

# **BGer 4A\_355/2019 vom 13. Mai 2020**

Bundesgericht, 2020-05-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_355\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_355_2019)

FR: TF 4A\_355/2019 du 13 mai 2020

IT: TF 4A\_355/2019 del 13 maggio 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) par les demandeurs qui ont succombé dans leurs conclusions ( art. 76 al. 1 LTF ), contre une décision finale ( art. 90 LTF ), rendue sur appel par le tribunal supérieur du canton de Genève ( art. 75 LTF ), dans une action en paiement ( art. 72 al. 1 LTF ), dont la valeur litigieuse atteint le seuil de 30'000 fr. ( art. 74 al. 1 let. b LTF ), le recours en matière civile est recevable au regard de ces dispositions.

### **E. 2.1**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été établis de façon manifestement inexacte - ce qui correspond à la notion d'arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 137 I 58 consid. 4.1.2; 137 II 353 consid. 5.1) - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ).

### **E. 2.2**

Sous réserve de la violation des droits constitutionnels ( art. 106 al. 2 LTF ), le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). Il n'est toutefois lié ni par les motifs invoqués par les parties, ni par l'argumentation juridique retenue par l'autorité cantonale; il peut donc admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs ( ATF 135 III 397 consid. 1.4 et l'arrêt cité).

### **E. 3**

Les recourants reprochent à la cour cantonale d'avoir admis que l'art. 7.4 du mandat de gestion, complété par l'art. 4 de la notice d'information, prévoit une renonciation valable à la restitution des rétrocessions.

### **E. 3.1**

Les règles du mandat sont applicables au contrat de gestion de fortune conclu entre les parties. Selon 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'obligation de restitution couvre non seulement les valeurs patrimoniales que le mandataire a lui-même reçues du mandant dans le cadre de l'exécution du mandat, mais également ce qu'il a reçu de tiers, soit comme résultat direct de l'exécution du mandat (mandat d'encaissement), soit indirectement, dans le cadre de l'accomplissement du mandat. Les rétrocessions et les ristournes appartiennent à cette dernière catégorie; elles désignent (notamment) les paiements que le gérant de fortune reçoit en vertu d'un accord avec la banque dépositaire et qui sont prélevés sur les frais de transaction encaissés par la

banque ( ATF 137 III 393 consid. 2.1 p. 395 s.; TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux, 5e éd. 2016, n. 4493 p. 641).

Le devoir de restituer de l' art. 400 al. 1 CO est de nature dispositive. Une renonciation par le mandant n'est toutefois valable que s'il a reçu une information complète et véridique sur les rétrocessions attendues, et si sa volonté de renoncer à la restitution de celles-ci résulte expressément de l'accord passé avec le mandataire ( ATF 137 III 393 consid. 2.2 p. 396; 132 III 460 consid. 4.2 p. 465 s. et les références citées).

Pour qu'une renonciation anticipée à la restitution soit valable, il faut que le mandant connaisse les paramètres qui permettent de calculer le montant global des rétrocessions et rendent possible une comparaison avec les honoraires convenus pour la gestion de fortune ( ATF 137 III 393 consid. 2.4 p. 399). En cas de renonciation anticipée, il n'est pas possible de donner des chiffres exacts, parce que le montant global de la fortune gérée se modifie constamment et que le nombre exact, respectivement le volume des transactions à effectuer est inconnu au moment de la renonciation. Pour que le mandant puisse saisir l'ampleur des rétrocessions escomptées et les mettre en opposition avec les honoraires convenus, il doit connaître au moins les valeurs déterminantes (

Eckwerte ) des conventions de rétrocession passées avec des tiers ainsi que l'ordre de grandeur des restitutions escomptées. Cette dernière exigence est satisfaite, en cas de renonciation anticipée, lorsque le montant des rétrocessions escomptées est indiqué, dans une fourchette déterminée, en pourcentage (

Prozentbandbreite ) de la fortune gérée. La mise en relation de ces deux éléments permet au mandant de comprendre, en vue d'une renonciation, l'ensemble des coûts de la gestion de fortune et de reconnaître les conflits d'intérêts pouvant se présenter pour le gérant de fortune en raison des structures d'incitation ( ATF 137 III 393 consid. 2.4 p. 399 s. et les références citées).

Autrement dit, il faut que le mandant qui renonce puisse comparer à combien se montent ces rétrocessions par rapport aux honoraires de gestion de fortune convenus, de façon à savoir combien finalement sa mandataire perçoit. Il faut donc que les rétrocessions escomptées soient indiquées, dans une fourchette déterminée, en pourcentage de la fortune gérée.

### **E. 3.2**

En l'espèce, les demandeurs ont accepté de renoncer à la restitution des rétrocessions (art. 7.4 du mandat de gestion), qui sont définies à l'art. 4 de la notice d'information.

La cour cantonale, qui ne fait à aucun moment mention de l'application du principe de la confiance (interprétation objective), fournit une motivation reposant sur l'interprétation subjective de la volonté des parties : elle retient que les mandants ont été informés des paramètres de calcul des rétrocessions et du montant qui pouvait être perçu par la société de gestion (pourcentage de la fortune gérée) et, partant, elle constate l'existence d'un accord (selon la volonté réelle des parties) sur la renonciation.

Les recourants considèrent qu'il était erroné et arbitraire de retenir qu'ils auraient exprimé l'intention (réelle) de renoncer valablement à la restitution des rétrocessions perçues par la société de gestion puisqu'il leur était impossible de déterminer l'ampleur prévisible (ordre de grandeur) des rétrocessions; les informations figurant à l'art. 4 de la notice d'information ne leur permettaient pas de faire ce calcul et les juges n'ont à aucun moment expliqué

comment il serait possible d'y procéder (acte de recours p. 5). Ils soutiennent que la mention, à l'art. 4 de la notice, de la fourchette située entre 0% et 1% ne leur était d'aucune aide puisque cette fourchette se fonde sur un critère inadéquat (le " volume investi ", qui ne pourrait être connu qu'au fur et à mesure des investissements ponctuels décidés par la société de gestion) qui est, contrairement à la notion de " masse sous gestion " (ou de fortune gérée), impropre à donner un ordre de grandeur objectif.

On peut suivre les recourants lorsque, en invoquant l' art. 97 al. 1 LTF , ils soutiennent que les juges cantonaux sont parvenus à un résultat choquant (donc arbitraire) en croyant discerner, à l'art. 4 de la notice d'information, une référence à la masse sous gestion. Cette clause ne prévoit nullement que les rétrocessions correspondraient au pourcentage indiqué (entre 0% et 1%) de la fortune du client ou de sa masse sous gestion (arrêt cantonal p. 9). La clause permet seulement de calculer les rétrocessions liées aux fonds de placement et aux produits structurés (résultant d'investissements), mais ne fournit pas la moindre indication susceptible de renseigner les mandants, en l'absence de tout investissement (au début de la relation contractuelle), sur le montant total des rétrocessions susceptibles d'être perçues en fonction d'un pourcentage déterminé de leur masse sous gestion.

Leur critique principale se révèle dès lors fondée.

### **E. 3.3**

Il n'y a pas lieu d'examiner la critique selon laquelle la cour cantonale aurait arbitrairement constaté que les mandants disposaient d'une " expérience suffisante ".

Ce critère n'intervient que dans le cadre de l'obligation précontractuelle du gérant de fortune d'informer de son propre mouvement son mandant ( ATF 137 III 393 consid. 2.5 p. 400). Dès lors que l'intimée a informé ses mandants, la question ne se pose pas, mais bien celle de savoir si l'information donnée satisfait aux exigences posées par la jurisprudence. Or, comme on vient de le voir, la Cour de céans a considéré que le contenu de la notice d'information ne permettait pas aux mandants de comparer le montant des rétrocessions avec celui des honoraires de gestion de fortune convenus, de façon à pouvoir déterminer combien la mandataire percevait et, partant, à combien ils renonçaient.

### **E. 3.4**

En conclusion, il convient d'admettre le recours et d'annuler l'arrêt entrepris.

Il ne résulte pas de l'arrêt cantonal que le dossier cantonal contiendrait d'autres éléments qui auraient permis aux mandants de connaître l'ordre de grandeur des rétrocessions. L'intimée ne le prétend pas et elle ne fournit aucune explication qui permettrait, même implicitement, de le comprendre. Un renvoi à la cour cantonale est dès lors inutile et le Tribunal fédéral peut réformer l'arrêt entrepris : comme les mandants n'étaient pas informés de l'ordre de grandeur des rétrocessions, ils n'étaient pas en mesure de savoir combien la société de gestion leur facturait pour leur gestion de fortune. Conformément à la jurisprudence de la Cour de céans, il convient dès lors de condamner l'intimée à restituer aux recourants les montants qu'elle a perçus en lien avec la gestion de leurs avoirs auprès de la banque dépositaire.

La société de gestion a informé ses mandants, dans un courrier du 18 janvier 2017, des montants rétrocedés et ceux-ci ne sont pas contestés; quant au point de départ des intérêts fixés par les mandants dans leurs conclusions, il correspond aux dates auxquelles la société de gestion a perçu les rétrocessions, de sorte qu'il est conforme au droit (cf. art. 102, 104 et

400 al. 2 CO ; ATF 138 III 755 consid. 5.3 p. 357 ss).

#### **E. 4**

Il résulte des considérations qui précèdent que le recours en matière civile doit être admis et l'arrêt attaqué réformé en ce sens que l'intimée doit être condamnée à verser aux recourants, créanciers solidaires, les rétrocessions perçues en lien avec la gestion de leurs avoirs auprès de la banque D. \_\_\_\_\_, à concurrence des montants suivants :

- 13'201 fr., avec intérêts à 5% l'an à compter du 31 décembre 2013;
- 7'991 fr., avec intérêts à 5% l'an à compter du 31 mars 2014;
- 3'619 fr., avec intérêts à 5% l'an à compter du 30 juin 2014;
- 5'189 fr., avec intérêts à 5% l'an à compter du 30 septembre 2014.

Les frais et les dépens de la procédure fédérale sont mis à la charge de l'intimée, qui succombe (art. 66 al. 1, 68 al. 1 et 2 LTF).

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