



POUVOIR JUDICIAIRE

C/9131/2021

ACJC/1002/2024

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU LUNDI 19 AOÛT 2024**

Entre

A _____ **CORP.**, sise c/o B _____, _____ Panama, c/o C _____, _____ (Lichtenstein), appelante d'un jugement rendu par la 17^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 30 juin 2023, représentée par Me Pierluca DEGNI, avocat, DEGNI & VECCHIO, rue du Général-Dufour 12, case postale 220, 1211 Genève 8,

et

D _____, sise _____ [GE], intimée, représentée par Me Pierre-Damien EGGLY, avocat, RVMH AVOCATS, rue Gourgas 5, case postale 31, 1211 Genève 8.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 20 août 2024.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/7787/2023 du 30 juin 2023, le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal) a débouté A_____ CORP. de ses conclusions en paiement prises à l'encontre de [la banque] D_____ (chiffre 1 du dispositif), mis les frais judiciaires, arrêtés à 1'900 fr., à la charge de A_____ CORP. (ch. 2), arrêté les dépens dus par cette dernière à sa partie adverse à 5'501 fr. 96 (sic) TTC et ordonné en conséquence la libération des sûretés du même montant en faveur de D_____ (ch. 3) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).

Ce jugement a été notifié aux parties, soit pour D_____, à la société sise rue 1_____ nos. _____, à Genève.

- B. a.** Par acte expédié à la Cour de justice le 4 septembre 2023, A_____ CORP. forme appel contre ce jugement, dont elle sollicite l'annulation.

Cela fait, elle conclut à ce que D_____ soit condamnée à lui verser 2'694 fr. 06 par an de 2009 à 2019 (soit 2'694 fr. 06 x 11 ans) avec suite d'intérêts à 5% dès le 30 juin de chaque année, ainsi que 130 fr. au titre de frais de poursuites. Subsidiairement, elle sollicite le renvoi de la cause au Tribunal pour nouvelle décision.

La page de garde du mémoire d'appel mentionne comme partie intimée D_____, sise à rue 2_____ no. _____, [code postal] Zurich.

- b.** A la demande de D_____, la Cour a astreint A_____ CORP. à fournir la somme de 3'670 fr. à titre de sûretés en garantie des dépens, par ordonnance du 25 octobre 2023. Dite ordonnance mentionne l'adresse de la banque à Zurich.

Les sûretés ont été versées dans le délai imparti.

- c.** Dans sa réponse, D_____ conclut à l'irrecevabilité de l'appel, en raison d'une désignation inexacte des parties, et, subsidiairement, à son rejet et à la confirmation du jugement attaqué.

Elle produit un extrait du registre du commerce de Zurich concernant l'une de ses succursales.

- d.** A_____ CORP. a répliqué en persistant dans ses conclusions. Elle a expliqué que la mention de l'adresse à Zurich de la banque relevait d'une erreur de plume et l'a rectifiée en indiquant l'adresse à Genève.

Elle a versé au dossier un arrêt, caviardé, rendu par la Cour dans une autre procédure, l'opposant à une autre partie.

e. D_____ a dupliqué et persisté dans ses propres conclusions.

f. Par avis de la Cour du 10 mai 2024, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure.

a. A_____ CORP. (ci-après: A_____) est une société inscrite au registre du commerce panaméen.

b. D_____ (ci-après: D_____ ou la banque) est une société qui poursuit l'exploitation d'une banque, y compris l'exercice à titre professionnel du commerce de valeurs mobilières.

Elle a son siège au rue 1_____ nos. _____, [code postal] Genève et dispose d'une succursale sise rue 2_____ no. _____, [code postal] Zurich.

c. Le 29 mars 2007, A_____ a ouvert un compte auprès de D_____. Selon la documentation contractuelle et les ordres donnés, la relation bancaire a été nouée avec la banque située à Genève.

Le formulaire d'ouverture de compte prévoyait que celui-ci était régi par les conditions générales de la banque, notamment les dispositions relatives au droit applicable et aux juridictions, que le client reconnaissait avoir reçues et qu'il acceptait expressément, ainsi que par toutes autres conditions spécifiques convenues avec la banque et dont le client avait pris connaissance et qu'il avait également acceptées.

d. Le 26 avril 2007, un mandat de gestion de fortune discrétionnaire a été conclu entre les parties sur le compte de A_____ n° 3_____.

Ce mandat a été résilié le 4 novembre 2008.

e. Depuis lors, il n'est pas établi que la banque aurait fourni des conseils à A_____. Les parties sont ainsi restées liées par un contrat *execution only*, ce point n'étant plus disputé en appel.

f. Depuis le 17 mai 2018, le compte de A_____ est en cours de clôture.

g. Au cours de la relation contractuelle, D_____ a perçu des rétrocessions en lien avec des transactions intervenues sur le compte de A_____.

A_____ a, dans sa demande en paiement, chiffré ces rétrocessions à 35'022 fr. 80 entre les années 2009 et 2019. Pour sa part, D_____ a produit un tableau établi par ses soins dont il ressort qu'elle a perçu des rétrocessions pour un total de 35'486 fr. entre les années 2009 et 2020.

h. Les conditions générales de la banque concernant les rétrocessions ont varié au fil du temps.

h.a En 2009, l'art. 12 des conditions générales (CG-2009) prévoyait que, dans le cadre de la relation contractuelle avec le client, la banque pouvait, lors d'achat, de détention ou de vente de produits financiers pour le client, recevoir de tiers des rémunérations, des commissions, des remises, des émissions et autres avantages monétaires ou non monétaires ("*considerations*").

Ces rémunérations ("*considerations*") étaient perçues sur la base d'accords séparés. Leur nature, leur montant et leur calcul variaient en fonction du tiers concerné et de la nature, du volume et de la fréquence des investissements ou des transactions effectués pour le compte du client.

Le client reconnaissait et acceptait que toutes les formes de rémunération que la banque était tenue de lui remettre en vertu de l'art. 400 al. 1 CO ou d'autres dispositions légales, pouvaient, sous réserve de toute convention contraire, être conservées par la banque et considérées comme des revenus supplémentaires pour celle-ci, et renonçait par conséquent au paiement de ces rémunérations ("*considerations*").

Le client renonçait à connaître la nature et le montant exacts de la rémunération ("*consideration*") mais, sur demande, la banque l'informerait de la fourchette de valeur de la rémunération ("*the value range of the consideration*").

h.b En 2012, la clause précitée a été reprise en indiquant, en sus, que la banque informerait, d'une manière adéquate, le client au sujet d'avantages perçus d'un tiers et s'est référée au document "*Remuneration factsheet*", remis en annexe (art. 12 CG-2012).

Cette annexe indiquait que les rémunérations perçues par la banque, calculées selon un pourcentage du volume d'investissement sur une base annuelle, se situaient entre 0% et 1,4% pour certains fonds d'investissement spécialisés, entre 0% et 2.5% pour les produits structurés et pour les produits dérivés "*derivated traded over-the-counter (OTC)*" et entre 0% et 2% pour les émissions d'obligations ("*bond issues*").

h.c En 2016 et 2017, il était stipulé que la banque avait dument informé le client de l'ordre de valeur des avantages perçus de tiers au moyen de la documentation intitulée "*Remuneration and other financial benefits*", que le client confirmait avoir reçue avec la documentation d'ouverture de compte. Sur demande, la banque fournirait au client de plus amples informations sur les avantages perçus.

En outre, le client reconnaissait qu'il ne détenait aucun droit concernant les avantages perçus par la banque dans le cadre d'une relation *Execution only* (art. 12 CG-2016; art. 12 CG-2017).

h.d En 2018, les conditions générales mentionnaient les ordres de grandeur en pourcentages des avantages perçus (art. 12 CG-2018). Il était indiqué que la rémunération pouvait se situer entre 0% et 1.4% du volume investi concernant les fonds d'investissement, entre 0% et 3.5% pour les produits structurés, entre 0% et 2.5% pour les produits dérivés "*derivated traded over-the-counter (OTC)*" et entre 0% et 2% pour les émissions d'obligations ("*bond issuances*").

h.e Enfin, les conditions générales contenaient une clause d'élection de droit suisse et une prorogation de for en faveur des tribunaux du lieu du siège de la banque ou du lieu où le compte était ouvert (art. 36 CG-2009, art. 36 CG-2012, art. 21 CG-2016 et art. 24 CG-2018).

i. Le 18 décembre 2019, A_____ a déposé une réquisition de poursuite contre la banque pour un montant de 77'576 fr. 76 avec intérêts à 5% dès le 18 décembre 2019 correspondant à une créance portant sur les rétrocessions relatives à la relation bancaire n° 3_____.

j. Les parties ont échangé des courriers entre le 27 novembre 2019 et le 12 février 2021 dans le cadre desquels A_____ a demandé à la banque de lui fournir des informations concernant les rétrocessions que cette dernière avait perçues, puis a requis que celle-ci les lui restitue. Pour sa part, la banque a considéré que la restitution des rétrocessions n'était pas due.

D. a. Par acte déclaré non concilié et introduit devant le Tribunal le 25 octobre 2021, A_____ a formé une demande en paiement contre D_____, en indiquant l'adresse de Zurich de celle-ci, concluant à ce que la banque soit condamnée à lui verser 2'694 fr. 06 par an de 2009 à 2019 avec suite d'intérêts à 5% dès le 30 juin de chaque année, ainsi que 130 fr. au titre de frais de poursuites.

Elle fait valoir qu'elle avait droit à la rétrocession des rémunérations perçues par la banque de la part de tiers, vu le devoir de restitution fondé sur l'art. 400 CO, rémunérations à propos desquelles elle n'avait pas reçu d'informations de la part de la banque. Sur le montant des rétrocessions reçues par D_____ entre 2009 et 2019, elle ne réclamait que le montant de 29'634 fr. 66 (soit 2'694 fr. 06 x 11 ans).

b. Par ordonnance du 25 février 2022, le Tribunal a ordonné à A_____ de fournir des sûretés en garantie des dépens d'un montant de 5'501 fr. 96 (sic), lesquelles ont été versées.

c. Dans sa réponse du 6 mai 2022, D_____ a conclu au rejet de la demande de A_____.

La banque a tout d'abord soulevé la prescription d'une partie de la créance invoquée en raison du fait qu'elle portait sur des rétrocessions perçues plus de dix avant la réquisition de poursuite introduite par A_____ le 18 décembre 2019, selon le tableau confectionné par ses soins. Selon elle, toutes les rétrocessions perçues avant le 17 décembre 2009, pour un total de 17'979 fr., étaient ainsi prescrites. D_____ a contesté, par ailleurs, l'obligation de restituer les rétrocessions à sa cliente dans le cadre du contrat *execution only* ayant existé entre les parties pendant la période concernée ; en tout état de cause, A_____ avait valablement renoncé à la restitution de cette rémunération au travers des conditions générales de la banque.

d. Le Tribunal a tenu une audience de débats d'instruction, de débats principaux et de plaidoiries finales le 3 novembre 2022, lors de laquelle il a entendu les parties, dont les déclarations ont été reprises dans la partie EN FAIT ci-dessus, celles-ci ayant ensuite plaidé et persisté dans leurs conclusions respectives.

E. Dans le jugement attaqué, le Tribunal a rectifié d'office, sans autre motivation, l'adresse de la banque intimée en indiquant, sur la page de garde du jugement, l'adresse de la société située à Genève. Il a ensuite retenu qu'après la résiliation du contrat de gestion en novembre 2008, les parties n'étaient plus liées que par un contrat *execution only*. Ainsi les rétrocessions litigieuses, perçues entre 2009 et 2019, avaient été acquises en lien avec des opérations financières qui n'avaient pas été conseillées par la banque. Après avoir rappelé la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral au sujet des rétrocessions perçues dans le cadre d'un mandat de gestion de fortune et la controverse doctrinale sur le fait de savoir si celle-ci s'appliquait également en l'absence de mandat de gestion, le Tribunal a considéré, en se fondant sur une partie de la doctrine, que les rétrocessions perçues sur les transactions décidées et instruites par le client sans incitation de la banque, qui n'avaient pas fait l'objet d'un conseil spécifique (relation *execution only*), n'étaient pas soumises à une obligation de restitution, ce qui conduisait au rejet de la demande.

EN DROIT

1. 1.1 La voie de l'appel est ouverte contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC), dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC), ce qui est le cas en l'espèce.

Interjeté en temps utile et dans la forme prescrite par la loi (art. 130, 131 et 311 al. 1 CPC), l'appel est recevable sous cet angle.

1.2 Les parties ne contestent pas, à juste titre, la compétence des tribunaux genevois et l'application du droit suisse, compte tenu des clauses contractuelles

d'élection de droit suisse et de prorogation de for en faveur des tribunaux du lieu du siège de la banque, situé à Genève (art. 5 al. 1 et 116 al. 1 LDIP).

1.3 La maxime des débats et le principe de disposition sont applicables (art. 55 al. 1 et 58 al. 1 CPC).

1.4 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

2. Les parties produisent des pièces nouvelles en appel.

2.1 Aux termes de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux sont admissibles en appel pour autant qu'ils soient invoqués ou produits sans retard (let. a) et avec la diligence requise (let. b).

Les faits qui sont immédiatement connus du Tribunal ("gerichtsnotorische Tatsachen"), notamment parce qu'ils ressortent d'une autre procédure entre les mêmes parties, constituent des faits notoires qui n'ont pas à être allégués ni prouvés (art. 151 CPC; ATF 143 II 224 consid. 5.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_252/2021 du 8 novembre 2021 consid. 2.3).

Les indications figurant au registre du commerce constituent également des faits notoires (ATF 143 IV 380 consid. 1.1.1; 138 II 557 consid. 6.2).

2.2 En l'espèce, l'appelante produit un arrêt de la Cour rendu dans une autre procédure. Dans la mesure où la décision dont elle se prévaut n'oppose pas les mêmes parties à la présente cause, elle ne saurait contenir des faits notoires. Si les passages en droit peuvent être admis, les faits qui en découlent sont, quant à eux, irrecevables. Quoi qu'il en soit, cette pièce n'est pas pertinente pour l'issue du litige, dans la mesure où l'appelante ne saurait se prévaloir du résultat d'une décision rendue dans une autre affaire, qui présente des circonstances différentes du cas d'espèce.

Pour sa part, l'intimée produit devant la Cour un extrait du registre de commerce de Zurich. Dès lors que les informations qui en ressortent constituent des faits notoires, ils sont recevables sans autre examen.

3. L'intimée soulève l'irrecevabilité de l'appel en raison de la désignation inexacte des parties. Elle soutient que la mention de la banque, avec son adresse à Zurich, ne peut être une erreur de plume et qu'il existe dès lors un risque de confusion sur la réelle personne que l'appelante entend réellement attirer en justice.

3.1 Selon la jurisprudence, la désignation inexacte d'une partie peut être rectifiée par le juge (ATF 142 III 782 consid. 3.2).

La désignation inexacte d'une partie - que ce soit de son nom ou de son siège - ne vise que l'inexactitude purement formelle, qui affecte sa capacité d'être partie,

même si la désignation erronée correspond à un tiers qui existe réellement (ATF 131 I 57 consid. 2.2). Elle peut être rectifiée lorsqu'il n'existe dans l'esprit du juge et des parties aucun doute raisonnable sur l'identité de la partie, notamment lorsque l'identité résulte de l'objet du litige (ATF 142 III 782 consid. 3.2.1; 131 I 57 consid. 2.2; 120 III 11 consid. 1b; arrêts du Tribunal fédéral 4A_655/2018 du 3 octobre 2019 consid. 4; 4A_373/2018 du 13 mars 2019 consid. 2.2.1).

Il a notamment été retenu que tout risque de confusion pouvait être écarté - malgré le fait que la désignation erronée se rapportait à une tierce partie qui existait effectivement - si la partie concernée savait effectivement que les prétentions émises (mentionnées dans la demande de citation en conciliation) ne pouvaient concerner qu'elle-même et non la société mentionnée par erreur (ATF 131 I 57 consid. 2.2; 114 II 335 consid. 3b).

3.2 En l'espèce, la banque intimée a son siège à Genève et une succursale à Zurich. Les deux établissements se nomment à l'identique D_____, de sorte que seule leur adresse respective permet de les distinguer.

Il ressort de la demande en paiement introduite devant le Tribunal qu'en dépit de l'adresse de la succursale de la banque à Zurich mentionnée sur la page de garde, l'appelante entendait faire valoir ses prétentions contre la banque située à Genève, et uniquement contre celle-ci. Elle s'est, en effet, prévalu de la relation bancaire nouée avec cette dernière et s'est systématiquement référée à la banque sise à Genève. C'est d'ailleurs bien celle-ci qui a reçu la demande, qui a comparu personnellement à l'audience de conciliation ainsi qu'à l'audience du 3 novembre 2022 devant le Tribunal, qui a reçu le jugement entrepris et qui s'est déterminée dans le cadre de la procédure d'appel. A aucun moment, il n'a été question de la banque sise à Zurich. Il était ainsi clair dans l'esprit du juge et des parties que la demande était dirigée contre la banque de Genève, ce que celle-ci a du reste reconnu dans ses écritures déposées devant la Cour, et raison pour laquelle le Tribunal a rectifié d'office l'adresse de la banque sur la page de garde de son jugement.

Le fait que l'appelante ait indiqué une nouvelle fois l'adresse zurichoise de la banque sur son acte d'appel ne suffit pas à créer un risque de confusion. A cet égard, il sied de relever qu'à aucun moment avant le dépôt de l'appel, les parties n'ont été rendues attentives à la désignation inexacte de la banque. Ce vice de forme n'a jamais été soulevé ni débattu en première instance et le Tribunal l'a rectifié d'office sans aucune indication dans la motivation de son jugement. Aucun autre élément ne permet de penser que l'appelante entendait diriger ses prétentions contre la succursale de Zurich. La banque de Genève a d'ailleurs continué, à juste titre, à participer, seule, à la procédure d'appel.

Le fait que l'arrêt du 25 octobre 2023 mentionne sur sa page de garde l'adresse à Zurich ne permet pas non plus de retenir un risque de confusion, dans la mesure où la Cour s'est limitée à statuer sur la demande de sûretés en garantie des dépens, non contestée dans son principe, sans examiner le fond du litige et sans que la question d'une désignation inexacte des parties ne soit évoquée. La Cour a par conséquent repris, dans cet arrêt, l'adresse de l'intimée telle qu'elle figurait sur la page de garde de l'appel.

Ainsi, les circonstances d'espèce et l'objet du litige ne laissent aucun doute raisonnable sur l'identité de la partie intimée, de sorte que la désignation inexacte de l'adresse de l'intimée peut être rectifiée.

L'appel est, par conséquent, recevable.

4. Dans un grief d'ordre formel, l'appelante se plaint d'une violation du devoir de motivation de la part du Tribunal, lequel a rejeté ses prétentions au moyen d'une argumentation qu'elle considère lapidaire.

4.1 Le droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 Cst, implique pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision, dont le respect doit être examiné en premier lieu et avec une pleine cognition (ATF 124 I 49 consid. 1).

Pour respecter son obligation de motiver, le juge doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. L'autorité n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1). Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 142 III 433 consid. 4.3.2; 142 II 154 consid. 4.2; 141 IV 249 consid. 1.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_17/2020 du 20 mai 2020 consid. 3.2.1 et les références citées).

La jurisprudence admet qu'un manquement au droit d'être entendu puisse être considéré comme réparé si la partie concernée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de seconde instance disposant d'un pouvoir de cognition complet en fait et en droit (ATF 145 I 167 consid. 4.4) et, lorsqu'il s'agit d'un vice grave, si le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure, incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa cause soit tranchée dans un délai raisonnable (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1; 137 I 195 consid. 2.3.2; 136 V 117 consid. 4.2.2.2 et les arrêts cités).

4.2 En l'espèce, l'appelante reproche au Tribunal d'avoir écarté l'application de l'art. 400 CO et, partant, d'avoir rejeté le devoir de restitution du mandataire qui en

découle, sans se prononcer de manière exhaustive sur les raisons ayant fondé sa décision.

Dans ses considérants en droit, le Tribunal a commencé par exposer que la question de l'obligation de restitution des rétrocessions par le mandataire dans le cadre d'un contrat *execution only* en application de l'art. 400 CO n'avait pas été tranchée par le Tribunal fédéral et faisait l'objet d'une controverse doctrinale, une partie de la doctrine estimant que le mandataire était tenu à restitution, tandis qu'une autre partie de la doctrine contestait le devoir de restitution, citant à cet égard des passages de doctrine. Dans son application au cas d'espèce, l'on comprend que le Tribunal s'est rallié au courant doctrinal selon lequel il n'existe pas un devoir de restitution des rétrocessions perçues sur des transactions décidées par le client sans incitation de la banque (soit en cas d'*execution only*). Ce faisant, le Tribunal a implicitement fait siens les arguments développés par cette partie de la doctrine, qu'il avait préalablement citée ; cela est suffisant et il n'avait pas l'obligation de les discuter de manière exhaustive.

Les différents considérants de la décision suffisent ainsi à comprendre la motivation du jugement, permettant à l'appelante de critiquer l'argumentation du premier juge, ce qu'elle a d'ailleurs fait. Partant, aucune violation du droit d'être entendue de l'appelante n'a été commise.

Une éventuelle violation, qui en l'espèce ne serait pas d'une gravité particulière, pourrait, quoi qu'il en soit, être réparée devant la Cour, qui dispose d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit et devant laquelle l'appelante a pu s'exprimer librement sur ce point, de sorte qu'elle serait sans conséquence.

Ce grief sera donc rejeté.

5. L'appelante reproche au Tribunal d'avoir mal appliqué l'art. 400 CO en considérant que le devoir de restitution du mandataire ne s'appliquait pas pour des rémunérations perçues dans le cadre d'un contrat *execution only*.

5.1.1 Les arrêts de principe du Tribunal fédéral sur l'obligation de restituer les rétrocessions concernaient la gestion de fortune (ATF 143 III 348; 138 III 755; 137 III 393; 132 III 460). Le Tribunal fédéral a expressément laissé ouverte la question portant sur l'obligation de restitution des rétrocessions dans le cadre d'une relation «*execution only*» (arrêts du Tribunal fédéral 4A_496/2023 du 27 février 2024 consid. 4.2; 4A_601 /2021 du 8 septembre 2022 consid. 7.2).

Cette dernière question reste controversée en doctrine; dans l'affirmative: EMMENEGGER/DOBELI, Bankgeschäfte nach der Krise: Safer, simpler, fairer?, SZW 2018, p. 639 ss, p. 649; probablement aussi SCHMID, Retrozessionen und Anlagefonds, Jusletter du 21 mai 2007, n. 45 ss ; opposés notamment : OSER/WEBER, in : Basler Kommentar, Obligationenrecht, Vol. I, 7e éd. 2020,

n. 14a ad art. 400 CO; PREISIG, Interessenwahrung und Ablieferungspflicht im Bankgeschäft, Jusletter du 9 septembre 2013 n. 15 s. ; KUHN/SCHLUMPF, Die Pflicht zur Herausgabe von Bestandespflegekommissionen, ZBJV 5/2013 p. 436 ff, 454 ; GEHRER CORDEY/GIGER, in : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3e éd. 2016, n. 12c ad art. 400 CO (arrêt du Tribunal fédéral 4A_601/2021 du 8 septembre 2022 consid 7.2).

Cette question a par ailleurs donné lieu à des décisions cantonales divergentes. Le *Handelsgericht* de Zurich a retenu que le devoir de restitution prévu à l'art. 400 CO s'appliquait également au rapport *execution only* (HG210223-O du 21 juin 2023. Ce point de vue n'est en revanche pas partagé à St-Gall (HG.2018.11 du 12 septembre 2019 consid. III. 3).

5.1.2 D'un point de vue juridique, la relation *execution only* peut être subdivisée en une relation de compte-dépôt et une relation de commission pour les opérations boursières régie par les art. 425ss CO, lesquels renvoient aux règles du mandat (art. 425 al. 2 CO; arrêts du Tribunal fédéral 4A_354/2020 du 5 juillet 2021 consid. 3.1; 4A_599/2019 du 1er mars 2021 consid. 4).

Dans le contrat de simple compte/dépôt bancaire (*execution only*), la banque s'engage uniquement à exécuter les instructions ponctuelles d'investissement du client, sans être tenue de veiller à la sauvegarde générale des intérêts de celui-ci. Les devoirs d'information, de conseil et d'avertissement de la banque découlant des obligations de diligence et de fidélité ancrées dans les règles du mandat sont ici plus faibles (arrêts du Tribunal fédéral 7B_24/2023, 7B_25/2023 du 22 février 2024 consid. 3.3.2; 4A_54/2017 du 29 janvier 2018 consid 5.1.4 et les références citées).

5.1.3 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. 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 143 III 348 consid. 5.1.1; 139 III 49 consid. 4.1.2; 138 III 755 consid. 4.2 et 5.3).

Le mandataire est ainsi tenu de restituer non seulement ce qu'il a reçu du mandant, ou ce qu'il a lui-même créé (résultat direct du mandat), mais également ce qu'il a reçu de tiers, y compris les avantages indirects, telles que les rétrocessions, lorsqu'ils sont intrinsèquement liés au mandat (comme résultat indirect de

l'exécution du mandat) (ATF 143 III 348 consid. 5.1.2 et les références citées; 138 III 755 consid. 4.2; 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 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. 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 143 III 348 consid. 5.1.2 ; 138 III 755 consid. 5.3).

5.1.4 Le devoir de restituer de l'art. 400 al. 1 CO est de nature dispositive. Une renonciation par le mandant n'est cependant 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; 132 III 460 consid. 4.2 et les références citées; arrêt du Tribunal fédéral 4A_355/2019 du 13 mai 2020 consid. 3.1).

Selon la jurisprudence rendue en matière de gestion de fortune, 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). 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 et les références citées; arrêt du Tribunal fédéral 4A_355/2019 du 13 mai 2020 consid. 3.1).

5.2 En l'espèce, il n'est plus contesté que les rétrocessions litigieuses ont été perçues dans le cadre d'un contrat *execution only*.

La question controversée de savoir s'il existe en principe une obligation de restituer les rétrocessions également dans le rapport *execution only* peut en l'état rester indécise au vu des développements qui vont suivre.

En acceptant les conditions générales, l'appelante a renoncé au paiement des rétrocessions. Il convient dès lors d'examiner si cette renonciation était valable, ce que l'appelante conteste, motif pris qu'elle ne disposait pas d'informations suffisantes.

A titre liminaire, il sied de relever que les exigences jurisprudentielles relatives au devoir d'information sur les rétrocessions dont se prévaut l'appelante ont été développées en relation avec la gestion de fortune et ne sauraient être transposées telles quelles dans le cadre d'un contrat de simple compte/dépôt bancaire ("*execution only*"), compte tenu des différences entre ces deux types de contrats et des prestations fournies. En effet, dans une relation de simple exécution, le devoir d'information de la banque est bien plus faible, cette dernière n'étant pas tenue d'assurer la sauvegarde générale des intérêts du client. Par ailleurs, le client gère lui-même son patrimoine, détermine seul les investissements qu'il souhaite effectuer ainsi que tous les paramètres de la transaction, de sorte que la banque n'est pas susceptible d'être placée dans un conflit d'intérêts et n'est pas en mesure de savoir quelles transactions vont être effectuées ni, partant, de calculer de manière complète et précise les rémunérations indirectes susceptibles d'être perçues.

Dans le cas présent, les conditions générales de 2009 et 2012 étaient accompagnées d'un courrier explicatif attirant expressément l'attention des clients de la banque, dont l'appelante, sur la nouvelle teneur de l'art. 12 relatif aux rétrocessions.

Aux termes de l'art. 12 CG-2009, l'appelante reconnaissait avoir été informée de la perception de rétrocessions par la banque, renonçait à la restitution de ces rémunérations et pouvait, en tout temps, s'adresser à l'intimée pour qu'elle lui communique une fourchette de valeur quant aux rémunérations perçues. Ladite disposition précisait que cette forme de rémunération devait en principe être remise au client en vertu de l'art. 400 CO et que la renonciation par le client pouvait faire l'objet d'une convention contraire. Quoi qu'en dise l'appelante, elle pouvait aisément comprendre, à la lecture de cette disposition, qu'il s'agissait d'une rémunération devant en principe lui revenir, à laquelle elle renonçait ; elle n'a jamais sollicité d'information à ce sujet.

A partir de 2012 (CG-2012), les pourcentages de la rémunération indirecte perçue par la banque ont été expressément indiqués par catégorie de produits et

communiqués à l'appelante au moyen d'une documentation séparée ("*Remuneration factsheet*" ou "*Remuneration and other financial benefits*"), avant d'être directement intégrés dans les conditions générales dès 2018 (art. 12 CG-2018).

Au vu des informations fournies, l'appelante avait connaissance du mode de calcul et de l'ordre de grandeur des rétrocessions perçues en fonction des différents produits. En utilisant les fourchettes indiquées, elle pouvait ainsi se rendre compte du coût de chaque catégorie de produits et pouvait librement décider d'effectuer des opérations ou non. Les fourchettes indiquées par l'intimée, souvent comprises entre 0% et 2.5%, étaient suffisamment précises pour permettre un calcul pertinent, incluant le montant maximal que pouvait percevoir la banque. Les informations transmises apparaissent ainsi suffisantes pour saisir l'ampleur des rétrocessions et, par conséquent, la portée de la renonciation.

Enfin, le fait que les fourchettes de valeurs n'aient pas été clairement indiquées en 2009 ne porte pas à conséquence dans la mesure où, quand elle en a été informée en 2012, l'appelante n'a pas pour autant révoqué sa renonciation. Elle ne saurait en conséquence se prévaloir, de bonne foi, de ce fait.

Dès lors, il y a lieu d'admettre que l'appelante a valablement renoncé au paiement des rétrocessions.

En conséquence, l'appel s'avère infondé et sera rejeté.

6. Les frais judiciaires d'appel seront mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Ils seront arrêtés à 3'000 fr. (art. 17 et 35 RTFMC) et partiellement compensés avec l'avance fournie par cette dernière, à hauteur de 1'800 fr., qui demeure acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). L'appelante sera en conséquence condamnée à verser 1'200 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, à titre de solde des frais judiciaires.

L'appelante sera, en outre, condamnée aux dépens d'appel de l'intimée, fixés à 3'670 fr., débours et TVA compris (art. 84, 85 et 90 RTFMC). La libération des sûretés sera ordonnée à concurrence du même montant en faveur de D_____.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 4 septembre 2023 par A_____ CORP. contre le jugement JTPI/7787/2023 rendu le 30 juin 2023 par le Tribunal de première instance dans la cause C/9131/2021.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais d'appel :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 3'000 fr., les met à la charge de A_____ CORP. et dit qu'ils sont partiellement compensés avec l'avance de frais versée par cette dernière, qui demeure acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ CORP. à verser à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, 1'200 fr. à titre de solde des frais judiciaires.

Fixe les dépens dus à D_____ à 3'670 fr., débours et TVA compris (art. 84, 85 et 90 RTFMC) et ordonne en conséquence la libération des sûretés du même montant en faveur de cette dernière.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Madame Pauline ERARD, Madame Paola CAMPOMAGNANI, juges; Madame Sophie MARTINEZ, greffière.

Indication des voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF inférieure à 30'000 fr.