

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



4A_149/2025

Arrêt du 12 janvier 2026

Ire Cour de droit civil

Composition
MM. et Mmes les Juges fédéraux Hurni, Président,
Kiss, Denys, Rüedi et May Canellas.
Greffier : M. Hausammann.

Participants à la procédure

A. _____ SA,
représentée par Me Pierluca Degni, avocat,
recourante,

contre

B. _____ SA,
représentée par Me Pierre-Damien Eggly et Me Marika Ducret, avocats,
intimée.

Objet

contrat de dépôt bancaire (exécution simple), restitution des rétrocessions,

recours contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre civile, du 13 février 2025
(C/25672/2021 ACJC/228/2025).

Faits :

A.

A.a. C. _____ était titulaire de deux comptes auprès de la banque privée B. _____ SA (ci-après: la banque), dont un compte joint clôturé le 5 juin 2012 et un compte individuel clôturé le 14 juin 2017. Dans le cadre de son compte individuel, elle a signé plusieurs documents, notamment sur son profil d'investisseur, ainsi que les conditions générales de la banque.

Le 27 janvier 2011, de nouvelles conditions générales lui ont été adressées et son attention a été attirée sur l'art. 13 dont le passage suivant (2e par.) était rédigé en gras: "le client reconnaît et accepte par la présente que la banque puisse recevoir des paiements ou d'autres avantages directement ou indirectement de tiers (sous forme de commissions, de frais de vente ou d'autres compensations) en rapport avec les services fournis par la banque sur la base d'accords séparés, et qu'elle puisse également recevoir des remboursements en rapport avec l'achat, la propriété ou la vente de l'investissement du client [...]; le client accepte que ces prestations de tiers soient considérées par la Banque comme une rémunération complémentaire à la rémunération convenue avec le client et à laquelle le client ne peut prétendre". Le 3e paragraphe de cette clause stipulait l'ordre de grandeur des prestations de tiers reçues par la banque. Enfin, le dernier paragraphe indiquait que la banque fournirait sur demande "toutes informations utiles en relation avec les prestations de tiers perçues".

Dans le cadre de modifications des conditions générales en 2015 et 2017, ces clauses ont été maintenues et complétées et sont devenues les art. 15 (version 2015) puis 16 (version 2017).

A.b. Le 6 juillet 2020, C. _____ a signé une cession de créance portant sur la relation contractuelle la liant à la banque en faveur de A. _____ SA, société dont le but est le financement de litiges, ainsi que

l'acquisition et le recouvrement de créances.

Faisant suite à la demande de cette dernière, la banque lui a transmis un relevé des rétrocessions qu'elle avait perçues dans le cadre de la relation contractuelle au sujet du compte individuel. Le montant total s'élevait à 31'477 fr. (2'826 fr. pour 2010; 1'706 fr. pour 2011; 1'305 fr. pour 2012; 1'201 fr. pour 2013; 2'979 fr. pour 2014; 10'727 fr. pour 2015; 7'892 fr. pour 2016; et 2'841 fr. pour 2017).

B.

Après une tentative infructueuse de conciliation, A. _____ SA a saisi, le 21 juin 2022, le Tribunal de première instance du canton de Genève d'une requête en paiement de 31'477 fr., comprenant les montants précités avec intérêts à 5 % l'an dès la perception des rétrocessions.

Par jugement du 29 janvier 2024, le Tribunal de première instance a débouté A. _____ SA de toutes ses conclusions en paiement formées à l'encontre de la banque. Ce jugement a été intégralement confirmé par arrêt du 13 février 2025 de la Chambre civile de la Cour de justice.

C.

Agissant par la voie du recours en matière de droit civil, A. _____ SA demande principalement au Tribunal fédéral de réformer l'arrêt du 13 février 2025 en ce sens que B. _____ SA soit condamnée à lui payer la somme totale de 31'477 fr. avec intérêts à 5 % l'an dès la perception des rétrocessions.

Subsidiairement, elle conclut à son annulation et au renvoi de la cause à l'instance précédente pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

La Cour de justice renonce à se déterminer. Agissant en tant qu'intimée, B. _____ SA, conclut au rejet du recours, ainsi qu'à l'irrecevabilité de certaines conclusions. Dans des écritures complémentaires, les parties répliquent puis dupliquent, persistant dans leurs conclusions.

Considérant en droit :

1.

1.1. Interjeté en temps utile par la partie ayant succombé dans ses conclusions en paiement des rétrocessions (art. 76 al. 1 LTF), dirigé contre un arrêt final (art. 90 LTF), rendu sur appel par le tribunal supérieur du canton de Genève (art. 75 LTF), dans une affaire civile (art. 72 al. 1 LTF), dont la valeur litigieuse dépasse 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF), le recours en matière civile est en principe recevable.

1.2. L'intimée conclut à l'irrecevabilité des conclusions du recours, en tant qu'elles portent sur le paiement d'intérêts à 5 % l'an dès la perception des rétrocessions. Elle soutient que le *dies a quo* des intérêts pour chacune des rémunérations indirectes perçues avait été ajouté seulement devant l'instance précédente et que de telles conclusions ne ressortaient pas de la requête en paiement du 21 juin 2022. Les conclusions prises par la recourante devant le Tribunal fédéral ne diffèrent pas de celles qui ont été soumises devant l'instance précédente. Il ne s'agit dès lors pas d'une nouvelle conclusion au sens de l'art. 99 al. 1 LTF (cf. arrêt 5A_123/2020 du 7 octobre 2020 consid. 1.4). Lorsqu'une conclusion de la partie adverse a été acceptée devant l'autorité précédente, il ne peut pas y être revenu devant le Tribunal fédéral (cf. **ATF 123 IV 145** consid. 4e; Grégory Bovey, in Commentaire de la LTF, 3e éd. 2022, n° 40 ad art. 99 LTF). L'intimée soutient certes avoir conclu à l'irrecevabilité des conclusions devant la cour cantonale, au stade de sa duplique, mais ne fait toutefois pas valoir une violation de l'art. 317 al. 2 CPC, qui aurait empêché la recourante de compléter ses conclusions en instance d'appel, ni de déni de justice au motif que son grief n'aurait pas été traité par l'instance précédente. Il ne sera dès lors pas entré en matière sur ce grief de l'intimée, ce d'autant plus au vu du sort du recours.

2.

La cour cantonale a apprécié à titre superfétatoire la portée des conditions générales bancaires pour considérer qu'elle fondaient également l'exclusion de la restitution, laquelle se déduisait au premier chef des règles du CO. Comme développé aux considérants ci-dessous, cette approche et la solution retenue ne violent pas le droit fédéral.

3.

Sans remettre en cause la qualification du contrat, la recourante reproche à l'instance précédente d'avoir considéré que l'obligation de reddition de comptes et de restitution (cf. art. 400 al. 1 CO) ne s'appliquait pas à un contrat de simple dépôt bancaire (*execution only* /exécution simple).

3.1. Lorsque les parties établissent une relation bancaire, elles concluent généralement plusieurs contrats, dont notamment un contrat de compte (habituellement un compte courant), un contrat de giro bancaire (trafic de paiements), un contrat de dépôt dans lequel sont conservés les titres du client (arrêt 4C.108/2002 du 23 juillet 2002 consid. 2a) et, pour les opérations boursières, soit un contrat de gestion de fortune (*Vermögensverwaltungsvertrag*), soit un contrat de conseil en placements (*Anlageberatungsvertrag*), soit une relation de simple compte/dépôt bancaire dite *execution only* (*blosse Konto-/Depot-Beziehung*) (**ATF 133 III 97** consid. 7.1; arrêts 4A_54/2017 du 29 janvier 2018 consid. 5.1.1; 4A_593/2015 du 13 décembre 2016 consid. 7.1), renvoyant à différents types de conditions générales. Selon la jurisprudence, ces différents contrats constituent un contrat mixte comprenant des éléments du mandat (arrêts 4C.191/2004 du 7 septembre 2004 consid. 4.1; 4C.108/2002 précité consid. 2a; cf. Ralph Stadler, in Das Schweizerische

Bankgeschäft, 8e éd. 2021, p. 43 n. 164, p. 144 n. 515 et p. 145 n. 519; Reto Arpagaus, in Das Schweizerische Bankgeschäft, 8e éd. 2021, p. 238 n. 847 s.). Dans la mesure où les éléments de cette relation sont de nature différente, il faudra examiner précisément dans chaque cas quelle est la question juridique qui se pose et quels sont les dispositions légales ou les principes juridiques auxquels il y a lieu de recourir pour la trancher (**ATF 131 III 528** consid. 7.1.1; arrêts 4A_407/2021 du 13 septembre 2022 consid. 4.1; 4A_219/2020 du 12 mars 2021 consid. 3.1).

3.2. De la qualification du contrat passé entre la banque et le client dépendent l'objet exact et l'étendue des devoirs contractuels d'information, de conseil et d'avertissement de la banque (*Aufklärungs-, Beratungs- und Warnpflichten*) (arrêts 4A_593/2015 précité consid. 7; 4A_336/2014 du 18 décembre 2014 consid. 4.2; 4A_364/2013 du 5 mars 2014 consid. 6.2; 4A_525/2011 du 3 février 2012 consid. 3.1-3.2, in *AJP* 2012 p. 1317 ss; 4A_90/2011 du 22 juin 2011 consid. 2.2.1). Ces devoirs contractuels découlent des obligations de diligence et de fidélité ancrées dans les règles du mandat (art. 398 al. 2 CO), dans le principe de la confiance (art. 2 CC) ou encore dans l'ancien art. 11 de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995 (aLBVM; arrêt 4A_54/2017 du 29 janvier 2018 consid. 5.1.1).

3.2.1. Lorsque la banque et le client sont liés par un contrat de simple compte/dépôt bancaire (*blosse Konto-/Depot-Beziehung; execution only*), la banque s'engage uniquement à exécuter les instructions ponctuelles d'investissement du client. La banque ne peut donc effectuer une opération d'achat ou de vente déterminée sur le compte de son client que sur instructions ou avec l'accord de celui-ci, selon les règles du contrat de commission (art. 425 ss CO; arrêts 4A_354/2020 du 5 juillet 2021 consid. 3.1; 4A_599/2019 du 1er mars 2021 consid. 4; 4A_369/2015 du 25 avril 2016 consid. 2.4). Un tel contrat est une forme de mandat, dans lequel le mandataire-commissionnaire, en tant que représentant indirect, agit en son propre nom mais pour le compte du mandant-commettant (Flegbo-Berney/Von Planta, in *Commentaire romand CO* I, 3e éd. 2021, n° 1 et 3 ad art. 425 CO). Selon l'art. 425 al. 2 CO, les dispositions du mandat sont applicables, sauf dérogations résultant du titre quinzisième du CO.

La banque n'est pas tenue d'assurer la sauvegarde générale des intérêts de son client, ni d'assumer un devoir général d'information tant au sujet des ordres donnés par celui-ci que sur le développement probable des investissements choisis et sur les mesures à prendre pour limiter les risques (**ATF 133 III 97** consid. 7.1.1). Elle n'a pas à vérifier le caractère approprié de l'opération demandée par le client, ni l'adéquation de celle-ci par rapport à l'ensemble de son portefeuille. Tel est le cas lorsque le client dispose des connaissances et de l'expérience requises, qu'il n'a pas besoin d'être informé puisqu'il connaît déjà les risques liés aux placements qu'il opère et qu'il peut assumer financièrement les risques du placement. De même, la banque n'assume pas de devoir d'information lorsqu'elle communique sur demande à ses clients les attentes générales de son établissement ou de tiers sur l'évolution de certains instruments financiers (**ATF 133 III 97** consid. 7.1.1; arrêt 4A_54/2017 précité consid. 5.1.4).

3.2.2. Dans le mandat de gestion de fortune, le client charge la banque de gérer tout ou partie de sa fortune en déterminant elle-même les opérations boursières à effectuer, dans les limites fixées par le contrat en ce qui concerne la stratégie de placement et l'objectif poursuivi par le client (arrêts 4A_41/2016 du 20 juin 2016 consid. 3.1; 4A_336/2014 du 18 décembre 2014 consid. 4.1; 4A_168/2008 du 11 juin 2008 consid. 2.1, in *SJ* 2009 I 13). L'existence d'un contrat de gestion de fortune n'exclut nullement que le client puisse occasionnellement donner des instructions à la banque (arrêt 4A_90/2011 du 22 juin 2011 consid. 2.2.1). Les devoirs d'information, de conseil et d'avertissement de la banque sont les plus étendus (arrêt 4A_54/2017 précité consid. 5.1.2).

Dans le cadre d'un contrat de gestion de fortune, le mandataire est tenu de rendre en tout temps compte de sa gestion au mandant et de lui restituer tout ce qu'il a reçu de ce chef (cf. art. 400 al. 1 CO). L'obligation de rendre compte (*Rechenschaftsablegung*) doit permettre au mandant de contrôler l'activité du mandataire. Elle constitue le fondement de l'obligation de restitution et trouve ses limites dans les règles de la bonne foi (**ATF 143 III 348** consid. 5.1.1; **139 III 49** consid. 4.1.2). L'obligation de restitution (*Herausgabepflicht*) peut être comprise comme une concrétisation de l'obligation de fidélité de l'art. 398 al. 2 CO. Elle en garantit le respect et constitue ainsi une mesure préventive tendant à sauvegarder les intérêts du mandant (**ATF 139 III 49** consid. 4.1.2; **138 III 755** consid. 5.3), en prévenant d'éventuels conflits d'intérêts entre le mandataire et le mandant.

L'obligation de restitution a pour objet non seulement ce que le mandataire a reçu du mandant, ce qu'il a lui-même créé, mais également ce qu'il a reçu de tiers (**ATF 143 III 348** consid. 5.1.2). Dans cette dernière catégorie, il faut distinguer entre les biens reçus de tiers du fait de l'exécution directe du mandat (comme résultat direct de l'exécution du mandat), que le mandataire ait agi en qualité de représentant direct ou indirect du mandant, et les avantages indirects reçus de tiers dans le cadre de l'exécution du mandat (comme résultat indirect de l'exécution du mandat; **ATF 132 III 460** consid. 4.1).

Les éléments qui sont versés au mandataire parce que, dans le cadre de l'exécution du mandat, il accomplit ou suscite certains actes de gestion, sont intrinsèquement liés à la gestion et tombent sous le coup de l'obligation de restituer de l'art. 400 al. 1 CO (**ATF 138 III 755** consid. 4.2; **ATF 132 III 460** consid. 4.1). En revanche, les éléments reçus de tiers à l'occasion de l'exécution du mandat, mais qui ne sont pas intrinsèquement liés au mandat (par exemple les pourboires ou les présents usuels entre professionnels) ne sont pas soumis à l'obligation de restitution (**ATF 138 III 755** consid. 4.2; **ATF 137 III 393** consid. 2.1). Le principe selon lequel le mandataire ne doit être ni appauvri, ni enrichi par le mandat, et le but de prévention des conflits d'intérêts, que vise l'obligation de restitution, sont les éléments décisifs pour décider si l'avantage patrimonial que le mandataire a reçu du tiers est un avantage indirect, qui est en 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).

3.3. La jurisprudence rendue en matière d'obligation de restitution des rétrocessions perçues ne porte actuellement que sur les relations de gestion de fortune (cf. **ATF 143 III 348**; **138 III 755**; **137 III 393**; **132 III 460**). S'agissant d'une relation de simple exécution (*execution only*), cette question a encore récemment été laissée indécise (cf. arrêts 4A_574/2023 du 24 mai 2024 consid. 8.3; 4A_601/2021 du 8 septembre 2022 consid. 7.2).

3.4. En doctrine, l'existence d'une obligation de restitution des rétrocessions dans une relation de simple exécution est controversée (réponse positive: Martina Reber, *Retrozessionen: Stand der Dinge*, RSDA 2024 pp. 127 ss; Jutzi/Wess, *Die [neuen] Pflichten im Execution-only-Geschäft: Zusammenspiel von FIDLEG und OR*, RSDA 2019 pp. 589 ss, pp. 607-609; Tobias Aggteleky, *Zivil- und aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten beim Execution-only-Geschäft*, 2022, pp. 260 ss; Emmenegger/Döbeli, *Bankgeschäfte nach der Krise: Safer, simpler, fairer?*, RSDA 2018 pp. 639 ss, p. 649; Monika Roth, *Retrozessionen und Interessenkonflikte - wenn der Berater in Tat und Wahrheit ein Verkäufer ist*, ZBJV 7-8/2010 pp. 521-553, p. 533; Samantha Meregalli Do Duc, *Rémunération et conflits d'intérêts dans la distribution des placements collectifs de capitaux*, 2010, pp. 192 ss; Fabian Schmid, *Retrozessionen und Anlagefonds*, Jusletter du 21 mai 2007 ch. 45 ss; réponse négative: Beat Mathys, *Retrozessionen: Herausgabepflicht und Verjährungspraxis*, in: Jusletter du 5 décembre 2022; Oser/Weber, in: *Basler Kommentar, Obligationenrecht*, vol. I, 7e éd. 2020, n° 14a ad art. 400 CO; Philippe Fischer, *La rémunération directe et indirecte de l'intermédiaire financier en droit suisse*, in *Service financiers: Suisse et Union européenne*, 2016, pp. 248 ss; Gehrer Cordey/Giger, in: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3e éd. 2016, n° 12c ad art. 400 CO; Raphael Preisig, *Interessenwahrung und Ablieferungspflicht im Bankgeschäft*, Jusletter du 9 septembre 2013 ch. 15 ss; Kuhn/Schlumpf, *Die Pflicht zur Herausgabe von Bestandespflegekommissionen*, ZBJV 5/2013 pp. 436 ss, p. 454; Carlo Lombardini, *La protection de l'investisseur sur le marché financier*, 2012, pp. 740 ss; Sandro Abegglen, *"Retrozession ist nicht gleich Retrozession": Zur Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR auf Entschädigungen, die an Banken geleistet werden, insbesondere im Fondsvertrieb*, RSDA 2/2007 p. 122; Nobel/Stirnemann, *Zur Behandlung von Entschädigungen im Vertrieb von Produkten*, RSDA 5/2007 p. 343 ss).

3.4.1. Les auteurs se prononçant à l'encontre d'une obligation de restitution dans une relation de simple exécution estiment principalement que l'investisseur prend seul les décisions relatives aux instruments financiers dont il veut faire l'acquisition et que, par conséquent, ce processus exclut tout risque de conflits d'intérêts (cf. Oser/Weber, op. cit., n° 14a ad art. 400 CO; Gehrer Cordey/Giger op. cit., n° 12c ad art. 400 CO; Abegglen, op. cit., p. 127). Selon cette conception, il ne pourrait y avoir de conflit d'intérêts si la décision est prise de manière indépendante par le client, sans aucune intervention de la banque qui ne dispose d'aucune marge d'appréciation et se limite à exécuter la transaction sans avoir d'influence sur le versement ou non de rétrocessions (Beat Mathys, op. cit., n° 24; Philippe Fischer, op. cit., pp. 249 et 250; Kuhn/Schlumpf, pp. 453 et 454). S'agissant d'une activité hautement réglementée, prévoyant tout un dispositif permettant d'éviter que les investisseurs soient lésés par d'éventuels conflits d'intérêts, il ne serait en outre pas possible de partir du principe que le négociant agirait seulement en fonction de ses intérêts économiques et qu'il porterait atteinte à ses clients (Lombardini, op. cit. p. 741, n° 67).

Certains avancent l'intérêt économique des négociants d'instruments financiers, qui supportent des coûts importants générés par leur activité de négoce afin de pouvoir répondre aux futurs besoins des clients, en leur permettant d'accéder à une gamme importante de produits et de contreparties quand ils le souhaitent, justifiant la perception d'une prestation sous la forme des avantages reçus. Pour ces auteurs, ces avantages financiers ne devraient pas être qualifiés de rétrocessions, mais de contreparties aux efforts fournis au client (Nobel/Stirnemann, op. cit., p. 348; Lombardini, op. cit. p. 741, n° 65; cf. aussi Fabian Schmid, op. cit., n° 47).

Un auteur suggère de procéder à une évaluation globale consistant à apprécier de manière concrète les causes qui ont conduit au paiement d'une rétrocession au mandataire. Dans ce cadre, la décision indépendante du client d'acquiescer à un produit financier ne serait que l'une des causes du versement d'une commission parmi d'autres, tels que l'exploitation d'un département commercial par la banque ou encore la mise à disposition d'une plateforme de négociation. Selon cet auteur, la cause fixée par le client, dans une relation de simple exécution, passerait dès lors au second plan et n'aurait pas de lien intrinsèque avec l'encaissement de la rétrocession par le mandataire, à l'instar d'un pourboire qui serait versé à l'occasion de l'exécution du mandat (Beat Mathys, op. cit., n° 30).

3.4.2. À l'inverse, les auteurs en faveur d'une obligation de restitution appuient notamment leur thèse sur le fait que les règles sur le droit du mandat, y compris l'art. 400 CO, trouvent application au vu du renvoi de l'art. 425 al. 2 CO (Meregalli Do Duc, op. cit., p. 198; Fabian Schmid, op. cit., n° 44).

Divers auteurs sont d'avis que la règle de l'art. 400 CO ne dépend pas exclusivement de l'existence d'un risque de conflits d'intérêts entre négociant et client, mais remplirait également une fonction d'attribution et garantirait ainsi le principe de non-enrichissement du mandataire. Pour cette partie de la doctrine, il existerait déjà un lien intrinsèque avec les avantages que le mandataire ne reçoit qu'en raison d'une certaine position qui lui a été accordée dans le cadre de la relation commerciale avec son mandant (Martina

Reber, op. cit., pp. 131 et 132; Roth, op. cit., p. 533, Emmenegger/Döbeli, op. cit., p. 649). Le montant de la rétrocession est ainsi déterminé directement sur la base des fonds apportés par l'investisseur, leur nombre et leur fortune, et leurs versements ne s'arrêteront qu'une fois l'argent désinvesti du fonds. L'investissement déclenche le paiement des rétrocessions, démontrant le lien intrinsèque avec les actes que le mandataire accomplit pour son client. Un auteur soutient encore que la rétrocession représente la rémunération du promoteur au distributeur sur laquelle aucun accord n'existe entre le mandant et le mandataire et que l'existence de prescriptions légales ne supprime pas pour autant tout risque de conflit d'intérêts latent (Meregalli Do Duc, op. cit., pp. 197 ss).

Une partie de la doctrine soulève aussi un risque de conflits d'intérêts, dès lors que le mandataire pourrait être incité à choisir la plateforme ou le courtier qui lui versent les rétrocessions les plus élevées (Tobias Aggteleky, op. cit., n° 588, p. 261; Martina Reber, op. cit., p. 131). Un autre auteur relève encore le risque de conflits d'intérêts en raison de la concurrence entre plusieurs mandants et cite également le risque, particulièrement élevé dans une relation de simple exécution, des pratiques de " *front running* " ou de " *parallel running* " (Jutzi/Wess, op. cit., p. 608).

3.4.3. Dans le cas d'espèce, la Cour de justice a en substance estimé que la banque intimée ne s'était ni enrichie, ni appauvrie et qu'elle avait simplement été rémunérée selon les documents contractuels signés. Dans la mesure où elle se limitait à exécuter les instructions de sa cliente, elle ne pouvait pas privilégier ses propres intérêts et rien ne suggérait qu'elle aurait dû choisir entre plusieurs plateformes ou courtiers pour exécuter les ordres d'investissement. Selon l'instance précédente, il n'existait dès lors pas de violation de l'obligation de diligence et de fidélité et les rémunérations qu'elle avait perçues devaient être assimilées à des honoraires non soumis à un devoir de restitution.

3.5. Les parties sont liées par un contrat de commission au sens de l'art. 425 CO. Dès lors que les dispositions relatives à ce contrat ne contiennent pas de règles afférentes à une éventuelle obligation de restitution ou de reddition de comptes, les dispositions du mandat, soit l'art. 400 CO, s'appliquent au rapport litigieux (cf. art. 425 al. 2 CO; **ATF 139 III 49** consid. 3.4).

3.5.1. L'idée à la base des obligations de restitution et de reddition de compte est de prévenir les conflits d'intérêts, impliquant 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. La prévention des conflits d'intérêts est le critère central, et non uniquement un élément supplémentaire de l'analyse, pour apprécier si l'avantage patrimonial a été accordé au mandataire par des tiers en raison de l'exécution du mandat ou simplement à l'occasion de l'accomplissement du mandat sans relation intrinsèque avec celui-ci (**ATF 143 III 348** consid. 5.1.2; **138 III 755** consid. 5.3, 132 II 460 consid. 4.1). Par conséquent, il ne peut pas être fait abstraction du risque de conflits d'intérêts et étendre le champ d'application de l'art. 400 al. 1 CO à tout avantage indirect perçu par le mandataire du seul fait qu'il se retrouve enrichi. Cela reviendrait sinon à inclure les éléments reçus de tiers à l'occasion du mandat, alors qu'ils ont justement été exclus des prestations sujettes à restitution (**ATF 143 III 348** consid. 5.1.2); en touchant une rémunération occasionnelle (à l'instar d'un pourboire) à l'occasion de l'exécution de son mandat, le mandataire se retrouve en effet aussi enrichi, mais ne doit pas pour autant restituer cette prestation. Les principes de prévention des conflits d'intérêts et de non-enrichissement (ou appauvrissement) du mandataire sont connexes et ne peuvent être appliqués que de manière conjointe dans le cadre d'une analyse globale. Le seul fait que le mandataire se retrouve enrichi ou appauvri à l'occasion de l'exécution du mandat ne suffit pas à fonder une obligation de restitution et nécessite encore d'examiner, compte tenu des obligations contractuelles, si l'avantage patrimonial qui lui a été accordé est intrinsèquement lié au mandat et donc susceptible de générer un conflit d'intérêts dans le cas concret.

Le devoir de restitution a notamment 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 (**ATF 143 III 348** consid. 5.1.1; **139 III 49** consid. 4.1.2), de sorte que la Cour de justice n'a pas violé l'art. 400 al. 1 CO en s'y référant. La recourante méconnaît ces principes lorsqu'elle soutient que le devoir de fidélité et l'obligation de restitution seraient deux aspects différents du mandat (cf. **ATF 138 III 755** consid. 5.3).

3.5.2. Les rétrocessions litigieuses ont été perçues dans le cadre de la distribution de produits financiers (cf. arrêt attaqué let. B.d.b faisant référence à des fonds de placement et des produits structurés). Il s'agit d'indemnités de distribution (commissions d'état) qui se fondent sur un accord convenu au préalable entre le distributeur et le fournisseur des produits financiers (par exemple un fonds de placement); elles sont versées au distributeur (soit la banque intimée) à titre de commissions de gestion et sont prélevées de manière récurrente, en principe chaque année, sur la fortune d'un fonds, en déduction de la rentabilité de celui-ci, dans lequel plusieurs investisseurs détiennent une participation proportionnelle (cf. art. 13 3e par. des conditions générales); cette rémunération est déterminée sur la base du stock total des produits concernés, et non pour chaque client individuellement (cf. **ATF 138 III 755** consid. 5.4); enfin, elle est principalement axée sur les ventes et récompense les placements réussis des produits (*ibidem* consid. 5.6). La nature de cette indemnité de distribution ne l'exclut pas pour autant du champ d'application de l'art. 400 al. 1 CO et il convient d'examiner, en fonction des obligations contractuelles concrètes, si ces rétrocessions risquent de créer un conflit d'intérêts pour le distributeur (*ibidem* consid. 5.5).

3.5.3. Dans le cadre d'une relation de gestion de fortune, le mandataire gérant le patrimoine de son client risque d'être incité à ne pas prendre suffisamment en compte les intérêts de ce dernier, puisqu'il décide lui-même, de manière autonome dans le cadre de la stratégie définie par le contrat, quels actes de gestions il

accompli pour le compte de son mandant, leur fréquence et leur importance. Compte tenu des versements qu'il obtient d'autres intermédiaires financiers, soit pour les avoirs de ses clients déposés auprès de banques dépositaires, soit pour la distribution des produits financiers (placements collectifs ou produits structurés) qu'il obtient des promoteurs de ces actifs pour chaque opération, le gérant de fortune se trouve dans une situation de conflit d'intérêts dans laquelle il pourrait être incité à privilégier certaines opérations, respectivement à multiplier les transactions, dans le seul but de générer des rétrocessions plus élevées, au détriment des intérêts de son mandant. Un tel conflit existe aussi lorsque le gérant de fortune perçoit des commissions d'état pour la distribution de produits financiers, puisqu'il peut être incité à créer, maintenir ou augmenter un portefeuille de certains actifs sans que cela ne soit justifié par les intérêts du client. Compte tenu de ce risque, les rémunérations perçues sont donc intrinsèquement liées à l'exécution du mandat et doivent être restituées (cf. **ATF 143 III 348** consid. 5.1.2 *in fine*; **138 III 755** consid. 5.6).

3.5.4. Un tel risque pourrait également survenir dans un contrat de conseil en placement, aussi soumis aux règles du mandat, dans lequel la décision finale d'investissement revient au client, mais lequel pourrait toutefois être influencé par son conseiller. Si le conflit d'intérêts de ce dernier serait certes moins patent que pour un gérant de fortune, le conseiller en investissement pourrait tout autant être incité à conseiller des produits qui lui généreraient le plus de rétrocessions, mais qui ne répondraient pas aux meilleurs intérêts de son mandant. Un examen des circonstances concrètes pourrait révéler l'existence d'un conflit d'intérêts.

3.6. Dans une relation de simple dépôt bancaire (*execution only*), le mandataire ne dispose en revanche d'aucune marge de manoeuvre sur les avoirs de son client, ne lui fournit aucun conseil en investissement, et se limite en définitive à exécuter les ordres de son mandant.

Certes, le paiement de la rétrocession n'est rendu possible qu'en raison de l'ordre passé par l'investisseur à la banque, de sorte que ces deux éléments sont à l'évidence en lien de causalité naturelle direct. Il est de même indéniable que l'intermédiaire financier se retrouve enrichi par cette rémunération. Le seul critère de l'enrichissement du mandataire ne saurait cependant être décisif et examiné indépendamment de celui de l'existence d'un conflit d'intérêt. Il n'est par ailleurs pas possible de définir, de manière générale pour tous les mandats, les situations dans lesquelles une rémunération est en lien intrinsèque avec l'exécution du mandat. Un examen global à l'aune des circonstances concrètes, tenant compte des obligations contractuelles spécifiques, doit au contraire être effectué (cf. **ATF 138 III 755** consid. 5.3; en ce sens: Beat Mathys, op. cit., n° 30). Par ailleurs, seule la relation contractuelle entre le prestataire financier et son mandant est pertinente pour l'obligation de restitution; l'accord qui existe entre le promoteur de produits financiers et le distributeur n'entre en considération que s'il risque de remettre en cause l'obligation de ce dernier de préserver les intérêts de son mandant.

3.6.1. Le négociant, dans une relation de simple exécution, n'est pas tenu d'assurer la sauvegarde générale des intérêts de son client, ni d'assumer un devoir général d'information. Tel était notamment le cas pour la relation de l'intimée avec C. _____ qui disposait des connaissances et de l'expérience requises en matière d'investissements bancaires (cf. le formulaire A3 établissant son profil de risque, déposé par l'intimée en instance cantonale), ce que la recourante ne remet pas en cause. Il revenait par conséquent à la cliente de choisir seule et de manière autonome les investissements qu'elle souhaitait effectuer. Avant la réception des ordres de sa mandante, la banque n'avait aucun moyen de déterminer précisément quelles transactions elle serait amenée à effectuer et donc les avantages indirects qu'elle toucherait sur cette base. À partir de 2011, l'ordre de grandeur des rétrocessions était par ailleurs défini à l'avance, selon l'investissement effectué, par les conditions générales (cf. art. 13 des conditions générales de 2011; arrêt attaqué let. B.d.b, p. 5).

La perception de rétrocessions et leur montant ne dépendaient par conséquent pas d'un comportement de la banque, mais uniquement de la décision de l'investisseur de passer un ordre. Dans une telle constellation, il n'est pas possible de retenir que l'intermédiaire financier aurait pu être influencé, lors de l'exécution des ordres de placement, par ses propres intérêts pécuniaires. Contrairement à un gérant de fortune, l'intimée n'était pas dans une position qui lui aurait permis de prendre de manière indépendante des décisions d'investissement dans laquelle elle aurait pu être incitée à effectuer des opérations boursières contraires aux intérêts de sa mandante (cf. **ATF 138 III 755** consid. 5.6 *a contrario*).

3.6.2. Les indemnités de distribution (ou commissions de gestion de portefeuille), perçues dans le cadre de distribution de produits financiers, se distinguent des rétrocessions classiques (cf. **ATF 138 III 755** consid. 5.4) et ne sauraient ainsi par définition être sujettes à restitution. Elles ne poursuivent par ailleurs pas uniquement un but de rémunération, mais également d'indemnisation des frais supportés par le mandataire en lien avec le réseau et l'infrastructure qu'il doit se constituer pour mettre à disposition ces produits financiers à ses clients (cf. **ATF 138 III 755** consid. 5.6; cf. aussi l'art. 13, 3e par., des conditions générales 2011 de la banque intimée qui stipule notamment que cette rémunération est versée à cette dernière pour son "assistance dans la structuration du produit"). La rémunération qui a été touchée par la banque intimée du promoteur de produits financiers était liée à leur distribution pour le compte de ce fournisseur et dépendait donc du nombre de produits placés avec succès auprès d'investisseurs (cf. Nobel/Stirnimann, op. cit., p. 348 selon lequel il s'agirait du paiement pour l'accès à un certain pool de clients). Cependant, compte tenu de ses obligations contractuelles qui se limitaient à l'exécution des ordres de ses clients, la banque intimée ne pouvait pas influencer le nombre de produits placés et donc sa rémunération.

À défaut d'un risque d'être incitée à ne pas prendre suffisamment en compte les intérêts de sa mandante, il ne peut par conséquent pas être retenu que les commissions de gestion que l'intimée a perçues étaient en lien intrinsèque avec l'exécution de son mandat (cf. **ATF 143 III 348** consid. 5.1.2). Par le biais des

conditions générales de 2011, la recourante avait au demeurant été informée de l'ordre de grandeur des rétrocessions (cf. art. 13, 3e par.) et était dès lors libre de comparer l'offre de l'intimée avec celles d'autres prestataires financiers.

3.6.3. Citant la jurisprudence zurichoise et une partie de la doctrine, la recourante estime que le risque de conflits d'intérêts résulterait du choix des plateformes de négociation ou des courtiers qui pourraient promettre à la banque des rétrocessions plus élevées.

La Cour de justice a retenu que rien ne permettait d'affirmer que l'intimée aurait en l'espèce dû choisir entre différentes plateformes de négociations ou recourir à des courtiers (brokers) externes pour exécuter les ordres d'investissements de sa cliente. Ces constatations de faits, qui lient le Tribunal fédéral (cf. art. 105 al. 1 LTF), ne sont pas remises en cause par la recourante, malgré son devoir de motivation accru en la matière (cf. art. 106 al. 2 LTF; **ATF 150 IV 360** consid. 3.2.1). Elles n'apparaissent du reste pas arbitraires, puisque, dans le cadre d'une relation de simple exécution, il revient à l'investisseur de choisir lui-même les produits qu'il souhaite acquérir ou vendre au moyen de la plateforme d'échanges qui lui est mise à disposition par la banque (cf. Beat Mathy, op. cit., n° 32). Cet outil, ainsi que les frais perçus pour les transactions, et probablement les courtiers utilisés, lui sont dès lors connus lorsqu'il prend une décision d'investissement et transmet un ordre en ce sens à la banque. Cette dernière se limite alors à exécuter l'opération souhaitée par l'investisseur sans entreprendre d'autres démarches. Il ressort certes des conditions générales que l'intimée pouvait recourir à des courtiers régionaux pour l'exécution de certains ordres (cf. art. 9, 4e par., des conditions générales 2015); il n'est toutefois pas allégué que tel aurait été le cas en l'occurrence ni que cette information était inconnue de la cliente lors de la décision d'investissement. En définitive, rien ne suggère en l'espèce que la banque intimée aurait encore eu le choix, après avoir reçu les ordres de transaction, de choisir entre différentes plateformes ou courtiers externes.

Les risques de " *front running* " ou de " *parallel running* ", ou encore celui que l'intermédiaire financier pourrait appliquer un prix d'achat ou de clôture de positions différent de celui du marché, cités par la doctrine (cf. Jutzi/Wess, op. cit., p. 609), ne peuvent pas être exclus dans le cadre d'opérations boursières. De tels risques sont inhérents au secteur bancaire, toutefois indépendants de la problématique des rétrocessions.

3.6.4. La recourante se réfère à l'arrêt 4C.125/2002 du 27 septembre 2002, dans lequel le Tribunal fédéral avait estimé qu'un mandataire ayant conclu un contrat d'assurance de rente viagère pour le compte du mandant devait restituer les avantages dont il avait bénéficié dans ce contexte (arrêt 4C.125/2002 précité consid. 3). Cet ancien arrêt concernait toutefois la restitution d'actions gratuites et non de rétrocessions, en plus de ne pas tenir compte de la jurisprudence postérieure rendue en la matière (cf. arrêt 4A_601/2021 du 8 septembre 2022 consid. 7.2). Au demeurant, dans cette affaire, le mandataire n'avait aucun lien contractuel initial avec l'assureur qui lui avait fourni les actions gratuites, de sorte que le lien entre cette donation et le contrat d'assurance de rente viagère conclu pour le compte du mandant était évident. Cette situation diffère du cas d'espèce, dans lequel la banque intimée était dès l'origine liée par un contrat de distribution avec le fournisseur de produits financiers, qui prévoyait déjà le principe d'une rémunération pour la distribution de ses instruments financiers avant les relations de mandat. La recourante ne peut donc rien tirer en sa faveur de cette comparaison.

3.6.5. La recourante soutient en dernier lieu qu'une obligation de restitution se justifierait afin d'assurer une application cohérente avec le droit prudentiel, à savoir la loi fédérale sur les services financiers du 15 juin 2018 (LSFin; RS 950.1).

3.6.5.1. La LSFin a pour but de protéger les clients des prestataires de services financiers ainsi que de fixer des conditions comparables pour la fourniture des services financiers offerts par les différents prestataires, et de contribuer ainsi à renforcer la réputation et la compétitivité de la place financière suisse (art. 1 al. 1 LSFin). Elle fixe à cet effet les exigences régissant la fourniture fidèle, diligente et transparente de services financiers et règle l'offre d'instruments financiers (art. 1 al. 2 LSFin). Cette loi s'applique à tous les prestataires de services financiers, les conseillers à la clientèle, et les producteurs et les fournisseurs d'instruments financiers (cf. art. 2 al. 1 LSFin).

Intitulé "rémunérations reçues de tiers", l'art. 26 al. 1 LSFin dispose que les prestataires de services financiers peuvent accepter de la part de tiers des rémunérations liées à la fourniture de services financiers: s'ils ont informé expressément au préalable les clients de cette rémunération et si ceux-ci y ont renoncé (let. a), ou si la rémunération est entièrement transférée aux clients (let. b). Selon l'art. 26 al. 3 LSFin, le terme rémunération vise les prestations que le prestataire de services financiers reçoit de tiers *en relation* avec la fourniture d'un service financier, notamment les commissions de courtage et autres commissions, les provisions, rabais ou autres avantages pécuniaires.

3.6.5.2. Selon le Message concernant la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin) du 4 novembre 2015 (FF 2015 8101), l'art. 26 LSFin doit s'appliquer quel que soit le type de service financier fourni. Il s'agit entre autres de rémunérations consenties dans le cadre d'un mandat de gestion de fortune, du conseil en placement ou de la simple exécution de transactions sur instruments financiers. Les prestations servant à fournir des services financiers ou nécessaires à leur fourniture, telles que droits de garde, frais de règlement et de négociation, frais de gestion ou taxes légales, dans la mesure où elles ne vont pas à l'encontre du respect des obligations énoncées à l'art. 27, ne sont pas considérées comme des rémunérations au sens des (dites) dispositions (FF 2015 8101, pp. 8164 et 8165).

La LSFfin prévoit des règles de comportement transsectorielles pour les prestataires de services financiers ainsi que des règles sur le prospectus et la feuille d'information de base pour les instruments financiers; dans le même temps, des mesures propres à chaque secteur amélioreront ponctuellement l'application du droit privé (FF 2015 8101, p. 8118, ch. 1.4.1). La réglementation de la LSFfin relative aux mesures d'organisation (chapitre 3; art. 21 à 34 LSFfin) n'apporte une nouveauté qu'en tant qu'elle contient une validité transsectorielle dans le droit de la surveillance, à savoir qu'elle vaudra pour toute personne fournissant des services financiers (FF 2018 8101, p. 8122, ch. 1.4.2.2). En lien avec la réglementation de l'art. 28 (correspondant à l'art. 26 de la LSFfin), le message ajoute qu'elle consiste en une obligation d'information et de transmission de droit public (relevant du droit de surveillance) concernant les rémunérations reçues de tiers; l'art. 28 n'étant pas conçu comme une règle de droit mixte, il n'a aucune incidence directe sur la relation de droit privé; la réglementation de l'art. 28 ne prime pas les prétentions découlant du droit du mandat; par contre, les obligations prudentielles d'informer peuvent être invoquées par le juge civil pour concrétiser les relations de droit privé, de sorte qu'elles peuvent avoir des retombées sur la relation de droit civil (p. 8165).

3.6.5.3. Ces règles de droit prudentiel, qui ne sont entrées en vigueur qu'après les transactions litigieuses, ne modifient pas l'étendue des obligations auxquelles sont soumis les prestataires financiers, celles-ci figurant déjà explicitement dans le droit en vigueur ou découlant implicitement des obligations de diligence et de fidélité du droit civil (FF 2018 8101, p. 8122, ch. 1.4.2.2).

À l'instar de l'obligation de restitution découlant de l'art. 400 al. 1 CO, l'élément déterminant dans l'art. 26 LSFfin est aussi l'existence d'un risque de conflits d'intérêts entre le client et le prestataire de services financiers (cf. Philippe Fischer, in Commentaire romand de la loi sur les services financiers, 2022, n° 62 ad art. 26 LSFfin; FF 2018 8101, p. 8121, ch. 1.4.2.2; Rapport explicatif OSFin/OEFin/OOS du 24 octobre 2018, p. 30). La même controverse doctrinale existe à cet égard (cf. Martina Reber, op. cit., p. 133; Beat Mathys, op. cit., n° 39; Jutzi/Wess, op. cit., pp. 607 et 608). La possibilité d'un risque de conflits d'intérêts, niée en l'espèce, est par conséquent le critère déterminant pour examiner si une rémunération reçue d'un tiers doit être restituée; la systématique de la loi ne laisse à cet égard que peu de doute, l'art. 26 LSFfin étant compris dans la section 2 "Conflits d'intérêts", même si l'emplacement de cette disposition dans la loi est sujet à controverse (cf. Martina Reber, op. cit., p. 133 avec les références, qui estime qu'il s'agirait d'une norme de comportement et non d'organisation). La recourante ne peut dès lors pas obtenir la restitution des rétrocessions sur cette base.

3.7. En résumé, les rétrocessions que l'intimée a perçues dans le cadre de sa relation d'exécution simple avec la recourante, pour les années 2010 à 2017, n'étaient, dans les circonstances d'espèce, pas susceptibles de susciter un conflit d'intérêts et partant pas intrinsèquement liées à l'exécution du mandat. L'instance précédente n'a pas violé le droit fédéral en considérant qu'elles n'étaient pas sujettes à restitution sur la base de l'art. 400 al. 1 CO.

Compte tenu de ces considérations, il n'est pas nécessaire de traiter les griefs relatifs à la validité de la renonciation de la recourante à la restitution de ces rétrocessions, examinées à titre superfétatoire par la Cour de justice.

4.

Au vu de ce qui précède, le recours est rejeté aux frais de la recourante qui succombe (cf. art. 66 al. 1 LTF). Elle versera en outre une indemnité à titre de dépens à l'intimée (cf. art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.

La recourante versera une indemnité de 3'500 fr. à l'intimée à titre de dépens.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties et à la Cour de justice du canton de Genève, Chambre civile.

Lausanne, le 12 janvier 2026

Au nom de la Ire Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Hurni

Le Greffier : Hausammann

