

## Examen du 20 janvier 2015

L'énoncé comporte deux pages : un état de fait (*recto*) et dix questions (*verso*). Des bases légales sont annexées. Veuillez répondre selon le droit en vigueur au moment des faits. Vous disposez de 2 heures. Veuillez à répondre précisément aux questions posées, à rédiger vos réponses avec des phrases complètes et à les motiver en indiquant les bases légales applicables. La documentation est libre. Vous pouvez répondre aux questions dans le désordre mais veuillez à numéroter vos réponses conformément à l'énoncé. Bon travail !

### Etat de fait

Il y a une dizaine d'années, la Banque Collina d'Oro SA (ci-après : la Banque ou Collina d'Oro) s'est associée à d'autres institutions financières pour former un consortium en vue d'assainir la société Malchance SA (ci-après : Malchance). Malchance était active dans le domaine de la production et la distribution de parapluies aux couleurs des Etats de l'Union européenne. La plupart des établissements impliqués dans cette opération de sauvetage étaient des banques de la « zone euro ». Ce n'est pas le cas de Collina d'Oro dont le siège se trouve à Lugano, dans le canton suisse du Tessin.

En raison de sa participation au consortium, la Banque avait connaissance des difficultés financières de la société Malchance. Elle savait en particulier que la survie de cette dernière était incertaine.

Entre les mois de mars et juillet 2013 inclus, Collina d'Oro a vendu des titres de Malchance avant que le public ne soit informé de la situation financière de cette dernière. Dans le cadre de ces opérations, Collina d'Oro agissait sur instruction de ses clients. Au lieu d'être achetés en bourse, les titres vendus (en l'occurrence, des actions) provenaient d'un « compte nostro » de la Banque. Celle-ci détenait les actions concernées depuis 2011, déjà.

Le 24 juillet 2013, « Stichting Administratiekantoor Oranje », une fondation de droit néerlandais (ci-après : le Client ou la Fondation), personne morale dont le siège est aux Pays-Bas, fit l'acquisition de 4'500 actions de la société Malchance par l'entremise de la Banque. Les titres se traitaient ce jour-là au cours de CHF 10.00 l'unité. Le montant total de la transaction s'éleva à CHF 45'170. Le décompte de la transaction remis au Client indiquait que la Banque était partie au contrat. Aucun tiers n'apparaissait en qualité de vendeur.

Le 15 avril 2014, ce qui devait arriver arriva : Malchance fut déclarée en faillite.

Peu après la faillite, l'autorité de surveillance suisse initia une procédure administrative. Le Client n'y participa pas ; il n'avait pas la qualité de partie. Au terme de cette procédure, l'autorité de surveillance jugea que le comportement de la Banque, en particulier la vente des titres provenant de son « compte nostro », était contraire à la garantie d'une activité irréprochable.

## Questions

Remarque préliminaire : le droit suisse s'applique ; il n'est pas nécessaire d'examiner le droit applicable.

1. La LBVM est-elle applicable au cas d'espèce ? Indiquez les éléments factuels à l'appui de votre réponse. (4 points)
2. Dans l'hypothèse où la LBVM est applicable, quelle disposition de *droit matériel* de la LBVM (autre que l'art. 3 al. 2 let. b LBVM), peut servir de fondement à une intervention de l'autorité suisse de surveillance ? (4 points)
3. L'autorité de surveillance compétente peut-elle infliger une sanction à la Banque spécifiquement ? (1 point)
4. Au sujet de l'opération du 24 juillet 2013, Collina d'Oro prétend qu'aucun devoir de fidélité ne lui incombait étant donné qu'elle s'est contentée de vendre des titres. Indiquez les arguments qui *appuient* et ceux qui *contredisent* cette position ? (2 points)
5. La Banque conteste l'affirmation suivante du Client : « les actions de Malchance provenaient d'un compte nostro de la Banque ». A qui appartient-il de prouver les faits ? (3 points)
6. Dans l'hypothèse où le juge parvient à la conclusion que l'opération du 24 juillet 2013 n'a pas le caractère d'une vente, quel type de qualification pourrait-il substituer et, cas échéant, quelles dispositions régiraient le contrat ? (4 points)
7. Dans la même hypothèse : quelle(s) base(s) légale(s) et quels motifs permettraient au juge de conclure que la Banque a violé son devoir de fidélité ? (4 points)
8. Au moment de l'ouverture de la relation bancaire entre la Fondation et la Banque, Anna Schutz fut identifiée, entre autres, sur le formulaire A comme « ayant droit économique de tous les avoirs déposés au nom du Client auprès de la Banque ». Le formulaire A fut établi selon les articles 3 et 4 CDB 08 (BF2013/D-01.14). Un exemplaire vierge du formulaire A est reproduit après le texte de la CDB (BF2013/D-01.14a). Anna peut-elle obtenir des renseignements de la Banque au sujet des avoirs déposés au nom du Client ? (4 points)
9. Question théorique : selon le droit suisse, et nonobstant d'éventuelles conditions générales, qui de la Banque ou du Client supporte le dommage résultant d'un virement effectué en l'absence de légitimation ? (4 points)
10. *Bonus* : dans quel Etat le Client peut-il porter plainte afin d'obtenir des dommages et intérêts pour violation du contrat et pour quelle raison ? Il n'est pas nécessaire d'inclure la compétence territoriale/locale ou la compétence à raison de la matière dans votre réponse. (4 points bonus)

## Annexes

### Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987

#### Chapitre 1 Dispositions communes

##### Section 1 Champ d'application

###### Art. 1

1 La présente loi régit, en matière internationale:

- a. la compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses;
- b. le droit applicable;
- c. les conditions de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères;
- d. la faillite et le concordat;
- e. l'arbitrage.

2 Les traités internationaux sont réservés.

#### Chapitre 9 Droit des obligations

##### Section 1 Contrats

###### I. Compétence

###### 1. Domicile et établissement

###### Art. 112

1 Les tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle du défendeur sont compétents pour connaître des actions découlant d'un contrat.

2 Les tribunaux suisses du lieu où le défendeur a son établissement sont aussi compétents pour connaître des actions relatives à une obligation découlant de l'exploitation de cet établissement.

###### 2. Lieu d'exécution

###### Art. 113

Lorsque la prestation caractéristique du contrat doit être exécutée en Suisse, l'action peut aussi être portée devant le tribunal suisse du lieu où elle doit être exécutée.

### 3. Contrats conclus avec des consommateurs

#### Art. 114

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.

#### II. Droit applicable

...

##### 2. En particulier

...

###### c. Contrats conclus avec des consommateurs

###### Art. 120

1 Les 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 à se rendre dans un Etat étranger aux fins d'y passer la commande.

2 L'élection de droit est exclue.

**Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano, CL)**

**Titre I Champ d'application**

**Art. 1**

1. La présente Convention s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Elle ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives.

2. Sont exclus de son application:

- a) l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions;
- b) les faillites, concordats et autres procédures analogues;
- c) la sécurité sociale;
- d) l'arbitrage.

3. Dans la présente Convention, on entend par «Etat lié par la présente convention» tout Etat qui est Partie contractante à la présente Convention ou tout Etat membre de la Communauté européenne. Ce terme peut également désigner la Communauté européenne.

**Titre II Compétence**

**Section 1 Dispositions générales**

**Art. 2**

1. Sous réserve des dispositions de la présente Convention, les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat lié par la présente Convention sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat.

2. Les personnes qui ne possèdent pas la nationalité de l'Etat lié par la présente Convention dans lequel elles sont domiciliées y sont soumises aux règles de compétence applicables aux nationaux.

**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 de 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.

2. Lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat lié par la présente Convention, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un Etat lié par la présente Convention, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet Etat.

3. La présente section ne s'applique pas aux contrats de transport autres que ceux qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement.

**Art. 16**

1. L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les tribunaux de l'Etat lié par la présente Convention sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit devant le tribunal du lieu où le consommateur est domicilié.

2. L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les tribunaux de l'Etat lié par la présente Convention sur le territoire duquel est domicilié le consommateur.

3. Les dispositions du présent article ne portent pas atteinte au droit d'introduire une demande reconventionnelle devant le tribunal saisi d'une demande originaire conformément à la présente section.

Nom: [redacted] Prénom: [redacted]  
 Professeur / Professeure: Prof. Zellweger - Gattnercht  
 Epreuve: Droit bancaire Date: 20.01.15

Ad.

Q1: La LBVM vise 2 objectifs: la protection de l'investisseur et le bon fonctionnement des marchés financiers (art. 1 LBVM). Fonctionnant essentiellement par l'auto-régulation (art. 4 LBVM), la bourse doit surveiller le marché (art. 6 LBVM) et préparer l'admission des négociants (art. 7 LBVM). En outre, la LBVM comprend des dispositions sur la surveillance (art. 33e ss LBVM) ainsi que des dispositions pénales (art. 40 ss LBVM). Or, la banque est impliquée dans un consortium d'assainissement (implique l'émission de valeurs mobilières, potentiellement) et est active dans la vente de titres\* (donc de valeurs mobilières selon l'art. 2 let. a LBVM, et est donc un négociant en valeurs mobilières selon l'art. 2 let. b LBVM). Donc, la LBVM s'applique. (elle réalise des revenus réguliers dans le cadre d'une activité économique avec vraisemblablement plus de 20 clients).

à titre prof.

Q2: l'autorité de surveillance (la FINMA, LEINMA art. 6 d. 1) peut agir au niveau de la surveillance (et non au niveau général) sur la base de l'art. 33e al. 1 let. a LBVM qui puni l'exploitation d'informations d'intérieur (événement susceptible d'influencer notablement le cours, art. 2 let. f LBVM) <sup>ici:</sup> via l'aliénation de titre cotés. Or, la banque sait que Melchance SA va mal avant que le public ne le sache. C'est une information <sup>concrète</sup> confidentielle évidemment susceptible d'influencer le cours du marché. Donc, la FINMA peut agir sur cette base.

LBVM 34  
 peu morale

Q3: Si par la question il faut entendre quelle mesure peut toucher la banque et uniquement elle → Selon l'art. 35a LBVM, la conséquence de l'exploitation d'un délit d'intérieur peut engendrer le

retrait de l'autorisation de pratiquer le négoce de valeurs mobilières.  
Donc, la FNMT pourrait retirer l'autorisation mentionnée dans le cas d'espèce.

Q4: La banque semble prétendre qu'il s'agit d'un contrat de vente (art. 1845 CO) dans quel cas il n'y a pas de devoir de fidélité (mais de bonne foi toutefois, art. 2 IF CC). De plus, aucun tiers n'apparaissait en qualité de vendeur et la banque était indiquée partie au contrat. Cela fait pencher en faveur d'un simple contrat de vente. Toutefois, on voit apparaître une <sup>provision</sup> commission (ou en tout cas, des frais) indiquant plutôt un contrat de mandat (394 III CO); à hauteur de 170 CHF, ou une forme de <sup>art.</sup> contrat de mandat & plus d'arguments dans les questions à suivre).  
144X → contrat de commission 425 ss CO

Q5: La réponse à cette question dépend de la qualification juridique de l'accord passé entre la banque et la fondation. En effet, de manière générale et dans le cadre d'un contrat de vente aussi, par déduction en droit, il est nécessaire à la partie d'alléguer son fait (art. 8 CC). Toutefois, si on qualifie cet accord de contrat de commission, la loi renverse le fardeau de la preuve (art. 437 CO). Or, la banque n'a pas indiqué de tiers vendeur. Donc, si l'on retient cette qualification, c'est à la banque de prouver que les actions ne venaient pas du compte nostro.

Q6: Selon l'art. 425 I CO, on est en présence d'un contrat de commission lorsque le commissionnaire opère en son nom par le compte du commettant via l'achat ou la vente de papiers-valeurs. Selon l'art. 436 I CO, le commissionnaire peut livrer lui-même les papiers-valeurs. En outre, c'est le contrat type pour le commerce d'actions cotées. Donc, le juge pourrait qualifier le contrat de

la banque assume un risque de contre

si les conditions de l'art. 436 sont données

majoritairement une provision + finis etc

commission et appliquer les règles de ce contrat (art. 425 ss CO) ainsi que les règles du mandat sauf dérogations (art. 425 ff CO).

Q7: Selon l'art. 11 Elet. a LBUM, le négociant a un devoir d'information sur les risques "général". Selon l'art. 11 E let. c LBUM, il a un devoir de fidélité et doit éviter les conflits d'intérêts. Selon l'art. 398 ff CO, le mandataire doit exécuter fidèlement son mandat. Selon l'art. 2 E CC, chacun doit exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. Or, la banque profite vraisemblablement de sa connaissance de la situation de Malchance pour transférer son risque sur le dos de son client. Ce n'est toutefois le risque que d'une transaction particulière. Donc, j'estime que le juge pourrait se baser sur ce motif particulier et sur les bases légales citées (sauf l'art. 11 Elet. a LBUM) pour fonder la violation du devoir de fidélité. Il pourrait aussi invoquer l'art. 8 E Directive ASB sur les règles de conduite (D 01-15) reconnues comme standard minimal par la FINMA.

Q8: L'obligation d'identification de l'ayant-droit économique (ADE) est une obligation légale (art. 3 E LBA) de l'intermédiaire financier. C'est toutefois dans un lit public, la lutte contre le terrorisme et le blanchiment d'argent, que s'inscrit cette fonction de compliance. Toutefois, la relation entre une banque et un client est celle d'un rapport contractuel, auquel l'ADE n'est pas partie. Autrement dit, l'ADE n'a aucun droit de regard sur la relation entre la banque et son contractant, quand bien même il s'agit <sup>indirectement</sup> de ses propres fonds. Si la banque donnait une quelconque information, elle violerait le secret bancaire et s'exposerait à des sanctions générales (art. 47 LB). Donc, Anna ne peut pas obtenir de renseignements sur la relation en question (sauf procuration en sa faveur).

Q9: Dans le cadre d'un virement, nous sommes en présence d'un contrat de giro bancaire, avec, lors du paiement, l'exécution d'une instruction (art. 397 F CO). La question du dommage en cas de virement pose essentiellement la question du transfert des risques dans le cadre du contrat de mandat. C'est bien à la banque de supporter ce risque (qui justifie d'ailleurs au contre-partie ses frais). Donc, en droit suisse, en l'absence de clause de transfert des risques, ces derniers sont supportés par la banque (qui ne peut donc pas invoquer le remboursement de l'art. 402 F CO).

elle "paie" par ses propres fonds et - faute d'autorisation / légitimation du donneur d'ordre - sans effet libératoire

Q10: Dans le cadre d'un élément d'étranéité, il faut se poser la question du DIP. Lorsque le demandeur est en UE, et le défendeur en CH, le juge saisi (CH ou UE) devra utiliser la CL (car la CH n'est pas partie à l'UE et aux Règlements de Bruxelles déterminant la compétence) Selon l'art. 2 F CL, le principe du for du défendeur s'applique, c'est-à-dire que le demandeur doit se déplacer. Ceci sous réserve d'un for particulier, par exemple celui du consommateur. Cependant, le consommateur est toujours une personne physique. On exclut une éventuelle clause de condition générale. Selon l'art. 116 F LDIP, le droit est celui choisi par les parties ou celui de la prestation caractéristique (art. 117 F + 118 F LDIP). Or, le client est une fondation néerlandaise et la prestation caractéristique est celle de la banque (l'achat en nom propre par le compte). La fondation n'est pas consommatrice. Donc, la fondation peut agir au Tessin, et le droit suisse s'applique.

LDIP 1 I

LDIP 1 II

déjà  
hors de la  
question