

BGE 149 III 105

Bundesgericht (BGE), 2022-09-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_149 III 105](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_149_III_105)

FR: ATF 149 III 105

IT: DTF 149 III 105

Regeste

Regeste Vertrag "execution only"; Veruntreuung von Kundenguthaben durch einen Bankangestellten. Die verschiedenen im Rahmen einer Bankbeziehung abgeschlossenen Verträge bilden einen gemischten Vertrag (E. 4.1). Im Falle der Veruntreuung von Kundenguthaben durch einen Bankangestellten verfügt der Kunde über eine Haftungsklage gegen die Bank gemäss den Art. 398 Abs. 2, 97 und 101 OR (E. 4.2). Nur in zwei Fällen, nämlich wenn die Bank die fehlende Vollmacht des Auftraggebers oder die Existenz einer Fälschung nicht festgestellt hat, verfügt der Kunde über eine Erfüllungsklage (E. 4.3). Vorliegend verfügt der Kunde über eine Haftungsklage (E. 4.4). Schadensberechnung und Mitverschulden des Kunden im Rahmen einer solchen Klage (E. 5).

Erwägungen

E. 4

Il s'impose d'examiner tout d'abord quelle action - l'action en exécution (Erfüllungsklage) ou l'action en responsabilité (Haftungsklage) - peut intenter le client qui est victime des agissements fautifs d'un employé de la banque. La qualification de l'action est une question de droit, que le Tribunal fédéral revoit librement. La cour cantonale a admis que le client dispose d'une action en exécution, ne voyant pas de raison de traiter différemment les opérations exécutées sans instructions par un employé de la banque et celles exécutées sans instructions par un tiers non autorisé. La recourante soutient que le client doit intenter une action en responsabilité et invoque la violation de l'art. 97 al. 1 CO. Il est important de qualifier l'action dont dispose le client car cette qualification a une incidence non seulement sur le calcul du dommage (dans l'action en exécution, le montant à restituer correspond à l'addition des montants versés sur le compte du client, sous déduction des versements et transferts admis par lui), mais aussi sur la possibilité d'une faute concomitante du client (qui n'existe pas dans le cadre d'une action en exécution, cf. ATF 146 III 387 consid. 3.2, ATF 146 III 121 consid. 3.1.2; ATF 132 III 449 consid. 2 et les arrêts cités).

E. 4.1

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*, 8 e éd. 2021, p. 43 n. 164, p. 144 n. 515 et p. 145 n. 519; RETO ARPAGAU, in *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 8 e éd. 2021, p. 238 n. 847 s.). Dans la mesure où les éléments de cette relation sont de nature différente, il BGE 149 III 105 S. 111 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; arrêt 4A_219/2020 du 12 mars 2021 consid. 3.1).

E. 4.2

Selon la jurisprudence, en l'absence de mandat de gestion de fortune, la banque ne peut effectuer une opération déterminée sur le compte de son client que sur instructions ou avec l'accord de ce dernier (arrêt 4A_262/2008 du 23 septembre 2008 consid. 2.1). En d'autres termes, lorsque les parties sont liées par un contrat de conseil en placements ou par un contrat execution only , la banque ne peut agir que sur instructions ou avec l'accord du client (pour le contrat de conseil en placements, cf. arrêt 4A_54/2017 du 29 janvier 2018 consid. 5.1.3 et les arrêts cités; pour le contrat execution only , cf. même arrêt consid. 5.1.4). Par conséquent, si la banque effectue des opérations bancaires sans instructions ou sans l'accord de son client, elle répond du dommage qui en résulte pour celui-ci selon les règles de la gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss CO) (arrêt 4A_262/2008 précité consid. 2.1 et les arrêts cités). L'inexécution ou la mauvaise exécution des ordres d'achat ou de vente de titres donnés par le client sont régies par les règles du contrat de commission (art. 425 ss CO et, par renvoi de l' art. 425 al. 2 CO , art. 398 al. 2 et 97 ss CO) (ATF 133 III 221 consid. 5.1; arrêts 4A_354/2020 du 5 juillet 2021 consid. 3.1 et les arrêts cités; 4C.191/2004 du 7 septembre 2004 consid. 4.1; NICOLAS BRACHER, in *Kommentar FIDLEG*, 2021, n° 17 vor Art. 7 FIDLEG; MIRJAM EGGEN, *Finanzprodukte - Auftrag oder Kauf?*, RSDA 2011 p. 628; JÖRG SCHMID, *Informationspflichten des Finanzdienstleisters bei "Execution-only-Geschäften"*, in *Bankvertragsrecht*, 2017, p. 224 s.; TERCIER/BIERI/CARRON, *Les contrats spéciaux*, 5 e éd. 2016, p. 699 n. 4808), les règles des art. 425 ss CO étant applicables par analogie lorsque l'ordre d'achat ou de vente ne porte pas sur des papiers-valeurs, mais sur d'autres instruments financiers (par exemple sur des options, cf. arrêt 4A_547/2012 du 5 février 2013 consid. 4.1 et les références citées). Lorsque l'on se trouve en présence de détournements des avoirs du client commis par un employé de la banque, qui ont donc été exécutés sans instructions et sans l'accord du client, le dommage est subi par le client et la banque en est responsable conformément aux art. 398 al. 2 et 97 ss CO . Dans une telle situation, ni les règles sur BGE 149 III 105 S. 112 la gestion d'affaires sans mandat (parfaite ou imparfaite), ni celles sur le contrat de commission ne peuvent être appliquées directement. On est en présence d'actes illicites au sens de l' art. 41 CO commis par l'employé de la banque et, si le client bénéficie certes du concours de l'action délictuelle et de l'action contractuelle (cf. LUC THÉVENOZ, in *Commentaire romand, Code des obligations*, 3 e éd. 2021, vol. I, n° 13 ad Intro. art. 97-109 CO), la banque répond contractuellement des actes de son auxiliaire en vertu de l' art. 101 CO (cf. arrêt 4C.191/2004 précité consid. 4.2). Elle en répond même s'ils sont illicites car, pour que l'acte de l'auxiliaire soit causé dans l'accomplissement de son travail au sens de l' art. 101 al. 1 CO , il faut et il suffit qu'il entre, par un rapport fonctionnel, dans le cadre général de ses attributions. Or, bien que la commission d'un acte illicite ne soit jamais à proprement parler une attribution d'un employé, il existe néanmoins un rapport fonctionnel

dès que l'acte commis entre dans le cadre général de ses activités (WEBER/EMMENEGGER, Berner Kommentar, 2 e éd. 2020, n° 122 ad art. 101 CO ; à propos de l'acte illicite d'un travailleur au sens de l' art. 55 al. 1 CO , cf. ATF 95 II 93 consid. II.4; arrêts 4A_48/2009 du 26 mars 2009 consid. 2.4 et 2.5; 4A_50/2009 du 26 mars 2009 consid. 2.4 et 2.5; 4A_544/2008 du 10 février 2009 consid. 2.4; FRANZ WERRO, in Commentaire romand, Code des obligations, 3 e éd. 2021, vol. I, n° 15 ad art. 55 CO ; à propos de l'acte illicite d'un organe, cf. ATF 121 III 176 consid. 4a; arrêt 4A_613/2018 du 17 janvier 2020 consid. 3).

E. 4.3

Il faut bien distinguer ces cas d'actes illicites qui engagent la responsabilité contractuelle de la banque des cas dans lesquels la banque effectue des versements ou des virements du compte du client à un tiers parce qu'elle n'a pas décelé le défaut de légitimation du donneur d'ordre ou l'existence d'un faux. En effet, selon la jurisprudence, le défaut de légitimation ou l'existence de faux non décelés font partie des risques inhérents à l'activité bancaire, au même titre que l'insolvabilité du client (ATF 146 III 387 consid. 3.2, ATF 146 III 121 consid. 3.1.2; arrêt 4A_616/2019 du 17 avril 2020 consid. 3.1.2). Dans ces deux hypothèses, puisque le risque est celui de la banque, c'est celle-ci qui subit le dommage et qui est donc exposée à devoir payer une seconde fois le montant au client, lequel dispose d'une action en exécution (Erfüllungsklage) (ATF 146 III 387 consid. 5.1, ATF 146 III 121 consid. 4.1). Il s'agit là d'exceptions au régime général de la responsabilité contractuelle des art. 398 al. 2 et 97 ss CO . Est d'ailleurs réservé le cas dans lequel les parties ont adopté une clause de transfert BGE 149 III 105 S. 113 du risque de la tête de la banque sur la tête du client, sauf faute grave de celle-ci (Risikotransferklausel), par application analogique des art. 100 et 101 al. 3 CO (ATF 146 III 326 consid. 6; arrêt 4A_161/2020 du 6 juillet 2020 consid. 5).

E. 4.4

En l'espèce, il ressort des constatations de fait que l'employé de la banque a, en violation du contrat "execution only" conclu, effectué les douze opérations encore litigieuses sans instructions et sans l'accord du client, procédant à des virements en faveur de tiers sans contrepartie, à des virements avec contrepartie en titres (autrement dit à des achats), à des achats d'actions et à des opérations Forex, et que ces différentes opérations, à l'exception d'une seule, ont engendré des pertes pour le client. On ne se trouve donc pas en présence de versements ou de virements opérés par la banque parce qu'elle n'a pas décelé le défaut de procuration du donneur d'ordre ou l'existence d'un faux, mais bien d'une violation par la banque de ses devoirs de diligence et de fidélité commise par l'intermédiaire d'un de ses auxiliaires, soit le chargé de relation. Contrairement à ce qu'a retenu la cour cantonale, le client demandeur ne dispose donc pas d'une action en exécution, mais bien d'une action en responsabilité au sens de l' art. 398 al. 2 CO en relation avec l' art. 101 CO .

E. 5

Il faut examiner désormais si le dommage a été calculé conformément aux règles applicables à l'action en responsabilité. Invoquant la violation des art. 55 CPC , 8 CC et 42 CO, la banque recourante reproche à la cour cantonale d'avoir violé les règles sur l'allégation et la preuve du dommage: selon elle, le demandeur n'aurait pas allégué et prouvé correctement son dommage (violation du fardeau de l'allégation objectif et du fardeau de la preuve) et la cour cantonale se serait substituée à celui-ci et aurait calculé le dommage à sa

place.

E. 5.1

Si, lorsqu'il dispose d'une action en exécution, le demandeur peut se contenter de demander la restitution des montants que lui-même (ou des tiers) a versés sur son compte, il doit, lorsqu'il agit en dommages-intérêts, établir son dommage (art. 99 al. 3 CO qui renvoie aux art. 42 ss CO). En principe, le dommage correspond à la différence entre le montant actuel de son patrimoine et le montant que ce même patrimoine aurait eu si l'événement dommageable ne s'était pas produit (théorie de la différence) (ATF 147 III 463 consid. 4.2.1; ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 et les arrêts cités). Il est admis, en matière BGE 149 III 105 S. 114 d'opérations boursières, que le dommage peut être calculé en fonction de la perte subie en raison de l'opération litigieuse (ATF 147 III 463 consid. 4.2.1), autrement dit, en cas de nombreuses opérations effectuées sans autorisation du client, en additionnant les pertes occasionnées lors de chacune de ces opérations. Lorsque la maxime des débats est applicable (art. 55 al. 1 CPC), il incombe aux parties, et non au juge, de rassembler les faits du procès. Les parties doivent alléguer les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions (fardeau de l'allégation subjectif), produire les moyens de preuve qui s'y rapportent (fardeau de l'administration des preuves) et contester les faits allégués par la partie adverse (fardeau de la contestation), le juge ne devant administrer les moyens de preuve que sur les faits pertinents et contestés (art. 150 al. 1 CPC) (ATF 144 III 519 consid. 5.1). A cet égard, il importe peu que les faits aient été allégués par le demandeur ou par le défendeur puisqu'il suffit que les faits fassent partie du cadre du procès pour que le juge puisse en tenir compte (ATF 143 III 1 consid. 4.1; arrêts 4A_164/2021 du 21 décembre 2021 consid. 3.1; 4A_11/2018 du 8 octobre 2018 consid. 6.1, non publié in ATF 144 III 519 ; 4A_559/2016 du 18 janvier 2017 consid. 3.1; 4A_555/2015 du 18 mars 2016 consid. 2.3; 4A_566/2015 du 8 février 2016 consid. 4.2.1). Il n'en demeure pas moins que celui qui supporte le fardeau de la preuve (art. 8 CC) et donc, en principe, le fardeau de l'allégation objectif, a toujours intérêt à alléguer lui-même les faits pertinents, ainsi qu'à indiquer au juge ses moyens de preuve, pour qu'ils fassent ainsi partie du cadre du procès (ATF 143 III 1 consid. 4.1; arrêt 4A_164/2021 précité consid. 3.1).

E. 5.2

En l'espèce, c'est à tort que la cour cantonale a considéré que le client disposait d'une action en exécution et que, partant, il n'avait pas à démontrer l'existence d'un préjudice, mais qu'il lui suffisait de réclamer la restitution des avoirs qu'il avait confiés à la banque.

E. 5.2.1

C'est ainsi à tort que la cour cantonale a considéré, en ce qui concerne le compte en livres sterling, que le demandeur pouvait simplement réclamer le montant de 250'000 GBP versé sur son compte le 2 février 2009, sous déduction du solde de 92 GBP restant sur ce compte au 17 mars 2010. En l'absence de constatations de fait relatives à ce compte, la Cour de céans n'est pas en mesure de déterminer le sort de cette position. La cause doit donc être renvoyée à la cour cantonale sur ce point. BGE 149 III 105 S. 115

E. 5.2.2

En ce qui concerne le compte en euros et les onze opérations litigieuses, converties en euros, le client demandeur n'a pas agi seulement en exécution, mais il a aussi invoqué, à titre subsidiaire, la réparation du dommage subi en raison de l'inexécution du contrat. Le tribunal de première instance et, à sa suite, la cour cantonale devaient se fonder sur les

allégués et les contestations des deux parties pour calculer la perte subie en relation avec chacune de ces onze opérations litigieuses (une étant bénéficiaire). La banque recourante n'indique pas quel fait n'aurait pas été soumis au tribunal par les parties, mais se contente d'affirmer de manière toute générale que le demandeur n'aurait pas procédé "à un calcul complet et précis de son dommage" et qu'il appartenait "au demandeur seul d'alléguer correctement et de prouver son dommage, l'autorité judiciaire ne pouvant se substituer au demandeur pour calculer le dommage à sa place". Une telle motivation ne satisfait pas aux exigences de l' art. 42 al. 2 LTF . Il incombait à la recourante de démontrer, pour chacune des onze opérations, en quoi l'appréciation de la perte subie pour chacune d'elles (sauf une qui était bénéficiaire) ne reposait pas sur des faits et des preuves régulièrement introduits en cause. Elle semble en réalité méconnaître qu'il importe peu que les faits et moyens de preuve aient été introduits au procès par l'une ou l'autre des parties et que, lorsque les faits ont ainsi été introduits et sont prouvés, la question du fardeau de la preuve et du fardeau de l'allégation objectif ne se pose pas. Les art. 8 CC et 55 al. 1 CPC n'ont donc pas été violés. En ce qui concerne en particulier les opérations n os 2, 3 et 4, auxquelles elle s'en prend spécialement, la banque recourante se plaint certes de constatations incomplètes des faits. En se basant sur le jugement de première instance, elle relève que ces trois débits ont eu pour contrepartie l'entrée de titres J. dans le dépôt du client. On peut admettre, comme elle le requiert, que ces titres ne se trouvaient plus dans le portefeuille du client le 17 mars 2010. Elle ne saurait toutefois reprocher au demandeur de n'avoir pas calculé son dommage en tenant compte du produit de la vente de ces titres, dès lors que c'est à elle, à qui les titres avaient été confiés, qu'il appartenait de contester le montant des pertes retenues en indiquant où se trouvaient ces titres et, s'ils avaient été vendus, que le produit en avait été crédité sur le compte du client, ce qu'elle n'expose pas avoir indiqué dans ses écritures (sur l'obligation du défendeur de contester les positions BGE 149 III 105 S. 116 du dommage alléguées, cf. art. 150 al. 1 CPC ; ATF 144 III 519 consid. 5.2.2.3; ATF 117 II 113 consid. 2). Quant aux opérations n os

E. 9

et 10, soit l'achat des actions F. et G., que la recourante remet spécialement en cause, la cour cantonale a admis comme perte les montants débités sans autorisation pour ces achats et a condamné simultanément le client à en transférer les titres à la banque. Au sujet de ces deux opérations, la banque recourante se limite à demander que l'état de fait soit complété en indiquant, comme dans le premier jugement, la valeur de ces actions au 17 mars 2010, soit 80'001 fr. 05, respectivement 218'476 fr. 40. Pour toute motivation, la recourante soutient que la valeur résiduelle n'aurait pas été prise en considération. C'est ignorer totalement que le client a été condamné à lui restituer les titres. Le recours ne contient aucune critique en ce qui concerne cette exécution donnant donnant. Il n'y a donc pas lieu de compléter l'état de fait de l'arrêt cantonal. Le dommage ayant été calculé de manière précise pour chaque opération, conformément à l' art. 42 al. 1 CO , le grief de violation de l' art. 42 al. 2 CO est sans objet.