

## **BGE 143 III 348**

Bundesgericht (BGE), 2017-06-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_143 III 348](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_143_III_348)

FR: ATF 143 III 348

IT: DTF 143 III 348

### **Regeste**

Regeste Art. 400 Abs. 1 OR; Art. 127, 130 Abs. 1 und 75 OR; Retrozessionen von Versicherungsprämienanteilen an den Beauftragten durch Dritte; Verjährungsfrist und dies a quo der Herausgabeansprüche des Auftraggebers. Zusammenfassung der Natur von Retrozessionen im Sinne der Rechtsprechung (E. 5.1). Retrozessionen fallen nicht in den Anwendungsbereich der periodischen Leistungen gemäss Art. 128 Ziff. 1 OR. Die Pflicht zur Herausgabe von Retrozessionen verjährt nach der ordentlichen Verjährungsfrist von zehn Jahren gemäss Art. 127 OR (E. 5.2). Die Verjährungsfrist beginnt für jeden Herausgabeanspruch an dem Tag zu laufen, an dem der Beauftragte den herauszugebenden Betrag erhalten hat (E. 5.3). Bestimmung der verjährten Herausgabeansprüche (E. 5.4). Vorliegend kein Rechtsmissbrauch der Beauftragten durch Berufung auf die Verjährung (E. 5.5).

### **Erwägungen**

#### **E. 5**

En ce qui concerne les postes litigieux qui correspondent aux rétrocessions versées par D. (14'676'261 fr. 60 et 1'981'924,20 USD; postes n os 1 et 2) et par B. (1'500'234 fr.; poste n° 3), la recourante conclut à leur rejet, sous réserve des montants déjà payés (cf. consid. 4 non publié). Elle invoque que les rétrocessions antérieures au 26 mai 2001, respectivement au 29 juin 2001 sont prescrites, puisque le délai de prescription de ces prétentions est de cinq ans (violation de l' art. 128 ch. 1 CO ), que le dies a quo court dès la réception des montants rétrocédés ( art. 75 CO ) et qu'on ne saurait lui reprocher d'avoir commis un abus de droit en invoquant la prescription (violation de l' art. 2 al. 2 CC ); la question de sa qualité pour défendre (concernant les rétrocessions antérieures au 1 er janvier 1999), que la cour cantonale a reconnue, ne se poserait donc pas dans ce cas.

#### **E. 5.1**

Avant d'examiner les griefs invoqués, qui ont trait à la prescription et à son point de départ, il s'impose de rappeler quelle est la nature des rétrocessions au sens de la jurisprudence.

#### **E. 5.1.1**

En vertu de l' art. 400 al. 1 CO , le mandataire est tenu, à la demande du mandant, de lui rendre en tout temps compte de sa gestion et de lui restituer tout ce qu'il a reçu de ce chef, à quelque titre que ce soit. L'idée à la base de cette disposition est que le mandataire, en dehors du versement de ses honoraires, ne doit pas s'enrichir, ni subir de perte du fait de l'exécution du mandat ( ATF 138 III 755 consid. 4.2; arrêt 4C.125/2002 du 27 septembre 2002 consid. 3.1). Le devoir de rendre compte, comme le devoir de restituer, ont pour but de garantir le respect de l'obligation de diligence et de fidélité du mandataire ( art. 398 al. 2 CO ) et de sauvegarder les intérêts du mandant. Ce sont des éléments centraux de l'objet du

mandat, qui est de rendre service à autrui ( ATF 139 III 49 consid. 4.1.2; ATF 138 III 755 consid. 5.3). L'obligation de rendre compte (Rechenschaftsablegung) doit permettre au mandant de contrôler l'activité du mandataire. Elle constitue BGE 143 III 348 S. 354 le fondement de l'obligation de restitution et trouve ses limites dans les règles de la bonne foi ( ATF 139 III 49 consid. 4.1.2). L'obligation de restitution (Herausgabepflicht) peut être comprise comme une concrétisation de l'obligation de fidélité de l' art. 398 al. 2 CO . Elle en garantit le respect et constitue ainsi une mesure préventive tendant à sauvegarder les intérêts du mandant ( ATF 139 III 49 consid. 4.1.2; ATF 138 III 755 consid. 5.3), en prévenant d'éventuels conflits d'intérêts entre le mandataire et le mandant.

### **E. 5.1.2**

L'obligation de restitution a pour objet non seulement ce que le mandataire a reçu du mandant, ce qu'il a lui même créé, mais également ce qu'il a reçu de tiers (TERCIER ET AL., Les contrats spéciaux, 5 e éd. 2016, n. 4493 p. 641). Dans cette dernière catégorie, il faut distinguer entre les biens reçus de tiers du fait de l'exécution directe du mandat (comme résultat direct de l'exécution du mandat), que le mandataire ait agi en qualité de représentant direct ou indirect du mandant, et les avantages indirects reçus de tiers dans le cadre de l'exécution du mandat (comme résultat indirect de l'exécution du mandat) ( ATF 132 III 460 consid. 4.1). Au nombre de ces avantages indirects que le mandataire est tenu de restituer figurent par exemple les rabais, les provisions, les pots-de-vin, les ristournes ou rétrocessions ( ATF 132 III 460 consid. 4.1; ATF 137 III 393 consid. 2.1) et les commissions d'état (versées par le fournisseur, par exemple par un fonds de placement, cf. ATF 138 III 755 consid. 4.2), sans égard à la volonté du tiers ( ATF 132 III 460 consid. 4.1). Les rétrocessions, qui sont versées au mandataire parce que, dans le cadre de l'exécution du mandat, il accomplit ou suscite certains actes de gestion, sont intrinsèquement liées à la gestion et tombent sous le coup de l'obligation de restituer de l' art. 400 al. 1 CO ( ATF 138 III 755 consid. 4.2; ATF 132 III 460 consid. 4.1). En revanche, les éléments reçus de tiers à l'occasion de l'exécution du mandat, mais qui ne sont pas intrinsèquement liés au mandat (par exemple les pourboires ou les présents usuels entre professionnels) ne sont pas soumis à l'obligation de restitution ( ATF 138 III 755 consid. 4.2; ATF 137 III 393 consid. 2.1). Le principe selon lequel le mandataire ne doit être ni appauvri, ni enrichi par le mandat, et le but de prévention des conflits d'intérêts, que vise l'obligation de restitution, sont les éléments décisifs pour décider si l'avantage patrimonial que le mandataire a reçu du tiers est un avantage indirect, qui est en BGE 143 III 348 S. 355 relation intrinsèque avec l'exécution du mandat et qui doit être restitué, ou s'il a simplement été attribué à l'occasion de l'accomplissement du mandat, sans relation intrinsèque avec celui-ci et n'a donc pas à être restitué ( ATF 138 III 755 consid. 5.3). En présence d'attributions de tiers, il faut admettre une relation intrinsèque dès lors qu'il existe un risque que le mandataire soit incité par elles à ne pas prendre suffisamment en compte les intérêts du mandant; il n'est pas nécessaire que le mandataire se comporte de manière contraire à ses obligations, ni que le mandant subisse un dommage ( ATF 138 III 755 consid. 5.3). Le fait qu'une commission d'état (par exemple d'un fournisseur de fonds de placement) n'est pas prélevée directement auprès du client qui a conféré le mandat, mais constitue une commission mise à la charge d'un patrimoine séparé - dont le client possède une part -, n'exclut pas cette rétribution du champ d'application de l' art. 400 al. 1 CO ( ATF 138 III 755 consid. 5.4-5.6).

### **E. 5.1.3**

In casu, il n'est pas contesté que la demanderesse et la défenderesse (qui a succédé à A.) ont été liées par un contrat de mandat du 21 décembre 1994 au 19 août 2005. Il est également acquis que les prétentions de la demanderesse en restitution des rétrocessions, qui sont des avantages indirects versés par B. et D. à ses mandataires successives (soit A., puis la défenderesse) dans le cadre de l'exécution du mandat, reposent sur l'obligation du mandataire de restituer au mandant tout ce qu'il a reçu dans le cadre du mandat, consacrée par l' art. 400 al. 1 CO . La défenderesse ne conteste pas le principe de son obligation de restituer les rétrocessions reçues, mais soutient que son obligation est prescrite en vertu de l' art. 128 ch. 1 CO pour tous les montants reçus avant le 29 juin 2001 (de B.) et le 26 mai 2001 (de D.).

## **E. 5.2**

Il s'impose donc d'examiner quel délai de prescription est applicable à la réclamation de ces rétrocessions versées par des tiers. En bref, la cour cantonale a retenu que l'obligation de la défenderesse de restituer les rétrocessions perçues à l'insu de la demanderesse, pendant la durée du mandat de 1995 à 2005, est soumise à un délai de prescription de dix ans ( art. 127 CO ). La recourante soutient qu'il s'agit de prestations périodiques soumises à un délai de prescription de cinq ans ( art. 128 ch. 1 CO ).

### **E. 5.2.1**

Selon l' art. 127 CO , toutes les actions se prescrivent par dix ans, lorsque le droit civil fédéral n'en dispose pas autrement. Aux termes BGE 143 III 348 S. 356 de l' art. 128 ch. 1 CO , se prescrivent par cinq ans les loyers et fermages, les intérêts de capitaux et toutes autres redevances périodiques. Il est de jurisprudence que les redevances périodiques sont les prestations dont le débiteur est tenu à époques régulières en vertu d'un même rapport juridique (auf dem selben Schuldgrund, cf. ATF 139 III 263 consid. 1.1; ATF 124 III 370 consid. 3c; auf einem einheitlichen Schuldgrund, cf. arrêt 4C.207/2006 du 27 septembre 2006 consid. 2.2.1; PETER GAUCH, Periodisch geschuldete Leistungen: Gedanken zur Verjährungsbestimmung des Art. 128 Ziff. 1 OR, PJA 3/2014 p. 285 ss, p. 289). Il y a lieu d'entendre par là un rapport de durée (Dauerschuld), dont découlent des obligations de prester périodiques, qui prennent naissance de manière nouvelle et indépendante au cours de cette durée (GAUCH, op. cit., p. 289). Or, les rétrocessions ne découlent pas d'un rapport de durée (Dauerschuld); elles ne sont pas convenues à l'avance entre le mandant et le mandataire. Le devoir du mandataire de rendre compte de ces avantages indirects obtenus de tiers et les créances correspondantes du mandant en délivrance de ces avantages ne reposent pas sur un rapport de durée, mais sur le simple fait que le mandataire a perçu ces avantages ("in der Tatsache dass der Beauftragte ... vermögensmässige oder andere Vorteile von Dritten erlangt hat"; cf. GAUCH, op. cit., p. 291). Chaque devoir de restitution repose donc sur un fondement séparé. Les rétrocessions n'entrent donc pas dans le champ d'application des redevances périodiques de l' art. 128 ch. 1 CO (GAUCH, op. cit., p. 291, approuvé par TERCIER ET AL., op. cit., n. 4495 p. 641/642). Les obligations de restituer les rétrocessions se prescrivent ainsi conformément à la règle générale de l' art. 127 CO .

### **E. 5.2.2**

Il en va ainsi pour les rétrocessions des primes d'assurances versées par D. et B., qui ne découlent pas du rapport de mandat entre la demanderesse et ses mandataires successives. Le devoir de restitution des mandataires et la créance correspondante en restitution de la mandante repose sur le fait que les mandataires ont perçu ces avantages de D. et de B. En

conséquence, il est superflu de se pencher sur les controverses doctrinales évoquées par la cour cantonale et relatives à la distinction entre les montants qui sont nécessaires à l'exécution du mandat et sont conservés par le mandataire, et ceux qui ne sont pas utiles à cette exécution et doivent être restitués immédiatement. Il suit de là que la recourante ne peut rien déduire en faveur de sa thèse de BGE 143 III 348 S. 357 l'arrêt 4C.125/2002 du 27 septembre 2002 consid. 3.1 in fine, selon lequel les biens qui ne sont pas nécessaires à l'exécution du mandat doivent être restitués immédiatement. La qualification des rétrocessions dans la relation entre le mandataire et le tiers n'est pas décisive pour la qualification des avantages indirects dans la relation entre le mandant et le mandataire.

### **E. 5.3**

Les obligations de restituer les rétrocessions étant ainsi soumises au délai de prescription de dix ans, il reste à déterminer le point de départ de ce délai (dies a quo). En bref, la cour cantonale a considéré que le délai de prescription court dès la fin du mandat, le 19 août 2005. Invoquant la violation de l' art. 130 al. 1 CO , la recourante soutient que chaque créance en restitution de la demanderesse a couru dès son exigibilité, soit dès la perception de chaque rétrocession par elle-même.

#### **E. 5.3.1**

Pour satisfaire à son obligation de rendre compte ( art. 400 al. 1 CO ), le mandataire doit informer le mandant de manière complète et véridique et lui remettre tous les documents concernant les affaires traitées dans l'intérêt de celui-ci. Font exception les documents purement internes, tels que les études préalables, les notes, les projets, le matériel rassemblé et la comptabilité. L'obligation de rendre compte comprend en tout cas les informations nécessaires à fonder l'obligation de restitution ( art. 400 al. 1 CO ), mais elle peut être plus large et concerner des documents qui ne sont pas soumis à l'obligation de restitution; en effet, à la différence de l'obligation de restitution qui garantit l'obligation de fidélité, l'obligation de rendre compte a pour but de permettre au mandant de contrôler l'activité du mandataire. Le contenu des documents qui ne sont pas soumis à l'obligation de restitution doit être porté à la connaissance du mandant, sous une forme appropriée, pour lui permettre de contrôler l'activité du mandataire; il faut procéder à une pesée d'intérêts entre les intérêts du mandant et ceux du mandataire au maintien du secret ( ATF 139 III 49 consid. 4.1.3). Selon la jurisprudence, l'obligation de rendre compte constitue la "condition" et le fondement de l'obligation de restituer ( ATF 139 III 49 consid. 4.1.2; ATF 110 II 181 consid. 2 p. 182). Il n'y a pas lieu d'entendre par là que le Tribunal fédéral aurait eu l'intention de reporter la naissance de la créance en restitution au moment de la reddition de compte, voire, comme l'a retenu la cour cantonale, à la fin du contrat de mandat. En effet, contrairement à ce qui prévaut pour le délai de BGE 143 III 348 S. 358 prescription relatif des créances délictuelles et en enrichissement illégitime (art. 60 al. 1 et 67 al. 1 CO), le moment où le créancier a connaissance ou devrait avoir connaissance de l'existence et du montant de sa créance n'est pas déterminant pour la naissance et l'exigibilité des créances contractuelles de l' art. 127 CO ( ATF 136 V 73 consid. 4.1 et les nombreuses références).

#### **E. 5.3.2**

Aux termes de l' art. 130 al. 1 CO , la prescription court dès que la créance est devenue exigible. L'exigibilité, à savoir le moment à partir duquel le créancier peut réclamer sa créance au débiteur, survient immédiatement, à savoir dès la naissance de celle-ci, à moins qu'un terme n'ait été stipulé ou ne résulte de la nature de l'affaire ( art. 75 CO ). La réception

des rétrocessions (constituées comme en l'espèce de parts de primes d'assurance payées) par le mandataire fait naître son obligation d'informer le mandant et de lui restituer ces avantages (GAUCH, op. cit., p. 290). Partant, la réception de chaque montant rétrocedé fait naître une créance en restitution du mandant et l'exigibilité de celle-ci. On ne saurait raisonnablement admettre que la naissance et, partant, l'exigibilité de toutes ces créances soient, en raison de leur nature, reportées à la fin du contrat de mandat ou au moment de la reddition de compte, car cela signifierait aussi que le créancier ne pourrait pas réclamer ces montants rétrocedés dès qu'ils sont versés au mandataire. Les rétrocessions étant soumises au délai de prescription absolu de dix ans, la question de la connaissance par le créancier de l'existence de ces rétrocessions ne joue pas de rôle ( ATF 140 V 154 consid. 6.1; ATF 136 V 73 consid. 4.3). En effet, la possibilité de recouvrer des créances ne saurait être reportée sans limites, jusqu'au moment où le créancier a connaissance ou aurait dû avoir connaissance de celles-ci. Cela ne serait pas conciliable avec le système de la prescription dans son ensemble, qui prévoit un délai de prescription absolu de dix ans, à l'issue duquel le débiteur peut paralyser l'exercice du droit d'action lié à la créance. L'institution de la prescription est justifiée, d'une part, par des intérêts publics que sont la sécurité et la clarté du droit et la paix juridique et, d'autre part, par la protection du débiteur, qui ne saurait être laissé durablement dans l'incertitude sur le point de savoir si une créance qui n'a pas été invoquée pendant longtemps le sera et être contraint de conserver indéfiniment des preuves de paiement ( ATF 137 III 16 consid. 2.1). Si le dommage résulte d'un acte punissable, l'application à l'action civile de la prescription de l'action BGE 143 III 348 S. 359 pénale de plus longue durée demeure réservée ( art. 60 al. 2 CO ; ATF 106 II 213 consid. 2; cf. aussi ATF 107 II 151 consid. 4a).

### **E. 5.3.3**

En l'espèce, le délai de prescription de dix ans de chaque créance en restitution d'un montant rétrocedé de primes d'assurance a commencé à courir le jour où la mandataire a reçu ce montant.

### **E. 5.4**

La défenderesse ayant soulevé l'exception de prescription ( art. 142 CO ), il s'impose de déterminer quelles créances en restitution de la demanderesse sont prescrites. Le délai de prescription a été interrompu par la créancière par réquisitions de poursuite du 26 mai 2006 en ce qui concerne les rétrocessions de D. et du 29 juin 2006 en ce qui concerne les rétrocessions de B. Il s'ensuit que les créances en restitution de la demanderesse sont prescrites pour les rétrocessions versées par D. avant le 26 mai 1996 et pour celles versées par B. avant le 29 juin 1996.

### **E. 5.5**

Il faut encore examiner si l'exception de prescription soulevée par la défenderesse devrait être écartée pour cause d'abus de droit. La cour cantonale a en effet estimé que les mandataires successives ont caché à leur mandante qu'elles percevaient des rétrocessions, de sorte que celle-ci n'avait aucune raison d'en supposer le versement. Sur cette base, elle a considéré que les mandataires ont astucieusement évité que leur mandante ne leur réclame le remboursement des rétrocessions avant mars 2005, soit à quelques mois de la fin du mandat. Elle en a conclu que la défenderesse ne pouvait pas invoquer valablement l'exception de prescription, une telle invocation étant contraire à l'interdiction de l'abus de droit et, partant, que les créances en restitution de la demanderesse ne sont pas prescrites,

pas même partiellement. L'intimée se rallie à cette motivation.

#### **E. 5.5.1**

Le débiteur commet un abus de droit ( art. 2 al. 2 CC ) en se prévalant de la prescription non seulement lorsqu'il amène astucieusement le créancier à ne pas agir en temps utile, mais aussi, lorsque, sans mauvaise intention, il a un comportement qui incite le créancier à renoncer à entreprendre des démarches juridiques pendant le délai de prescription et que, selon une appréciation raisonnable, fondée sur des critères objectifs, ce retard apparaît compréhensible ( ATF 128 V 236 consid. 4a; ATF 113 II 269 consid. 2e et les références; cf. également ATF 131 III 430 consid. 2). Ainsi, quand le débiteur - alors que le délai de prescription courait encore - a déterminé le créancier à BGE 143 III 348 S. 360 attendre, il abuse de son droit en lui reprochant ensuite de n'avoir pas agi après s'être prévalu de la prescription ( venire contra factum pro prium ). En revanche, le simple écoulement du temps jusqu'à l'échéance du délai de prescription ne peut être interprété ni comme une renonciation à la prétention, ni comme son exercice abusif. Pour admettre un abus de droit, il faut que le comportement du débiteur soit en relation de causalité avec le retard à agir du créancier ( ATF 128 V 236 consid. 4a p. 241 in fine).

#### **E. 5.5.2**

Comme on l'a vu (cf. consid. 5.3.2 ci-dessus), le fait que le mandant n'ait pas eu connaissance ou n'ait pas pu avoir connaissance de l'existence de sa créance parce que son mandataire a violé ses devoirs de rendre compte et de restituer ne joue pas de rôle. Pour que l'on puisse admettre un abus de droit de la débitrice à invoquer la prescription, il faudrait qu'elle ait adopté un comportement propre à dissuader le créancier d'interrompre la prescription. Or, d'après l'arrêt attaqué, il n'a pas été constaté qu'après que la demanderesse a eu connaissance de l'existence et du pourcentage des rétrocessions de primes, à savoir en mars 2005, la défenderesse l'ait de quelque façon dissuadée d'interrompre la prescription. Partant, la défenderesse n'a pas abusé de son droit en se prévalant de la prescription. (...)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.