

AOÛT 2019

Newsletter

Auteurs:

Peter Burckhardt, LL.M.

Louis Burrus

Dr. Urs Hoffmann-Nowotny

Clara Poglià, MAS in Criminology



DISPUTE RESOLUTION

Contentieux judiciaire - questions choisies dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral

Sans prétendre à l'exhaustivité, cette newsletter reprend certaines décisions notoires de l'année écoulée notamment en lien avec les actions partielles, le séquestre, le secret professionnel de l'avocat et les rétrocessions. Nous vous souhaitons une agréable lecture estivale.

1 ACTION PARTIELLE

1.1 INTRODUCTION

La jurisprudence du Tribunal fédéral ("TF") a récemment pris une tournure intéressante à travers trois décisions rendues en matière d'**actions partielles**.

Si une prétention est divisible, l'action ne peut alors porter que sur une partie de celle-ci (art. 86 CPC). Une distinction s'opère entre l'action partielle au sens propre, par laquelle un montant partiel d'une créance unique est réclamé, et l'action partielle au sens impropre, par laquelle une partie individualisable d'une créance totale est demandée.

L'action partielle est un moyen fréquemment utilisé et fondamentalement légitime pour limiter les risques liés aux frais d'une action en justice.

Si **plusieurs** prétentions étaient présentées simultanément à titre partiel dans une même procédure, il convenait, selon une pratique qui n'existait que depuis deux ans, de préciser dans quel ordre et/ou dans quelle mesure les prétentions

individuelles étaient soulevées (voir ATF 142 III 683). Autrement, il ne pouvait être entré en matière tant l'objet de la demande était insuffisamment déterminable. Cette jurisprudence a de nouveau évolué:

1.2 ATF 144 III 452

Ce changement de pratique a trait à l'impossibilité de distinguer entre les cas où **plusieurs litiges** étaient regroupés (il y avait en fait un regroupement objectif d'actions partielles au sens propre où l'ordre des prétentions devait être déterminé) et ceux où différents éléments du préjudice étaient revendiqués dans **un seul objet du litige** (une action partielle au sens impropre, aucune détermination de l'ordre des prétentions nécessaire). En particulier, le demandeur ne pouvait parfaitement prévoir comment le tribunal évaluerait le fondement factuel présenté et s'il aurait à commenter l'ordre et la portée des demandes individuelles en cas d'acceptation de plusieurs objets de litige. Il ne restait plus qu'à exiger que le demandeur justifie les prétentions partielles individuelles et affirme qu'une prétention excède le montant réclamé.

Si l'action partielle est approuvée, il doit ressortir clairement des motifs du jugement dans quelle mesure le tribunal a jugé les fondements alternatifs de l'action (consid. 2.4).

"L'ordre dans lequel le tribunal examine les différentes demandes est laissé à son appréciation."

1.3 ARRÊT DU TRIBUNAL FÉDÉRAL 4A_270/2018 DU 2 NOVEMBRE 2018

Dans cet arrêt, le TF a rappelé sa jurisprudence sur la **validité des décisions concernant les actions partielles**. La force de chose jugée ne s'étend pas à la prétention totale, mais uniquement au montant partiel faisant l'objet d'une décision.

Toutefois, le TF a clairement souligné que la décision avait un certain effet contraignant. Lors d'un procès ultérieur relatif à la prétention résiduelle, il a donc fallu démontrer pourquoi la même question devait faire l'objet d'une décision différente (consid. 1.2).

1.4 ARRÊT DU TRIBUNAL FÉDÉRAL 4A_29/2019 DU 10 JUILLET 2019

Plus récemment, le TF a également commenté les effets de son changement de pratique dans l'ATF 144 III 452 sur la **recevabilité des demandes reconventionnelles en constatation négative**. L'ATF 143 III 506 avait uniquement prévu une exception à l'exigence du même type de procédure pour les demandes reconventionnelles (art. 224 al. 1 CPC) en cas d'actions partielles au sens propre. Cette exception s'applique désormais de manière générale si l'action partielle (qu'elle soit au sens propre ou impropre) entraîne une incertitude inacceptable pour le défendeur.

2 L'INVOCATION DE FAITS NOUVEAUX EN PROCÉDURE DE SÉQUESTRE - COMMENTAIRE DE L'ARRÊT 5A_626/2018

2.1 RÉSUMÉ DE L'ARRÊT

Un débiteur séquestré voit son opposition rejetée en première instance. Son recours est admis par le Tribunal cantonal sur la base de faits antérieurs au jugement de première instance invoqués pour la première fois. Saisi d'un recours du créancier, le TF est amené à se prononcer pour la première fois sur la question de l'invocabilité par le débiteur en procédure de recours de **faits nouveaux improprement dits**, soit des faits antérieurs au jugement de première instance. Le TF va ainsi préciser la portée de l'art. 278 al. 3 de la Loi sur les poursuites et faillites ("LP") en reconnaissant la possibilité à l'opposant au séquestre d'invoquer des faits nouveaux improprement dits en procédure de recours. Il soumet toutefois leur invocabilité aux conditions de l'art. 317 CPC (invocation sans retard et impossibilité objective de les avoir invoqués plus tôt).

2.2 ANALYSE DES ARGUMENTS

Le TF applique, après une analyse détaillée de la jurisprudence et de la doctrine, la méthode du pluralisme pragmatique. L'interprétation systématique de l'art. 278 al. 3 LP (en particulier en lien avec les art. 174 LP et 326 CPC) ne permet pas de trancher la question litigieuse. C'est l'**interprétation téléologique** qui semble être la plus pertinente pour le TF. Il souligne ainsi qu'il est indispensable pour la protection des débiteurs que le juge du

séquestre se prononce sur l'état de fait au moment du prononcé de la décision. La nature de l'institution du séquestre en tant que mesure conservatoire provisoire et son aspect particulièrement incisif pour le débiteur sont également centraux dans la motivation de l'arrêt.

2.3 COMMENTAIRE

La solution retenue semble s'imposer, et il est étonnant qu'il ait fallu autant de temps pour enfin obtenir cette clarification bienvenue.

L'intérêt de cette décision réside dans le fait qu'elle semble instaurer une différence de traitement entre les deux parties au séquestre, et ce alors que la formulation de l'art. 278 al. 3 LP suggère que la même faculté leur est applicable ("Les parties peuvent alléguer des faits nouveaux"). En effet, dans un arrêt non publié (Arrêt 5D_220/2017 du 4 décembre 2017), le TF a considéré qu'il n'est pas arbitraire d'interdire au créancier requérant de produire des pièces supplémentaires propres à rendre vraisemblable sa créance lors de la procédure d'opposition. En clair, le créancier requérant doit invoquer au moment de la requête déjà tous les éléments qui fondent sa prétention au séquestre.

"Cette décision semble instaurer une différence de traitement entre les deux parties au séquestre quant à la possibilité d'invoquer des faits nouveaux."

La décision du Tribunal fédéral consacre un renforcement de la protection du débiteur contre les séquestres injustifiés et semble instaurer à son profit un régime d'allégation de faits différencié plus favorable et flexible que celui du créancier requérant. Cette approche se justifie notamment en raison du degré de preuve limité à la vraisemblance mais aussi de la possibilité pour le créancier d'introduire une nouvelle demande de séquestre.

3 LA PROTECTION DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT DANS LES ENQUÊTES INTERNES DANS LE DOMAINE DU BLANCHIMENT D'ARGENT

3.1 INTRODUCTION

Un arrêt du TF, 1B_453/2018 du 6 février 2019, a mis fin aux efforts d'une banque d'empêcher la **levée des scellés** sur un rapport d'une enquête interne en matière de blanchiment d'argent requis sur la base du **secret professionnel de l'avocat**.

Soupçonnant un scandale de fraude majeur ayant porté préjudice à de nombreux clients de la banque, la banque en question a chargé un cabinet d'avocats de mener une **enquête ex post** approfondie sur les faits, d'évaluer la conformité juridique de la conduite de la banque et les risques qui en découlent, et de recommander des mesures. Les avocats désignés ont mené une enquête interne et rédigé un rapport. Lorsque le Département fédéral des finances a ouvert une procédure pénale contre des organes de la banque pour manquement à l'obligation de déclaration de soupçons de blanchiment d'argent et a exigé la publication du rapport d'enquête, il n'a obtenu celui-ci que sous scellés.

3.2 HISTORIQUE DU PROCÈS ET DÉCISION

Dans un premier temps, ce sont les arguments de la banque qui l'ont emporté durant le litige. Pour le Tribunal pénal fédéral, il ne faisait aucun doute que le travail effectué par le cabinet d'avocats constituait un "conseil juridique classique par des avocats". Cependant, dans une décision largement remarquée, le TF a infirmé cette position. Selon l'évaluation du TF, il s'agissait plutôt d'un "**mandat mixte**" dans lequel l'activité typique de l'avocat et des activités commerciales dites accessoires se chevauchaient. Les travaux d'enquête effectués par le cabinet d'avocat présentaient les caractéristiques d'un système de contrôle et d'audit prescrit par la loi sur le blanchiment d'argent. Il s'agissait d'obligations légales déléguées par la banque qui ne pouvaient pas être décrites et protégées comme appartenant à l'activité typique de l'avocat (Arrêt du TF 1B_433/2017, consid. 4).

Le Tribunal pénal fédéral, analysant l'affaire pour la deuxième fois, est arrivé à la conclusion que toutes les parties du rapport d'enquête étaient le résultat d'une **activité commerciale** accessoire conformément aux considérations du TF. C'est pourquoi les scellés devaient être levés en intégralité sur le rapport d'enquête, y compris sur les annexes (telles que les procès-verbaux d'entretiens etc).

Le TF, qui a été saisi suite à un nouveau recours, a confirmé cette position. La banque, qui a fait recours, n'avait pas identifié les parties du rapport qui pouvaient être attribuées à l'activité typique de l'avocat. Les arguments dirigés contre les considérants du TF dans sa précédente décision n'étaient pas recevables (Arrêt du TF 1B_453/2018, consid. 6).

3.3 COMMENTAIRE

Le fait que les scellés aient été levés en intégralité sur le rapport d'enquête est susceptible d'être excessif, même au regard des exigences du TF, mais est probablement justifié par des considérations procédurales tactiques de la banque concernée. En revanche, le refus de la protection du secret professionnel de l'avocat pour toutes les déclarations factuelles et tous les documents tels que les protocoles d'entrevue, etc. est toutefois une conséquence logique de la **nouvelle jurisprudence en matière de blanchiment d'argent**.

Cette jurisprudence a été, à juste titre, **fortement critiquée**. En fait, de par son interprétation extrêmement large des devoirs de clarification et de documentation en matière de blanchiment d'argent, le TF semble avoir accordé plus d'importance aux considérations d'efficacité dans les poursuites pénales qu'aux intérêts fondamentaux de l'administration de la justice que le secret professionnel de l'avocat cherche à protéger. Ceci nous semble inapproprié. Cette décision du TF ne rend pas service sur le long terme à la réalisation de l'objectif de lutte contre le blanchiment d'argent. L'activité d'enquête interne n'est manifestement pas favorisée par la perspective qu'un jour les résultats de l'enquête seront intégralement transmis aux autorités chargées de la poursuite pénale.

4 COMMENTAIRE DE L'ATF 144 IV 294

Cet arrêt, clarifiant les conséquences pénales guettant le gérant de fortune qui omet d'informer de manière appropriée ses clients de l'**existence de rétrocessions** touchées de la part de la banque dépositaire, marque une étape supplémentaire dans le feuilleton jurisprudentiel de ces dernières années.

4.1 RÉSUMÉ DE L'ARRÊT

X., recourant, opérait en qualité de gérant de fortune auprès de la société Y. SA dont il était le directeur et l'actionnaire unique. Il comptait une soixantaine de clients parmi lesquels, à partir de 2005, A. Du deuxième trimestre de l'année 2007 à fin 2010, Y. SA a reçu de la banque dépositaire CHF 270'542.38 à titre de rétrocessions sur les commissions prélevées sur les avoirs de ses clients ainsi que CHF 134'705.66 pour l'apport de clients durant les années 2007 et 2008. X. n'a ni informé ses clients de ces rétrocessions et rétributions ni reversé ces sommes en leur faveur.

4.2 ANALYSE DES ARGUMENTS

Le TF a établi que le devoir de rendre compte du mandataire est une **obligation accrue ou qualifiée d'agir**. Dans la mesure où le mandataire est en principe tenu de restituer au mandant tout ce qu'il a reçu du chef du mandat, y compris les rétrocessions (ATF 132 III 460), l'information se rapportant à de tels montants constitue une protection pour le client lui permettant de réclamer ce que le mandataire doit lui restituer ou d'actionner celui-ci en dommages-intérêts. Le silence du gérant est ainsi **objectivement punissable au sens de l'art. 158 du Code pénal ("CP")**.

Le TF n'a pas suivi le recourant dans son argumentaire selon lequel celui-ci avait cru de bonne foi à la validité des clauses de renonciation signées par certains de ses clients en 2008, clauses qui ne répondaient néanmoins pas aux exigences posées par la jurisprudence. Le TF a considéré que déjà dans son arrêt 137 III 393 de 2006, il avait été établi que le client ne pouvait pas valablement libérer le gérant de fortune de ses devoirs de rendre compte et de restitution s'il n'avait pas reçu une information **complète et véridique** concernant les prestations que le gérant aurait reçues de la banque dépositaire ou d'autres tiers.

4.3 COMMENTAIRE

Cette jurisprudence fait le lien entre les obligations contractuelles en matière de rétrocessions et les conséquences pénales du non-respect de celles-ci.

Pour rappel, le TF a défini les **conditions applicables en posant les principes suivants**:

(i) Le mandataire est tenu de restituer les rétrocessions reçues de la part de la banque dépositaire en application des règles du mandat (art. 400 al. 1 CO), cette obligation étant néanmoins de droit dispositif. Pour que la renonciation à une telle restitution soit valable, il faut que le mandant soit informé de manière complète et exacte de ces rétrocessions et qu'il manifeste sans équivoque la volonté d'y renoncer (ATF 132 III 460).

(ii) Pour que la renonciation soit considérée comme valable, le mandant doit avoir été informé des paramètres nécessaires pour le calcul du montant global des rétrocessions et du montant des rétrocessions escomptées (ATF 137 III 393).

Au vu de l'ATF 144 IV 294, le gestionnaire n'ayant pas obtenu la renonciation du client selon les conditions posées par ladite jurisprudence s'expose au risque d'une condamnation pénale au sens de l'art. 158 CP.

Contacts

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'un des avocats suivants répondra volontiers à vos questions:

A Genève:



Louis Burrus

Associé
louis.burrus@swlegal.ch



**Clara Poggia,
MAS in Criminology**

Associée
clara.poggia@swlegal.ch



Christian Girod, LL.M.

Associé
christian.girod@swlegal.ch

A Zurich:



Peter Burckhardt, LL.M.

Associé
peter.burckhardt@swlegal.ch



Dr. Stefan Leimgruber

Associé
stefan.leimgruber@swlegal.ch



Dr. Urs Hoffmann-Nowotny

Associé
urs.hoffmann-nowotny@swlegal.ch



SCHELLENBERG WITTMER SA / Avocats

ZURICH / Löwenstrasse 19 / Case postale 2201 / 8021 Zurich / Suisse / T+41 44 215 5252

GENÈVE / 15bis, rue des Alpes / Case postale 2088 / 1211 Genève 1 / Suisse / T+41 22 707 8000

SINGAPOUR / Schellenberg Wittmer Pte Ltd / 6 Battery Road, #37-02 / Singapour 049909 / www.swlegal.sg

www.swlegal.ch

Cette Newsletter est disponible en français, anglais et allemand sur notre site internet www.swlegal.ch.