



Bulletin n° 93  
ISSN 1664-7955

**Cher lecteur, chère lectrice,**

Ce 93ème Bulletin CEDIDAC propose une contribution de Monsieur Enzo Bastian, doctorant en droit bancaire et assistant-diplômé du CEDIDAC. L'auteur propose le commentaire d'un arrêt du Handelsgericht du canton de Zurich qui porte sur des questions de rétrocessions. Y sont abordées (1) la question de l'obligation de restituer des rétrocessions dans le cadre d'un rapport d'exécution only, (2) la possibilité pour une banque d'imposer un changement unilatéral de ses conditions générales et (3) des questions relatives à la prescription de la créance en restitution des rétrocessions.

Depuis la levée des restrictions liées à la pandémie de COVID-19, les manifestations organisées par le CEDIDAC se déroulent à nouveau de la même manière qu'avant la pandémie. Ce retour à la normale est des plus bienvenus après près de deux ans passés à nous masquer et nous nous réjouissons d'autant plus de vous revoir bientôt à visage découvert !

La première occasion nous sera donnée le **12 mai prochain** à l'occasion de notre traditionnelle journée consacrée au droit de l'entreprise. Ce colloque, organisé par les Prof. Jean-Luc Chenaux, Edgar Philippin et le soussigné, s'articulera autour des questions de gouvernance d'entreprise. Puis, le **19 mai**, à une semaine de la finale de la Champion's League et au lendemain de la semaine de la finale de l'Europa League, les Midis du CEDIDAC feront leur retour en présentiel dans les locaux de notre partenaire Vaudoise Assurances. A cette occasion, nous aurons la chance de recevoir Monsieur Mathieu Guillemin, Senior Legal Counsel à l'UEFA, qui s'exprimera sur les questions liées à l'organisation des compétitions susnommées. Enfin, nous clôturerons la saison de printemps le **21 juin 2022**, par la seconde édition de la demi-journée en droit de la santé publique, un colloque organisé sur le thème de l'accès aux médicaments à titre compassionnel par la Prof. Valérie Junod et la Dre Carole-Anne Baud.

Toutes les informations au sujet de ces différentes manifestations ainsi que le programme complet du CEDIDAC peuvent, comme d'habitude, être consultés [en ligne](#). En outre, sachez que si vous avez raté l'un de nos événements, il vous est désormais possible de le regarder en streaming, via notre nouveau système de [Pay & view](#).

Je vous souhaite une agréable lecture et me réjouis de vous revoir bientôt à l'occasion de l'un ou l'autre des événements organisé par le CEDIDAC.

**Prof. Damiano Canapa, directeur du Cedidac**

**ARTICLE**  
À LA UNE



La restitution de  
rétrocessions en cas  
de rapport execution  
only



**ÉVÉNEMENTS ET FORMATIONS**

Tenez-vous informé des derniers événements organisés par le Club Ceditac et découvrez les formations du Ceditac.



**BOURSE AUX ANNONCES**

Publiez votre annonce de stage, d'emploi ou recherchez un profil qui vous correspond.



**Club Ceditac**  
Centre Patronal  
Route du Lac 2  
1094 Paudex  
T +41 58 796 33 00  
info@clubcedidac.ch



# LA RESTITUTION DE RÉTROCESSIONS EN CAS DE RAPPORT EXECUTION ONLY

PAR ENZO BASTIAN \*

## I. MISE EN CONTEXTE

Le Tribunal de commerce du canton de Zurich a récemment eu l'occasion d'analyser plusieurs questions relatives à la restitution de rétrocessions perçues par une banque dans le cadre, d'un rapport *execution only* <sup>1</sup>. Son arrêt offre plusieurs réflexions intéressantes.

Cette affaire oppose une caisse de pension assurant la prévoyance professionnelle dans le cadre de la LPP (ci-après : la Demanderesse ou la Cliente) à une banque (ci-après : la Défenderesse ou la Banque). Les Parties sont liées par un *execution only* depuis 2001. Dans le cadre de cette relation d'affaire, la Banque avait perçu des rétrocessions, mais ne les avait pas reversées à sa Cliente.

La Banque considérait ne pas être tenue de restituer lesdites commissions puisque dans une relation *execution only*, il n'existait pas, selon elle, de risques de conflits d'intérêts. Selon la Banque, il s'agissait du critère déterminant pour établir l'existence d'une obligation de restituer. De plus, la Banque affirmait qu'à la suite d'un changement de ses conditions générales, la Cliente avait renoncé à toute restitution en ne s'opposant à la nouvelle clause de renonciation aux rétrocessions. En dernier lieu, la Banque soulevait l'exception de prescription pour certaines des créances.

De son côté, la Demanderesse considérait que la Banque était soumise à l'obligation de restituer en vertu de l'art. 400 al. 1 CO et qu'elle n'avait pas renoncé à son droit aux rétrocessions. Concernant la prescription, la Cliente estimait que celle-ci n'était pas atteinte. Subsidiairement, elle réclamait des dommages intérêts à hauteur des droits éventuellement prescrits vu la prétendue violation du contrat.

## II. ANALYSE JURIDIQUE

L'arrêt porte sur trois points principaux : l'obligation de restituer des rétrocessions en cas de rapport *execution only* (A.) ; la validité du changement des conditions

générales de la Banque (B.) ; et enfin, la prescription de la créance en restitution des rétrocessions (C.).

## **A. L'OBLIGATION DE RESTITUTION DANS UN RAPPORT *EXECUTION ONLY***

La Demanderesse estime que les règles du mandat sont applicables à la relation d'affaires, plus particulièrement l'obligation de rendre compte de l'art. 400 al. 1 CO. Elle appuie son raisonnement sur le fait que le Tribunal fédéral a déjà admis par le passé le droit à la restitution d'avantages perçus dans une relation de mandat et que l'*Handelsgericht* <sup>2</sup> avait considéré, en 2017, que cette obligation s'appliquait à toutes les formes de mandat. De son côté, la Défenderesse soutient que l'obligation de rapport n'existe que lorsqu'il existe un conflit d'intérêts entre les intérêts du mandataire et ceux du mandant. Or, tel ne serait pas le cas dans une relation *execution only* (consid. 2.2.).

Le Tribunal considère, après avoir rappelé que les règles du mandat sont effectivement applicables aux relations *execution only*, qu'il existe une obligation de restitution fondée sur l'art. 400 al. 1 CO. Cette disposition ne se limite pas uniquement à protéger les mandataires contre les conflits d'intérêts. Il s'agit également d'éviter que le mandataire ne s'enrichisse aux frais du mandant sans son consentement éclairé. Pour se soustraire à cette obligation, le mandataire devrait prouver que l'avantage perçu est sans lien intrinsèque avec le mandat. Par conséquent, une banque est tenue de restituer tous les avantages reçus en lien avec un mandat (y compris dans le cadre d'une relation *execution only*) et cela, même en l'absence de conflit d'intérêts (consid. 2.3.-2.4.) <sup>3</sup>.

## **B. LA RENONCIATION À LA RESTITUTION DES RÉTROCESSIONS**

Étant donnée sa nature dispositive, l'obligation de restituer peut être supprimée par un accord. Celui-ci peut être donné par avance pour autant que le mandataire informe de manière complète et véridique son mandant sur les avantages potentiellement attendus (en sachant que le degré d'information est moins élevé qu'en cas de renonciation *a posteriori* <sup>4</sup>). De plus, le mandant doit avoir expressément renoncé à ses droits.

En l'espèce, la Défenderesse soutient que la Demanderesse a renoncé à son droit à la restitution pour deux raisons. Tout d'abord, elle ne s'est pas opposée, à temps, à la nouvelle clause prévoyant la renonciation lors de la modification des conditions générales (consid. 3.3.1.). Ensuite, elle y aurait en tout cas renoncé pour un autre contrat conclu avec la Banque, contrat apparemment soumis aux nouvelles conditions générales (consid. 3.4.).

Pour vérifier la validité de cette renonciation, le Tribunal s'assure que la Banque pouvait changer unilatéralement ses conditions générales et donc qu'elles sont valablement opposables à la Demanderesse. Une telle modification n'est possible que s'il existait initialement une clause le permettant. À défaut, les conditions générales doivent faire l'objet d'un nouveau contrôle par le client pour pouvoir être

applicables (consid. 3.3.2.). *In casu*, la Défenderesse a failli à soumettre l'ancienne version de ses conditions générales de sorte qu'il n'était pas possible de déterminer s'il existait une clause permettant une modification unilatérale. Dès lors, le Tribunal estime qu'il est nécessaire que la Demanderesse ait accepté la nouvelle version pour qu'elle lui soit opposable. Or, la Défenderesse ne parvient pas à prouver une acceptation expresse, mais uniquement le fait que la Demanderesse ne s'est pas opposée dans les délais aux nouvelles conditions générales. Vu que le silence ne peut pas être considéré, en principe, comme une forme de consentement, les conditions générales modifiées ne sont pas applicables à la Demanderesse. Celle-ci n'a donc pas renoncé valablement à son droit à la restitution (consid. 3.3.3.).

Concernant l'autre contrat, les Parties divergent sur la portée et le contenu de celui-ci de sorte que le Tribunal doit procéder à son interprétation. Il ressort de l'application du principe de la confiance, que le contrat n'était effectivement pas clair, notamment sur le fait de savoir si les nouvelles conditions étaient applicables à la relation. Ainsi, et faute de motivation suffisante de la Défenderesse, le Tribunal considère que la Demanderesse n'a pas non plus renoncé à ses prétentions pour ce contrat (consid. 3.4.).

Toutefois, le Tribunal laisse volontairement ouverte la question de savoir s'il est valablement possible de renoncer à la remise de rétrocessions dans le cas d'une relation *execution only* par une simple clause figurant dans des conditions générales (consid. 3.5.).

### **C. LA PRESCRIPTION DE LA CRÉANCE EN RESTITUTION DES RÉTROCESSIONS**

La Demanderesse réclame le paiement des rétrocessions perçues par la Défenderesse depuis le début de la relation d'affaires et fait valoir que ce droit devient exigible au moment où le mandant en fait la demande. Elle soutient que rien n'indique que la mention « à la demande du mandant » de l'art. 400 al. 1 CO porte uniquement sur le devoir de rendre compte et pas sur l'obligation de restituer. Ainsi, elle estime que le délai de prescription ne commencerait à courir qu'au moment où le mandant forme sa prétention, mais dans tous les cas, dix ans après la fin du mandat. La Demanderesse espère ainsi un changement dans la jurisprudence de principe rendue par le Tribunal fédéral <sup>5</sup>. À l'inverse, la Défenderesse considère qu'il n'y a pas lieu de s'en écarter (consid. 5.2.).

La prescription de la créance en restitution d'une rétrocession court à partir du moment où le mandataire reçoit les avantages, la connaissance de la créance n'étant pas déterminante. Le délai est de dix ans et chaque avantage reçu fait partir un délai individuel propre. La prescription court dès l'exigibilité de la créance <sup>6</sup>. En l'occurrence, la réception de l'avantage fait naître l'obligation d'informer le mandant et de lui remettre cet avantage. La créance est ainsi immédiatement exigible. Le Tribunal considère que contrairement à l'avis de la Demanderesse, rien ne laisse présager un revirement jurisprudentiel, ces règles lui sont donc opposables. Partant, les créances nées avant décembre 2008 sont prescrites et ne

sont pas sujettes à remise (consid. 5.4.).

Concernant l'action en dommages-intérêts visant à compenser le dommage pour les créances prescrites, le Tribunal n'examine pas si les conditions de la responsabilité contractuelle de la Banque étaient remplies, car ces créances sont également prescrites. En cas de violation d'un contrat, le délai de prescription commence à courir au moment de la violation du contrat. En cas de violation répétée ou continue, le *dies a quo* est fixé au jour du dernier acte illicite ou au jour où le comportement cesse. Dans l'ATF 92 II 1, cité par la Demanderesse, le comportement dommageable s'était répété à plusieurs reprises, mais sa source remontait à une prise de décision unique. Ainsi, il fallait se fonder sur le jour de la dernière violation pour fixer le *dies a quo*. Dans l'ATF 146 III 14, autre arrêt mentionné par la Demanderesse, le Tribunal fédéral avait conclu que si le comportement dommageable pouvait être objectivement rattachable à un moment précis, c'est celui-ci qui serait déterminant, même si ses effets avaient perduré dans le temps (consid. 7.2.).

Dans la présente affaire, le Tribunal relève que l'obligation de restituer et d'informer le mandant naît au moment où le mandataire perçoit les avantages. S'il ne le fait pas immédiatement, c'est à ce moment-ci que les obligations contractuelles sont violées. Le Tribunal poursuit son explication en précisant que la décision de la Défenderesse de ne pas verser les rétrocessions constitue une décision unique et non une violation continue. En outre, le Tribunal ajoute qu'il n'est pas difficile de déterminer avec précision le moment de la violation, puisqu'il correspond à chaque moment où la Défenderesse a obtenu des avantages (consid. 7.3.).

### III. REMARQUES CONCLUSIVES ET PERSPECTIVES DE RÉFLEXIONS

Cet arrêt apporte quelques clarifications bienvenues sur la thématique bien connue des rétrocessions et des obligations de restitution dans les contrats de mandat.

Toutefois, il est regrettable que le Tribunal zurichois n'ait pas souhaité se déterminer sur le point de savoir si une clause figurant dans des conditions générales pourrait être suffisante pour constituer une renonciation anticipée aux rétrocessions dans le cadre d'un rapport *execution only*. À notre sens, cela semble peu envisageable. En effet, pour qu'une renonciation soit valablement faite, une des conditions cumulatives est que le consentement du client doit être exprès. Ce qui implique, selon nous, un aspect de singularité, soit un accord à part. Dès lors, une clause préformulée figurant dans des conditions générales respecterait difficilement cet aspect. Ainsi, dans une telle éventualité, la renonciation du client ne pourrait pas être valable faute de remplir les conditions nécessaires à sa validité. Pour que la renonciation soit valable, la banque devrait plutôt faire souscrire un accord séparé sur ce point à son client.

À l'avenir, dans le cadre de la fourniture de services financiers, l'art. 26 LSFIn encadrera les questions de perception et de renonciation des rémunérations

perçues par le fournisseur de services dans l'exécution de ses tâches. Vraisemblablement, la situation sera en tout point similaire à ce que nous venons de présenter <sup>7</sup>.

Enfin, concernant la prescription de la créance en restitution des rétrocessions, s'il est clair que le Tribunal fédéral ne risque pas de changer la pratique qu'il a récemment adopté <sup>8</sup>, l'argument du Tribunal concernant l'action en dommages-intérêts n'est pas forcément convaincant. En effet, le parallèle dressé par la Demanderesse avec l'ATF 92 II 1 est pertinent, puisqu'au final, la Banque a décidé à un moment précis, soit au début de la relation d'affaires, qu'elle n'allait pas restituer les commissions reçues <sup>9</sup>. Or, c'est cette décision qui a ensuite eu des conséquences répétées et régulières lorsque la Banque a décidé d'appliquer cette décision aux divers avantages perçus. Ainsi, le *dies a quo* du délai de prescription aurait pu être fixé, comme pour l'arrêt fédéral susmentionné, au jour de la réception de la dernière rétrocession pour ce qui concerne l'action en dommages-intérêts. Ce qui aurait eu pour conséquence que la prescription n'aurait pas été atteinte. Le choix du Tribunal reste cependant cohérent puisqu'il apporte une certaine sécurité juridique. En outre, ceci ne signifie pas pour autant que l'action aurait été admise sur le fond, encore aurait-il fallu que les conditions de la responsabilité du mandataire aient été remplies en l'espèce.

## ENZO BASTIAN

Doctorant, assistant-diplômé du CEDIDAC, Université de Lausanne

# NOTES ET RÉFÉRENCES

L'auteur remercie les Prof. Carlo Lombardini et Damiano Canapa pour la suggestion de cet arrêt ainsi que leurs précieux commentaires. Cet arrêt a notamment fait l'objet d'une note de l'auteur sur iusNet Droit Bancaire, cf. Cas de la semaine n°17/2022 : quid de la restitution de rétrocessions en cas d'*execution only*?

<sup>1</sup> HG190234-O, *Urteil vom 5. Oktober 2021*.

<sup>2</sup> TF, 4C.125/2002, consid. 3.1. ; HG150054-O, *Urteil vom 15 November 2017*, consid. 3.2.3. Ce qui inclurait aussi l'*execution only*, cf. CR LSFIn-Fischer, Art. 26, N 32

<sup>3</sup> Pour une synthèse des avis doctrinaux sur ce point, cf. not. CR LSFIn-Fischer, Art. 26,

N 28-32.

<sup>4</sup> ATF 137 III 393, consid. 2.4. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral avait considéré qu'une renonciation globale anticipée était impossible pour les contrats de gestion de fortune en raison du trop grand risque de conflits d'intérêts.

<sup>5</sup> ATF 143 III 348.

<sup>6</sup> ATF 143 III 348, consid. 5.

<sup>7</sup> Puisque l'art. 26 LFin constitue notamment une transposition des règles jurisprudentielles décrites ci-dessus et que l'*execution only* est considéré comme un service financier [FF 2015 8101, p. 8165 ; CR LFin-Fischer, Art. 26, N 48 & 58].

<sup>8</sup> Pour des développements sur cet arrêt, *cf.* not. Geissbühler Grégoire, Prescription des rétrocessions : le retour de Picasso, CJN, 31.08.2017.

<sup>9</sup> Pour les arguments de la Demanderesse et les réflexions découlant de cet arrêt, *cf.* supra II.C. ; HG190234-O, *Urteil vom 5. Oktober 2021*, consid. 7.2.