicables à l'activité de l'intermédiaire financier suisse

- Droit de la surveillance au lieu de l'activité :
  - Besoin d'une autorisation, d'un enregistrement, etc
  - Exigence d'un établissement
  - Règles de conduite professionnelles
  - Autres règles prudentielles

- Droit fiscal applicable au client
  - Applicable à l'activité local de l'intermédiaire financier
  - Applicable au client : intermédiaire financier suisse (entreprise, dirigeants, collaborateurs) comme complice de la fraude fiscale du client

- Droit pénal
  - Blanchiment du produit de la fraude fiscale
  - Toute autre infraction

En conclusion, le prestataire de service d'investissement suisse (banque ou autre) qui fournit ses services dans un autre pays de l'UE est directement exposé à l'application du droit privé européen. Mais d'autres règles entrent évidemment en jeu, pas que le droit privé. C'est a partir de 2007-2008 que ces évidences contentieuses sont apparues, typiquement le droit de la surveillance, etc (en Suisse typiquement pour accéder à certains domaines il faut une autorisation et on est surveillé par la FINMA, en Europe c'est un agrément, etc).

N. Violation du droit suisse ?

- La violation de règles étrangères applicables à l'activité d'une banque ou d'un autre assujetti suisse met-elle en cause les conditions de l'autorisation ?
- Par exemple, est-il contraire à la garantie d'une activité irréprochable d'enfreindre une loi étrangère ?

O. Attentes de la FINMA

Position de la FINMA à propos des risques juridiques et de réputation dans le cadre des activités financières transfrontières (« Position de la FINMA Risques juridiques »).

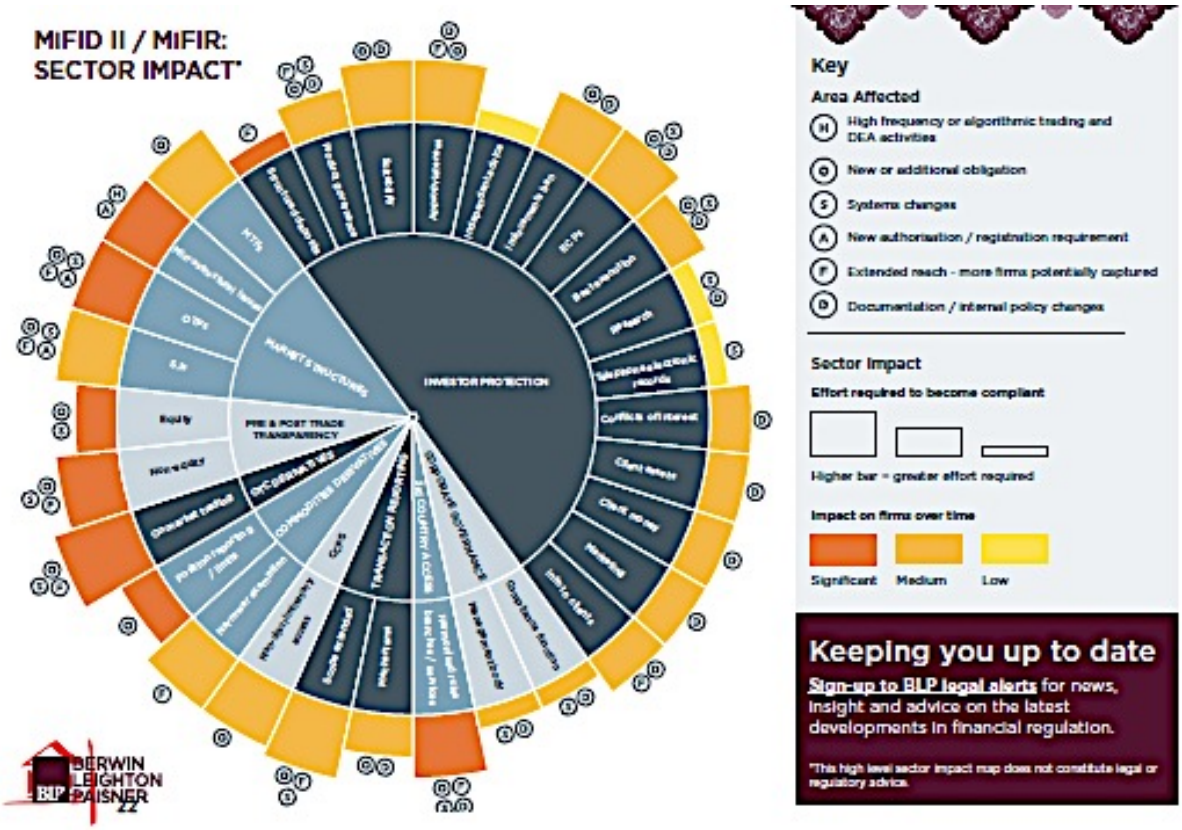
P. Accès au marché européen : MiFID et MiFIR

- MiFID et son compagnon MiFIR constituent la réglementation des marchés et des services d'investissement de troisième génération
    - Ne pas oublier cependant AIFMD, EMIR, UCITS, PRIIPS

- LBVM 11 est la décalque de l'art. 11 de la Directive sur les services d'investissement (DSI), qui était la première génération. La LBVM date de 1995 et l'art. 11 LBVM est la reproduction presque conforme de l'art. 11 DSI.

- Les projets de loi sur les services financiers et sur les établissements financiers (LSFin = FIDLEG, LEFin = FINIG), en cours de traitement par l'Assemblée fédérale, visent à mettre le droit suisse (partiellement) au niveau du droit européen.

- L'équivalence est un concept-clé des règles UE relatives à l'accès des entreprises d'Etats tiers au marché européen



- Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers…
    - JO L 173 du 12.6.2014, p. 349
    - Déjà modifiée par plusieurs autres actes
    - Toujours rechercher version consolidée

- Règlement (UE) 600/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers…
    - JO L 173 du 12.6.2014, p. 84

- Mêmes remarques

- Pour tes textes de niveau inférieur, voir ec.europa.eu

Q. Régime des entreprises de pays tiers

Trois régimes différents pour :
1. Les services spontanément sollicités par le client (par correspondance ou par visite)
2. Les services offerts aux clients de détail (et aux clients professionnels par choix, avec au sein des clients professionnels encore des clients superprofessionnels)
3. Les services offerts aux clients professionnels *per se* et aux contreparties éligibles

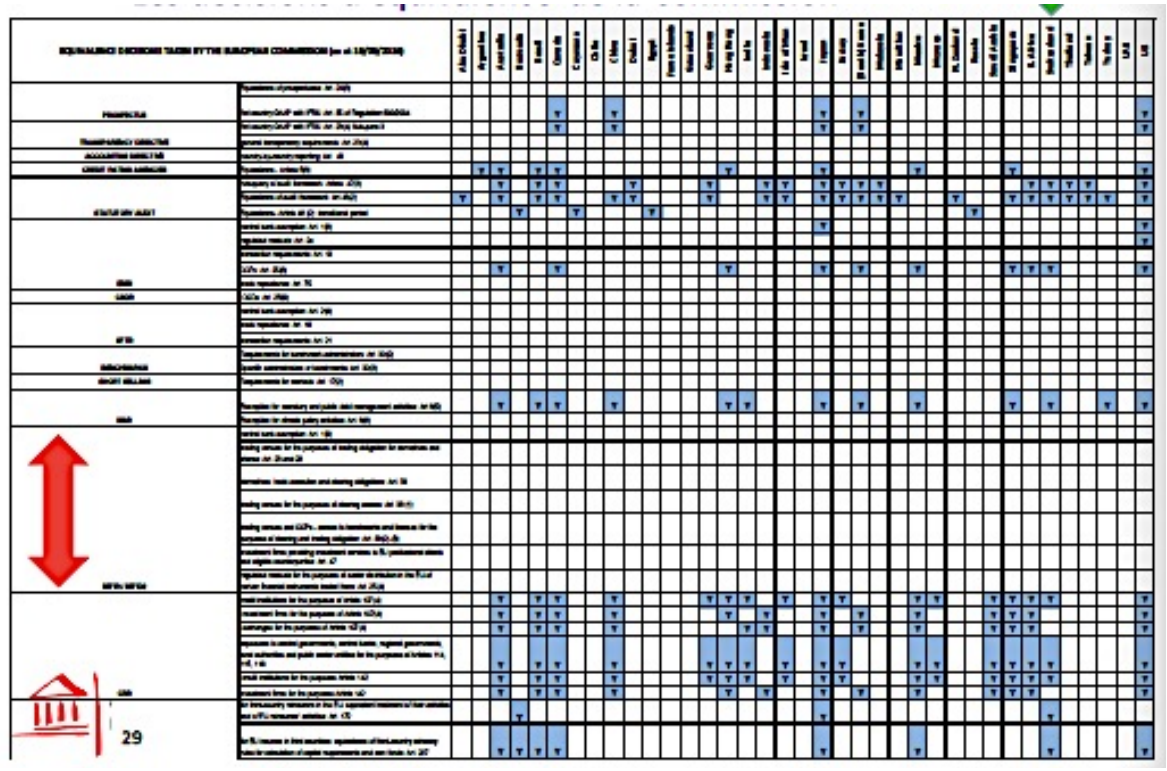
On voit tout de suite que la MiFID distingue des catégories de clients.

a. « Reverse solicitation »
- Art. 42 MiFID « Fourniture de services sur la seule initiative du client » ? C'est une harmonisation partielle mais comme toujours avec la transposition et la marge de manœuvre des Etats, elle n'est pas complète puisque les Etats peuvent interpréter cette notion différemment.
- Pas d'agrément comme entreprise d'investissement nécessaire
- Ne permet pas d'offrir d'autres services que les services sollicités
- Les Etats membres interprètent diversement la notion « sur la seule initiative du client »
- N'exclut pas l'application de la Convention de Lugano et du Règlement Rome I à la relation ainsi nouée

b. Service aux clients de détail
- Art. 39 à 41 MiFID
- Reste compétente des Etats membres (EM), et ils sont donc fondamentalement libres d'interdire ou non et a quelles conditions la fourniture de services transfrontières à des clients de détails.
- Harmonisation partielle pour les EM qui exigent une succursale (=/= filiale qui a sa propre personnalité juridique !)
  - Agrément dans ET d'origine
  - Existence d'une convention de double imposition « pleinement conforme2 au modèle OCDE ente EM et ET
  - Existence de mécanismes de coopération entre EM et Etats tiers
  - Agrément (sans passeport européen) et surveillance par EM
  - Adhésion à un système d'indemnisation des investisseurs reconnus
  - Capital initial, personnes responsables

c. Services aux clients professionnels
- Art. 46 à 49 MiFIR
- Harmonisation complète après une période transitoire de 3 ans
- Décision de la Commission reconnaissant que les règles de conduite et ;
- Enregistrement auprès de l'ESMA (European Securities Markets Authority), avec passeport européen

R. Les décisions d'équivalence de la Commission



En haut, on a tous les Etats qui ont au moins une décision d'équivalence et sur le coté les domaines (audit, marché des dérivés, etc). La Suisse doit encore obtenir d'autres équivalences, p.ex sur la bourse.

S. Options stratégiques pour la Suisse

- Groupes d'experts chargé du développement de la stratégie en matière de marchés financiers : rapport final

- Adhésion à l'UE ou à l'EEE : exclue !
  - La mise en œuvre de l'art. 121a Cst devrait être compatible avec la libre circulation des personnes
  - L'UE exige un accord institutionnel avant toute extension des « bilatérales »
  - La reprise de l'acquis communautaire pourrait apparaître comme rédhibitoire à une partie importante de la place financière

- Clients professionnels : obtenir une décision d'équivalence
  - Couteux et incertain

- Clients de détail : accords bilatéraux avec certains EM importants

- Ingrédient nécessaire, l'équivalence de la réglementation suisse est critiquée
  - Pour des raisons politiques
  - Par de nombreux acteurs qui ne cherchent pas à offrir leurs services dans l'UE et ne veulent pas augmenter les couts de la réglementation (opposition à LSFin/LEFin)

- Les acteurs ayant une ambition européenne créent des succursales (banques ou entreprises d'investissement) en Europe, intégralement soumises à la réglementation UE, et bénéficiant d'un passeport européen
- Le problème reste celui de la délocalisation de la création de valeur de la Suisse vers l'étranger ; l'histoire des fonds de placement est-elle en train de se répéter ?