

Gestion de fortune

Qui est responsable pour la période antérieure au transfert du contrat ?

Par Philipp Fischer le 8 mai 2019

Le 30 janvier 2019, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt qui traite de l'allocation des responsabilités en cas de transfert d'un contrat de gestion de fortune (arrêt [4A 359/2018](#) du 30 janvier 2019).

La situation factuelle peut être résumée comme suit :

- le 5 mai 2003, le client C conclut un contrat de gestion de fortune avec le gérant A (personne physique) ;
- le 10 octobre 2008, A incorpore la société I SA, dont le capital-actions est contrôlé par A. I SA agit désormais en qualité de gérant de fortune de C ;
- à une date non spécifiée dans l'arrêt (mais probablement antérieure au 28 décembre 2015), le client C met un terme au contrat de gestion de fortune.

Deux phases peuvent ainsi être distinguées : la Phase 1 (2003 – 9 octobre 2008 : le gérant de fortune est A) et la Phase 2 (10 octobre 2008 – 2015 : le gérant de fortune est I SA).

En substance, C se plaint d'actes de mauvaise gestion intervenus durant la Phase 1 et intente action contre A (personne physique). Ce dernier conteste sa légitimation passive au motif que le transfert de la relation contractuelle en octobre 2008 aurait entraîné la reprise des droits et obligations de A par I SA avec effet *ex tunc* à la date de début de la relation contractuelle (*rückwirkende Vertragsübernahme*). Si le raisonnement de A était suivi, le défendeur de l'action initiée par le client C devrait être I SA (et non pas A).

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral analyse en détail les circonstances du « transfert » de la relation contractuelle en octobre 2008. En premier lieu, le Tribunal fédéral constate que l'accord des parties (soit le client C, A et I SA) porte sur un véritable transfert de contrat (par opposition à une transaction structurée sous la forme d'une résiliation du contrat passé avec A, suivie de la conclusion d'un nouveau contrat avec I SA).

Le Tribunal fédéral analyse ensuite si l'accord des parties porte sur un transfert « limité (dans le temps) » (effet *ex nunc* à compter de la date du transfert) ou « illimité (dans le temps) » (effet *ex tunc* à compter du début du contrat). Selon le Tribunal fédéral, le gérant A devait comprendre

que le client C souhaitait un maintien inchangé des termes du mandat de gestion, sous l'unique réserve d'un changement de cocontractant. Ainsi, le client C ne pouvait pas s'attendre à ce que ce transfert entraîne une limitation de responsabilité implicite. Or, admettre que le transfert déploie un effet *ex tunc* reviendrait à décharger la personne physique A de toute responsabilité pour la Phase 1. Le Tribunal fédéral retient donc que le transfert du contrat est intervenu avec effet *ex nunc*. Il en découle que A dispose de la légitimation passive s'agissant des obligations afférentes à la Phase 1.

Cet arrêt peut notamment donner lieu aux observations suivantes :

En premier lieu, l'on peut rappeler qu'un « transfert » (au sens non technique du terme) de contrat peut intervenir sous la forme de la résiliation de la relation avec la contrepartie initiale et la conclusion d'une nouvelle relation avec la seconde contrepartie. Cette alternative est, par exemple, utilisée lorsque le transfert d'un portefeuille de relations bancaires est structuré sous la forme d'un *referral arrangement*.

Le véritable transfert de contrat (*Vertragsübernahme*) entraîne le transfert de l'intégralité du rapport contractuel d'une partie contractante à un repreneur. Il s'agit d'un *contrat sui generis*, qui n'est pas une simple combinaison d'une cession de créance ([art. 164 ss CO](#)) et d'une reprise de dette ([art. 175 ss CO](#)) (cf. notamment l'arrêt du TF [4A 30/2017](#) du 4 juillet 2017, c. 4.1). L'arrêt commenté ici rappelle la différence entre le transfert « illimité (dans le temps) » et le transfert « limité (dans le temps) » : il y a « transfert illimité (dans le temps) » lorsque le repreneur prend la place du transférant également pour la période qui a précédé le transfert. À l'inverse, dans le cas d'un « transfert limité (dans le temps) », le repreneur ne remplace le transférant que pour la période postérieure au transfert. En pratique, le sort des obligations nées avant le transfert, mais dont les effets perdurent après le transfert, donne fréquemment lieu à des dispositions sophistiquées dans le contrat de transfert.

S'agissant de la nécessité d'obtenir le consentement de la tierce partie, l'on peut relever ce qui suit :

- En principe, le transfert de contrat présuppose l'accord des trois parties concernées, soit le transférant, le repreneur et la tierce partie.
- Le droit suisse connaît toutefois l'institution du « transfert de patrimoine » au sens des [art. 69 ss LFus](#). Malgré l'affirmation contraire contenue dans le [Message à l'appui de la LFus](#) (cf. [FF 2000 4098](#), qui discute toutefois les effets de la scission, et non pas du transfert de patrimoine), la doctrine majoritaire considère aujourd'hui que les contrats liés au patrimoine transféré *passent automatiquement* au reprenant avec l'inscription du transfert de patrimoine au Registre du commerce. Le transfert de contrat s'opérerait ainsi sans le consentement préalable de la tierce partie. À noter que cette question n'a pas encore été tranchée par le Tribunal fédéral.
- Certains auteurs considèrent toutefois que le principe du transfert automatique en cas de transfert de patrimoine au sens de la [LFus](#) ne s'applique pas (i) aux contrats dont le CO soumet le transfert à des conditions spécifiques (p. ex. l'[art. 263 CO](#) s'agissant du contrat de bail), (ii) aux contrats conclus *intuitu personae* et (iii) aux contrats qui contiennent une clause de non-cessibilité. Par ailleurs, s'agissant des rapports de travail, l'[art. 76 LFus](#) renvoie au système spécifique prévu à l'[art. 333 CO](#).

- À noter encore que le transfert de relations contractuelles soumises à un secret professionnel (p. ex. le secret bancaire) présuppose en principe le consentement préalable du client, même lorsque ce transfert s'opère dans le cadre d'un transfert de patrimoine au sens de la LFus. Dans un tel cas de figure, le consentement de la tierce partie (*in casu* le client) porte sur la levée du secret bancaire en faveur du repreneur, et non pas sur le transfert de la relation contractuelle.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Philipp Fischer, Qui est responsable pour la période antérieure au transfert du contrat ?, publié le 8 mai 2019 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://cdbf.ch/1063/>