



## **Examen du 23 janvier 2017**

*L'énoncé comporte 3 pages et 8 questions. Les articles 33 à 37k de la loi sur les banques sont annexés. Vous disposez de 2 heures pour cet examen. Veuillez à **répondre précisément aux questions posées, à motiver vos réponses et à indiquer les bases légales applicables.** Vous pouvez librement utiliser toute documentation que vous aurez apportée.*

Jessica Pearson, brillante femme d'affaires de 42 ans domiciliée à Riga en Lettonie a fait fortune dans l'agro-alimentaire biologique. Elle est titulaire auprès de la banque **GOOD PRACTICE SA (GPSA)** à Genève d'un compte en francs suisses et d'un compte-titres. Elle a ouvert ces comptes en 2012 après avoir reçu à son adresse électronique une publicité de **GPSA** l'invitant à consulter le site internet de la banque. Celui-ci était et est toujours consultable dans cinq langues (français, allemand, lituanien, letton et russe). Après avoir pris contact téléphoniquement avec la banque et reçu à son domicile une abondante documentation, **Jessica** a signé les documents pertinents et les a renvoyés par la poste à **GPSA**.

Le lundi 7 septembre 2015, **Jessica** a donné ordre à la banque **GPSA** de vendre 500 actions Grober (qu'elle avait en portefeuille) à un prix minimum de CHF 60 par action.

**Nick Leeson**, trader chez **GPSA**, a reçu le même jour un ordre ferme de **Louis Durant** d'acquérir entre 400 et 1000 actions Grober à un prix maximum de CHF 62.

Constatant à 15h52 que le cours de l'action Grober sur SIX Swiss Exchange est de CHF 62, **Nick** a acquis les 500 actions Grober de **Jessica** pour le compte de la banque au prix de CHF 60 et les a immédiatement revendues à **Louis** au prix de CHF 62. La banque a décompté une commission de 0.5% à chaque client, conformément aux conditions contractuelles.

- 1. Veuillez qualifier les relations juridiques entre Pearson et GPSA (2 points).**
- 2. Quelles sont les règles que la banque a violées en procédant à ces deux transactions (4 points) ?**
- 3. Quelles sont les conséquences pour la rémunération de la banque (1 point) ?**

Malgré cet épisode désagréable, **Jessica** a décidé le 5 janvier 2016 de confier à **GPSA** un mandat de gestion. Elle a été mise en contact téléphoniquement avec **Jordan Belfort**, gérant de fortune employé par la banque. Ce dernier a établi le profil de **Jessica** sur la base des informations recueillies il y a quelques années lors de l'ouverture de la relation et de l'entretien téléphonique

pendant lequel il a noté la déclaration suivante de Jessica : "...je souhaiterais augmenter sensiblement le rendement de mon portefeuille sans prendre trop de risques..."

Sur cette base, Jordan attribue une stratégie « dynamique » et constitue un portefeuille.

Jessica vient vous consulter en vous montrant l'estimation de son portefeuille au 23 décembre 2016. Elle constate qu'il a perdu 7.5% de sa valeur par rapport au 5 janvier 2016.

Estimation du portefeuille le 23 décembre 2016				
		Bourse	Cours en monnaie locale	Estimation CHF
<b>Obligations</b>				
100'000	1.25 Confédération 2014–2026	SWX	CHF 113.54	113'540
<b>Actions</b>				
2'500	Nestlé	SWX	CHF 73.05	182'625
3'000	Apple	SWX	USD 117.90	362'820
10'000	Credit Suisse Group	SWX	CHF 15.18	151'800
15'000	Ghana Mining Corp	Non cotée	GMD 1830	656'550
<b>Autres</b>				
123.456AX	Compte courant CHF			32'665
<b>Total</b>				<b>1'500'000</b>

4. Identifiez cinq violations des règles applicables à ce mandat de gestion de fortune (5 points).

5. Dans son principe, comment conviendrait-il de calculer le dommage résultant de ces violations du mandat de gestion (2 points).

Jessica ayant eu vent de vos compétences en matière de droit bancaire, elle vous confie la défense de ses intérêts. En prenant connaissance des conditions générales de la banque GPSA vous constatez qu'elles contiennent une clause d'élection de for en faveur des tribunaux de Genève avec application du droit suisse.

6. Jessica peut-elle introduire une action contre GPSA devant les tribunaux de Riga ? A supposer qu'elle le puisse, cela aurait-il un effet sur le droit applicable ? (4 points)

Jessica, surfant sur la vague du commerce équitable et responsable, à l'intention de se porter acquéreuse d'une parcelle sise à Genève afin d'y faire ériger une usine de textile écologique. Pour ce faire, elle s'adresse à EASY CREDIT SA (ECSA) en vue d'obtenir un prêt d'un montant de CHF 1'000'000. ECSA exige un gage sur les titres inscrits au crédit du compte-titres de Jessica auprès de GPSA, mais ne souhaite pas que les titres en question lui soient transférés.

- 7. Par quelle méthode Jessica peut-elle constituer ce gage ? En plus de la convention de crédit, quels sont les actes juridiques nécessaires (et entre quelles parties) ? (4 points)**

En outre, Jessica a déposé les fonds propres nécessaires à cette acquisition (CHF 300'000.-) sur un compte ouvert dans les livres de ECSA.

Peu après, elle apprend dans la presse la faillite d'ECSA. L'article révèle également que cet établissement exerçait son activité sans être au bénéfice d'une autorisation de la FINMA.

- 8. Jessica pourra-elle récupérer les CHF 300'000.- qu'elle a déposés auprès d'ECSA ? (2 points)**

\*\*\*\*\*

Nom: BRANDER

Prénom: Teymour

Professeur / Professeure Luc Thevenoz

Epreuve: Droit bancaire et financier

Date: 23/02/23

## Question 1

Pearson a prudemment un compte monétaire auprès de GPSA. Pour un compte monétaire, la qualification juridique de la relation dépend du but:

- Si l'élément de la conservation ou sécurité est prédominant, c'est un contrat de dépôt (art. 472ss CO), plus précisément, en matière bancaire, un dépôt irrégulier (481 CO).
- Si l'élément de la rémunération est prédominant, c'est un contrat de prêt de consommation (312ss CO).
- Si le trafic des paiements est prédominant, c'est un contrat de mandat (394ss CO).

A tenen d'énoncé, je pense que ce serait un contrat de dépôt irrégulier au sens de l'art. 481 CO.

Concernant le compte-titres, c'est également un contrat de dépôt irrégulier qui lie les parties au sens de l'art. 481 CO.

Pearson donne également des ordres d'achat de titres, ce qui est constitutif d'un contrat de commission au sens des art. 425ss CO.

## Question 2

Comme dit ci-dessus, nous sommes de le cadre d'un contrat de commission (425ss CO). En achetant les titres de Jessica pour le compte de la banque, il y a un exercice du droit de se porter contrepartie (436 CO). Il faut encore vérifier que les conditions de cet article sont respectées.

Premièrement, la Banque ne peut se porter contrepartie uniquement pour des titres cotés sur un marché régulier. En l'espèce, les actions Grober sont traitées à la bourse suisse (SIX Swiss Exchange).

436 II CO

Deuxièmement, la Banque respecte des règles de facturation. Vu qu'on a ici l'exercice du droit de se porter contrepartie au sens technique (car les titres ne proviennent pas du compte propre de la Banque mais d'un client dont la Banque ne donne aucune indication), il faut facturer au client le cours effectivement réalisé. En l'occurrence, la Banque a violé cette règle car elle a facturé à Jessica CHF 60 par actions alors qu'elle les a vendus à CHF 62. Les règles de l'art. 436 CO n'ont pas été respectées.

Par ailleurs, l'art. 425 II CO renvoie aux règles du mandat, dont l'obligation de diligence et de loyauté. Avec cette pratique dite des cours coupés, la Banque, en tant que commissionnaire, n'exécute pas le contrat dans le meilleur intérêt du client.

Ensuite, il y a également les obligations de diligence et de loyauté de l'art. 11 CBM (qui a une double fonction de droit public et de droit privé) qui sont violées.

Finalement, les art. 5 et 8 des règles de l'ASB s'appliquant aux négociants (qui consacrent les obligations de diligence et de loyauté) sont également violés. Ces règles ne lient toutefois pas le juge, mais il peut s'en inspirer.

### Question 3

L'art. 433 I CO prévoit que le commissionnaire perd son droit à la provision s'il agit de mauvaise foi. La pratique des cours coupés en est un exemple typique. Avant cela, le non-respect des règles de l'art. 436 CO entraîne l'invalidité de la contrepartie.

## Question 4

Nous sommes ici dans le cadre d'un mandat de gestion qui est en soit un contrat de mandat (394.11 CO).<sup>\*</sup> Voici ci-dessous, cinq violations :

- 1) Devoir de renseignement → La Banque doit se renseigner sur la situation du client lors de la conclusion d'un mandat de gestion (art. 1 ASB 2013, ch. 4). En l'espèce, le gérant s'est basé sur des informations recueillies lors de l'ouverture du compte il y a quelques années. Avec le temps, les objectifs du client ont peut-être changé, cela est une violation du devoir de renseignement.
- 2) Etablissement de la stratégie de placement → La stratégie de placement constitue des instructions que le mandataire doit respecter (397 I CO). Or, la Banque doit élaborer la stratégie en fonction des risques que le client veut prendre (art. 1 ASB 2013, ch. 6). En l'espèce, il est clair que les instructions de la cliente sont contradictoires. La Banque aurait dû attirer son attention sur ce point. Une stratégie "dynamique" ne semble pas adaptée pour quelqu'un qui ne souhaite pas "prendre trop de risques".
- 3) Conformité avec la stratégie de placement → Le gestionnaire a un devoir de diligence (art. 398 II CO), cela vaut notamment pour le choix des placements (art. 7 ASB 13). En l'espèce, il y a presque 80% du portefeuille qui est constitué d'actions. Cela est contraire à une stratégie qui se veut "sans trop de risques".
- 4) Investissement dans des instruments de placement ordinaires → L'art. 8 ASB 2013 pose cette obligation. Un investissement dans une société minière non cotée en bourse constitue un placement non traditionnel et aurait dû être prévu explicitement par la stratégie de placement.
- 5) Concentration excessive → L'art. 10 ASB 2013 concerne le devoir de diversification. En l'espèce, environ 40% du portefeuille est investi dans une position. Cela constitue clairement "une concentration anormale".

\* Selon la jurisprudence du TF, les règles de l'ASB constituent une référence sur lesquelles le juge se base pour définir la diligence requise

## Question 5

Pour déterminer le montant du dommage, une méthode préconisée du TF est de comparer la performance du portefeuille litigieux à la performance de plusieurs fonds de placement ayant la stratégie de placement correspondant à celle du client. En l'espèce, ce ne serait pas de fonds de placement à stratégie dynamique (telle que décidée par le gestionnaire) mais à une stratégie plus conservatrice (correspondant mieux aux risques que voulait prendre le client).

## Question 6

En principe, des conditions générales sont applicables pour autant qu'elles soient 1) intégrées et 2) valides. À teneur d'énoncé, on peut admettre que ces 2 conditions sont réalisées.

Nous allons d'abord analyser la clause d'élection de for. La Lettonie étant un pays européen, le juge de Riga appliquera la Convention de Lugano <sup>étant p. car dépendant de la CH</sup>. Pour les règles du consommateur, il faut que ça concerne un contrat conclu avec un consommateur pour un usage étranger à son activité professionnelle. En l'espèce c'est le cas, c'est le compte privé de Jessica. \* L'art. 17 CL prévoit qu'un consommateur ne peut renoncer au for de son domicile avant la naissance du litige. Selon l'art. 16 al. 1 CL, Jessica peut ainsi intenter une action contre la Banque à Riga.

\* Il faut en plus selon l'art. 15 al. 1 let. c CL que l'établissement ait dirigé ses activités vers l'État de domicile du consommateur. En l'espèce, c'est le cas car Jessica a directement reçu une offre par email, et que le site est disponible en letton. Par ailleurs, contrairement à la LDIP, la CL ne fixe pas forcément un seuil d'importance des montants pour les services financiers.

+ contrat signé à distance

Nom: BrandesPrénom: Teymour

Professeur / Professeure \_\_\_\_\_

Epreuve: \_\_\_\_\_

Date: \_\_\_\_\_

Concernant la clause d'élection de droit, Rome I est applicable, la notion de consommateur est la même. Selon l'art. 6 al. 2 Rome I, le droit applicable peut être choisi par les parties mais ce choix ne pourra priver le consommateur de la protection des dispositions du droit de son lieu de résidence. Donc le droit suisse reste applicable mais le droit UE pourra potentiellement s'appliquer en tant que protection minimale uniquement.

### Question 7

Le seul moyen de constituer un gage sur des titres intermédiaires (TI) sans lui en transférer la titularité est la convention de contrôle de l'art. 25 C.T.I. Il existe deux moyens pour faire cela. Premièrement, une convention de sûreté doit être conclue entre Jessica et ECSA et ensuite une convention de contrôle entre Jessica et la Banque. Deuxièmement, il est possible de faire une convention tripartite qui règle le tout. Dans la convention de contrôle, la Banque devra s'engager irrévocablement à suivre les instructions de ECSA sans nouveau consentement de Jessica. Il est également conseillé préciser le degré de pouvoir qui est laissé à Jessica sur ses titres (contrôle exclusif, partagé ou potentiel).

## Question 8

On pourrait penser que Jessica puisse bénéficier des mécanismes des dépôts privilégiés de la LB. Mais la LB ne s'applique qu'aux "banques" selon l'art. 1 al. 1 LB et art. 1 al. 4 LB.

Or, en l'espèce, ECSA exerçait son activité sans l'autorisation de la FINMA. Les règles de la LB, notamment les règles de protection de déposant, ne s'appliquent donc pas à la faillite de ECSA.

Jessica sera donc colloquée en 3<sup>ème</sup> classe selon les règles ordinaires de la LP.

oui CF 37a al. 3 LB

Excellente copie félicitations