



Frank Gerhard / Guy Deillon*

M&A bancaire: Transfert de portefeuilles de clients de banques privées



Table des matières

- I. Introduction
- II. Structure des transactions bancaires
 - 1. *Share Deals*
 - 1.1 Mise en œuvre
 - 1.2 Prix
 - 1.3 Conditions spécifiques à l'exécution
 - 1.4 Interactions avec les autorités
 - 2. *Asset Deals*
 - 2.1 Transfert à titre individuel
 - 2.2 Transfert de patrimoine au sens de la LFus
 - a. Succession universelle partielle
 - b. Patrimoine à transférer
 - c. Transfert des contrats
 - d. Moment du transfert
 - 2.3 Prix
 - 2.4 Conditions spécifiques à l'exécution
 - 2.5 Interactions avec les autorités
 - 2.6 Cession de patrimoine au sens de l'article 181 CO
 - a. Champ d'application
 - b. Avantages
 - c. Inconvénients
- III. Consentement des clients
 - 1. Consentement à la transmission de données protégées
 - 1.1 Au stade de la *due diligence*
 - 1.2 Au stade de l'exécution
 - 2. Consentement au transfert de la relation contractuelle
 - 2.1 En cas de fusion ou de transfert de patrimoine au sens de la LFus
 - 2.2 Dans les autres cas
 - 2.3 Transfert des droits de rétention de la banque transférante
- IV. Conclusion

I. Introduction

La crise bancaire et financière de 2007–2010 a profondément modifié le paysage bancaire mondial. La méfiance envers les institutions bancaires et financières n'a pas épargné la Suisse. De surcroît, les démêlés judiciaires de certains établissements helvétiques avec le *Département of Justice* des Etats-Unis en relation avec les avoirs de clients non déclarés fiscalement (en particulier l'ampleur

des sanctions prononcées ou anticipées)¹ ont contribué à refroidir les vellétés de rapprochement et de consolidation entre instituts bancaires. Néanmoins, les événements qui ont suivi la crise de 2007–2010 poussent les banques suisses (et en particulier les banques privées²) à envisager de nouveaux rapprochements afin d'atteindre une taille critique leur permettant de maintenir leur rentabilité^{3,4}. En effet, les modifications législatives et réglementaires post-crise, à savoir les nouvelles exigences en

¹ Le Conseil fédéral et le département américain de la justice (*DoJ*) ont signé le 29 août 2013 une déclaration commune (*Joint Statement*) permettant aux banques de régler leur différend fiscal avec les Etats-Unis. Le *DoJ* publiait parallèlement un programme dans le cadre duquel les banques concernées pouvaient, selon leur propre situation, demander au *DoJ* un accord de non-poursuite (*non-prosecution agreement*) ou une confirmation de non-cible (*non-target letter*). Le programme américain est ouvert à toutes les banques suisses et est échelonné dans le temps. Sont exclues de ce programme les banques contre lesquelles le *DoJ* a déjà ouvert des enquêtes pénales (catégorie 1). Les banques de catégorie 2, à savoir celles qui doivent partir du principe qu'elles ont vraisemblablement enfreint le droit américain, pouvaient demander un accord de non-poursuite au *DoJ* avant le 31 décembre 2013 au plus tard. Elles devaient livrer des informations au *DoJ* sur leurs relations avec des clients U.S., sans toutefois devoir préciser de noms. Les établissements de catégorie 2 devront en outre s'acquitter d'une amende dont le montant sera défini sur la base de la valeur totale des actifs U.S. non déclarés ainsi que de la date d'ouverture de ces comptes. Pour satisfaire à leurs obligations en matière de livraison d'informations, les banques peuvent demander au Conseil fédéral une autorisation spéciale en vertu de l'art. 271 CP. Les banques estimant ne pas avoir enfreint le droit fiscal américain (catégories 3 et 4) avaient un délai courant initialement entre le 1^{er} juillet et le 31 octobre 2014 pour demander une lettre de confirmation de non-cible auprès du *DoJ*. A ce jour (15 février 2015) et à notre connaissance, aucune amende n'a encore été infligée à une banque de catégorie 2.

² Par banque privée, nous entendons les établissements proposant des services financiers personnalisés et sophistiqués de gestion de fortune à des clients détenant un patrimoine net important.

³ Cf. déjà en 2010 l'étude de KPMG, *Defining the Future of Swiss Private Banking*, 2010, 7 (<http://www.ifb.unisg.ch/~media/internet/content/dateien/instituteundcenters/ifb/services/forschungss tudien/def%20the%20future%20of%20swiss%20private%20banking2010.pdf>) et ROMEO CERUTTI/URS ROHNER, *Ausgewählte Rechtsfragen beim Erwerb von Banken in der Schweiz*, in: Oertle/Wolf/Breitenstein/Diem (édit.), *Recht und Wirtschaft in der Praxis*, Liber Amicorum für Rudolf Tschäni, Zurich/Saint-Gall 2010, 37 ss.

⁴ A la date d'impression de cet article, le dernier rapprochement entre banques privées suisses était la reprise des relations clientèle et des collaborateurs de Bank La Roche & Co AG à Bâle par Notenstein Privatbank AG à St. Gall, annoncée par les parties le 13 février 2015 (<https://www.nostenstein.ch/fr/news/medienmitteilungen/fusion-des-activites-de-notenstein-banque-privee-sa-et-de>).

* Frank Gerhard, docteur en droit, avocat, LL.M. et Guy Deillon, avocat, tous deux Homburger AG, Zurich.

matière de fonds propres, le renforcement des règles de *compliance*, la fin annoncée du secret bancaire, respectivement l'introduction de l'échange automatique d'informations dans les relations transfrontalières⁵ d'une part, ainsi que l'environnement de taux d'intérêts négatifs et, tout récemment, l'abandon par la BNS du taux de change plancher entre le CHF et l'EUR d'autre part ont fortement entamé le niveau de revenus des banques privées tout en augmentant leurs coûts d'infrastructure.

II. Structure des transactions bancaires

En raison des développements mentionnés en introduction, la structure des transactions a évolué ces dernières années. Si jusqu'en 2010 les transactions bancaires prenaient le plus souvent la forme d'acquisitions du capital-actions de la cible ou de fusion avec cette dernière (*Share Deals*), à l'heure actuelle, nous constatons que les transactions sont en règle générale structurées de telle manière que la banque transférante et la banque reprenante définissent ensemble le périmètre des actifs et des passifs transférés (*Asset Deals*)⁶: par exemple, les parties peuvent convenir de reprendre un portefeuille de clients d'une région géographique déterminée ou d'exclure certains clients à risques pré-définis ou ne correspondant pas au profil recherché par l'acheteur.

1. *Share Deals*

1.1 Mise en œuvre

Lors de transactions sous forme de transfert d'actions, le capital-actions de la banque «transférée» passe du vendeur à l'acheteur, que ce soit par le biais d'un contrat de vente ou d'une offre publique d'achat ou d'échange si la cible est une société cotée. Mis à part le transfert de propriété, il n'y a aucun changement pour la banque «transférée» qui maintient à la fois sa structure, ses autorisations prudentielles et l'entier de ses relations contractuelles (sous réserve d'éventuelles clauses dites de changement de contrôle). En cas de fusion (soit par absorption, soit par combinaison), l'entité survivante ou la nouvelle entité, respectivement, reprend de par la loi l'ensemble des actifs et passifs ainsi que les relations contractuelles de la banque «reprise». D'un point de vue transactionnel tout d'abord, tant le transfert d'actions que la fusion présentent ainsi les avantages de l'efficacité

(absence ou automatisme des transferts d'actifs, passifs et contrats) et de la simplicité d'exécution. De plus, pour le ou les actionnaires qui procèdent à la vente de la banque transférée, ces mécanismes de transfert offrent également l'avantage non négligeable de définir clairement le moment du transfert des risques et des responsabilités. D'un point de vue opérationnel ensuite, ces mécanismes présentent l'avantage pour le vendeur de pouvoir se séparer des activités indésirables *uno actu* (sous réserves des garanties données) sans devoir s'occuper de la liquidation des opérations bancaires, ce qui représente le plus souvent un exercice complexe, coûteux et de longue haleine. Enfin, d'un point de vue fiscal, le transfert d'actions présente l'avantage que le produit de la vente parvient directement en mains du vendeur et sera en principe franc d'impôts, sous réserve notamment d'un cas de liquidation partielle indirecte⁷. En cas de transfert d'actifs et de passifs, le produit de la vente devra encore être remonté vers l'actionnaire depuis l'entité venderesse, ce qui le plus souvent ne se fera pas sans friction fiscale.

Comme indiqué, la méthode du transfert d'actions est actuellement concurrencée par le transfert d'actifs et passifs, mais reste en vogue lorsque la cible est une banque cotée en bourse, lorsque l'acheteur ne dispose pas d'une autorisation bancaire en Suisse, lorsque la cible est suffisamment petite et que les risques sont minimes ou facilement quantifiables, ou lorsque la cible est détenue par une mère suffisamment solide financièrement pour assumer vis-à-vis de l'acheteur les risques du passé⁸.

1.2 Prix

Le prix de vente d'une entité peut être calculé et structuré d'innombrables manières. Il peut correspondre aux fonds propres, respectivement à la valeur nette comptable (*net asset value*), à un multiple du bénéfice avant intérêts, impôts, dépréciation et amortissement (*EBITDA multiple*), en une combinaison de ces deux facteurs, etc. les parties étant libres de fixer le prix du transfert. Cependant, le secteur bancaire, en particulier le secteur de la banque privée, n'est pas une industrie comme les autres. Une banque privée traditionnelle⁹ réalise une

⁵ En particulier la reprise des standards de l'OCDE relatifs à l'assistance administrative en matière fiscale, conformément à l'art. 26 du Modèle de convention de l'OCDE, décidée par le Conseil fédéral le 13 mars 2009 (<https://www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/index.html?lang=fr&msg-id=25863>).

⁶ Pour les données statistiques, cf. TINO GABERTHÜEL, Auswirkungen der Finanzkrise auf M&A-Transaktionen im Bankensektor, in: Tschäni (éd.), Mergers & Acquisitions XVII, Zurich/Bâle/Genève 2015, 187 ss, 191.

⁷ Pour les personnes physiques, les gains en capital réalisés lors de l'aliénation d'éléments de la fortune privée ne sont pas, sous réserve d'exceptions, imposables (art. 16 al. 3 LIFD et art. 7 al. 4 let. b LHID); les personnes morales bénéficieront de l'exemption de participation en cas de vente de participation qualifiée (art. 69-70 LIFD et art. 28 LHID).

⁸ Par exemple, la vente de BSI SA par le groupe Generali à Banco BTG Pactual, annoncée le 14 juillet 2014 pour CHF 1.5 mia, s'est faite sous la forme d'un *Share Deal*. Selon l'annonce, BSI est une banque privée suisse avec CHF 90 mia d'avoirs sous gestion, 2'000 employés et 400 conseillers à la clientèle avec des bureaux en Suisse, en Europe, en Amérique latine, à Hong Kong et à Singapour. BSI a choisi de participer au programme américain dans la catégorie 2 selon le *Joint Statement* du 29 août 2013.

⁹ Bien entendu, les revenus d'une banque privée peuvent aussi provenir de l'activité de crédit ou de l'activité de trésorerie, mais nous

grande partie de ses revenus sur la base des actifs sous gestion de ses clients (*assets under management*), actifs qui, à l'exception des dépôts, ne figurent pas au bilan de la banque. Le montant des actifs sous gestion ainsi que le rapport coûts/revenus (*cost/income ratio*) sont des facteurs permettant de calculer relativement aisément la valeur et la rentabilité d'une banque et l'on constate que le prix de vente consiste souvent en un pourcentage donné des actifs sous gestion de l'entité bancaire reprise; ce pourcentage peut varier selon la qualité des actifs sous gestion (selon le type de mandat conféré à la banque: *discretionary, advisory, execution only*). Souvent, ce montant, appelé *goodwill*, est combiné avec la valeur (ou un certain pourcentage de cette valeur) des actifs nets/fonds propres de la banque reprise (notamment si celle-ci possède un portefeuille de crédit, un parc immobilier ou des infrastructures importantes). Les parties peuvent aussi convenir d'un *earn-out* qui conduit à un ajustement de prix, par exemple basé sur l'évolution des actifs sous gestion durant une période déterminée après le *closing*¹⁰. En effet, l'une des préoccupations de l'acheteur est de s'assurer que les clients ne quitteront pas la banque à la suite de la transaction, et que, si tel devait être le cas, le prix payé pour l'acquisition de la clientèle soit ajusté afin de ne pas prendre en compte les clients qui auraient quitté l'établissement à la suite de la transaction. L'ajustement peut également prendre en compte l'exclusion de clients par la banque reprenante après l'exécution de la transaction en raison du fait que ceux-ci ne respecteraient pas, par exemple, les standards de *compliance* (notamment conformité avec les lois anti-blanchiment ou fiscales) plus élevés ou différents de la banque reprenante. Selon notre expérience cet ajustement a lieu en général environ une année après l'exécution de la transaction.

1.3 Conditions spécifiques à l'exécution

L'exécution d'une transaction est en règle générale soumise à des conditions suspensives ou résolutoires. Les transactions entre établissements bancaires peuvent être soumises à des conditions particulières relatives à la nature même des activités bancaires et des cultures parfois différentes entre établissements. La banque reprenante peut notamment exiger que la transaction soit soumise à la condition suspensive que ses standards de *compliance* soient respectés pour l'ensemble de la clientèle de la banque cible et que les relations avec les clients qui ne satisferaient pas à ses standards soient résiliées avant l'exécution de la transaction. De même, en raison du risque de voir les clients quitter la banque cible avant l'exécution de la transaction, il est envisageable que l'exécution soit soumise à la condition résolutoire qu'un pourcentage

donné des actifs sous gestion à la signature soient toujours gérés par la banque cible au moment de l'exécution. Dans un *Share Deal*, cette demande peut paraître légitime dès lors que la banque reprenante reprend toute l'infrastructure de la banque cible et les coûts y afférents. Enfin, en raison des démêlés judiciaires avec le *Department of Justice* il n'est pas exclu qu'une transaction dans laquelle la banque cible a choisi de participer au programme américain dans la catégorie 2 selon le *Joint Statement* du 29 août 2013, soit soumise à la condition suspensive de la conclusion d'un accord de non-poursuite (*non-prosecution agreement*) entre la banque cible et le *Department of Justice*.

1.4 Interactions avec les autorités

En application de l'article 3 al. 5 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB), toute personne qui envisage de détenir, ou de cesser de détenir, directement ou indirectement, une participation d'au moins 10 pour cent du capital ou des droits de vote, ou qui de toute autre manière peut exercer une influence notable sur la gestion d'une banque organisée selon le droit suisse, est tenue d'en informer préalablement l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA. Ce devoir d'information vaut également lorsqu'elle envisage d'augmenter ou de diminuer une telle participation et que ladite participation atteint ou dépasse les seuils de 20, 33 ou 50 pour cent du capital ou des droits de vote, ou descend en dessous de ceux-ci. Le processus d'annonce est clairement défini, les formulaires étant disponibles sur internet¹¹. Ce devoir d'annonce incombe également à la banque elle-même dès qu'elle a connaissance d'un transfert d'actions soumis à notification, mais au moins une fois par année (art. 3 al. 6 LB).

Strictement, un changement de contrôle doit donc être annoncé, mais n'est pas conditionné par l'approbation de la FINMA. Cependant, l'article 3 al. 1 LB prévoit qu'une banque ne peut commencer son activité qu'après en avoir obtenu l'autorisation de la FINMA; entre autres, l'article 3 al. 2 let. c^{bis} prévoit que l'autorisation est accordée lorsque les personnes physiques ou morales qui détiennent dans une banque, directement ou indirectement, au moins 10 pour cent du capital ou des droits de vote, ou qui de toute autre manière peuvent exercer une influence notable sur la gestion de la banque (participation qualifiée), donnent la garantie que leur influence n'est pas susceptible d'être exercée au détriment d'une gestion prudente et saine de la banque. Ainsi, la FINMA pourrait théoriquement suspendre l'exercice des droits de vote attachés aux actions ou parts détenues par des actionnaires

partons ici du principe que l'activité de commissions constitue la source principale de revenus.

¹⁰ Cf. sur l'ajustement de prix *post-closing*, CERUTTI/ROHNER (note 3), 62 ss.

¹¹ <http://www.finma.ch/f/beaufsichtigte/banken-effektenhaendler/Pages/default.aspx> (consulté pour la dernière fois le 15 février 2015). Cf. RUDOLF TSCHÄNI, Kauf von Banken, in: Tschäni (édit.), *Mergers & Acquisitions IX Zurich/Bâle/Genève*, 2007, 41 ss, 45 ss.

ou des associés ayant une participation qualifiée si la gestion prudente et saine de la banque n'était plus garantie (art. 23^{ter} LB), voire même retirer l'autorisation d'exercer (art. 23^{quinquies}). En pratique, les parties non seulement annoncent la transaction à la FINMA mais également requièrent de cette dernière une prise de position.

De même, dès lors que la banque cible dispose d'une présence, voire même de *booking centers*, à l'étranger, la transaction pourrait également être sujette à l'approbation des autorités de surveillance compétentes dans les juridictions concernées¹².

Si la banque cible est une société cotée, les dispositions relatives au droit des offres publiques d'acquisition (art. 22 ss LBVM) devront être respectées si la banque reprenante acquiert des titres qui, ajoutés à ceux qu'elle détiendrait déjà, lui permettent de dépasser le seuil de 33 1/3 % des droits de votes de la banque cible, respectivement jusqu'à 49 % en cas d'opting-up, sous réserve d'une clause d'opting-out.

Enfin, en cas de fusion, celle-ci doit en outre être annoncée au registre du commerce en application de l'article 21 de la Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus). Le *Share Deal* quant à lui ne présente aucun point de contact avec le registre du commerce, sauf le cas échéant l'inscription des mutations dans les organes de la cible.

2. Asset Deals

Le transfert d'actifs et de passifs et des relations contractuelles peut s'effectuer de différentes manières. Le transfert peut s'effectuer de manière individuelle, c'est-à-dire que chaque actif, passif ou contrat est aliéné et repris, respectivement transféré de manière individuelle, ou de manière globale, c'est-à-dire que les actifs, passifs ou contrats sont aliénés et repris, respectivement transférés, de manière universelle.

2.1 Transfert à titre individuel

Bien que l'article 69 al. 1 LFus prévoie que les sociétés et entreprises individuelles inscrites au registre du commerce, les sociétés en commandite de placement collectif et les sociétés d'investissement à capital variable peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine avec actifs et passifs à un autre sujet de droit privé, la doctrine majoritaire, à juste titre, accepte qu'un patrimoine, même s'il est transféré par un sujet inscrit au registre du commerce, puisse être transféré par la voie du transfert individuel¹³.

¹² Les juridictions étrangères typiques pour une banque privée suisse sont: Hong Kong, Singapour, Luxembourg, Monaco, Jersey, Gibraltar, Jersey, Dubai et Nassau.

¹³ Cf. seulement l'auteur le plus récent: BaK-MALACRIDA, Art. 69 FusG, N 13 et les références citées.

En cas de transfert à titre individuel, chaque actif et chaque passif doit être transféré de manière individuelle. La forme et les modalités applicables au transfert sont déterminées par la nature de l'actif, respectivement du passif, transféré. En outre, dès lors qu'il n'existe aucune relation contractuelle entre la banque reprenante et le client, ni de mécanisme permettant le transfert du contrat entre la banque transférante et la banque reprenante, une nouvelle relation contractuelle doit être conclue entre la banque reprenante et le client, ce qui exclut le consentement tacite au transfert du contrat¹⁴. En raison de l'ouverture de cette relation contractuelle, la banque reprenante doit, dans ce cas, procéder à l'établissement de toute la documentation requise pour l'ouverture d'un compte (identification de l'ayant droit économique, contrôles anti-blanchiment, etc.) (*repapering*). Pour des raisons pratiques, cette méthode de transfert n'est envisageable que dans le cas d'un nombre limité de relations bancaires à transférer¹⁵.

2.2 Transfert de patrimoine au sens de la LFus

Mal aimé des praticiens en raison notamment de l'incertitude qui régnait quant au transfert automatique par voie de succession universelle partielle des relations contractuelles liées au patrimoine transféré, le transfert de patrimoine fait aujourd'hui l'objet d'un regain d'intérêt dans le domaine de transfert de portefeuilles de clients de banques privées suisses¹⁶. Cependant, son champ d'application est limité par l'article 69 al. 1 LFus selon lequel seules les sociétés et entreprises individuelles inscrites au registre du commerce, les sociétés en commandite de placement collectif et les sociétés d'investissement à capital variable peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine avec actifs et passifs à un autre sujet de droit privé. Ainsi, par exemple, une succursale suisse d'une banque étrangère ne peut pas participer à un transfert de patrimoine au sens de la LFus¹⁷.

a. Succession universelle partielle

Selon l'article 73 al. 2 LFus, le transfert de patrimoine déploie ses effets dès son inscription au registre du com-

¹⁴ Voir en détail ci-après III.2.2.

¹⁵ A cette méthode il convient d'ajouter les arrangements passés entre la banque transférante et la banque reprenante selon lesquels la banque cédante reçoit une commission pour chaque client dont elle termine la relation bancaire et qui ouvre une nouvelle relation avec la banque reprenante dans un délai donné. Sur ces *referral arrangements*, cf. GABERTHÜEL (note 6), 197 ss. La structuration de tels arrangements peut présenter des défis inattendus en pratique.

¹⁶ A la date d'impression de cet article, la dernière transaction inscrite au registre du commerce ayant eu recours au transfert de patrimoine est le transfert d'un portefeuille de clients par HSBC Private Bank (Suisse) SA à LGT Bank (Schweiz) AG, inscrit au registre du commerce de Genève en date du 1^{er} décembre 2014 (cf. <http://ge.ch/hr Cintapp/externalCompanyReport.action?companyOfrcId13=CH-660-0074001-4&ofrcLanguage=2>). Pour d'autres exemples, cf. GABERTHÜEL (note 6), 199, note 44.

¹⁷ Voir en détail ci-après II.2.6.

merce et, à cette date, l'ensemble des actifs et passifs énumérés dans l'inventaire sont transférés de par la loi au sujet reprenant. Ainsi, le transfert des actifs et passifs constituant le patrimoine passent *uno actu* à la banque reprenante. L'on parle de succession universelle partielle. L'adjectif «partielle» peut prêter à confusion puisqu'il peut signifier soit que la succession n'est que partielle, soit que l'étendue du patrimoine transféré n'est que partielle par rapport à l'ensemble des actifs et passifs de la banque transférante. Dans le cas du transfert de patrimoine au sens de la LFus c'est bien l'étendue du patrimoine qui est partielle et non la succession. Dès l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce du lieu de la banque transférante, la banque reprenante prend la place de la banque transférante.

Cependant, la banque transférante demeure tout de même solidairement responsable pendant trois ans avec la banque reprenante de l'exécution des dettes nées avant le transfert de patrimoine (art. 75 al. 1 LFus). Les prétentions envers la banque transférante se prescrivent par trois ans à compter de la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) du transfert de patrimoine. Si la créance ne devient exigible qu'après cette publication, le délai de prescription court à compter de l'exigibilité (art. 75 al. 2 LFus). Dans les rapports internes, cette responsabilité solidaire est généralement mise à plat par les parties: dans la mesure où les parties ont décidé d'opérer par la voie du transfert de patrimoine, la banque reprenante indemniserait la banque transférante pour toutes obligations du passé sauf celles pour lesquelles elle s'est fait donner une garantie de passifs. Les deux banques participant au transfert de patrimoine pourraient également être amenées à garantir les créances en amenant des sûretés. Cette responsabilité solidaire pourrait jouer un rôle important, en particulier en cas de séparation en deux entités distinctes d'un établissement bancaire faisant, par exemple, l'objet de poursuites aux Etats-Unis («good bank» vs. «bad bank»).

b. Patrimoine à transférer

ba. Définition du patrimoine

Selon l'article 69 al. 1 LFus, les sociétés et entreprises individuelles inscrites au registre du commerce, les sociétés en commandite de placement collectif et les sociétés d'investissement à capital variable peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine avec actifs et passifs à un autre sujet de droit privé. Lorsqu'il s'agit de transférer une ligne de production ou un secteur d'activité précis, la définition du patrimoine à transférer est aisée, puisqu'il suffit de se référer à la partie de l'entreprise que les parties souhaitent transférer, soit par exemple la production de telles pièces, les activités immobilières, etc. Dans le secteur bancaire, la définition du patrimoine à transférer peut s'avérer plus ardue. Suite aux démêlés judiciaires des banques suisses aux Etats-Unis et dans le cadre d'une

séparation des activités liées à la clientèle américaine «défiscalisée» (*bad bank*), le patrimoine à transférer peut simplement être défini comme étant celui se rapportant aux activités n'étant pas liées à cette clientèle ou, à l'inverse, aux activités liées à cette clientèle (ce dernier cas de figure ne permet cependant pas à la banque transférante de s'exonérer de toute responsabilité)¹⁸. Il en va de même lorsque les parties à la transaction s'entendent pour transférer un patrimoine bien défini, tel qu'une succursale ou une agence particulière (les activités conduites par la succursale de Genève, de Zurich, etc.) ou un portefeuille bien défini (le portefeuille LatAm, CEI, etc.)¹⁹. Néanmoins, les contours du patrimoine à transférer peuvent s'avérer beaucoup plus flous. Dans ce cas, la solution qui s'avère la plus praticable consiste dans un premier temps à établir la liste des clients à transférer et de définir le patrimoine à transférer comme étant l'ensemble des relations et activités liées à cette clientèle (ce qui inclura par exemple également un portefeuille de crédits lié à cette clientèle, ainsi que les sûretés y afférentes). A cette liste pourra s'ajouter certains actifs et passif liés non pas aux clients mais aux opérations reprises, comme par exemple des immeubles, meubles, éventuellement des droits de propriété intellectuelle, etc. transférés.

A cet effet, il est intéressant de souligner ici quelques relations bancaires qui ont régulièrement été exclues de transactions ces dernières années (l'énumération qui suit étant également valable pour le transfert à titre individuel d'actifs et de passifs): *U.S. Persons* (au sens du *Joint Statement* du 29 août 2013 et de l'accord FATCA²⁰), clientèle à risque (personnes exposées politiquement ou PEP, ou exerçant certaines professions jugées à risque par exemple), clients provenant de pays faisant l'objet de sanctions internationales ou apparaissant eux-mêmes sur une liste de sanctions (l'on pense ici actuellement aux sanctions prises à l'encontre de proches de dignitaires du gouvernement russe en raison de la crise de Crimée), clients provenant de pays que la banque reprenante ne

¹⁸ Le concept de séparation en «good bank» et «bad bank» a été utilisé par la banque Wegelin & Co. Privatbankiers, qui a transféré ses clients non-américains à Notenstein Privatbank AG en janvier 2012, et Credit Suisse AG, qui a transféré ses clients américains servis depuis la Suisse (*US-Offshore-Geschäft*) à sa société-fille CS International Advisors AG en février 2014 et avril 2014. Le 20 mai 2014, le Credit Suisse annonçait un accord passé avec plusieurs autorités américaines selon lequel la banque s'engageait à payer un montant total de USD 2'815 millions en règlement du différent transfrontalier en matière fiscale avec les Etats-Unis. En décembre 2014, Credit Suisse AG a réintégré ses clients américains en reprenant CS International Advisors AG par voie de fusion par absorption.

¹⁹ Par exemple, le transfert de la clientèle d'Europe centrale et d'Europe de l'Est par Hyposwiss Privatbank AG à Falcon Private Bank AG en 2013 par voie de transfert de patrimoine a été défini comme suit: «Hyposwiss betreibt mit einem Vermögensverwaltungsteam die Vermögensverwaltung für Kunden mit Wohnsitz in Zentral- und Osteuropa (nachfolgend das CCE-Geschäft oder der übertragene Betrieb)».

²⁰ Accord conclu entre la Suisse et les Etats-Unis facilitant l'application de FATCA («Foreign Account Tax Compliance Act») pour les établissements financiers suisses, entré en vigueur le 2 juin 2014.

couvre pas, comptes bloqués, clients en violation de leur obligations contractuelles, clients qui ne satisfont pas aux exigences de lutte anti-blanchiment de la banque transférante ou de la banque reprenante, avoirs «défiscalisés», ou encore liste noire de la banque reprenante par exemple.

Dans tous les cas de figure, les deux banques impliquées dans le transfert de patrimoine doivent garder en tête, pour sauvegarder leurs intérêts respectifs, que les clients sont souvent attachés à un conseiller à la clientèle en particulier et qu'ils auront tendance à suivre ce dernier, respectivement à vouloir rester avec lui, quelle que soit la définition du portefeuille par les parties. Il n'est donc pas inutile dans la réflexion concernant la détermination du patrimoine à transférer de structurer ce dernier en fonction des conseillers à la clientèle.

bb. Actifs et passifs à transférer

Le contrat de transfert de patrimoine doit revêtir la forme écrite (art. 70 al. 2 LFus) et doit contenir, entre autres, un inventaire qui désigne clairement les objets du patrimoine actif et passif qui sont transférés; les immeubles, les papiers-valeurs et les valeurs immatérielles doivent être mentionnées individuellement (art. 71 al. 1 let. b LFus). Selon l'article 71 al. 2 LFus, le transfert de patrimoine n'est autorisé que si l'inventaire présente un excédent d'actifs. Il y a donc lieu d'établir un bilan de transfert²¹ faisant état des actifs et des passifs transférés. Dans le cas particulier des banques privées et en raison du fait que l'argent est une chose fongible, le plus grand poste qui sera transféré (à moins que la banque transférante soit un organisme de crédit) sera la dette de la banque transférante envers les clients transférés, à savoir les dépôts-clients inscrits au passif du bilan de la banque transférante. L'on pourra compenser ce montant à l'actif du bilan en partie avec les crédits octroyés aux clients transférés ainsi que, le cas échéant, avec les actifs opérationnels transférés, à l'exclusion de toute position purement comptable. En règle générale, il y aura néanmoins nécessité de transférer également des liquidités à la banque reprenante afin d'obtenir un surplus d'actifs. Dès lors, au moment des opérations de *closing*, la banque transférante non seulement fera inscrire le contrat de transfert de patrimoine au registre du commerce de son siège, mais versera également un montant compensatoire à la banque reprenante correspondant au montant nécessaire pour

ré-équilibrer le bilan (*cash adjustment amount*). En cas d'ajustement de la valeur nette comptable après le *closing* de la transaction, procédure appliquée lorsque les parties basent le prix de vente non seulement sur un état des avoirs sous gestion au *closing*, mais également sur un bilan des actifs et passifs au *closing*, tout ajustement sera en fait un ajustement du montant compensatoire.

bc. Contrats à transférer

A l'exception des contrats de travail (art. 71 al. 1 let. e LFus), la loi n'exige pas expressément que les contrats à transférer soit identifiés individuellement. La doctrine majoritaire adopte une position pragmatique et admet que les contrats qui peuvent être clairement alloués au patrimoine transféré ne doivent pas être identifiés individuellement.²² Même les registres du commerce, qui adoptent une position plus restrictive à ce sujet²³, acceptent que pour le transfert d'une entreprise ou d'une partie d'une entreprise, une définition générique des contrats suffit à condition qu'il soit clair pour les tiers quels sont les contrats visés par le transfert de patrimoine. Dans le domaine bancaire, la pratique s'est établie selon laquelle les clients (et les contrats y afférents) qui sont transférés sont uniquement identifiés par le numéro CIF du client (*customer information file*)²⁴ sans que les différents contrats (contrat d'ouverture de compte, contrat de dépôt, contrat de gestion de fortune, contrat de prêt, contrat de sûreté, contrat de fiducie, contrat de hedging, etc.) soient énumérés à titre individuel.

Enfin, concernant les contrats de travail, la liste des contrats transférés n'a qu'une portée déclarative²⁵, puisque les relations de travail qui sont liées au patrimoine transféré passent automatiquement au reprenant en vertu de l'article 333 CO. Ainsi, il y a lieu de procéder à une pesée des intérêts entre le besoin de publicité et la nécessité de protéger les données personnelles (et l'identité) des travailleurs. A notre sens une liste contenant les numéros d'employé (éventuellement les initiales) et les fonctions respectives devrait être suffisante²⁶. Les précisions telles que l'adresse personnelle des employés ne devraient en aucun cas apparaître sur cette liste.

c. Transfert des contrats

L'une des grandes questions concernant le transfert de patrimoine lors de l'entrée en vigueur de la LFus était de

²¹ Les registres du commerce acceptent en principe qu'un tel bilan fasse office d'inventaire, à condition qu'il soit complété des positions mentionnées à l'art. 71 al. 1 let b LFus. Cf. Handelsregisteramt Zürich, Fragen und Antworten zum neuen Fusionsgesetz, 11, qui peut être consulté sur le website du registre du commerce de Zurich. Cependant, le registre du commerce du canton de Genève refuse d'inscrire le transfert de patrimoine sur la base d'un bilan et exige un inventaire le plus complet possible des actifs et passifs qui seront transférés, cf. contrat de transfert de patrimoine entre HSBC Private Bank (Suisse) SA et LGT Bank (Schweiz) AG du 28 novembre 2014, annexe 1.1(c)(i).

²² Cf. seulement l'auteur le plus récent: BaK-MALACRIDA, Art. 71 FusG, N 6 et les références citées.

²³ Cf. Handelsregisteramt Zürich, Fragen und Antworten zum neuen Fusionsgesetz, 12.

²⁴ Cf. contrat de transfert de patrimoine entre HSBC Private Bank (Suisse) SA et LGT Bank (Schweiz) AG du 28 novembre 2014, annexe 1.1(c)(ii).

²⁵ Cf. seulement l'auteur le plus récent: BaK-MALACRIDA, Art. 76 FusG, N 12 et les références citées.

²⁶ Cf. contrat de transfert de patrimoine entre HSBC Private Bank (Suisse) SA et LGT Bank (Schweiz) AG du 28 novembre 2014, annexe 1.1(c)(iv).

savoir si les contrats en lien avec le patrimoine transféré pouvaient oui ou non passer à l'entité reprenante de par la loi (par succession universelle). Une formulation malheureuse dans le Message du Conseil fédéral accompagnant le projet de LFus laissait entendre que tel n'était pas le cas. A ce jour, il n'y a pas à notre connaissance de jurisprudence à ce sujet²⁷, cependant la doctrine majoritaire considère que les contrats liés au patrimoine transféré passent automatiquement à l'entité reprenante avec l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce²⁸. Certains auteurs admettent cependant des exceptions pour les contrats *intuitu personae*, les contrats contenant des clauses de non-assignation ou encore les contrats de bail²⁹. Nous ne partageons pas ce point de vue. Concernant les contrats conclus *intuitu personae*, ce qui peut-être le cas des contrats conclus entre un client et une banque, un changement de contrepartie n'a pas pour conséquence d'empêcher le transfert mais permet à la contrepartie qui ne souhaite pas le transfert de résilier le contrat avec effet immédiat (cf. ci-dessous pour le consentement des clients transférés). Les contrats contenant des clauses de non-assignation n'ont jamais empêché le transfert de la relation contractuelle, en cas de transfert il y aura violation du contrat ce qui permettra à la contrepartie qui ne souhaite pas le transfert de résilier le contrat et, cas échéant, de réclamer des dommages-intérêts pour autant qu'elle subisse un dommage. Enfin, en ce qui concerne les contrats de bail, à notre sens ce n'est pas l'article 263 CO régissant le transfert des baux qui est une *lex specialis*, mais bien la LFus. Celle-ci traite des manières particulières de transférer des actifs, passifs et contrats entre deux entités et prévoit des mécanismes de protection plus étendus pour les créanciers (ici le bailleur). Enfin, l'entité reprenante (indépendamment du fait qu'il s'agisse d'une banque) exercera en règle générale les mêmes activités que l'entité transférante, en lien avec le patrimoine transféré, et l'on ne voit guère de quels justes motifs le bailleur pourrait disposer pour s'opposer au transfert.

Si certains clients transférés sont enregistrés dans un *booking center* situé à l'étranger et que leur relation contractuelle est soumise au droit du pays concerné, il conviendra d'examiner si le droit concerné reconnaît la succession universelle comme moyen de transfert³⁰.

d. Moment du transfert

Le transfert de patrimoine déploie ses effets dès son inscription au registre du commerce. A cette date, l'ensemble des actifs et passifs énumérés dans l'inventaire sont transférés de par la loi au sujet reprenant³¹. Si, du point de vue juridique, le transfert intervient à la date de l'inscription au registre du commerce, en pratique il est fréquent que la migration des données des clients s'étale sur plusieurs jours. Afin de permettre une transition sans accroc, il est donc nécessaire de prévoir que le transfert s'effectue durant un week-end, laissant ainsi une soixantaine d'heures à disposition des informaticiens et autres techniciens pour procéder à la migration des données. Si la migration a lieu durant le week-end, l'inscription au registre du commerce peut avoir lieu soit le vendredi précédent la migration soit le lundi qui suit la migration. La détermination de la date de l'inscription a un impact sur l'allocation des risques. En effet, si l'inscription a lieu le vendredi et que la migration des données ne s'effectue pas de manière satisfaisante durant le week-end, le lundi matin les clients transférés seront légalement clients de la banque reprenante dès l'ouverture de la banque, or celle-ci ne sera pas en mesure de les servir. Dans le cas contraire, si l'inscription prévue pour le lundi suivant le transfert des données n'intervient pas pour quelque raison, la banque reprenante se retrouvera en possession des données sans avoir de relation contractuelle avec les clients. Cette allocation des risques ne doit pas être négligée et une coordination avec le registre du commerce au siège de l'entité transférante est indispensable.

En outre, lorsque la banque transférante a un rôle de dépositaire pour certains actifs sous gestion ou que certains actifs sous gestion de clients transférés sont couplés avec ceux de clients qui ne sont pas transférés à la banque reprenante, il n'est pas toujours possible de faire en sorte que le transfert de ces actifs particuliers s'opère au même moment que l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce. Les parties devront donc prévoir des palliatifs afin de régler cette situation jusqu'au transfert effectif des actifs sous gestion en question. L'une des solutions envisageables ici consiste à intercaler la banque reprenante dans la relation entre le client transféré et ses actifs. La banque transférante détenant alors sur un compte LORO les actifs au nom de la banque reprenante, elle-même agissant au nom du client transféré (*sub-custodian*).

2.3 Prix

Dans l'hypothèse où la transaction porte exclusivement sur des relations clientèle, le transfert ne portera au passif que sur les créances des clients à l'égard de la banque transférante (les dépôts) et, le cas échéant, à l'actif, sur les

²⁷ Cf. cependant pour la scission l'arrêt du Tribunal fédéral du 31 janvier 2006 (4C.385/2005) selon lequel dans le cas de la scission les contrats figurant dans l'inventaire sont transférés sans l'accord de la contrepartie à la partie reprenante.

²⁸ Cf. seulement l'auteur le plus récent: BaK-MALACRIDA, Art. 73 FusG, N 15b et les références citées à la N 15a.

²⁹ ZK-FUSG-BERETTA, Vor Art. 69-77 FusG, N 38 ss.

³⁰ Selon notre expérience, les droits de Singapour, Luxembourg et, dans une certaine mesure, du Royaume-Uni connaissent des mécanismes similaires au transfert de patrimoine avec succession universelle.

³¹ Art. 73 al. 2 LFus.

crédits et les sûretés y afférentes, ainsi que d'éventuelles positions transitoires (p.ex. commissions de gestion reçues d'avance, commissions de vente payées d'avance). En sus, évidemment, les contrats-clients seront transférés, mais ceux-ci ne figurent pas au bilan. Ceci permet de déterminer un prix purement en fonction de la structure et la performance du portefeuille transféré (p.ex. en distinguant les marges obtenues sur les différents types de mandats de la banque (discrétionnaire, conseil, exécution), sans devoir tenir compte d'autres actifs ou passifs, notamment liés à une éventuelle infrastructure reprise dans le cas d'un *Share Deal*. Ceci peut conduire à une prime sur les avoirs sous gestion repris plus élevée que dans un *Share Deal* en raison des coûts d'intégration en principe réduits et des redondances limitées. Les mécanismes d'ajustement mentionnés au chiffre II.1.2 sont applicables *mutatis mutandis* en cas d'*Asset Deal*.

2.4 Conditions spécifiques à l'exécution

Les conditions spécifiques aux transactions bancaires en cas de *Share Deal*³² peuvent également trouver application *mutatis mutandis* en cas d'*Asset Deal*. Cependant, dès lors que les parties sont en mesure d'exclure certaines obligations du passé dans leurs rapports internes, l'exécution de la transaction présente de ce fait un risque moindre pour la banque reprenante; ainsi, les conditions allant au-delà des autorisations nécessaires pour exécuter le transfert rencontreront nettement moins d'enthousiasme auprès de la banque transférante dans le cas d'un *Asset Deal* que dans le cas d'un *Share Deal*.

2.5 Interactions avec les autorités

Un *Asset Deal* ne conduit pas à un changement de contrôle sur l'entité soumise à surveillance de la FINMA. Dès lors, il n'existe pas de devoir d'annonce selon l'article 3 al. 5 LB. En toute logique, si la banque reprenante est déjà en possession d'une autorisation bancaire, il ne lui est pas nécessaire de solliciter une autorisation supplémentaire en vue de l'exécution de la reprise des actifs et passifs, et des clients, de la banque transférante. En pratique, il convient cependant de garder à l'esprit que toute banque qui fait l'objet d'une surveillance prudentielle doit constamment remplir les conditions de l'autorisation bancaire dont elle est bénéficiaire. En particulier, tout changement du capital, des statuts ou du règlement d'organisation, tout changement dans la composition de ses organes, toute ouverture ou fermeture d'opérations à l'étranger, toute modification significative dans l'organisation, voire l'outsourcing d'activités doivent être annoncés à la FINMA³³. Dès lors, dans le cadre du transfert de portefeuilles, les parties s'accordent en général pour notifier la transaction à la FINMA. Selon notre expé-

rience, cette dernière invitera l'organe de révision des banques en jeu à présenter un rapport sur le prix payé dans la transaction ainsi que sur le respect des normes sur la liquidité, les fonds propres et l'allocation des risques. Cette intervention remplace en quelque sorte un appel au créanciers, qui serait légalement requis en cas de liquidation de la banque transférante, et permet à la FINMA de vérifier que les intérêts des autres créanciers des banques impliquées soient protégés. En matière de transfert de patrimoine, le préposé au registre du commerce ne procédera pas à son inscription sans approbation par la FINMA³⁴.

De même, dès lors que la banque transférante dispose d'une présence, voire même de *booking centers*, à l'étranger, la transaction pourrait également être sujette à l'approbation des autorités de surveillance compétentes dans les juridictions concernées.

En application de l'article 10 de l'Ordonnance sur le registre du commerce (ORC), tant le contrat de transfert de patrimoine que l'inventaire sont publics. Sur demande, l'Office du registre du commerce doit autoriser la consultation de ces pièces (art. 11 ORC), certains cantons comme le canton de Zurich ont même prévu un système automatisé qui permet d'obtenir quasi instantanément les pièces justificatives par courriel. Ceci pose évidemment un problème de taille au niveau du secret bancaire: comment concilier la publicité du registre du commerce, la nécessité d'un inventaire complet permettant d'établir avec certitude les actifs et les passifs transférés et le secret bancaire de l'article 47 LB. Selon notre expérience, les registres font ici preuve de pragmatisme et, suite à une pesée des intérêts en présence, permettent de soumettre des données de manière anonyme (p.ex. clients identifiés par leur numéro CIF), sans que les données protégées par le secret bancaire soit accessibles à quiconque. Cette manière de faire est à saluer.

2.6 Cession de patrimoine au sens de l'article 181 CO

a. Champ d'application

En vertu de l'article 181 al. 4 CO, la cession d'un patrimoine ou d'une entreprise appartenant à des sociétés commerciales, à des sociétés coopératives, à des associations, à des fondations ou à des entreprises individuelles qui sont inscrites au registre du commerce, est régie par les dispositions de la LFus. Cette disposition semble exclure la mise en œuvre de la cession de patrimoine au sens de l'article 181 CO pour les établissements bancaires. Néanmoins, dans un cas d'espèce, la cession de patri-

³² Cf. ci-avant II.1.3.

³³ Cf. entre autres, art. 3 al. 3 LB.

³⁴ Cf. art. 128 ORC mis en relation avec l'art. 3 al. 3 LB; cependant la FINMA estime que cette approbation formelle n'est pas nécessaire en cas de transfert de patrimoine qui n'est pas expressément mentionné à l'art. 3 al. 3 LB.

moine au sens de l'article 181 CO peut entrer en ligne de compte lors d'une transaction impliquant un établissement bancaire, à savoir en présence d'une succursale suisse d'une banque étrangère. En effet, la succursale suisse n'ayant pas d'existence juridique distincte³⁵, il n'est pas possible pour celle-ci de participer à l'une des transactions prévues par la LFus³⁶. A contrario, il sera possible à une succursale suisse d'un établissement bancaire étranger de céder un patrimoine en application de l'article 181 CO³⁷.

b. Avantages

En comparaison au transfert à titre individuel des actifs et passifs, la cession de patrimoine de l'article 181 CO permet à l'établissement bancaire étranger de céder une partie du patrimoine de sa succursale suisse en bénéficiant de la reprise des dettes sans le consentement exprès des créanciers concernés en vertu de l'article 181 al. 1 à 3 CO³⁸. Ainsi, même si l'article 181 CO ne va pas aussi loin que l'article 69 LFus, il facilite au moins le transfert des dettes alors que les actifs devront être transférés selon les modes de transfert propres à chaque actif transféré. La banque reprenante deviendra dès lors responsable envers les clients de la banque transférante des dettes liées au patrimoine repris, dès que l'acquisition aura été portée par elle à leur connaissance ou qu'elle l'aura publiée dans les journaux (en principe la FOOSC)³⁹. Il n'est pas nécessaire que les créanciers aient effectivement pris connaissance de la publication; il est cependant nécessaire que la publication identifie clairement quelle partie des passifs du cédant est reprise⁴⁰.

c. Inconvénients

Contrairement au transfert de patrimoine au sens de la LFus, la cession de patrimoine au sens de l'article 181 CO ne constitue pas une succession universelle. En effet, seuls les passifs passent à l'entité reprenante sans le consentement des créanciers concernés (cf. ci-dessus II.2.6.b).

Ainsi, les actifs doivent être transférés individuellement, chacun selon son mode propre de transfert. De plus du fait que la relation contractuelle entre la banque et le client ne peut être limitée à une dette de la banque envers le client, le consentement exprès du client doit être obtenu en amont du transfert de la relation⁴¹. Enfin, dès lors que le principe de la succession universelle ne s'applique pas, il y a lieu de conclure de nouveaux contrats entre la banque reprenante et les clients transférés (*repapering*).

A l'instar du transfert de patrimoine⁴², l'ancien débiteur, i.e. la banque transférante, reste solidairement obligé pendant trois ans avec le nouveau, i.e. la banque reprenante; ce délai court, pour les créances exigibles, dès l'avis ou la publication, et, pour les autres créances, dès la date de leur exigibilité.

III. Consentement des clients

1. Consentement à la transmission de données protégées

Les données relatives aux clients d'une banque sont protégées à la fois par les dispositions de la loi fédérale sur la protection des données, par l'article 47 LB et par l'article 28 CC. Toutes les données relatives à la relation bancaire entre un client et sa banque (y compris l'existence même de la relation bancaire) sont protégées par le secret bancaire et toute violation intentionnelle de ce secret est punissable d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Le client étant maître du secret⁴³, il peut y renoncer⁴⁴. Cependant s'il est possible au stade de la préparation de l'exécution de la transaction de requérir auprès des clients de consentir au transfert de données, tel n'est pas le cas au stade de la *due diligence*, avant qu'une transaction n'ait été signée. En effet, la transaction est, à ce stade, en général confidentielle (il se peut également que plusieurs acquéreurs potentiels soient impliqués) et il n'est pas concevable d'informer les clients concernés de l'existence de pourparlers transactionnels, et encore moins en faveur de qui ils devraient renoncer au secret.

1.1 Au stade de la *due diligence*

Au stade de la *due diligence*, et ce quelle que soit la structure de transaction choisie, il n'est pas concevable de demander aux clients de renoncer partiellement au secret bancaire et à la protection de leurs données. Néanmoins

³⁵ PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne, 1996, § 59, n° 31, 919 s.

³⁶ EDGAR PHILIPPIN, *Transfert de patrimoine de succursales suisses d'entreprises étrangères*, REPRAX 4/2009, Zurich, 2009, 8 s.

³⁷ C'est la méthode appliquée par Lloyds Bank plc lorsqu'elle a transféré les clients de ses succursales de Zurich et Genève à Union Bancaire Privée, UBP SA en octobre 2013.

³⁸ PHILIPPIN (note 36), 16.

³⁹ Voir par exemple l'avis aux créanciers paru dans la FOOSC 213 du 4 novembre 2013 (<https://www.fosc.ch/shabforms/servlet/Search/1154437.pdf?EID=7&DOCID=1154437>): «Reprise par Union Bancaire Privée UBP SA au 31 octobre 2013 de l'ensemble de la clientèle existante de Lloyds Bank PLC, succursale de Genève et succursale de Zurich (à l'exclusion de certains clients qui seront informés individuellement par Lloyds Bank PLC de ce fait) et de tous les actifs, passifs, droits et obligations liés aux relations bancaires reprises, à l'exclusion de tous les passifs et obligations pour tout acte ou omission de Lloyds Bank PLC, succursale de Genève et succursale de Zurich survenu avant le 31 octobre 2013. Cette reprise vaut transfert de patrimoine avec actifs et passifs au sens de l'article 181 du Code des Obligations».

⁴⁰ Cf. Arrêt du Tribunal fédéral 4A_256/2008 du 29 octobre 2008.

⁴¹ PETER C.HONEGGER/THOMAS A.FRICK, *Das Bankgeheimnis im Konzern und bei Übernahmen*, RSDA 1/96, Zurich, 1996, 9.

⁴² Cf. ci-dessus II.2.2a.

⁴³ HONEGGER/FRICK (note 41), 2; AURÉLIA JOYCE RAPPO, *Le Secret bancaire/Sa portée dans le temps, dans l'espace et dans les groupes de sociétés*, Diss. Lausanne, Berne 2002, 110 ss.

⁴⁴ HONEGGER/FRICK (note 41), 3.

un acquéreur potentiel aura besoin d'informations relatives à la composition du portefeuille clients de l'établissement ou faisant partie du patrimoine qu'il entend reprendre qui peuvent aller au-delà d'informations génériques et/ou anonymisées⁴⁵. L'on pense ici en particulier à l'adéquation du contrôle de l'origine des fonds (*know-your-customer*), de la nature des avoirs déposés (fiscalisés ou non), de la conformité des crédits octroyés avec la politique de crédit de la banque, etc.

L'accès direct aux données protégées étant exclu, il y a lieu d'examiner si des palliatifs existent et dans quelle mesure ceux-ci sont propres à satisfaire les besoins de l'acquéreur. TSCHÄNI exclu d'emblée la signature de déclarations de confidentialité⁴⁶, celles-ci ne permettant en effet pas de garantir le maintien du secret bancaire et, au demeurant, tant la cible que la banque transférante ne sont pas maîtres du secret bancaire. Il suggère deux autres palliatifs. Le premier consiste à faire entrer un membre de la direction ou du conseil d'administration de la banque reprenante au sein de la direction ou du conseil d'administration de la banque transférante (*double-hatting*), la banque reprenante ayant alors indirectement accès aux informations dont elle a besoin⁴⁷. Cette solution ne nous paraît pas adéquate. En effet, elle n'est absolument pas praticable dans le cadre d'un processus d'enchères dans lequel plusieurs acquéreurs potentiels doivent bénéficier du même niveau d'information. De plus, elle n'est pas dépourvue de conflits d'intérêt⁴⁸, le membre de la direction ou du conseil d'administration siégeant auprès des deux instituts concernés ayant un devoir de fidélité vis-à-vis des deux instituts, ce qui peut non seulement conduire à des situations schizophréniques mais également donner naissance à une responsabilité de cette personne pour violation de son devoir de fidélité (envers l'une ou l'autre des banques). L'autre solution proposée consisterait à ce que la banque transférante mandate l'organe de révision de la banque reprenante afin de conduire un examen de certaines données des clients, l'organe de révision délivrant alors à la banque reprenante un rapport sous forme anonyme⁴⁹. Une fois encore cette solution est difficilement conciliable avec un processus d'enchères et n'est pas non plus dénuée de tout conflit d'intérêt. A notre sens, il existe une troisième solution (mise en pratique à plusieurs reprises) qui consiste à faire nommer par la banque transférante son organe de révision ou une société de révision tierce afin d'examiner le portefeuille clients

de celle-ci et de rendre un rapport (toujours sous forme anonyme), l'organe de révision répondant vis-à-vis de la banque reprenante pour toute éventuelle erreur sur la base d'une *reliance letter*. Cet examen peut être conduit en amont de la transaction, à un stade où les potentiels acquéreurs ne sont pas encore impliqués. Sur la base de la liste anonyme des clients concernés et du rapport susmentionné, les potentiels acquéreurs pourraient alors, à un stade ultérieur, demander un examen approfondi de certains clients (personnalités exposées politiquement, 20–30 clients les plus importants en fonction des avoirs sous gestion ou des crédits octroyés, clients provenant de pays à risques, etc.). L'organe de révision de la banque transférante (ou la société de révision tierce) n'ayant alors aucun conflit d'intérêt et les acquéreurs potentiels étant eux aussi protégés dès lors que la responsabilité de l'organe de révision est engagée au moyen de la *reliance*. Dans l'environnement actuel, marqué par des exigences de *compliance* très strictes, ce troisième palliatif peut même prendre une forme très poussée en ce sens que l'examen peut se faire *après* la signature du contrat de transfert (mais avant son exécution), sur *l'entier* du portefeuille à transférer et selon des critères plus ou moins détaillés déterminés par la *banque reprenante*. Un tel mécanisme, reflétant une tolérance zéro en matière de *compliance*, ne sera pas du goût de la banque transférante. Au demeurant, en pratique, ce mécanisme n'épargnera pas à la banque reprenante de refaire le travail par ses propres employés après le *closing*, par exemple dans le cadre du *repapering*. Ensuite, le risque financier de la banque reprenante sera en général couvert par certaines garanties données par la banque transférante; enfin, la banque reprenante est libre d'exclure les clients qui ne satisferaient pas à ses standards de *compliance* après le *closing* et, le cas échéant, de récupérer le goodwill payé pour ces clients par le biais de la procédure d'ajustement de prix. Un avantage cependant de ce mécanisme est de permettre à la banque reprenante d'alléguer comme défense dans une procédure ultérieure potentielle qu'elle a employé toute la diligence nécessaire avant de reprendre le portefeuille.

1.2 Au stade de l'exécution

Entre la signature du contrat de transaction et son exécution, la transmission de données de clients est nécessaire afin de préparer le transfert effectif de la relation bancaire au jour de l'exécution. En effet, au jour de l'exécution, l'ensemble des données des clients transférés doit avoir migré sur le système de la banque reprenante afin de permettre à cette dernière de servir ces clients. Dès lors qu'une transmission anonyme des données n'est plus envisageable à ce stade, il est nécessaire d'obtenir le consentement des clients concernés, respectivement leur

⁴⁵ CERUTTI/ROHNER (note 3), 50 ss.

⁴⁶ TSCHÄNI (note 11), 41, *Contra*: HONEGGER/FRICK (note 41), p. 7, qui estiment que la signature d'une déclaration de confidentialité pourrait être suffisante dans le cas où le transfert de la relation bancaire est dans l'intérêt du client, notamment lorsque la situation financière de la banque transférante est telle que les actifs des clients sont en danger.

⁴⁷ TSCHÄNI (note 11), 41, HONEGGER/FRICK (note 41), 8, CERUTTI/ROHNER (note 3), 51.

⁴⁸ TSCHÄNI (note 11), 41.

⁴⁹ TSCHÄNI (note 11), 41, HONEGGER/FRICK (note 41), 8.

renonciation au secret bancaire⁵⁰. Il convient d'examiner ici sous quelle forme le consentement du client doit être obtenu et, en particulier, si le consentement tacite du client est suffisant. A notre sens, dans deux cas d'espèce, le consentement tacite du client est insuffisant pour lever le secret bancaire.

Le premier cas d'espèce concerne les clients dits «banque restante» ou *hold mail*, pour lesquels la correspondance est conservée dans les locaux de la banque et maintenue à leur disposition⁵¹. La présomption selon laquelle ces clients ont été informés de la correspondance dès lors qu'elle a été mise à leur disposition fonctionne uniquement dans le cadre du cours normal des affaires. Or, le transfert de données à un autre établissement bancaire n'entre pas dans le cours normal des affaires et ces clients ne peuvent raisonnablement s'attendre à ce que l'on sollicite de leur part une renonciation au secret bancaire. Ces clients doivent à notre avis être contactés avant le transfert de leurs données et doivent donner leur accord explicite.

Le second cas d'espèce concerne la transmission de données à un établissement étranger. La transmission de données à l'étranger fait l'objet d'une régulation particulière dans le cas d'externalisation d'activités dans le secteur bancaire. Selon la circulaire 2008/7 Outsourcing – banques/Externalisation d'activités dans le secteur bancaire de la FINMA, les clients doivent recevoir, par courrier spécial, une information détaillée et être mis au fait des mesures de sécurité prises, avant le transfert à l'étranger de données les concernant, de plus, la faculté de mettre un terme sans préjudice aux relations contractuelles dans un délai approprié doit leur être offerte⁵². Dès lors que le transfert de données à la banque étrangère reprenante va au-delà du cadre fixé par la circulaire 2008/7, il est nécessaire dans ce cas d'espèce d'obtenir le consentement explicite des clients concernés. Au demeurant, il est douteux que les informations qui ont été transmises à l'établissement étranger reprenant soient encore protégées par le secret bancaire suisse en dehors du territoire helvétique⁵³. Aussi, la transmission de données à l'étranger peut résulter en une péjoration majeure

de la situation des clients, ce qui renforce le besoin d'obtenir le consentement exprès des clients concernés.

Dans tous les autres cas, le consentement tacite des clients au transfert de leurs données à la banque reprenante est à notre sens suffisant⁵⁴, indépendamment de la structure de la transaction choisie. En effet, le silence vaut acceptation en vertu d'un accord antérieur entre les parties ou de leurs relations d'affaires habituelles⁵⁵. Or, dans le cadre des relations contractuelles entre la banque et son client, le consentement tacite est usuellement expressément prévu dans le cadre des conditions générales. Il est cependant nécessaire de laisser aux clients concernés un délai suffisant pour s'opposer au transfert de leurs données. Ce délai doit être à notre sens au moins égal au délai donné aux clients pour résilier leur relation bancaire en cas de désaccord avec la modification des relations contractuelles, notamment en cas de modification des conditions générales⁵⁶.

2. Consentement au transfert de la relation contractuelle

A l'exception du cas où la banque transférée change d'actionariat par le biais d'un transfert d'actions, les clients transférés feront face à une nouvelle contrepartie à l'issue de l'exécution de la transaction. La nécessité du consentement des clients concernés dépend de la structure de transaction choisie par les parties.

2.1 En cas de fusion ou de transfert de patrimoine au sens de la LFus

En cas de fusion et en cas de transfert de patrimoine, le principe de la succession universelle s'applique et le transfert des relations contractuelles s'opère de par la loi au moment de l'inscription de la fusion, respectivement du transfert de patrimoine, au registre du commerce⁵⁷. La banque reprenante prend alors la place de la banque transférante dans l'ensemble de ses relations contractuelles. L'ouverture d'une nouvelle relation bancaire, et par conséquent un *repapering*, n'est pas nécessaire. Au

⁵⁰ HONEGGER/FRICK (note 41), 2; CERUTTI/ROHNER (note 3), 51. Cependant, dans les transactions entraînant un transfert par succession universelle (fusion et transfert de patrimoine) et pour autant que la banque reprenante renonce à recevoir les données des clients transférés ou de certains d'entre eux avant l'inscription au registre du commerce, il est envisageable de renoncer à recevoir le consentement de ces clients dans la mesure où les données passent automatiquement à la banque reprenante au moment du transfert.

⁵¹ RAPPO, (note 43), 67.

⁵² Circulaire 2008/7 Outsourcing – banques/Externalisation d'activités dans le secteur bancaire de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA, nm 39.

⁵³ ADRIANO MARGIOTTA, Das Bankgeheimnis: Rechtliche Schranke eines bankkonzerninternen Informationsflusses?, Zurich, 2002, 257 ss.

⁵⁴ Cf. SUSAN EMMENEGGER/ANDREA ZBINDEN, Die Standards zur Aufhebung des Bankgeheimnisses, in: Emmenegger (édit.), Cross-Border Banking; Bâle 2009, 193 ss, 224 et la note 64; BaK-STRATENWERTH, Art. 47 BankG, N 26; MATTHIAS MISCHLIG, Bankgeheimnisverletzung (Art. 47 BankG) unter dem Aspekt der Lieferung von Personendaten ans U.S. Department of Justice, AJP 2014, 1055 ss, 1060 s; *Contra*: HONEGGER/FRICK (note 41), 3 (nuancé) et GABERTHÜEL (note 6) (hésitant, qui recommande pour le cas du transfert individuel de la relation contractuelle que le consentement soit explicite «en raison du secret bancaire»), 209.

⁵⁵ PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse: Dispositions générales du CO, 2ème édition, Berne, 1997, 204.

⁵⁶ MAURICE AUBERT/PIERRE-ANDRÉ BÉGUIN/PAOLO BERNASCONI/JOHANNA GRAZIANO-VON BURG/RENATE SCHWOB/RAPHAËL TREUILLAUD, Le Secret bancaire suisse, Berne, 1995, 415. En pratique, nous avons observé des délais de 30 à 60 jours.

⁵⁷ Cf. II.2.2c pour la controverse doctrinale en ce qui concerne le transfert de patrimoine.

contraire, nous sommes d'avis que la banque reprenante peut s'appuyer sur les opérations d'ouverture de compte (identification de l'ayant-droit économique, contrôle anti-blanchiment, etc.) faites par la banque transférante, elle-même un intermédiaire financier⁵⁸. Dans ces cas, le changement de contrepartie intervient de par la loi et il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement du client pour que le transfert du contrat soit effectif. Néanmoins, la relation contractuelle entre un client et sa banque est un contrat conclu *intuitu personae*, en particulier dans le secteur de la banque privée. Ainsi, le client concerné qui ne souhaite pas avoir de relation contractuelle avec la banque reprenante devrait avoir l'occasion de s'opposer à ce transfert en résiliant son contrat avant l'exécution de la fusion ou du transfert de patrimoine. Ainsi, nous estimons qu'il est nécessaire d'octroyer aux clients concernés par le transfert un délai suffisant de l'ordre de 30 à 60 jours entre l'annonce de la transaction et son exécution pour leur permettre de mettre fin à la relation bancaire qu'ils ont avec la banque transférante. Une fois ce délai écoulé, le transfert aura lieu automatiquement de par la loi au moment de l'inscription de la transaction au registre du commerce. Le client n'a donc pas à consentir au transfert de sa relation contractuelle mais il dispose du droit de s'opposer au transfert de celle-ci en la résiliant.

Le transfert de la relation bancaire aura également lieu automatiquement pour les clients enregistrés dans une *booking center* dans une juridiction qui reconnaît la succession universelle comme moyen de transfert d'actifs, de passifs et des relations contractuelles⁵⁹.

En raison du fait que la relation contractuelle dans son intégralité est transférée à la banque reprenante, les conditions générales de la banque transférante continueront de s'appliquer, du moins jusqu'à leur modification par la banque reprenante, modification qui, en règle générale, ne pourra intervenir avant un délai de 30 à 60 jours suivant le transfert en fonction des conditions générales. En pratique, cela peut poser des difficultés, notamment par exemple si la politique d'outsourcing de la banque reprenante diffère de celle de la banque transférante (outsourcing à l'étranger). Dans ce cas, la banque reprenante ne pourra servir les clients transférés que sur la base de ses propres conditions générales. Il est donc envisageable que la banque reprenante sollicite la banque transférante afin que cette dernière procède à la modification des conditions générales (modification qui entre en vigueur uniquement au moment du transfert de la relation contractuelle) en amont du *closing*. Par conséquence, le consentement (tacite) du client sera indirectement nécessaire afin que les conditions générales de la banque reprenante puissent entrer en force au moment

de l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce.

2.2 Dans les autres cas

Dans tous les autres cas, et notamment dans le cas du transfert individuel, la banque reprenante ne succède pas à la banque transférante dans les relations contractuelles avec les clients transférés. La banque reprenante doit donc conclure de nouveaux contrats avec ces clients qui doivent y consentir. A notre sens ce consentement doit être exprès et ne peut être tacite⁶⁰. Contrairement au transfert de données mentionné au chiffre III.2.1, pour lequel nous estimons qu'une acceptation tacite est suffisante (sur la base, entre autres, des conditions générales), dans le cas du transfert de la relation bancaire elle-même, il n'existe aucune relation entre la banque reprenante et le client avant la conclusion du nouveau contrat et le silence ne peut valoir acceptation au sens du CO à l'exception notoire des cas particuliers prévus à l'article 6 CO.

Dans le cas, peu fréquent, où la relation bancaire n'est constituée que d'un dépôt du client, il est éventuellement envisageable d'appliquer l'article 176 al. 3, respectivement 181 dès lors qu'il s'agit pour la banque reprenante de reprendre une dette de la banque transférante à l'égard du client et que, dans le cas de l'article 176 al. 3, le consentement de la contrepartie peut résulter des circonstances.

2.3 Transfert des droits de rétention de la banque transférante

Au cours de ces dernières années, plusieurs banques ont été exposées à des poursuites en raison de transactions passées pour le compte de clients. Lorsque la banque est mise en cause à la place du client, elle peut, sur la base de ses conditions générales, bloquer certains avoirs du client concerné afin de garantir son droit de rétention en relation avec des prétentions de tiers à l'encontre de la banque. Lorsque les clients transférés font, suite à l'exécution de la transaction, face à une nouvelle contrepartie, se pose la question de savoir comment la banque transférante peut sauvegarder ses droits. En cas de transfert individuel, la relation entre la banque transférante et le client est clôturée, en conséquence tout droit de rétention de la banque transférante disparaît. La question se pose différemment en cas de transfert de patrimoine au sens de la LFus. En effet, l'ensemble de la relation contractuelle passe de plein droit à la banque reprenante. Néanmoins, la banque transférante demeurera l'entité soumise ou exposée à des poursuites. De plus, il n'y a que peu de chances que la banque reprenante puisse faire valoir quelque droit de rétention envers le client transféré dès lors que la banque reprenante ne fait l'objet d'aucune

⁵⁸ Également: GABERTHÜEL (note 6), 212.

⁵⁹ Cf. ci-avant note 30.

⁶⁰ *Contra*: GABERTHÜEL (note 6), 209.

poursuite. Une solution envisageable ici consisterait à obtenir de la banque reprenante qu'elle s'engage à indemniser la banque transférante de tout dommage (sous la forme d'un porte-fort au sens de l'article 111 CO) résultant des poursuites en relation avec les clients transférés et que la banque transférante obtienne au préalable le consentement (tacite) du client à la création contractuelle des sûretés nécessaires à garantir ses prétentions récursives.

IV. Conclusion

Les banques sont aujourd'hui confrontées à d'importants défis. Une fois les incertitudes liées au programme américain dissipées, une nouvelle vague de restructurations est à anticiper. Si les grandes banques pourraient être intéressées à acquérir de nouveaux portefeuilles, ce sont surtout les banques privées de petite et moyenne taille qui devront fondamentalement repenser leur modèle d'affaire afin de maintenir leur rentabilité. A notre sens, deux grandes options se dessinent, la première viserait une consolidation des activités de plusieurs établissements afin d'atteindre une taille critique permettant de faire face tant à l'érosion des revenus qu'à l'augmentation des charges, transactions qui auraient tendance à être structurées sous la forme de *Share Deals*. L'autre option consisterait en une spécialisation des activités sur certains marchés afin de limiter les coûts de la *compliance* et impliquerait des transferts de portefeuilles de clients entre établissements bancaires. A ce sujet, il est intéressant de noter que les banques ont tendance à être de plus en plus sélectives quant à leur clientèle, n'hésitant pas à exclure respectivement transférer ceux qui ne correspondent pas à leur modèle d'affaires.
