

Dokument	SZW 2014 S. 418
Autor	Luc Thévenoz, Susan Emmenegger, Endrit Poda, Céline Martin
Titel	Le droit bancaire privé suisse 2013–2014 - Das schweizerische Bankprivatrecht 2013–2014
Publikation	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
Herausgeber	Peter Nobel, Marc Amstutz, Jean-Luc Chenaux, Hans Caspar von der Crone, Susan Emmenegger, Mario Giovanoli, Claire Huguenin, Andreas von Planta, Henry Peter, Rolf Sethe, Walter A. Stoffel, Luc Thévenoz, Rolf H. Weber
Frühere Herausgeber	Hans Peter Walter, Dieter Zobl
ISSN	1018-7987
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

SZW 2014 S. 418

Le droit bancaire privé suisse 2013–2014 Das schweizerische Bankprivatrecht 2013–2014

Par Prof. Dr. Luc Thévenoz, Prof. Dr. Susan Emmenegger, MLaw Endrit Poda et lic. iur. Céline Martin, avocate

Aperçu

For et Convention de Lugano

La mise en œuvre des prétentions réciproques des banques et de leurs clients reçoit une attention accrue du législateur. On citera (sans les analyser ici) les propositions qui viennent d'être formulées par le Conseil fédéral dans son avant-projet de loi sur les services financiers, mis en consultation le 27 juin 2014.¹

Mais le terrain législatif n'est pas le seul où les sables sont devenus mouvants. Depuis plusieurs années déjà, la Convention de Lugano de 2007, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 2011, déploie devant les tribunaux des effets considérables pour les établissements suisses qui offrent des services à une clientèle à l'étranger.

¹ Voir en particulier le Titre 4 « Prétentions de droit civil » de l'avant-projet de loi sur les services financiers mis en consultation par le Conseil fédéral le 27 juin 2014, <www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00467/index.html?lang=fr&msg-id=53561>.



Systématiquement présentes dans les contrats bancaires, les clauses d'élection de for en faveur des tribunaux suisses n'ont probablement plus qu'une portée marginale à l'égard des clients privés résidant dans l'Union européenne ou l'Espace économique européen. Les contrats qu'une personne physique conclut avec un établissement suisse pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle sont visés par l'art. 15 al. 1 lit. c de la Convention de Lugano 2007, qui reproduit littéralement la même disposition du Règlement n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Le client peut se prévaloir du for de son domicile à la seule condition que l'établissement, «par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités».

Comme l'a jugé le Tribunal de district de Zurich (**r30**), décider si une banque dirige ses activités vers le territoire de l'Etat du domicile du client se décide au regard de toutes les circonstances. L'utilisation d'un site web ne suffit pas, mais le contenu et la forme de celui-ci doivent être examinés au regard de l'activité d'ensemble de la banque. Pour le site web, sont pertinents, notamment, le nom de domaine, les langues utilisées, la mention d'une clientèle internationale ou de services offerts à une telle clientèle.

Si le client supporte le fardeau de la preuve des activités dirigées vers son Etat de domicile,² il n'a en revanche pas besoin de démontrer un rapport de causalité avec la conclusion du contrat. C'est ce qu'a jugé la Cour de justice de l'Union européenne (**r31**) à propos d'une vente de voiture qu'un consommateur allemand avait conclue à l'établissement en France du vendeur professionnel sans savoir que celui-ci promouvait ses services en Allemagne.

Appliqué aux services financiers offerts depuis la Suisse, cet arrêt signifie qu'un client privé européen

SZW 2014 S. 418, 419

peut se prévaloir du for de son domicile si, au moment d'entrer en relation avec le prestataire suisse de services, celui-ci était déjà actif ou dirigeait son activité vers le territoire de l'Etat de domicile. Peu importe que le client ait été sollicité ou démarché dans son Etat de domicile ou qu'il ait été d'une autre manière exposé dans cet Etat à l'offre de services du prestataire suisse.

Le Tribunal fédéral s'est penché sur les exigences de forme figurant à l'art. 23 de la Convention de Lugano, à propos d'une clause d'élection de for contenue dans des conditions générales (**r29**). L'incorporation par renvoi de cette clause suppose que le client ait eu la possibilité d'en prendre connaissance avant de conclure le contrat. Lorsque la conclusion se fait par un échange de courriel, un renvoi aux conditions générales reproduites sur le site web suffit. En revanche, la simple possibilité d'en demander la communication par télécopieur ne suffit pas. Heureusement, la pratique des établissements suisses consistant à faire systématiquement signer les conditions générales suffit à satisfaire ces exigences formelles.

Transactions non autorisées

Presque absentes de notre chronique les années passées, les opérations exécutées sans autorisation du client – et notamment les cas de défaut de légitimation – sont très présentes cette année (**r2 à r7**).

La première affaire, jugée par le Tribunal fédéral (**r2**), concerne la mise en oeuvre du *Qualified Intermediary Agreement* avec les Etats-Unis d'Amérique. La banque avait des raisons de penser que son client était une *US Person* et lui demandait des renseignements, demandes auxquelles le client ne répondait pas. Dans l'incertitude, la banque décida de vendre les titres étatsuniens du client en décembre 2002. Excès de zèle! La Cour de justice de Genève jugea que, dans cette situation prévue par la réglementation QI, la banque aurait dû prélever l'impôt anticipé au taux de 30%, et non pas vendre les titres, sauf à y être autorisée par le client. Dans son recours, la banque

² TF 4A_27/2013 du 6 mai 2013, RSDA 2013, 333 r46.



abandonna cet argument mais se prévalut de la présomption de ratification résultant du silence du client, dont la correspondance était conservée «banque restante». Le Tribunal fédéral écarta cependant la présomption de réception et de ratification. Au vu des circonstances, la banque ne pouvait pas conclure du silence du client que celui-ci ratifiait ces ventes faites sans autorisation. Restait à déterminer le moment où se calcule le dommage. En l'absence d'un mandat de gestion de fortune, le moment décisif est celui où le client a pris connaissance de l'opération non autorisée et qu'il peut limiter son préjudice en faisant procéder à la transaction contraire.

La ratification d'une opération irrégulière par le silence du client semble perdre la faveur des tribunaux. L'administrateur d'une propriété par étages avait ordonné seul des virements frauduleux alors qu'il ne disposait pas d'une procuration individuelle. Les extraits de compte étaient envoyés à l'adresse de l'administrateur, qui bien sûr ne les contesta pas. Le Tribunal civil de Bâle (r4) refusa d'en conclure que la communauté des propriétaires avait ratifié les opérations frauduleuses. Dès lors que l'administrateur ne pouvait pas seul représenter la communauté, son silence face aux extraits envoyés à sa seule adresse ne pouvait pas valoir ratification des actes accomplis sans pouvoirs.

Les clauses contractuelles qui transfèrent au client le risque d'un défaut de légitimation supposent que la banque ait été diligente. Dans la décision précitée (r4), le Tribunal civil de Bâle a considéré que la banque n'avait pas fait preuve de la diligence usuelle en se fondant sur un procès-verbal falsifié et en ne prêtant pas attention à la fréquence et au montant des retraits sur le compte d'épargne de la communauté des propriétaires PPE. La Cour de justice de Genève s'est penchée sur la diligence due par la banque lorsque celle-ci externalise (au sens d'un *outsourcing*) le trafic des paiements (r5). Pour la vérification des ordres de virement, le sous-traitant avait certes reçu les spécimens des signatures autorisées, et il limitait son examen à cette vérification. Le caractère insolite de certains ordres – adresse expéditeur, mode de transmission, montant en rapport avec le solde du compte – n'était ainsi pas reconnaissable au sous-traitant, alors qu'il l'aurait été à la banque. Dans un arrêt qui fera date, la Cour de justice a jugé que c'est «en externalisant son trafic des paiements à une société délégataire à laquelle elle n'a pas donné les moyens d'exercer correctement son activité de contrôle que la banque a violé à l'égard de son client son devoir de diligence». La banque ne répond donc pas du fait de son auxiliaire (art. 101 CO) mais de sa propre faute (art. 100 CO), ce qui limite d'autant la validité des clauses restrictives de sa responsabilité.

Un petit goût amer subsiste à la lecture d'un arrêt du Tribunal fédéral dans une affaire qui met en cause un gérant de fortune indépendant ayant (apparem-

SZW 2014 S. 418, 420

ment) outrepassé sa procuration (r6). La responsabilité de la banque dépositaire en tant que *deep pocket* pour la mauvaise exécution du mandat de gestion par un tiers est notoirement difficile à mettre en œuvre: la preuve de la faute et celle du dommage sont difficiles à rapporter. C'est pourquoi la cliente adopta ici une approche différente et introduisit contre la banque une action tendant à faire rectifier le compte et donc à faire extourner les opérations faites sans pouvoir. Le Tribunal supérieur de Zurich avait débouté la demanderesse au motif qu'une action en rectification du compte (lorsqu'elle ne conclut pas au paiement d'une somme d'argent) n'est pas une action en exécution du contrat. Le Tribunal fédéral rappelle certes que lorsque la banque a payé à un tiers sans autorisation de son client (défaut de légitimation), la prétention du client à la restitution sur son compte de la somme payée sans droit est une action en exécution du contrat, et non en dommages-intérêts. Malheureusement, il n'entre pas ici en matière sur le grief correspondant de la recourante qu'il estime insuffisamment motivé.

On a du mal à se persuader que la demande de rectification du compte n'est pas en soi déjà la demande que la banque exécute correctement son contrat de compte. En matière compte de titres, l'art. 27 al. 4 LTI parle expressément des prétentions du client à cet égard, prétentions qui se prescrivent. Il n'est pas douteux que ces prétentions peuvent faire l'objet d'une action en exécution. Mais l'insécurité plane désormais en matière de comptes monétaires. Les demandeurs veilleront à l'avenir à conclure non seulement à la rectification du compte, mais également à la restitution ou au paiement des sommes ou des titres qui ont été débités à tort!

Conseil en placement

Pas de grands mouvements sur le terrain du conseil en placement, mais quelques clarifications utiles. Le Tribunal fédéral (r8) et la Cour de justice de Genève (r9) confirment que les recommandations ponctuelles personnalisées fondent un contrat de conseil, dont la rémunération indirecte résulte généralement des transactions décidées par le client. La recommandation doit être pertinente et adéquate au regard de la situation financière du client, de ses objectifs et de sa capacité de risque au moment où elle est formulée.³ La banque n'est pas tenue de vérifier que le client a donné suite à sa recommandation et, s'il l'a fait, elle n'est pas tenue de surveiller le portefeuille au fil du temps, ni de recommander au client de dénouer l'opération lorsque les circonstances ont changé.

Gestion de fortune

La garantie d'un rendement est certes étrangère au mandat de gestion de fortune, elle n'est cependant pas interdite et elle n'est pas exclue par le but social. Deux signataires autorisés d'une banque zurichoise avaient ainsi promis par écrit à trois clients un rendement garanti (*performance guarantee*) de 7,57% p.a. pour la période de mars 2007 à février 2008 et même 8,02% p.a. pour mars 2008 à février 2009. Bien qu'elle eût contesté la validité de cet engagement unique par tous les moyens, la banque fut condamnée par le Tribunal de commerce de Zurich à honorer cette promesse inusuelle (r14).

Moins anecdotique et plus riche d'enseignement, un arrêt du Tribunal fédéral restera longuement cité comme «l'affaire de l'infirmière» (r13). Infirmière, hôtesse de l'air puis hôtesse au sol, la cliente hérite d'une petite fortune et décide de prendre sa retraite à 54 ans. Avec le capital de sa caisse de pension et après avoir acquitté l'impôt sur la succession, elle dispose à l'été 2000 d'un capital d'env. CHF 2,6 millions, dont elle souhaite tirer un revenu annuel de CHF 100 000. Conseillée par son avocat, elle donne un mandat de gestion à une banque qui propose et met en œuvre une stratégie de placement 100% en actions de sociétés de fonds de portefeuille (*blue chip*). La bulle des dotcom éclate et, deux ans plus tard, la cliente met fin au mandat de gestion après avoir perdu un peu plus de CHF 1 million. La responsabilité de la banque et de l'avocat est admise et l'indemnité fixée par référence à la performance, sur la même période, d'un portefeuille «équilibré» composé de placements monétaires (10%), d'actions (45%) et d'obligations (45%). Plusieurs aspects méritent d'être soulignés.

SZW 2014 S. 418, 421

D'abord, l'importance que le Tribunal fédéral reconnaît (enfin!⁴) à l'établissement d'un profil établissant la capacité subjective et objective du client à prendre des risques. Il y avait ici une discordance manifeste entre l'âge et la situation de retraitée de la cliente et l'allocation d'actifs (100% actions) retenue par la banque. A juste titre, les trois instances judiciaires ont considéré que cette erreur aurait dû être évitée et que l'étape méthodologique d'une analyse du profil de risque du client est incontournable.

Alors que Mon Repos considère généralement que les clients bénéficiant d'une certaine expérience en affaires n'ont pas besoin de longues explications de la part de leur banque, on constate une fois de plus que les juges fédéraux sont à juste titre bien plus exigeants en faveur des personnes dont la vie professionnelle ne les a pas exposées aux marchés. Au cas d'espèce, la remise de la célèbre brochure de l'Association suisse des banquiers intitulée *Risques particuliers dans le négoce de titres*⁵ ou une mise en garde orale sur le chemin d'un rendez-vous n'ont pas pesé lourd face à l'absence manifeste

³ On retrouve là en substance les critères pour l'examen de l'adéquation des placements qui figure à l'art. 10 de l'avant-projet de loi sur les services financiers (supra note 1).

⁴ Cf. notre commentaire dans RSDA 2012, 324 ad r6 et r7.

⁵ <www.swissbanking.org/fr/shop_popup.htm?ID=11308>.

d'une discussion approfondie avec la cliente des risques liés à la stratégie de placement choisie.

Au titre du calcul du dommage, la performance effective produite par la banque a été comparée à celle, hypothétique, d'un portefeuille équilibré pendant la même période. Ce que le Tribunal fédéral appelle un portefeuille équilibré, comprenant ici 45% d'actions, est raisonnable mais finalement assez dynamique. Les juges ont admis l'application de la règle d'expérience selon laquelle la part en actions doit correspondre, en pourcentage, à 100 moins l'âge de l'investisseur. Décider d'une allocation d'actifs reste une question d'appréciation sur laquelle les opinions s'accordent rarement, mais le résultat au cas d'espèce est raisonnable.

L'aspect le plus atypique de cette affaire est la condamnation solidaire de l'avocat, considéré comme comandataire de la gestion de fortune. Cette condamnation repose sur un cumul de circonstances, et notamment le fait que l'avocat avait non seulement conseillé sa cliente mais participé à la rédaction du mandat de gestion et à la définition de la stratégie de placement, qu'il était titulaire d'une procuration de gestion sur le compte bancaire et qu'il prélevait un honoraire proportionnel à la fortune investie qui représentait un tiers de l'honoraire de gestion prélevé par la banque. Dans l'intérêt de la profession d'avocat, on espère que cette configuration de faits est un cas unique!

Commissions, rétrocessions et gestion déloyale

La rémunération des intermédiaires financiers devient une thématique pénale. On sait déjà que le barattage (*churning*), c'est-à-dire la multiplication de transactions qui ne sont pas justifiées par l'intérêt de l'investisseur, relève de la gestion déloyale. Mais la gestion déloyale ne s'arrête pas là. Elle peut aussi être constituée par la poursuite de stratégies particulièrement onéreuses, génératrices de commissions excessives.

La Cour de droit pénal du Tribunal fédéral a condamné pour gestion déloyale aggravée (dessein d'enrichissement illégitime) l'administrateur et le directeur d'une société de gestion de fortune qui traitaient des produits dérivés d'une manière si active que les commissions occasionnées par les transactions représentaient un total allant de 10% p.a. pour certains portefeuilles à 26% p.a. pour d'autres (**r11**). La transparence des décomptes ne suffisait pas ici à laver la faute pénale (et civile). Le Tribunal fédéral affirme fortement que «le gérant est tenu de renseigner le client quand certains faits nouveaux pourraient amener le client soit à retirer le mandat, soit à en préciser le contenu. [...] Il doit avertir le client si l'importance de la rémunération est telle qu'elle influe sur le résultat de la gestion.»

Au chapitre des rétrocessions, le droit pénal vient également au soutien du mandant (art. 400 CO). Dans un jugement devenu définitif, le Tribunal supérieur de Berne (**r27**) a condamné un gérant de fortune indépendant pour gestion déloyale. Le mandataire n'est pas seulement tenu de remettre ce qu'il a reçu de tiers; il doit d'abord informer le mandant de l'existence de ces avantages. Quand le mandataire manque à son obligation d'information, il prive le client de la possibilité de faire valoir ses droits. C'est dans cette omission grave que les juges bernois ont vu la violation qualifiée de l'obligation de fidélité du mandataire, caractérisant ainsi la gestion déloyale.

SZW 2014 S. 418, 422

Crédits

Les crédits occupent davantage la BNS, la FINMA et le Conseil fédéral que les tribunaux. Chaque année livre cependant son lot d'enseignements, dont trois méritent d'être mentionnés ici.

Lorsqu'un crédit hypothécaire de durée déterminée est remboursé avant l'échéance, l'emprunteur est contractuellement tenu de verser une indemnité, forfaitaire et/ou mesurée selon la perte d'intérêt pour le prêteur (intérêt positif à l'exécution du contrat sur toute sa durée). Tous les contrats contiennent de telles clauses, mais celles-ci varient significativement d'une banque à l'autre sur de nombreux détails. Le Tribunal fédéral a jugé qu'une indemnité forfaitaire de 1% sur l'encours du crédit au moment du

remboursement anticipé avait la nature d'une clause pénale et ne peut pas être considérée comme excessive au sens de l'art. 163 al. 3 CO (r17).

Au chapitre des crédits lombards, la Cour de justice de Genève (r18) confirme que l'obligation de l'emprunteur de maintenir une marge de garantie (ou de couverture, c'est-à-dire une valeur des actifs nantis supérieure à la valeur de la dette garantie afin de faire face aux dépréciations, intérêts et frais) est en principe stipulée en faveur de la banque. Si la banque, volontairement ou involontairement, omet d'en exiger le respect, elle péjore sa situation financière mais n'engage pas sa responsabilité envers le client. La Cour relève trois exceptions à cette règle: la clause est aussi en faveur de l'emprunteur lorsque la banque assume un mandat de gestion discrétionnaire (puisqu'alors elle doit veiller aux intérêts de son mandant), lorsque cela résulte de l'interprétation de la volonté des parties, ou encore lorsque cela résulte des règles de la bonne foi en présence d'un rapport de confiance particulier. Dans cette affaire, les sûretés avaient été réalisées en 2008, sans préavis ainsi que le prévoyait le contrat en cas de franchissement d'une valeur-seuil. Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les titres intermédiés le 1^{er} janvier 2010, la réalisation d'une sûreté sur titres intermédiés doit être précédée d'un avertissement donné au constituant de la sûreté (mais pas nécessairement au débiteur; art. 32 al. 1 LTI). Cette règle est impérative et seuls les investisseurs qualifiés au sens de l'art. 5 let. d LTI (une catégorie beaucoup plus étroite que selon la LPCC) peuvent y renoncer d'avance par écrit.

Deux décisions du Tribunal supérieur de Berne portent sur une exigence centrale de la loi sur le crédit à la consommation: l'examen de la capacité de contracter un crédit (r16). Elle consiste principalement à vérifier que le consommateur peut rembourser le crédit sans grever la part insaisissable de son revenu calculé conformément à la loi sur les poursuites (art. 28 LCC). Cette obligation n'est pas une *lex imperfecta!* Lorsque le prêteur a gravement manqué à cette obligation, il perd le montant du crédit consenti, dont il ne peut pas exiger le remboursement; dans les cas de peu de gravité, il ne perd que les intérêts et les frais (art. 32 LCC). Mais avoir procédé à cet examen ne suffit pas. L'art. 9 LCC exige que le contrat écrit avec le consommateur contienne (parmi de nombreuses mentions) l'indication de «la part saisissable du revenu, déterminé dans le cadre de l'examen de la capacité de contracter le crédit; les détails peuvent être consignés dans un document séparé, qui fait partie intégrante du contrat.» Selon la juridiction bernoise, le but de la règle est de permettre au consommateur, d'un seul coup d'œil et donc sur un seul document, de pouvoir comparer la part librement saisissable de son revenu et les acomptes mensuels qu'il s'engage à payer. La violation de cette exigence de forme entraîne elle aussi la perte des intérêts et des frais, le consommateur restant tenu de rembourser le montant du prêt selon le calendrier initial (art. 15 LCC).

Le moment du paiement par virement

L'art. 143 al. 3 CPC, qui reproduit l'art. 48 al. 4 LTF, dispose qu'un paiement au tribunal est considéré comme effectué lorsque le montant est versé en faveur du tribunal à la poste suisse ou débité d'un compte bancaire ou postal en Suisse le dernier jour du délai au plus tard. Le Tribunal fédéral a ainsi confirmé que le débiteur d'un paiement crédité avec retard au compte du tribunal doit pouvoir prouver que son compte a été effectivement débité de la somme due à bonne date (r25). Le Tribunal administratif fédéral a examiné la situation où le débiteur a par erreur donné un ordre insuffisamment provisionné, sa banque a tardivement renvoyé l'ordre de sorte que le débiteur n'a pu rectifier la situation qu'après le délai de paiement (r26). Le débiteur supporte sa propre faute et les faits de son auxiliaire.

Même si le CPC et la LTF continue de distinguer les banques suisses et la poste – alors que Postfinance SA est une banque de plein droit depuis un peu plus d'un an – la situation paraît désormais bien ré-

glée pour les paiements dus aux autorités suisses. Le débiteur supporte le risque de l'acheminement de l'ordre à la banque et de son traitement par la banque jusqu'au moment où son compte est débité. Il est libéré depuis ce moment-là; les erreurs et retards subséquents ne lui sont pas imputables.

La situation reste différente pour le moment du paiement entre deux sujets de droit privé, étant précisé que, sauf accord contraire, le paiement d'une somme d'argent est une dette portable au domicile du créancier (art. 74 al. 2 ch. 1 CO). Certes, depuis l'ATF 124 III 145, le paiement au guichet postal pour crédit au compte du créancier libère le débiteur. En revanche, pour tous les paiements par virement, la jurisprudence attache l'effet libératoire à la bonification au compte du créancier, qui rend les fonds disponibles (ATF 124 III 112).

Même s'il peut exister de bonnes raisons pour que les paiements faits à une autorité ne relèvent pas exactement des mêmes règles que ceux faits entre privés, il est temps de reconnaître ici aussi que autant le créancier que le débiteur se servent d'une banque pour leur trafic des paiements. Ils ont donc chacun recours à des auxiliaires contractuels (qui peut être commun lorsque les comptes sont ouverts auprès du même établissement), auxiliaires contractuels dont les actes et omissions leur sont imputables (art. 101 CO). L'effet libératoire et l'allocation des risques entre créancier et débiteur devraient suivre ce principe, sur lequel repose tout le trafic des paiements sans numéraire, et non la figure classique du débiteur qui se présente au domicile de son créancier (art. 74 al. 2 ch. 3 CO), mais naturellement «seulement pendant les heures habituellement consacrées aux affaires» (art. 79 CO). En offrant et en acceptant un paiement sans numéraire, créancier et débiteur cherchent précisément à s'affranchir des usages du XIX^{ème} siècle qui ont inspiré notre Code des obligations.

Résumés

I. Bankverträge – Contrats bancaires

1. Konten, Einlagen, Vollmachten, Legitimation – Comptes, dépôts, procurations, légitimation

r1 Konto- und Depotvertrag für liechtensteinische Trusts. Wechsel des Trustees. Unklarheit über die Rechtszuständigkeit am Treugut bei liechtensteinischer Treuhänderschaft. Kein Fall von Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO). – Contrat de compte et dépôt bancaire pour des trusts du Liechtenstein. Changement du trustee. Pas un cas clair (art. 257 CPC) quant à la titularité des actifs.

Die Y. AG als Treuhänderin (Trustee) zweier liechtensteinischer Trusts eröffnete je ein Konto mit Wertschriftendepot bei einer schweizerischen Bank (Beschwerdeführerin). Obwohl die Y. AG als Trustee abgelöst wurde, verlangte sie später die Herausgabe von Depotwerten.

1. Hinsichtlich der Frage der Rechtszuständigkeit am Treugut nach liechtensteinischem Recht kann nicht von einer klaren Rechtslage i.S. der Rechtsprechung zu Art. 257 ZPO gesprochen werden. Es steht nicht fest, ob der Trustee selbst Vertragspartei der Bank ist, ob er durch den Folgetrustee abgelöst wurde oder ob der Trustee bei der Kontoeröffnung nicht als Organ bzw. Stellvertreter des Trusts gehandelt hat, was zur Entstehung einer obligatorischen Rechtsbeziehung zwischen den Trusts und der beschwerdeführenden Bank führen würde. – 2. Da ein mögliches treuwidriges Verhalten der Y. AG als Trustee blosser Spekulation darstellt, liegt kein klarer Fall von Rechtsmissbrauch vor.

BGer, 10. Dezember 2013, 4A_329/2013 (I. zivilrechtliche Abteilung, X. SA gegen Y. Treuhand AG).

r2 «US Person.» Vente de titres sans autorisation. Convention de banque restante. Ratification (non). Responsabilité de la banque. – «US Person». Verkauf von Wertpapieren ohne Ermächtigung. Banklagernd-Vereinbarung. Genehmigung (nein). Haftung der Bank.

Voulant se conformer à ses obligations envers les autorités fiscales US en tant que «qualified intermediary», la banque a vendu en décembre 2002 les titres US de son client qui n'avait pas répondu en temps utile à ses demandes de renseignement concernant son éventuel statut en tant que «US person».

1. La banque ne peut pas se prévaloir de ses conditions générales si elle n'a pas allégué conformément aux règles de procédures applicables (ici: procédure cantonale antérieure au CPC) les circonstances de fait fondant l'intégration des conditions générales dans les rapports contractuels avec son client. – **2.** L'obligation de contester un avis d'exécution peut résulter des art. 2 al. 1 CC et 6 CO. – **3.** «Au vu du caractère extraordinaire» de la vente des titres exécutée sans instruction du client, «sans considération du cours des titres, sous la prétendue pression d'une réglementation étrangère, la banque devait savoir que le client n'approuverait pas» l'avis d'exécution. L'application de la clause de banque restant consacrerait un abus de droit. – **4.** En l'absence d'un mandat de gestion de fortune, le moment décisif pour déterminer le dommage au cas d'espèce était celui où le client a pris connaissance de la vente non autorisée, dès lors qu'elle était en mesure de remédier aux effets dommageables de cette opération non

SZW 2014 S. 418, 424

autorisée en rachetant les titres vendus sans autorisation.

TF, 31 mars 2014, 4A_548/2013 et 4A_550/2013 (1^{ère} Cour de droit civil, Fondation X. (radiée) et Y. c. Z. SA). **Recours contre Cour de justice GE, 27 septembre 2013 (C/15365/2009, ACJC/1177/2013).** – **Recension Sauerwein**, <www.cdbf.ch/908>.

r3 Gestion déloyale par l'actionnaire d'une société. Obligation de diligence selon la LBA. Pas de responsabilité contractuelle de la banque. – Ungetreue Geschäftsbesorgung durch den Aktionär einer Gesellschaft. Sorgfaltspflicht gemäss GwG. Keine vertragliche Haftung der Bank.

Société titulaire d'un compte, procuration conférée à son actionnaire, qui détourne des fonds à son profit personnel. Faillite de la société, action en responsabilité du liquidateur contre la banque.

1. La banque n'est normalement pas tenue de surveiller les opérations qu'un client effectue sur son compte, sous réserve des dispositions en matière de lutte contre le blanchiment d'argent. Lorsque le titulaire du compte confère une procuration à un tiers, la banque doit s'assurer que les actes du représentant sont couverts par cette procuration. – **2.** La diligence requise dans l'identification du client et de l'ayant droit économique ne doit pas être confondue avec celle due au cocontractant en vertu des règles sur le mandat. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'apprécier si la banque a fait preuve de l'attention commandée par les circonstances au sens de l'art. 3 al. 2 CC, le juge peut être amené à prendre en compte la Convention de l'Association suisse des banquiers relative à l'obligation de diligence des banques ou les règles d'application de la LBA. – **3.** En l'espèce, il n'y avait pas de circonstances particulières permettant de conclure à l'existence d'un comportement déloyal du représentant au détriment du représenté. Le fait que la banque ait éprouvé des doutes notamment sur l'ayant droit économique ne signifie pas nécessairement qu'elle devait soupçonner de façon caractérisée un comportement déloyal du titulaire de la procuration envers le représenté. Par ailleurs, rien dans l'état de fait ne permettait de considérer les ordres du représentant comme des actes non autorisés par le but social. La banque n'ainsi pas enfreint ses devoirs de mandataire en s'abstenant d'attirer l'attention de son client.

TF, 31 octobre 2013, 4A_122/2013 (1^{re} Cour de droit civil, Z. c. W. SA). – **Recension de Gottrau**, <www.cdbf.ch/899>. – **Le TF a confirmé la responsabilité envers la société de l'administrateur unique (art. 754 CO); cf. TF, 27 août 2013, 4A_120/2013.**

r4 Legitimationsmangel. Keine stillschweigende Genehmigung. Verletzung der Sorgfaltspflicht der Bank. – Défaut de légitimation. Pas de ratification tacite. Violation de l'obligation de diligence de la banque.

1. Der Verwalter der Stockwerkeigentümerschaft war nach der Gemeinschaftsordnung nicht bevollmächtigt, über deren Sparkonti einzeln zu verfügen, und hat folglich als *falsus procurator* gehandelt. – **2.** Da auf den fraglichen Konten nie eine

Einzelzeichnungsberechtigung bestand, musste die Stockwerkeigentümergeinschaft nicht mit Buchungen rechnen. Deshalb ist die Leistungspflicht der Bank im Rahmen des Sparkasseneinlagevertrages auch nicht durch Zustellung der Korrespondenz an den Verwalter und stillschweigende Genehmigung der Buchungen gemäss Art. 712t Abs. 3 ZGB i.V.m. den AGB untergegangen. – 3. Die Bank hat die in ihren AGB vorgesehene geschäftsübliche Sorgfalt bei der Erkennung und Verhinderung von Betrügereien verletzt, indem sie die Vollmachtenregelung einzig aufgrund des vorgelegten gefälschten Protokolls änderte und die Frequenz und Höhe der getätigten Bezüge nicht als Alarmzeichen erkannt hat. Damit bleibt ihr eine Schadensüberwälzung auf den Kunden i.S. ihrer AGB verwehrt.

ZivilGer BS, 8. Juni 2011, P 2009.187, BJM 2013, 1. – Besprechung Dolf/Pribnow/Locher, HAVE 2013, 268.

r5 Défaud de légitimation. Externalisation (outsourcing) du trafic des paiements. Violation de l'obligation de diligence de la banque. – Legitimationsmangel. Auslagerung des Zahlungsverkehrs (outsourcing). Verletzung der Sorgfaltspflicht der Bank.

1. En règle générale, la banque n'est tenue de vérifier l'authenticité des ordres que selon les modalités convenues entre les parties ou spécifiées par la loi. L'obligation de diligence du mandataire implique cependant qu'en cas d'opération apparaissant insolite sur le compte du client ou d'éléments particuliers sur l'ordre donné faisaient douter de son authenticité, la banque s'enquière auprès de la cliente que l'ordre émane bien d'elle. – 2. Au cas d'espèce, les circonstances (adresse expéditeur différente de l'adresse du client connue de la banque, ordre transmis selon une méthode jamais utilisée par la cliente, montant correspondant presque entièrement au solde du compte) exigeaient que la banque vérifie l'authenticité de l'ordre auprès de la cliente. La société à laquelle la

SZW 2014 S. 418, 425

banque avait délégué le trafic des paiements ne disposait cependant que du carton de signatures et n'avait pas accès aux autres données du client permettant d'identifier l'opération comme insolite. – 3. En ne donnant pas au délégataire (auxiliaire selon l'art. 101 CO) la possibilité d'exécuter diligemment ses propres obligations à l'égard de son client, la banque s'est fautivement mise dans la situation de violer son devoir de diligence envers sa cliente. Elle a failli, de son fait, dans son obligation de choisir, d'instruire et de surveiller son auxiliaire. Sa faute est appréciée selon l'art. 100 CO, et non selon l'art. 101 CO. – 4. La conservation de relevés de compte au domicile de la cliente ne constitue pas une violation de l'obligation de diligence de la cliente.

Cour de justice GE, 23 mai 2014, C/19565/2010 (A. c. Banque cantonale de Genève), arrêt cantonal entré en force.

r6 Legitimationsmangel. Kontoberichtigung keine Erfüllungsklage. – Défaud de légitimation. La rectification du compte ne constitue pas une action d'exécution.

Eine Anlegerin lagerte mehrere Mio. CHF an eine eng mit der (Depot-)Bank zusammenarbeitende Vermögensberaterin aus. Die Verwaltungsvollmacht (auf Bankpapier) schloss eine Verpfändung oder den Abschluss eines Kreditvertrages im Namen der Anlegerin aus. In der Folge nahm die Vermögensverwalterin jedoch Kredite bei der Bank auf, die mit dem Vermögen der Anlegerin besichert wurden, und tätigte zahlreiche (laut der Anlegerin weisungswidrige und Courtage/Retrozessionen erzielende) Transaktionen. Die Anlegerin verlangte die Stornierung der Buchungen auf ihrem Konto bzw. eine Korrektur der Kontoauszüge.

1. Mit der Rechenschaftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR informiert der Beauftragte über seine effektive Tätigkeit, unabhängig davon, ob diese vertragskonform war oder nicht. Aus der Rechenschaftspflicht ergibt sich mithin kein Anspruch auf korrigierte Kontoauszüge. – 2. Gegenstand der Erfüllungsklage kann die Rückerstattung des Kontoguthabens sein, das die Bank dem Kunden ohne Berechtigung entzogen hat, weil sie an einen Unberechtigten geleistet hat. Anders verhält es sich bei der Kontoberichtigung durch Stornierung (und anschliessende Neuberechnung des Saldos); da dies keine Vertragserfüllung darstellt, ist auch die Erfüllungsklage nicht zulässig.

BGer, 18. März 2014, 4A_596/2013; OGer ZH, 29. Oktober 2013, LB130031; Tages-Anzeiger, 21. September 2013.

r7 **Legitimationsmangel. Betrug. Zivilforderung im Strafverfahren. Schadenseintritt bei der Bank durch gefälschte Zahlungsaufträge mit Überwälzung auf den Kunden. – Défait de légitimation. Escroquerie. Prétention civile en procédure pénale. Dommage de la banque et transfert au client.**

1. Bei Zahlungen an Unbefugte (Legitimationsmängel) trägt grundsätzlich die Bank den Schaden. Wurde vertraglich eine Schadensüberwälzung auf den Kunden vereinbart, so kann dieser den Schaden als direkten Schaden adhäsionsweise im Strafverfahren geltend machen. – 2. Das Strafgericht überprüft nicht, ob die Schadensüberwälzung gültig erfolgte, da die Rechtsstellung des Kunden als Geschädigter im Strafverfahren davon nicht betroffen ist.

BGer, 13. November 2013, 6B_568/2013 (Strafrechtliche Abteilung, A. gegen Staatsanwaltschaft Basel-Stadt und Y.).

2. Anlagen, Vermögensverwaltung – Placements, gestion de fortune

r8 **Conseil en placement. Pas d'obligation de surveillance du portefeuille. – Anlageberatung. Keine Pflicht zur Überwachung des Portfolios.**

En 1997, le client a acheté sur recommandation de la banque des parts des fonds *Fairfield Sentry* et *Kingate Global* gérés par le groupe Madoff. Plus tard, la banque a rencontré des dirigeants du groupe Madoff et décidé de ne plus recommander ces fonds. Les tribunaux ont écarté la responsabilité pour n'en avoir pas averti le client.

1. Les parties n'ont pas formellement conclu un contrat de conseil en placement qui aurait obligé la banque à surveiller les placements du client. – 2. La recommandation d'un placement n'est actuelle qu'au moment où la banque la communique à son client. La banque ne garantit pas que sa recommandation demeurera valable à l'avenir. Sauf si elle est liée par un contrat de conseil en placement incluant la surveillance du portefeuille, la banque ne s'oblige pas à avertir spontanément le client si des circonstances nouvelles justifient un nouvel examen du placement. – 3. L'art. 11 LBVM ne fonde pas une obligation de surveillance du portefeuille du client.

TF, 19 mars 2014, 4A_498/2013 (I^{re} Cour de droit civil, X. c. Z. AG). – *Recension de Gottrau*, <www.cdbf.ch/905>.

r9 **Conseil en placement. Pas d'obligation de surveillance du portefeuille. Devoir de fidélité. Responsabilité. – Anlageberatung. Keine Pflicht zur Überwachung des Portfolios. Treuepflicht. Verantwortung.**

1. Le conseil se rapporte à l'opportunité d'un placement par rapport à la situation personnelle et financière du client. La banque doit se renseigner à ce propos, et notamment s'enquérir du degré de risque que le client est prêt à assumer. Tant la situation personnelle et financière du client que ses exigences du rendement et son acceptation subjective des risques peuvent évoluer au fil du temps, ce dont la banque doit tenir compte dans ses conseils. – 2. Un devoir d'avertir le client que sa stratégie n'est pas adéquate ne doit toutefois pas être admis trop facilement. La responsabilité de la banque n'est engagée que si le conseil, au moment où il a été donné, était manifes-

SZW 2014 S. 418, 426

tement déraisonnable. – 3. Dans un rapport de conseils ponctuels sans rémunération directe, la banque n'a pas d'obligation de suivi. Elle n'est pas tenue d'examiner si son client suit son conseil et si l'investissement conseillé reste valable avec l'écoulement du temps, et encore moins de liquider des positions lorsque les cours chutent. – 4. Lorsque la banque est rémunérée sur la base des placements effectués (rémunération indirecte), son empressement à augmenter son chiffre d'affaires par des recommandations ne viole son devoir de fidélité à l'égard du client que lorsqu'elle ne satisfait nullement les besoins du client, mais exclusivement les siens (pas réalisé au cas d'espèce).

Cour de justice GE, 14 mars 2014, C/16441/2011 (Monsieur A. c. B. SA), arrêt cantonal entré en force.



r10 Anlageberatungsvertrag. Abgrenzung vom Vermögensverwaltungsvertrag und vertragliche Pflichten. – Mandat de conseil. Différentiation d'un mandat de gestion et devoirs contractuels.

Erwerb von Anteilen im Wert von rund CHF 47 Mio. an einem *Absolute Return Bond* Anlagefonds in Euro, der im Zuge der globalen Finanzkrise stetig an Wert einbüsste. Der Verlust der Anlegerin betrug rund CHF 25 Mio.

1. Obwohl der Vertrag zwischen den Parteien als «Institutioneller Vermögensverwaltungsvertrag» betitelt war, entschied die Anlegerin stets selber über Erwerb und Verkauf der Fondsanteile. Der Vertrag zwischen den Parteien ist deshalb als Anlageberatungsvertrag zu qualifizieren. – 2. Das Auftreten der Bank als Vertriebssträgerin des Fonds und die Verwaltung des Fondsvermögens im Auftrag der Fondsleitung sind vom Rechtsverhältnis mit der Anlegerin zu unterscheiden. Soweit eine Verletzung von Anlagerichtlinien geltend gemacht wird, ist zu beachten, dass dies eine Frage der Haftung der Fondsleitung ist und nicht der Bank als Anlageberaterin. – 3. Der Auftraggeber trägt das wirtschaftliche Risiko; die Überschreitung eines mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erwarteten Verlusts stellt für sich keine Sorgfaltspflichtverletzung dar. Die Anlegerin war bereit, zugunsten einer über dem Geldmarkt liegenden Rendite gewisse Risiken einzugehen, weshalb die Empfehlung der Anlage diesem Anlageziel entsprach und nicht unangemessen war. – 4. Die Anlegerin war sachkundig und mit der Bank auf Augenhöhe. Soweit die Bank sie im Zeitpunkt der Empfehlung über die Anlage und ihre Risiken informierte bzw. soweit die Bank sie überhaupt informieren musste, erfolgten Information und Aufklärung richtig und hinreichend.

HGer ZH, 14. April 2014, HG110039 (The Swatch Group SICAF-SIF gegen UBS AG), Beschwerde vor Bundesgericht hängig; Tages-Anzeiger vom 14. und 29. April 2014.

r11 Gestion de fortune. Commissions. Gestion déloyale. Devoir d'information et de mise en garde. – Vermögensverwaltung. Kommissionen. Ungetreue Geschäftsbesorgung. Informations- und Warnpflicht.

Société de gestion de fortune proposant des stratégies de négoce sur produits dérivés, stratégies très actives générant un volume très élevé de commissions (entre 10 et 26% p.a.). Le TF confirme la condamnation pénale de l'administrateur et du directeur de la société pour gestion déloyale aggravée (art. 158 CPS, dessein d'enrichissement illégitime).

1. L'escroquerie n'est pas réalisée car les clients n'ont été trompés ni sur le caractère spéculatif des opérations, ni sur le calcul des commissions (comp. TF 6S.69/2005 du 22 juillet 2005). – 2. Le gérant de fortune constitue un exemple type de gérant au sens de l'art. 158 CPS, même si les actifs sont déposés auprès d'un dépositaire. – 3. Il n'est pas établi que les gérants ont procédé à des multitudes d'opérations sans justification et il ne leur est donc pas reproché de s'être livré à du barattage (*churning*). – 4. Les gérants se sont rendus coupables de gestion déloyale en n'adaptant pas le système de commissionnement et les stratégies de placement à court terme qui, en cas de volatilité du marché, entraînent des commissions excessives. – 5. Le gérant est tenu de renseigner le client quand certains faits nouveaux pourraient amener celui-ci à retirer le mandat ou à en préciser le contenu. En particulier, il doit avertir le client si l'importance de la rémunération est telle qu'elle influe sur le résultat de la gestion. – 6. L'envoi de décomptes et la possibilité de consulter le compte ne suffisent pas à satisfaire à l'obligation de mise en garde et ne dispensent donc pas les gérants.

TF, 21 février 2014, 6B_967/2013 (Cour de droit pénal, X. et Y. c. Ministère public central VD).

r12 Gestion de fortune. Fraude dans la gestion. Preuve du dommage. – Vermögensverwaltung. Betrügerische Handlungen in der Vermögensverwaltung. Schadensnachweis.

Mandat de gestion de fortune. Communication de relevés fictifs dans l'intention de cacher des pertes consécutives à une mauvaise gestion. Action en responsabilité. Calcul du dommage.

1. En matière de gestion de fortune, le dommage se détermine par comparaison entre le résultat du portefeuille géré en violation du mandat et celui d'un portefeuille hypothétique constitué et géré conformément au contrat et pendant la même période. – 2. En l'espèce, le mandant ne peut pas se prévaloir d'une attestation émise par le gérant dans le cadre d'une procédure de régularisation fiscale pour déduire une reconnaissance par le gérant de la valeur hypothétique du portefeuille géré. – 3. La performance du portefeuille hypothétique se calcule par référence à une gestion conservatrice telle que convenue initialement entre les parties et non pas en se référant à une gestion plus agressive qui aurait été acceptée par le client en signant les relevés fictifs.

TF, 21 janvier 2014, 4A_405/2013 (I Corte di diritto civile, A. c. B. SA).

SZW 2014 S. 418, 427

r13 Vermögensverwaltungsvertrag. Sorgfaltspflichtverletzung. – Mandat de gestion. Violation du devoir de diligence.

Vermögensverwaltungsvertrag für eine Anlage von rund CHF 2,6 Mio. aus Erbschaft und ausbezahltem Pensionskassenguthaben. Die Kundin (eine ausgebildete Krankenschwester, zuletzt als Flight Attendant tätig) wollte damit fortan ihren Lebensunterhalt bestreiten. Vermögensverwaltungsvertrag mit A. auf Anraten des C., Anwalt und vormals Beirat der Erblasserin. 100%ige Aktienstrategie. Kündigung des Vertrages nach grossen Wertverlusten. Substanzielle Honorare für A. und C.

1. Das Erstellen eines Kundenprofils gehört zu den Sorgfaltspflichten des Vermögensverwalters. Zwar kommt ihm hinsichtlich der Risikofrage keine selbständige Bedeutung zu, falls der Vermögensverwaltungsvertrag in diesem Punkt eindeutig ist. Ein Vermögensverwaltungsvertrag, der den Anlagebetrag (ca. CHF 2,8 Mio.), die gewünschten Bezüge (ca. CHF 100 000 pro Jahr), das Anlageziel (Gesamtpformance von über 10%), die Anlagestrategie (weitgehend auf Aktien konzentriert) und den Anlagehorizont (10 Jahre) enthält, sagt jedoch nichts über die subjektive und objektive Risikofähigkeit der Kundin aus. – 2. Ein «gedankliches Kundenprofil» ist auch nicht in den Vermögensverwaltungsvertrag eingeflossen. Denn es wäre bei einer sorgfältigen Abklärung der subjektiven und objektiven Risikofähigkeit der Klägerin, die existenziell auf die Erträge aus ihrem Vermögen angewiesen war, nicht eine 100%ige Aktienstrategie für das gesamte Vermögen vorgeschlagen worden. – 3. Die Klägerin war keine sachkundige Anlegerin und die einschlägigen Passagen im Vermögensverwaltungsvertrag mussten aus ihrer Sicht nicht als eindeutige Aussage verstanden werden, dass eine risikoreiche Anlagestrategie verfolgt wird. Im Übrigen müssten sich die Beklagten eine unsorgfältige Beratung vorwerfen lassen, wenn sie der Klägerin nicht von einer 100%igen Aktienstrategie abgeraten hätten. – 4. Die Abgabe einer nicht leicht verständlichen Risikoauflklärungsbroschüre an eine in Vermögensangelegenheiten gänzlich unerfahrene Person genügt nicht für eine hinreichende Risikoauflklärung. – 5. Gemessen am angemeldeten Ertragsbedarf der Klägerin hätte es genügt, wenn 45% der Anlage in Aktien angelegt worden wären. Dadurch wären, wenn man ein hypothetisch verwaltetes Portfolio zugrunde legt, 55% der Verluste nicht entstanden. Weiter wäre auf pflichtmässigen Anlagen (10% Geldmarkt, 45% Obligationen) ein Gewinn erzielt worden, der als Schaden geltend gemacht werden kann.

BGer, 5. März 2014, 4A_364/2013, 4A_394/2013, 4A_396/2013 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. gegen B. und C).

r14 Vermögensverwaltungsvertrag mit Renditegarantie. Verpflichtung der Bank durch Kundenberater (Art. 718a Abs. 1 OR). – Mandat de gestion avec garantie de performance. Obligation de la banque représentée par son conseiller à la clientèle (art. 718a al. 1 CO).

Abschluss eines Investment Management Agreement (IMA) mit *performance guarantee* in Abweichung von den üblichen Verträgen durch eine Kundenberaterin mit Zweitunterschrift. Zivilrechtliche Beurteilung, nachdem die Kundenberaterin der mehrfachen Urkundenfälschung i.S.v. Art. 251 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen wurde.



1. Ein IMA mit *performance guarantee* liegt innerhalb des objektiv verstandenen Zweckbereichs der Bank. Zwei kollektiv vertretungsbefugte Kundenberater verfügen deshalb grundsätzlich über die Vertretungsmacht i.S.v. Art. 718a Abs. 1 OR. Sie können deshalb die Bank auch entgegen allfälligen internen Weisungen durch den Abschluss eines solchen Vertrages verpflichten. Da die Kundenberaterin auf Rechnung der Bank handelte, liegt auch kein Missbrauch der Vertretungsmacht vor. Die Anleger waren gutgläubig; sie haben keine offensichtlichen Hinweise auf eine Überschreitung der Vertretungsmacht seitens der Kundenberater missachtet oder sind ihrer Erkundigungspflicht nicht nachgekommen (soweit bestehend). Damit ist der Vertrag zwischen den Anlegern und der Bank zustande gekommen. – 2. Der zweitunterschreibende Kundenberater unterliegt keinem Irrtum im Erklärungsakt, wenn er durch seine Unterschrift eine nicht gewollte *performance guarantee* abgibt. Auch wenn die Bank normalerweise keine derartigen Garantien abgibt, hätte er nicht in keinsten Weise damit rechnen müssen, zumal die primären Leistungspflichten gleich sind wie bei einem Vertrag mit *performance target*. – 3. Weder aus den Konto- und Depotöffnungsunterlagen inkl. AGB noch aus den später unterzeichneten Standardformularen betreffend «Special Discretionary Mandate» kann etwas anderes abgeleitet werden. Auch wurde der Vertrag nicht durch konkludentes Verhalten der Anleger aufgehoben, die als «Non Discretionary Mandate» codierte Depotbewertun-

SZW 2014 S. 418, 428

gen in ihr Banklagernd-File geliefert bekommen und nicht beanstandet hatten. Folglich hat die Bank den Anlegern für die vereinbarte Mindestrendite einzustehen.

HGer ZH, 21. Februar 2014, HG080025 und HG080027 (verschiedene Anleger gegen Bank, Kundenberaterin als Nebenintervenientin), nicht publiziert, Beschwerde vor Bundesgericht hängig.

3. Sonstige Bankverträge – *Autres contrats bancaires*

r15 *Schädigung durch Dritte. Haftung der Bank. – Dommage causé par un tiers. Responsabilité de la banque.*

Bankkunde gelangt über einen privaten Kontaktmann an einen Bankkundenberater, um ein Bankkonto zu eröffnen. Fehlallokation der Gelder durch den Kontaktmann.

1. Weckt ein Bankkundenberater durch sein Verhalten beim Kunden den Eindruck, die Bank sei in die Kontoeröffnung und die damit verbundenen Geschäfte involviert, so entsteht ein Auftragsverhältnis zwischen dem Kunden und der Bank. Dies gilt insbesondere bei Handlungen in den Geschäftsräumen der Bank und der Herstellung einer vermeintlichen Verbindung zu Bankgeschäften. – 2. Die Bank haftet solidarisch für die Pflichtverletzungen des Beraters. – 3. Selbst wenn man ein Vertragsverhältnis verneinen würde, so wäre die Bank wegen pflichtwidrig enttäuschten Vertrauens haftbar.

HGer ZH, 23. Mai 2013, HG130022, ZR 2014, 50 ff., bestätigt in BGer, 13. November 2013, 4A_327/2013 (I. zivilrechtliche Abteilung, A. und B. X. gegen Bank Y). – Gleicher Sachverhalt in BGer 4A_477/2012, SZW 2013 r7, dort Rückweisung zur Festsetzung der verbleibenden Schadenersatzforderung, nachdem die Bank im laufenden Verfahren eine Teilzahlung an die Kläger geleistet hatte.

II. Kredite – *Crédits*

r16 *Konsumkreditvertrag. Betriebsrechtliche Folgen bei Verstoss gegen KKG (provisorische Rechtsöffnung). – Contrat de crédit à la consommation. Conséquences en droit de poursuites en cas de violation d'une prescription LCC (mainlevée provisoire).*

1. Die provisorische Rechtsöffnung äussert sich nicht zur materiellen Begründetheit der Forderung und hat ausschliesslich betriebsrechtliche Wirkung. Das Verfahren untersteht jedoch einer beschränkten Untersuchungsmaxime. Die Nichtigkeit bzw. Teilnichtigkeit gemäss KKG ist von Amtes wegen zu beachten, weshalb in einem

solchen Fall keine bzw. nur eine teilweise provisorische Rechtsöffnung gewährt werden kann. – 2. Der pfändbare Teil des Einkommens, der der Kreditfähigkeitsprüfung nach Art. 28 KKG zugrunde gelegt worden ist, muss in der Konsumkrediturkunde selbst angegeben sein, ansonsten der Konsumkreditvertrag gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. j i.V.m. Art. 15 KKG nichtig ist. «Einzelheiten» können in einem vom Konsumkreditvertrag (Hauptdokument) getrennten Schriftstück festgehalten werden, das einen integrierenden Bestandteil des Vertrages bildet. – 3. Bei Vorliegen aller Gültigkeitsvoraussetzungen, aber einem Verstoss gegen die Vorschrift von Art. 28 KKG zur Prüfung der Kreditfähigkeit, kommen die in Art. 32 KKG vorgesehenen Sanktionen zur Anwendung (ebenfalls Nichtigkeit oder – bei geringfügigem Verstoss – Teilnichtigkeit).

OGer BE, 8. August 2013, ZK 13 230 (Kreditinstitut gegen X., CAN 2014, 31 ff.) und 17. Januar 2014, ZK 13 399 (Xa. gegen Kreditinstitut, nicht publiziert, gleichgelagerter Fall, mit Urteil gemäss Punkt 3 oben), beide rechtskräftig.

r17 Crédit hypothécaire. Remboursement anticipé. Clause pénale. – Hypothekendarlehen. Vorzeitige Rückzahlung. Konventionalstrafe.

Clause d'indemnisation en cas de résiliation anticipée du prêt par l'emprunteur. Indemnité calculée comme la différence entre le taux d'intérêt du prêt et un placement sur le marché monétaire pendant la durée résiduelle, mais au moins à 1% du montant remboursé. Interprétation de la clause en cas de transfert du prêt à un tiers.

1. Confronté à un litige sur l'interprétation de dispositions contractuelles, le juge doit s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties (interprétation subjective). Il peut prendre en considération le comportement ultérieur des parties dans la mesure où il permet d'éclairer leur volonté réelle au moment de conclure. – 2. En l'espèce, l'emprunteur a déclaré postérieurement à la conclusion du prêt que la clause d'indemnisation ne visait pas le transfert du prêt à un tiers aux mêmes conditions que celles qui avaient été concédées à l'emprunteur. Ce comportement permettait de retenir que l'emprunteur avait la volonté intime, au moment de la conclusion du prêt, d'être libéré du paiement de l'indemnité si ce prêt était repris à des conditions identiques par l'acquéreur. Sur ce point, il y avait donc convergence des volontés réelles des parties au contrat. Or, le prêt n'a pas été repris à des conditions identiques car, d'une part, les sommes prêtées et le type des sûretés différaient et, d'autre part, les immeubles financés et les conditions d'amortissement du prêt n'étaient pas les mêmes. – 3. Une indemnité fixée à 1% du montant du crédit remboursé ne peut pas être considérée comme excessive au sens de l'art. 163 al. 3 CO.

TF, 31 mars 2014, 4A_567/2013 (I^{re} Cour de droit civil, Banque X. c. Hoirie de feu Z.) Sur recours contre la Cour de justice GE, 8 novembre 2013 (C/25977/2008).

r18 Crédit lombard. Dépréciation de la couverture. Conditions de la réalisation. – Lombardkredit. Abwertung der De-ckung. Verwertungsbedingungen.

1. En principe, l'obligation de l'emprunteur de maintenir des sûretés supérieures au crédit (marge de couverture ou de garantie) vise à protéger la banque, qui peut donc renoncer à faire un appel de marge lorsque les valeurs se sont dépréciées. La banque n'est obligée de limiter les risques du client que (a) lorsqu'elle est tenue par un mandat de gestion, (b) lorsque l'interprétation du contrat lui impose une obligation de protection en faveur du client, ou encore (c) selon les règles de la bonne foi en présence d'un rapport de confiance particulier. – 2. Au cas d'espèce, les dispositions du contrat confirment que la marge de couverture n'avait pas d'effet protecteur envers le client et protégeait exclusivement les intérêts de la banque, qui pouvait renoncer à demander des sûretés complémentaires. – 3. Les clauses contractuelles (reproduites dans l'arrêt) distinguent le dépassement de la valeur de garantie (70%) du dépassement de la valeur de liquidation

SZW 2014 S. 418, 429

(90%) des valeurs nanties. Cette deuxième hypothèse étant réalisée, la banque était en droit de réaliser les valeurs garanties sans impartir le délai de 5 jours prévu pour la première hypothèse.



Cour de justice GE, 13 septembre 2013, C/17685/2009 (B. et A. c. C. SA), arrêt cantonal entré en force.

III. Kreditsicherung – Sûretés

1. Persönliche Sicherheiten – Sûretés personnelles

r19 Bankgarantie. Zahlungsverbot im Rahmen vorsorglicher Massnahmen. – Garantie bancaire. Interdiction de paiement par mesures provisionnelles.

Standby Letter of Credit zur Vertragssicherung im Rahmen der Ausführung eines Energieprojekts in Kolumbien. Seitens des kolumbianischen Gerichts lag ein Verbot der Inanspruchnahme vor. Die Bank verlangte ein richterliches Zahlungsverbot, ansonsten sie zu leisten habe.

1. Provisorische Zahlungsverbote kommen bei Bankgarantien und ähnlichen Rechtsgeschäften nur infrage, sofern die Abrufung des Betrages offensichtlich rechtsmissbräuchlich erfolgt. – 2. Ausländische Entscheide über Zahlungsverbote sind als Begründung für das Vorliegen eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens grundsätzlich nur zu berücksichtigen, wenn gegen sie kein ordentliches Rechtsmittel mehr möglich ist.

HGer ZH, 31. Juli 2013, HE130212, ZR 112/2013, 246.

r20 Bankgarantie. Begriff und Geltungsbereich einer Anzahlungsgarantie. – Garantie bancaire. Notion et portée d'une garantie de remboursement d'acompte.

Bankgarantie über rund EUR 98 000 zur Sicherstellung der Bestellerin von Industrieanlagen aufgrund ihrer Vorauszahlungspflicht. Die Bestellerin rief die Bankgarantie ab, woraufhin die Bank den zugesicherten Betrag überwies, diesen in der Folge aber wieder zurückforderte, weil die Beanspruchung unrechtmässig erfolgt sei. Infrage stand die Typisierung der Bankgarantie.

Eine Garantieerklärung, welche explizit als Anzahlungsgarantie bezeichnet und darauf ausgerichtet ist, den Anspruch einer vorleistungspflichtigen Vertragspartei auf Rückerstattung ihrer Anzahlung bei ausbleibender Gegenleistung abzusichern, und die zudem eine Ermässigungsklausel gemäss den erhaltenen Leistungen enthält, ist eine Anzahlungsgarantie. Es kann sich unter diesen Umständen nicht um eine allgemeine Garantie zum Schutz vor jeglichen Missverhältnissen der vertraglichen Leistungen handeln. Eine solche rollende Absicherung würde einer entsprechenden Formulierung in der Garantie bedürfen.

OGer GL, 8. Februar 2013, OG.2010.00049 (X. AG gegen Bank Y., rechtskräftig), nicht publiziert.

r21 Bankgarantie. Vorsorgliche Massnahmen. Zahlung kein nicht wieder gutzumachender Nachteil. – Garantie bancaire. Mesures provisionnelles. Paiement pas un préjudice difficilement réparable.

Verhinderung der Auszahlung einer Erfüllungsgarantie vor dem Hintergrund eines grösseren Bauprojekts. Die Zahlung aus einer Erfüllungsgarantie stellt für die belastete Partei keinen relevanten Nachteil dar, wenn der Betrag im Vergleich zu ihrer Wirtschaftskraft als klein erscheint. Eines der grössten Bauunternehmen der Schweiz kann nicht ernsthaft behaupten, das zeitweise Fehlen der Verfügung über einen Betrag von rund CHF 3,6 Mio. schränke seine Handlungsfähigkeit ein.

HGer ZH, 6. März 2013, HE130075, ZR 113/2014, 91.

2. Dingliche Sicherheiten – Sûretés réelles

r22 Fälligkeit der Schuldbriefforderung und der gesicherten Forderung. – Exigibilité de la créance résultant de la cédula hypothécaire et de la créance garantie.

1. Die Schuldbriefforderung tritt gemäss Art. 842 Abs. 2 ZGB neben die zu sichernde Forderung. Das Gleiche gilt bei Sicherheitsübereignung eines Schuldbriefes nach aArt. 855 ZGB. – 2. Die Fälligkeit der gesicherten Forderung bewirkt nicht automatisch die Fälligkeit der Schuldbriefforderung (unter dem Vorbehalt anders lautender Vereinbarungen); massgeblich ist die für die verbrieftete Forderung massgebliche Vereinbarung.

BGer, 12. November 2013, 4A_279/2013 (I. zivilrechtliche Abteilung, A.X. und B.X. gegen C.Y. und D.Y.).

r23 Schuldbrieflich gesicherte Forderung. Intertemporale Anwendung von Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 revZGB. – Créance garantie par cédule hypothécaire. Application dans le temps de l'art. 818 al. 1 ch. 3 CC (révisé).

Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB beschränkt den Umfang der Pfandhaft für schuldbrieflich gesicherte Forderungen (nebst der Kapitalforderung selbst, den Betreuungskosten und Verzugszinsen) zwingend auf die tatsächlich geschuldeten Zinsen. Für eine vertragliche Abrede der Verwendung rein rechnerisch bestehender Zinsen (wie nach bisherigem Recht möglich) ist deshalb kein Raum mehr. Aufgrund des zwingenden Charakters der gesetzlichen Bestimmung gilt dies auch für die vor dem 1. Januar 2012 errichteten oder begebenen Schuldbriefe.

OGer ZH, 28. Juni 2013, RT130063, ZR 112/2013, 116.

IV. Zahlungsverkehr – Moyens de paiement

r24 Akkreditiv. Superprovisorische Massnahmen. Zahlung kein nicht wieder gutzumachender Nachteil. – Crédit documentaire. Mesures préprovisionnelles. Paiement pas un préjudice difficilement réparable.

Ausstellung eines Akkreditivs über EUR 1,6 Mio. durch zwei Banken zur Sicherung einer Kaufpreiszahlung für eine Sägelinie für ein Sägewerk in Russland. Trotz unvollendetem Ab-

|SZW 2014 S. 418, 430

nahmeprozess des Kaufobjekts rief die Käuferin das Akkreditiv ab. Um die Zahlung durch die Banken zu verhindern, stellte die Verkäuferin ein Gesuch um superprovisorische Massnahmen.

1. Während die Dringlichkeit ohne Weiteres glaubhaft gemacht werden konnte, weil der Abruf des Akkreditivs unmittelbar bevorstand, scheiterte das Gesuch an der Glaubhaftmachung eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils. Allein im Verlust des wirtschaftlichen Druckmittels oder in einem finanziellen Schaden bzw. bezifferbaren Vermögenseinbussen liegt kein solcher Nachteil, es sei denn, es wäre bei der Gegenpartei mangelnde Zahlungsfähigkeit zu befürchten, die Vollstreckung der finanziellen Ansprüche würde in Zweifel stehen oder der Schaden könnte später nur schwer nachgewiesen oder eingefordert werden. – 2. Auch die Hauptsachenprognose war negativ.

HGer ZH, 27. Mai 2013, HE130151, ZR 112/2013, 241.

r25 Einhaltung gerichtliche Zahlungsfrist. Valutatag der Belastung auf dem Post- oder Bankkonto des Zahlungspflichtigen massgeblich. – Respect d'un délai de paiement judiciaire. Date-valeur du débit au compte du payeur.

1. Gemäss Art. 143 Abs. 3 ZPO (entsprechend Art. 48 Abs. 4 BGG) ist die Frist für eine Zahlung an das Gericht eingehalten, wenn der Betrag spätestens am letzten Tag der Frist zugunsten des Gerichts der Schweizerischen Post übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet worden ist. – 2. Nicht der Eingang des Zahlungsauftrages, sondern der Valutatag der Belastung auf dem Konto des Zahlungspflichtigen ist massgeblich. – 3. Ein Kontoauszug, welcher die Belastung bestätigt, ist zum Nachweis der Rechtzeitigkeit geeignet.

BGer, 26. Juli 2013, 5D_101/2013 (II. zivilrechtliche Abteilung, X. gegen Stadt A.), BGE 139 III 364, SJZ 109/2013, 453.

r26 Einhaltung gerichtliche Zahlungsfrist. Besondere Umstände bei fehlerhafter Verarbeitung eines Zahlungsauftrages durch die Bank. – *Observation du délai de paiement au tribunal. Circonstances extraordinaires en cas d'exécution incorrecte du paiement.*

1. Eine Partei ist für die rechtzeitige Leistung des Gerichtskostenvorschusses beweispflichtig. Sie hat sich das Verhalten von Hilfspersonen wie ihr eigenes anrechnen zu lassen. Sofern von einer fehlerhaften Verarbeitung des Zahlungsauftrages durch die Bank auszugehen ist, können krasse Umstände vorliegen, die eine Anwendung von Art. 9 BV rechtfertigen, sodass sich die Partei das Verschulden der Bank als ihre Hilfsperson ggf. nicht anrechnen lassen muss. – 2. Von einer fehlerhaften Verarbeitung durch die Bank ist auszugehen, wenn diese den Vergütungsauftrag für den Gerichtskostenvorschuss mangels Bonität nicht ausführt und erst sechs Tage nach dessen Erhalt mit B-Post an den Kunden retourniert.

BVGer, 14. Januar 2014, B-6319/2013 (Abteilung II, Verein A. und Parteien c/o Dr. B. gegen Bundesamt für Justiz BJ/Eidg. Amt für das Handelsregister).

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

**r27 Retrozessionen. Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB). –
*Rétrocessions. Gestion déloyale (art. 158 CP).***

Der unabhängige Vermögensverwalter verwaltete zwischen 2000 und 2008 Privatvermögen seiner Kunden bei der Bank, von der er Retrozessionen aus den Depotgebühren und Börsencourtages erhielt. Während der Vertragsunterzeichnung erwähnte er dies gegenüber den Kunden beiläufig, unterliess es jedoch, die Kunden über ihren Anspruch an den Retrozessionen zu informieren und diese auf den Abrechnungen aufzuführen oder herauszugeben bzw. eine rechtsgültige Verzichtvereinbarung abzuschliessen.

1. Betrug gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB lag nicht vor. Das Tatbestandsmerkmal der Arglist ist nicht erfüllt, wenn ein unabhängiger Vermögensverwalter seinen Kunden anlässlich der Vertragsverhandlungen mitteilt, dass er Retrozessionen erhalten werde, seine Klienten keine unerfahrenen Personen in Sachen Vermögensverwaltung sind und er einzig darauf hofft, dass seine Klienten diesbezüglich keine weiteren Fragen stellen. – 2. Hingegen wurde der Tatbestand der mehrfachen qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB bejaht. Wenn in einem vertraglichen Auftragsverhältnis neben der Herausgabepflicht zusätzlich die Aufklärungspflicht sowie die Rechnungslegungs- bzw. Abrechnungspflicht verletzt werden, liegt eine qualifizierte Treupflichtverletzung durch den Geschäftsführer vor. Entscheidend ist nicht die blosser Nichtablieferung, sondern die Verletzung der Informations- und Abrechnungspflicht im Rahmen der auftragsrechtlichen Treupflicht, die beim Kunden zu einem Vermögensschaden führt, da der Kunde mangels Offenlegung seinen Herausgabeanspruch nicht geltend machen kann. Dieser umfasst die gesamten empfangenen und zu Unrecht be-

SZW 2014 S. 418, 431

haltenen Retrozessionen. Da der Vermögensverwalter sich seiner Handlungen bewusst war, handelte er mit direktem Vorsatz und – durch die Absicht, die einbehaltenen Retrozessionen als zusätzliches Einkommen zu verwenden – mit unrechtmässiger Vorteilsabsicht. – 3. Auszahlungen von Retrozessionen sind als wettbewerbsrelevantes Verhalten gemäss Art. 2 UWG zu qualifizieren. Der objektive Tatbestand der passiven Privatbestechung gemäss Art. 4a Abs. 1 lit. b UWG wurde erfüllt: Der Vermögensverwalter nahm einen nicht gebührenden Vorteil in Form der behaltenen Retrozessionen an, für die kein rechtsgültiger Verzicht seitens des Kunden vorlag. Durch die Wahl der bestechenden Bank als Finanzinstitut und zur Abwicklung des Wertschriftenhandels übte er sein Ermessen zu deren Gunsten und beeinflusst von den Vorteilszuwendungen aus. Der subjektive Tatbestand war jedoch nicht erfüllt, weil der Beschuldigte weder wusste, dass er sich in einer möglicherweise wettbewerbsrelevanten Situation i.S.v. Art. 2 UWG befand, noch den Vorsatz hatte oder

in Kauf nahm, mit seinem Handeln eine wettbewerbsbeeinflussende Handlung vorzunehmen.

OGer Bern, 4. Juli 2013, SK 2012 218 (rechtskräftig).

r28 Auskunftsrecht (DSG) (ehemaliger Angestellter). – *Droit d'accès (LPD) d'un (ancien) employé.*

Ein ehemaliger Bankdirektor verlangte gestützt auf sein datenschutzrechtliches Auskunftsrecht Kopien von anonymisierten Dokumenten, welche die Bank den amerikanischen Behörden im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens mit Ermächtigung des Bundesrates geliefert hatte und ihn betreffende Personendaten enthalten, sowie der entsprechenden Begleitschreiben. Die ihm angebotene Einsichtnahme in die betreffenden unanonymisierten Dokumente lehnte er mehrfach ab und bestand auf der Herausgabe von Kopien der Dokumente in der Form, wie sie in die USA übermittelt wurden.

1. Der ehemalige Bankdirektor hat unbestrittenermassen einen Auskunftsanspruch gemäss Art. 8 DSG gegenüber der Bank bezüglich der übermittelten Dokumente. Aufgrund des engen Konnexes zu den Personendaten steht ihm auch bezüglich der Begleitschreiben ein Recht auf Auskunft zu. – **2.** Eine Einschränkung des Auskunftsrechts gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. a DSG entfällt, da die Dokumente weder Bankkundengeheimnis-relevante Informationen enthalten, noch Anlass besteht, dass der Kläger Kunden erkennen und entsprechende Informationen weitergeben könnte. Auch das Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis nach Art. 162 StGB steht der Auskunftserteilung nicht entgegen, weil der Bankdirektor nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses weiterhin verpflichtet ist, dieses einzuhalten. – **3.** Der Direktor konnte nicht implizit auf sein Auskunftsrecht verzichten, indem er sich verpflichtete, sich an die nachwirkenden internen Regelungen der Bank zu halten, die u.a. bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Rückgabe sämtlicher Unterlagen etc. vorsahen, da er sich im Voraus kein Bild über die Tragweite der Bearbeitung seiner Personendaten machen konnte (Art. 8 Abs. 6 DSG). – **4.** Da der ehemalige Angestellte ein legitimes Interesse an der Herausgabe der Daten hat, liegt kein Rechtsmissbrauch i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB vor. – **5.** Die Auskunftserteilung hat nach Art. 8 Abs. 5 DSG i.V.m. Art. 1 Abs. 3 VDSG schriftlich zu erfolgen. Übermässige Interessen Dritter (Art. 9 Abs. 1 lit. b DSG) oder besondere Umstände, die eine Ausnahme von der Schriftlichkeit gemäss Art. 8 Abs. 5 DSG darstellen, sind nicht gegeben. – **6.** Da der Bankdirektor die Dokumente bereits kennt (v.a. eigene E-Mails) und es der Bank zumutbar ist, weitere zu erläuternde zusätzliche Abdeckungen vorzunehmen, überwiegt das bestehende schützenswerte Interesse des ehemaligen Angestellten.

OGer ZH, 28. Februar 2014, LB130059 (weitergezogen ans BGer), BezGer ZH, 14. Oktober 2013, CG120124; Besprechung Hürlimann, NZZ 28. Februar 2014, 17.

VI. Gerichtsstand, Verfahren und Zwangsvollstreckung – For, procédure, exécution forcée

1. Gerichtsstand – For

r29 Gerichtsstandsklausel in AGB; Formerfordernisse. – *Election de for dans le cadre des conditions générales; conditions de forme.*

1. Ist eine Gerichtsstandsklausel in AGB enthalten, so setzt die Einhaltung der Formerfordernisse von Art. 23 Abs. 1 lit. a LugÜ voraus, dass der AGB-Verwender seinem Vertragspartner vor Vertragsabschluss eine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme der AGB verschafft (i.c. Werkverträge). – **2.** Kommunizieren die Parteien per E-Mail, reicht ein Verweis auf die Internetseite des AGB-Verwenders. – **3.** Offen gelassen, ob ein blosser Verweis auf die Internetseite des Verwenders ohne Übergabe der AGB genügt, wenn die Parteien nicht per E-Mail kommunizieren. – **4.** Die Möglichkeit, AGB unter einer bestimmten Faxnum-

|SZW 2014 S. 418, 432

mer abzurufen, genügt den Formerfordernissen des Art. 23 Abs. 1 lit. a LugÜ nicht.

BGer, 1. Juli 2013, 4A_86/2013 (I. zivilrechtliche Abteilung, X. AG gegen Y. GmbH), BGE 139 III 345. **Besprechung** Bloch, *ius.focus* 9/2013, 28; Schreier, ZBJV 149/2013, 857.

r30 Gerichtsstand bei Konsumentenstreitigkeiten (Art. 15 Ziff. 1 lit. c LugÜ). Begriff des Ausrichtens auf Kundschaft (mit Wohnsitz) in anderen Vertragsstaaten. – For en cas de litiges consommateurs (art. 15 ch. 1 lit. c LugÜ). Notion d'activités dirigées vers une clientèle (domiciliée sur le territoire) d'un autre Etat lié par la Convention.

1. Ein Anbieter ist i.S.v. Art. 15 Ziff. 1 lit. c LugÜ auf internationale Kundschaft ausgerichtet, wenn er den Willen kund tut, Kunden in anderen Vertragsstaaten zu gewinnen. Die Umstände, die darauf schliessen lassen, sind gesamthaft zu würdigen. Der Betrieb einer Webseite allein begründet keine internationale Ausrichtung; Anhaltspunkte sind etwa der Domainname, Telefonnummern mit internationaler Vorwahl, die Verwendung von Fremdsprachen etc. Nebst dem Internet-Auftritt kommt es auf die gesamte Tätigkeit des Unternehmens an. – 2. U.a. war hier die Internationalität der Webseite ausschlaggebend für die Bejahung der internationalen Ausrichtung. Diese war im gleichen Umfang auf Deutsch und Englisch abrufbar, erwähnte die internationale Kundschaft ausdrücklich und zählte Kernkompetenzen auf, die ihrer Natur nach grenzüberschreitende Sachverhalte betrafen (i.c. eine Anwaltskanzlei, die auch mit ausländischen Kanzleien zusammenarbeitete und ein Euro-Konto führte). – 3. Die internationale Ausrichtung war hier kausal für das Mandat des Beklagten, womit die Konsumentengerichtsstände nach LugÜ greifen.

BezGer ZH, 8. Juli 2013, FV130042, ZR 112/2013, 179. – **Besprechung** Bär, AJP 2014, 242.

r31 Gerichtsstand bei Konsumentenstreitigkeiten (Art. 15 Ziff. 1 lit. c LugÜ). Ausrichten auf Kundschaft mit Wohnsitz in anderen Vertragsstaaten; keine Kausalität für den Vertragsschluss notwendig. – For en cas de litiges consommateurs (art. 15 ch. 1 lit. c LugÜ). Notion d'activités dirigées vers une clientèle (domiciliée sur le territoire) d'un autre Etat lié par la Convention; causalité avec la conclusion du contrat pas nécessaire.

1. Damit die Verbrauchergerichtsstände des LugÜ aufgrund eines Ausrichtens der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit auf den Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers zum Zug kommen, ist keine Kausalität zwischen dem Bemühen bzw. den eingesetzten Mitteln (Internetseite) und dem Vertragsabschluss nötig. – 2. Ein solcher Kausalzusammenhang kann allerdings ein wichtiger Anhaltspunkt bei der Beurteilung der Ausrichtung sein.

EuGH, 17. Oktober 2013, C-218/12.

2. Verfahren – Procédure

r32 Succession. Entraide judiciaire civile. Dispenses de témoigner. Ayant droit économique. – Erbschaft. Rechtshilfe in Zivilsachen. Verweigerung der Mitwirkung. Wirtschaftliche Berechtigung.

Commission rogatoire dans le cadre d'un litige successoral. La banque remet au juge suisse les relevés d'un compte dont le titulaire est une société de domicile. La société recourt (sans succès) contre la transmission au juge étranger en invoquant la sphère privée de l'ayant droit économique.

1. Les dispenses de témoigner au sens de l'art. 11 al. 1 lit. a de la Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention de preuves à l'étranger comprennent, en Suisse, non seulement celles découlant du droit de procédure civile (art. 166 CPC), mais également celles du droit fédéral, en particulier l'art. 170 al. 3 CC. – 2. En droit suisse, l'héritier doit fournir tous renseignements à ses cohéritiers (art. 607 al. 3 et 610 al. 2 CC) et cette obligation s'étend à toutes les valeurs dont celui-ci dispose en fait, donc également à celles dont il est l'ayant droit économique. Lorsque l'héritier forme une unité économique avec une société qui est le titulaire formel du compte, le refus de collaborer de la société ne repose sur aucune disposition conventionnelle ou de droit suisse. – 3. Les intérêts personnels de l'ayant droit économique sont du ressort du juge

du fond, qui peut, à réception des pièces requises prendre les mesures nécessaires à la sauvegarde d'éventuels secrets d'affaires ou d'intérêts de tiers.

TF, 20 août 2013, 5A_284/2013 (II^e Cour de droit civil, A. Inc c. Tribunal de première instance no 33 de Barcelone et Banque B. SA); SJ 2014 I 13. – Recension Göksu, Commentaire de jurisprudence numérique (weblaw), 7 mai 2014; Piotet/Vernaz, Not@lex 2014, 46.

r33 Schenkungsvertrag. Annerkennung ausländischer Urteile. – Contrat de donation. Reconnaissance d'un jugement étranger.

Ein verstorbener Bankkunde aus Paraguay hat rund CHF 20 Mio. auf einem Konto bei einer Grossbank hinterlassen; es gibt weder Pflichtteilserben noch ein Testament. Sein paraguayischer Betreuer macht geltend, der Verstorbene habe ihm das Geld geschenkt, und verlangt gestützt auf eine angebliche notariell beglaubigte Urkunde die Auszahlung des Vermögens. Die Bank verweigert die Auszahlung des Vermögens und anerkennt auch die entsprechenden paraguayischen Gerichtsurteile nicht, da diese aus Gründen des *ordre public* nicht zu beachten seien. Eine erste Teilklage über CHF 10 000 hat das HGer nun gutgeheissen:

1. Auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Verstorbenen und der Bank kommt Schweizer Recht zur Anwendung; sowohl hinsichtlich des Kontovertrages als auch des Depotvertrages besteht ein schuldrechtlicher Rückerstattungsanspruch. – **2.** Der Begünstigte trägt die Beweislast für die Abtretung der Forderungen des Verstorbenen gegenüber der Bank an ihn. Etwaige Mängel des verfügungsrechtlichen Teils der Forderungsabtretung sind nicht ersichtlich. – **3.** Hinsichtlich der Eigentumsklage muss der Beschenkte seine Eigentümerstellung beweisen. Der Schenkungsvertrag als Verpflichtungsgeschäft (Besitzanweisungsver-

SZW 2014 S. 418, 433

trag) dient hier als *causa*. – **4.** Für die genannten Wirkungen muss der paraguayische Entscheid betreffend den Schenkungsvertrag anerkennungsfähig sein. Dem ist so: Die seitens der Bank geltend gemachten Verfahrensmängel des paraguayischen Gerichtsverfahrens sowie die Befürchtung einer Fälschung reichten nicht aus, um einen Verstoss gegen den *ordre public*-Vorbehalt greifen zu lassen.

HGer ZH, 17. Juni 2013, HG050433 (rechtskräftig). – Besprechung Hürlimann, NZZ 25. Juli 2013, 15.

3. Zwangsvollstreckung – Exécution forcée

r34 Kollokationsklage. Schicksal der Schuldbriefe nach Anfechtungspauliana Grundstückkaufvertrag. – Action en contestation de l'état de collocation. Sort des cédulas hypothécaires après révocation du contrat de vente immobilier.

Die Käuferin eines Grundstücks übertrug mehrere darauf lastende Schuldbriefe an Dritte, nachdem eine paulianische Anfechtungsklage betreffend den Kaufvertrag gutgeheissen und das Grundstück der Konkursvollstreckung der Verkäuferin zugeführt wurde. Die Gläubiger der Käuferin meldeten ihre entsprechenden grundpfandgesicherten Forderungen im Konkurs der Verkäuferin an.

1. Die unterlegene Beklagte einer Anfechtungspauliana hat die Konkursmasse so zu stellen, wie wenn die anfechtbare Handlung nicht vorgenommen worden wäre. Der Umfang der Rückgabepflicht richtet sich nach dem Zeitpunkt des angefochtenen Geschäfts. – **2.** Verfügt der Anfechtungsbeklagte nach Abschluss des angefochtenen Geschäfts über die Schuldbriefe, haben sie ein eigenes rechtliches Schicksal. Ein Rechtsnachfolger eines Anfechtungsschuldners muss selber mit einer Anfechtungsklage ins Recht gefasst werden. – **3.** Um die Zulässigkeit der Anmeldung im Konkurs zu beurteilen, wird darauf abgestellt, ob die Rechtsnachfolger bösgläubig waren, und (falls nicht bzw. keine Anfechtungspauliana geltend gemacht wurde) ob die geltend gemachten Forderungen bzw. Pfandrechte materiellen Bestand haben.

BGer, 3. Dezember 2013, 5A_397 und 5A_398/2013 (II. zivilrechtliche Abteilung, X. und Y. gegen Konkursmasse der Z. AG).

r35 Schuldbrief als provisorischer Rechtsöffnungstitel. – Cédule hypothécaire sur papier comme titre de mainlevée provisoire.

1. Bei der Betreibung auf Grundpfandverwertung ist der Papier-Schuldbrief als öffentliche Urkunde im Sinn von Art. 9 ZGB stets ein Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG für das Grundpfandrecht. – 2. Das Gleiche gilt hinsichtlich der Grundpfandforderung, wenn der Schuldner in der Skriptur erscheint; ansonsten bedarf es einer anderweitigen Anerkennung der persönlichen Schuldpflicht.

BGer, 31. Oktober 2013, 5A_888/2012 (II. zivilrechtliche Abteilung, Bank X. gegen Y.), BGE 140 III 36, SJZ 110/2014, 43. – **Besprechung** Güngerich/Buri, ius.focus 1/2014, 24. – **Siehe ebenso** BGer, 15. Oktober 2013, 5A_738/2013 (II. zivilrechtliche Abteilung, X. gegen Y.) mit Baukreditvertrag und zwei Namensschuldbriefen als provisorische Rechtsöffnungstitel.

r36 Remise en propriété à titre fiduciaire aux fins de garantie des cédulas hypothécaires. Exception de bénéfice de discussion réelle. Mainlevée définitive. – Treuhänderische Übertragung von Schuldbriefen. Einrede der Vorausverwertung einer Pfandsicherheit. Definitive Rechtsöffnungstitel.

Crédits en compte courant garantis par le transfert de la propriété à fin de garantie des cédulas hypothécaires au porteur. Dénonciation des crédits par la banque. Notification des commandements de payer dans des poursuites en réalisation de gage immobilier. Introduction d'une poursuite ordinaire pour l'intégralité de la créance causale. Exception de bénéfice de discussion réelle dans la procédure de mainlevée définitive.

1. Le TF rappelle qu'en cas de transfert de la propriété à fin de garantie des cédulas hypothécaires, il n'y a pas novation de la créance garantie. La créance abstraite incorporée dans la cédula hypothécaire et garantie par le gage immobilier doit faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage, alors que la créance causale doit faire l'objet d'une poursuite ordinaire. – 2. Les parties peuvent prévoir ou exclure l'exception de bénéfice de discussion réelle, que ce soit dans les clauses accessoires de la créance cédulaire, dans les clauses de la convention de fiducie ou encore dans les clauses du rapport de base. Sous réserve d'une convention expresse, il découle de la nature de la convention de fiducie que les parties conviennent tacitement d'une clause de bénéfice de discussion réelle en ce sens que le créancier (*in casu* la banque) a l'obligation d'intenter d'abord la poursuite en réalisation de gage sur la base de la créance abstraite. – 3. Si le créancier introduit simultanément ou successivement la poursuite en réalisation de gage immobilier pour l'entier de la créance cédulaire et la poursuite ordinaire pour l'intégralité de la créance causale, le débiteur peut former opposition au commandement de payer et le juge de la mainlevée (définitive ou provisoire) peut examiner l'exception de bénéfice de discussion réelle et rejeter la mainlevée. – 4. En l'espèce, les conventions de fiducie relatives aux cédulas hypothécaires ne contenaient aucune clause de renonciation du débiteur au bénéfice de discussion réelle.

TF, 31 janvier 2014, 5A_686/2013 (II^e Cour de droit civil, A.X. c. Banque Z.), ATF 140 III 180. – **Voir également** TF, 31 janvier 2014, 5A_676/2013.

r37 Crédit garanti par plusieurs cédulas sur plusieurs immeubles. Poursuite en réalisation. – Kredit durch mehrere Schuldbriefe auf mehrere Grundstücke gesichert. Betreibung und Verwertung.

Si une créance causale est garantie par plusieurs cédulas hypothécaires grevant plusieurs immeubles au sens de l'art. 798 al. 2 CC, les immeubles doivent être réalisés simultanément et les créances cédulaires peuvent faire l'objet d'une seule et même réquisition de poursuite et, par suite, d'un seul et même commandement de payer.

TF, 16 décembre 2013, 5A_136/2013 (II^e Cour de droit civil, X. SA c. Y. SA en faillite), SJ 2014 I 315.

r38 Compte joint. Virement bancaire. Créance en enrichissement illégitime. Séquestre. – Compte-joint. Überweisung. Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung. Arrestierung. Genügender Bezug zur Schweiz.



Virement d'un montant de CHF 17 millions d'un compte joint en Suisse à un autre compte bancaire en Suisse. Action en restitution de l'enrichissement illégitime introduite par le co-titulaire du compte joint au for du défendeur en Allemagne. Séquestre en Suisse du montant transféré admis.

1. D'une manière générale, la présence de biens en Suisse ne crée pas un lien suffisant avec la Suisse justifiant un séquestre. – 2. Au cas d'espèce, il n'est pas arbitraire d'admettre un lien suffi-

SZW 2014 S. 418, 434

sant en considérant que le virement sur un compte bancaire en Suisse constitue une violation du régime matrimonial (néerlandais) et qu'il avait probablement pour but de rendre plus difficile l'accès à ces valeurs patrimoniales.

TF, 27 mai 2013, 5A_60/2013 (I^{re} Cour de droit civil, A. X. c. B. X.); SJ 2014 I, 30. – *Recension Girsberger/Ambauen*, RSJ 2014, 110; Schwander, RSDIE 2013, 458.

r39 Grundpfandverwertung. Wirkung einer eherechtlichen Verfügungsbeschränkung (Art. 178 ZGB). – Réalisation de gage immobilier. Restriction du pouvoir de disposer (art. 178 CC).

Betreibung auf Grundpfandverwertung gegen einen sich in Scheidung befindenden Ehegatten.

Die Verfügungsbeschränkung nach Art. 178 ZGB bewirkt keine Privilegierung des geschützten Ehegatten in der Zwangsvollstreckung Dritter; soweit Drittgläubiger die Betreibung für anderes als vermögensrechtliche Verpflichtungen aus der ehelichen Gemeinschaft verlangen, besteht kein Grund zur betreibungsamtlichen Sistierung der Zwangsverwertung eines Grundstücks.

BGer, 17. März 2014, 5A_471/2013 (II. zivilrechtliche Abteilung, X. gegen Y., Z. und Betreibungsamt). – *Besprechung Güngerich/Buri*, ius.focus 5/2014, 24.

VII. Diverses/Divers

r40 Gestaltung Beteiligungsscheine Genossenschaftsbank. – Structuration des parts sociales d'une banque organisée comme coopérative.

Genossenschaft als Notenbank für die Banken der als Genossenschaftsverband organisierten Bankengruppe zur Sicherstellung der regulatorischen Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen.

Die Gestaltung von genossenschaftlichen Beteiligungsscheinen mit Elementen des aktienrechtlichen Partizipationsscheins ist nicht zulässig und damit der Statutenentwurf betreffend das Beteiligungsscheinkapital nicht genehmigungsfähig.

BGer, 28. April 2014, 4A_363/2013 (I. zivilrechtliche Abteilung, Eidgenössisches Amt für das Handelsregister gegen Genossenschaft X.), zur Publikation vorgesehen; anders noch BVerwGer, 13. Juni 2013, B-6017/2012 (Abteilung II). *Besprechung* zum BVerwG: *Sethe/Andreotti*, SJZ 109/2013, 495; *Josi*, NZZ 29. Juni 2013, 29; zum BGer: *ius.focus* 6/2014, S. 13.