

## **BGer 4A\_118/2019 vom 9. August 2019**

Bundesgericht, 2019-08-09, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_118\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_118_2019)

FR: TF 4A\_118/2019 du 9 août 2019

IT: TF 4A\_118/2019 del 9 agosto 2019

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Dirigé contre un jugement final ( art. 90 LTF ) rendu par une autorité cantonale de dernière instance ( art. 75 LTF ) dans une contestation civile pécuniaire dont la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 fr. (art. 72 al. 1 et 74 al. 1 let. b LTF) et ayant été déposé dans le délai ( art. 100 al. 1 LTF ) et la forme ( art. 42 LTF ) prévus par la loi, le recours est recevable.

#### **E. 2.1**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut rectifier ou compléter les constatations de l'autorité précédente que si elles sont manifestement inexactes ou découlent d'une violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ). "Manifestement inexactes" signifie ici "arbitraires" ( ATF 140 III 115 consid. 2 p. 117; 135 III 397 consid. 1.5). Encore faut-il que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ).

La critique de l'état de fait retenu est soumise au principe strict de l'allégation énoncé par l' art. 106 al. 2 LTF ( ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266 et les références). La partie qui entend attaquer les faits constatés par l'autorité précédente doit expliquer clairement et de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées ( ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 p. 18 et les références). Si elle souhaite obtenir un complètement de l'état de fait, elle doit aussi démontrer, par des renvois précis aux pièces du dossier, qu'elle a présenté aux autorités précédentes, en conformité avec les règles de la procédure, les faits juridiquement pertinents à cet égard et les moyens de preuve adéquats ( ATF 140 III 86 consid. 2 p. 90). Si la critique ne satisfait pas à ces exigences, les allégations relatives à un état de fait qui s'écarterait de celui de la décision attaquée ne pourront pas être prises en considération ( ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 p. 18).

En matière d'appréciation des preuves, le Tribunal fédéral se montre pareillement réservé. Il n'intervient, du chef de l' art. 9 Cst. , que si le juge du fait n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans raisons objectives de tenir compte des preuves pertinentes ou a effectué, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables ( ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 265; 137 III 226 consid. 4.2). L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution serait concevable, voire même préférable ( ATF 136 III 552 consid. 4.2).

#### **E. 2.2**

Avant de se livrer à une discussion des prétendues violations du droit par la cour cantonale, le recourant cite sur environ 13 pages les constatations de faits de l'autorité précédente en mettant en évidence certaines d'entre elles.

S'agissant tout d'abord de la question de la communication d'informations bancaires au recourant, ce dernier soutient que l'accès à la plateforme bancaire en ligne par E. \_\_\_\_\_ n'a pas été possible avant le mois d'octobre 2008, soit à un moment où le dommage était déjà survenu, et que les informations communiquées en banque restante ne " montraient pas l'exposition Forex en GBP ". Selon la constatation explicite de l'autorité précédente, la connexion au compte du recourant et la consultation des relevés bancaires de celui-ci, ont, au contraire, " toujours été possibles, même au début de la relation bancaire ". Au sujet du contenu des relevés bancaires transmis au recourant ou à sa conseillère E. \_\_\_\_\_ - et disponibles sur l'interface bancaire en ligne -, la cour cantonale a retenu que l'exposition du portefeuille à la livre sterling en ressortait de manière évidente. Les développements du recourant quant à l'absence de réactions de sa part ne sont, dès lors, pas recevables.

S'agissant ensuite de la gestion d'une partie des avoirs par l'intimée en livres sterling, l'autorité précédente a estimé, dans le cadre de sa libre appréciation des preuves administrées, que les parties ont discuté de la possibilité de ne pas convertir les livres sterling en dollars américains et qu'à l'issue de ces discussions, le recourant a opté pour cette alternative. Cette constatation de faits lie le Tribunal fédéral. Ainsi, lorsque le recourant fonde son grief portant sur la violation du respect des instructions du client sur la prémisse selon laquelle la banque ne serait pas en mesure de démontrer quel était le contenu des instructions du client, il méconnaît ces principes. Il estime que l'autorité précédente est parvenue à la conclusion que la banque n'avait commis aucune violation de ses obligations sur la base d' " assertions partielles et contradictoires " sans toutefois démontrer en quoi l'état de fait aurait été établi de manière arbitraire par l'autorité précédente. Sa critique de l'état de fait retenu ne satisfaisant aux exigences susmentionnées, son grief est irrecevable.

### **E. 2.3**

À titre subsidiaire, le recourant fait grief à la cour cantonale d'avoir interprété les faits de manière insoutenable. Son grief porte sur l'élément de fait qu'il juge " central " de savoir s'il a donné ou non pour instruction à l'intimée de conserver des livres sterling dans le compte courant qui servait à financer les sous-comptes gérés en dollars américains. Le recourant reprend pour l'essentiel différents éléments factuels dont il estime qu'ils ont été retenus par l'autorité précédente, prétendant démontrer qu'aucun des faits relatés par l'arrêt entrepris ne soutient ce postulat. En procédant de la sorte, le recourant aspire à une appréciation des preuves différente de celle de l'autorité précédente, sans toutefois démontrer en quoi celle-ci serait arbitraire. Si certains des éléments factuels mis en avant par le recourant ont en effet été retenus par la cour cantonale, celui-ci méconnaît que la juridiction précédente s'est appuyée sur d'autres éléments afin d'arriver à la conclusion que le recourant avait donné son accord à ce qu'une partie des avoirs soient gérés en livres sterling. Le recourant ne saurait passer ces éléments - ayant pour l'essentiel trait à la communication entre les parties - sous silence ( art. 42 al. 2 LTF ) en aspirant à une appréciation différente des preuves administrées sur la base d'éléments factuels plus favorables à sa position juridique. Son grief est irrecevable.

### **E. 3**

Le recourant invoque la violation par l'intimée de son obligation de recueillir et établir par écrit les instructions du client ainsi que la violation de ses devoirs d'information, de conseil et de clarification.

#### **E. 3.1.1**

Les devoirs d'information, de conseil et de mise en garde de la banque dépendent du type de contrat conclu et des circonstances du cas concret, telles les connaissances et l'expérience du client. De manière générale, la jurisprudence distingue trois types de relations bancaires : la gestion de fortune, le conseil en placements et la relation de simple compte ou dépôt bancaire. Les devoirs contractuels de la banque se rattachent aux devoirs de diligence et de fidélité imposés par les règles du mandat ( art. 398 al. 2 CO ), par le principe de la confiance ( art. 2 CC ) ou par l'art. 11 al. 1 let. a de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM; RS 954.1) (4A\_730/2016 du 5 février 2016 consid. 2 et les références citées; ATF 133 III 97 consid. 7.1).

### **E. 3.1.2**

L'établissement du profil du client avant ou au moment de la conclusion du mandat de gestion de fortune découle des devoirs de diligence du gestionnaire. Il a pour but la définition de l'ampleur des risques que le client est prêt à assumer et qu'il peut se permettre de prendre au vu de ses conditions de vie. Le profil du client ne revêt toutefois qu'une importance relative : S'il ressort du contrat de gestion de fortune que le client s'est dit prêt à poursuivre une politique d'investissement spéculative et risquée, ce dernier ne peut en cas de pertes subies par la suite faire valoir que son profil aurait, s'il avait été établi, permis de déterminer qu'une politique d'investissement plus conservatrice correspondait mieux à sa situation personnelle (arrêts 4A\_364/2013 du 5 mars 2014 consid. 6.5.1; 4A\_140/2011 du 27 juin 2011 consid. 2.1 et les références citées).

### **E. 3.2.1**

Selon la jurisprudence, par la clause de banque restante, la banque accepte de conserver chez elle, dans le dossier bancaire du client, les avis qu'elle doit lui adresser, mais prévoit que les communications ainsi faites sont opposables à celui-ci comme s'il les avait effectivement reçues. Le client qui adopte ce mode de communication est censé avoir reçu immédiatement les avis qui lui sont adressés de cette façon (fiction de réception); il sera traité de la même façon que le client qui aura réellement reçu le courrier, quant à la fiction de ratification d'une opération non contestée dans un certain délai (arrêts 4A\_119/2018 du 7 janvier 2019 consid. 6.1.1; 4A\_471/2017 du 3 septembre 2018 consid. 4.2.1; 4A\_386/2016 du 5 décembre 2016 consid. 3.2.2; 4A\_262/2008 du 23 septembre 2008 consid. 2.3; 4C.378/2004 du 30 mai 2005, reproduit in SJ 2006 I 1, consid. 2.2).

En effet, l'option banque restante n'est pas utilisée dans l'intérêt de la banque mais bien dans celui du client, qui, pour des raisons lui étant propres, n'entend pas recevoir les communications que la banque doit lui adresser. En pareil cas, la banque, qui a l'obligation de rendre compte à ses clients des opérations qu'elle accomplit pour ceux-ci, a un intérêt légitime à ce que le destinataire du courrier en banque restante soit traité de la même manière que le client qui a réellement reçu le courrier en ce qui concerne l'obligation, découlant des règles de la bonne foi, de réagir en cas de refus ou de désaccord avec une opération dont il a reçu communication. Le client qui choisit l'option banque restante prend donc un risque, dont il doit supporter les conséquences s'il se réalise (arrêts 4A\_119/2018 du 7 janvier 2019 consid. 6.1.1; 4A\_471/2017 du 3 septembre 2018 consid. 4.2.1; 4A\_386/2016 du 5 décembre 2016 consid. 3.2; 4A\_42/2015 du 9 novembre 2015 consid. 6.3; 4A\_262/2008 du 23 septembre 2008 consid. 2.3; 4C.378/2004 du 30 mai 2015 consid. 2.2).

### **E. 3.2.2**

Si l'application stricte de la clause de banque restante, entraînant fiction de réception, combinée avec la clause de réclamation, emportant fiction de ratification, conduit à des conséquences choquantes, le juge peut exclure celles-ci en se fondant sur les règles de l'abus de droit ( art. 2 al. 2 CC ; arrêts 4A\_119/2018 du 7 janvier 2019 consid. 6.1.3; 4A\_471/2017 du 3 septembre 2018 consid. 4.2.3; 4A\_386/2016 du 5 décembre 2016 consid. 3.2.3; 4A\_614/2016 du 3 juillet 2017 consid. 6.1; 4A\_42/2015 du 9 novembre 2015 consid. 5.2). Les fictions de réception et de ratification ne sont en effet opposables au client que pour autant que la banque ne commette pas d'abus de droit ( art. 2 al. 2 CC ). Il y a notamment abus de droit lorsque la banque profite de la fiction de réception du courrier pour agir sciemment au détriment du client, ou lorsqu'après avoir géré un compte pendant plusieurs années conformément aux instructions orales du client, elle s'en écarte intentionnellement alors que rien ne le laissait prévoir (par exemple en cas de contrat de gestion de fortune), ou encore lorsqu'elle sait que le client n'approuve pas les actes communiqués en banque restante (par exemple lorsqu'elle agit sans instructions dans le cadre d'un contrat " execution only " ou de conseil en placements) (arrêts 4A\_119/2018 du 7 janvier 2019 consid. 6.1.3; 4A\_471/2017 du 3 septembre 2018 consid. 4.2.3; 4A\_386/2016 du 5 décembre 2016 consid. 3.2.3; 4A\_42/2015 du 9 novembre 2015 consid. 5.2; 4A\_262/2008 du 23 septembre 2008 consid. 2.3; 4C.378/2004 du 30 mai 2015 consid. 2.2).

### **E. 3.3**

Il ressort de l'arrêt entrepris qu'un profil d'investissement du recourant a été établi et que celui-ci faisait mention d'un profil conservateur.

Au regard du fait que la plus grande partie des apports ont été effectués en livres sterling alors même que le profil d'investissement mentionnait le dollar américain comme monnaie de référence, il est vrai qu'il est particulièrement étonnant qu'il n'existe pas de traces écrites permettant d'établir sans ambiguïté l'accord des parties quant à la monnaie de référence du compte. À ce titre, l'inscription manuscrite " GBP " à laquelle F.\_\_\_\_\_ a procédé postérieurement à la conclusion du contrat interpelle. Néanmoins, la question de la monnaie de référence du compte n'est pas décisive en l'espèce. En effet, la monnaie de référence du compte, soit la monnaie dans laquelle le solde des avoirs est communiqué au client, n'est en aucun cas l'élément générateur du préjudice que le recourant estime avoir subi. Les pertes réalisées sur le compte du recourant, exprimées en dollars américains, ont essentiellement pour origine le fait que les avoirs ont été en grande partie conservés et/ou investis en livres sterling au moment où cette devise a considérablement perdu de valeur par rapport au dollar américain. Comme évoqué précédemment, l'autorité précédente a constaté que le recourant avait donné son accord à ce que tel soit le cas.

Le recourant ne peut être suivi lorsqu'il se plaint d'une violation des devoirs d'information, de conseil et de clarification de la banque en lien avec le fait que l'intimée aurait prétendument omis d'attirer son attention sur les " risques de tenir une grande partie de ses avoirs dans une devise, le GBP, différente de celle utilisée comme monnaie de référence [...] " alors même qu'il souhaitait une gestion conservatrice. En effet, celui-ci ne démontre pas en quoi la détention de livres sterling et l'investissement dans cette devise serait

par essence plus risquée qu'en dollars américains. En particulier, il doit être noté que le fait que la livre sterling ait chuté par rapport au dollar américain au cours de la période en question ne signifie en rien qu'une telle dépréciation était prévisible

ex ante et que la banque avait un devoir de déconseiller à ses clients de maintenir des avoirs dans cette devise. Le recourant n'allègue pas que la banque aurait effectué des investissements particulièrement risqués n'étant pas en adéquation avec le profil conservateur du recourant. Son grief est mal fondé.

#### **E. 3.4**

Autre est la question du consentement du recourant aux opérations de couverture de risque de change effectuées par la banque ("

hedging "). L'autorité précédente retient à cet égard que même si l'on devait admettre que le recourant n'était pas conscient que la majeure partie de ses avoirs serait soumise aux fluctuations de la livre sterling, le recourant aurait de toute façon consenti à de telles opérations " dans la mesure où cette alternative était proposée par la Banque, qu'elle répondait à ses exigences de gestion conservatrice et qu'elle n'apparaissait alors pas déraisonnable ". La raison pour laquelle l'autorité précédente a jugé utile d'évoquer cette hypothèse, ceci alors même qu'elle avait constaté que le recourant avait délibérément choisi de ne pas convertir les fonds en question en dollars américains, n'est pas claire. Quoiqu'il en soit, le recourant ne démontre pas en quoi, partant de l'état de faits établi par la cour cantonale selon lequel il a opté pour le maintien de ses avoirs en livres sterling, les opérations de couverture de change auraient été déraisonnables. De plus et surtout, la cour cantonale a constaté que lesdites opérations de couverture de change figuraient sur les relevés de compte courant, notamment disponibles en banque restante dès le début de la relation bancaire. Ainsi, il ressort de l'arrêt entrepris que le recourant a été informé des opérations de couverture de risque de change effectuées par la banque et qu'il ne s'y est jamais opposé. Le fait que le recourant ait opté pour l'option banque restante n'y change rien. L'autorité précédente ayant à juste titre constaté qu'il n'existe pas d'indices suffisants pour retenir un abus de droit de la banque, le recourant doit être traité de la même façon que le client qui a réellement reçu le courrier, quant à la fiction de ratification d'une opération. Le grief est mal fondé.

#### **E. 4**

Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable. Il n'y a pas lieu dès lors de se prononcer sur les développements du recourant relatifs au calcul du dommage.

Le recourant sera condamné à payer les frais de la procédure fédérale ( art. 66 al. 1 LTF ) et à verser à l'intimée une indemnité à titre de dépens ( art. 68 al. 2 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.