

# GE\_GERICHTE C/11223/2008 vom 17. September 2010

GE Cour de justice, 2010-09-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_C\\_11223\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_11223_2008)

FR: GE\_GERICHTE C/11223/2008 du 17 septembre 2010

IT: GE\_GERICHTE C/11223/2008 del 17 settembre 2010

## Regeste

; BANQUE ; ORDRE DE PAIEMENT ; AUTHENTICITÉ ; VÉRIFICATION D'ÉCRITURE ; BANQUE RESTANTE ; OBLIGATION DE RENSEIGNER | 1. En règle générale, la banque est tenue de vérifier l'authenticité des ordres qui lui sont adressés selon les modalités convenues entre les parties ou, le cas échéant, spécifiées par la loi. Elle n'a pas à prendre de mesures extraordinaires, incompatibles avec une liquidation rapide des opérations. Bien qu'elle doive compter avec l'existence de faux, elle n'a pas à les présumer systématiquement. Elle doit procéder à des vérifications supplémentaires s'il existe des indices sérieux d'une falsification ou si l'ordre ne porte pas sur une opération prévue par le contrat ni habituellement demandée ou encore si des circonstances particulières suscitent le doute. On ne saurait toutefois exiger de la Banque le même degré de vérification et une analyse aussi poussée que celle accomplie par un expert judiciaire (consid. 3.5 et 4.1). 2. En l'absence d'une convention de "banque restante", la clause contractuelle qui autorise la banque à remettre la correspondance du client à un mandataire ne lui permet pas de retenir cette correspondance au motif qu'elle est elle-même mandataire de son client, seul un mandataire externe étant visé par ladite clause (consid. 5.3). 3. En l'absence d'une convention de "banque restante", la banque qui résilie le contrat de collaboration avec le gérant externe est tenue de contacter directement son client et de l'informer de cette résiliation (consid. 5.5) | CO.398

## Erwägungen

### E. 1

L'appel est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits par la loi (art. 296 et 300 LPC). Les dernières conclusions prises en première instance ayant porté sur une valeur litigieuse supérieure à 8'000 fr. en capital, le Tribunal a statué en premier ressort. La Cour revoit dès lors la cause avec plein pouvoir d'examen (art. 22, 24 et 25 LOJ; art. 291 LPC, SJ 1984 p. 466 consid. 1).

### E. 2

Les parties ne contestent pas, à juste titre, la compétence des tribunaux genevois et l'application du droit suisse à la présente cause. Les tribunaux genevois sont en effet compétents à raison du lieu en vertu de la clause d'élection de for prévue dans les conditions générales liant les parties au litige. Le droit suisse est en outre applicable en vertu également desdites conditions générales.

### E. 3.1

En cas de gestion de fortune par un gérant indépendant qui n'est ni organe, ni auxiliaire de la banque auprès de laquelle sont déposés les avoirs gérés, le client est lié à la banque par un contrat de compte courant et un contrat de dépôt ouvert, auxquels sont applicables les règles

du mandat. Il est également lié par des contrats de commission conclus pour l'exécution des ordres passés à la banque par le gérant pour son compte (arrêt du Tribunal fédéral du 15 mars 2001, in SJ 2001 I 525, consid. 2; 4C.205/2002 du 9 décembre 2002, consid. 2.2). La banque qui, sans être au bénéfice d'un mandat de gestion, s'engage uniquement à exécuter des ordres en bourse confiés sporadiquement, n'est pas tenue à une sauvegarde générale des intérêts du mandant. La banque, par exemple, n'a ainsi pas à rendre le client attentif aux risques élevés qu'il encourt, ni à requérir son autorisation avant de procéder aux opérations dont la réalisation lui a été confiée par le gérant (arrêt du Tribunal fédéral 4C.97/1997 du 29 octobre 1997, in SJ 1998 p. 198 ss, consid. 6a). Elle n'est pas le tuteur de son client et elle doit en principe exécuter les ordres licites qui lui sont régulièrement donnés (arrêt du Tribunal fédéral 4C.24/1993 du 14 décembre 1993, in SJ 1994 p. 284 ss, consid. 3b). Dans la mesure où les ordres donnés par le gérant externe sont conformes aux pouvoirs conférés au gérant tels qu'ils sont connus de la banque, celle-ci ne saurait s'interroger sur le but poursuivi par le client ou le gérant pour décider de les exécuter ou non. S'agissant de l'étendue des pouvoirs, la banque ne doit tenir compte que de ce dont elle a connaissance avec certitude. Il ne lui incombe pas de se livrer à des conjectures (LOMBARDINI, Droit et pratique de la gestion de fortune, 3<sup>ème</sup> éd. 2003, p. 121).

### **E. 3.2**

En principe, une banque est redevable à l'égard de son client des sommes que celui-ci lui a confiées. Ainsi, c'est la banque qui supporte le risque d'une prestation exécutée par le débit du compte du client en faveur d'une personne non autorisée; seule la banque subit un dommage car elle est tenue de payer une seconde fois, à son client, le montant concerné. Lorsque le client réclame la restitution de la somme indûment versée à un tiers, il exerce une action en exécution du contrat (ATF 132 III 449 consid. 2; ATF 4C.383/2001 consid. 1b = SJ 2002 I p. 597; ATF 127 III 553 consid. 2f et 2g; ACJC/1373/2009 du 13 novembre 2009). Il est cependant habituel que les conditions générales appliquées par la banque, auxquelles le client adhère lors de l'ouverture du compte, comportent une clause de transfert de risque prévoyant que le dommage résultant d'un faux non décelé est, sauf faute grave de la banque, à la charge du client; par l'effet de cette stipulation, le risque a priori assumé par celle-là est reporté sur celui-ci.

### **E. 3.3**

L'art. 100 CO, qui régit les conventions d'exonération de la responsabilité pour inexécution ou exécution imparfaite du contrat, s'applique par analogie à une clause de ce type. Celle-ci est donc d'emblée dénuée de portée si un dol ou une faute grave sont imputables à la banque (art. 100 al. 1 CO). En cas de faute légère de la banque, dont l'activité est assimilée à l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité, le juge peut tenir cette clause pour nulle (art. 100 al. 2 CO; ATF 132 III 449 consid. 2; ATF 112 II 450 consid. 3a; arrêt du Tribunal fédéral 4C.357/2000 consid. 3, in SJ 2001 I p. 583). Dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, c'est-à-dire dans l'application des règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), il lui appartient d'examiner la clause de transfert en tenant compte des autres stipulations du contrat et de l'ensemble des circonstances du cas particulier. Il doit prendre en considération, d'une part, le besoin de protection des clients contre les clauses élaborées d'avance qu'ils ne peuvent pratiquement pas discuter et, d'autre part, l'intérêt que peut avoir la banque à se prémunir contre certains risques dont la réalisation est difficile à éviter. Ce pouvoir d'appréciation n'existe pas si la faute légère a été commise par un auxiliaire de la banque, car la clause de transfert de risque est alors applicable sans restriction (art. 101 al. 3

CO; ATF 132 III 449 consid. 2; ATF 104 II 450 consid. 3a). En d'autres termes, lorsqu'une personne morale accomplit une obligation contractuelle par ses organes, elle ne peut limiter sa responsabilité que conformément à l'art. 100 CO. En revanche, lorsqu'elle recourt à des auxiliaires, une restriction plus étendue de sa responsabilité selon l'art. 101 CO est possible (WEBER, Commentaire bernois, 2000, n. 51 ad art. 100 CO).

#### **E. 3.4**

Constitue une faute grave, la violation de règles élémentaires qui devraient s'imposer à toute personne prudente dans la même situation (ATF 128 III 76 consid. 1b; ATF 119 II 443 consid. 2a). La délimitation entre négligence grave et négligence légère dépend des circonstances. Il faut apprécier le comportement de l'auteur de la négligence par référence à la diligence que l'autre partie était en droit d'attendre, notamment en vertu des clauses du contrat et des usages professionnels. Le juge dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_438/2007 du 29 janvier 2008 consid. 5.3) et doit prendre en considération non seulement les circonstances objectives de l'acte, mais également les conditions subjectives propres à son auteur (arrêt du Tribunal fédéral du 13.07.2000 consid. 2, in SJ 2001 I p. 110).

#### **E. 3.5**

En règle générale, la banque est tenue de vérifier l'authenticité des ordres qui lui sont adressés selon les modalités convenues entre les parties ou, le cas échéant, spécifiées par la loi (ATF 132 III 449 consid. 2). Elle n'a pas à prendre de mesures extraordinaires, incompatibles avec une liquidation rapide des opérations. Bien qu'elle doive compter avec l'existence de faux, elle n'a pas à les présumer systématiquement. En revanche, un manque de diligence peut lui être imputé lorsqu'elle n'a pas reconnu des divergences manifestes entre les signatures (LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2008, chap. XVI, n. 4), étant précisé que pour apprécier la diligence dont elle doit faire preuve en la matière, il faut tenir compte du fait que la signature peut changer dans le temps. Elle doit procéder à des vérifications supplémentaires s'il existe des indices sérieux d'une falsification ou si l'ordre ne porte pas sur une opération prévue par le contrat ni habituellement demandée ou encore si des circonstances particulières suscitent le doute (ATF 132 III 449 consid. 2; ATF 111 II 263 consid. 2b; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_438/2007 du 29 janvier 2008 consid. 5.3 et 5.4).

#### **E. 4**

En l'espèce, les parties étaient liées par un contrat de compte courant et un contrat de dépôt, ainsi que par des contrats de commission. Les conditions générales liant les parties ainsi que les dispositions des Conventions spéciales complétant le contrat relatif à l'ouverture d'un compte et d'un dépôt prévoient expressément une clause de transfert de responsabilité pour inexécution ou exécution imparfaite du contrat par la Banque, pour autant que celle-ci ait agi avec toute la diligence usuelle en affaire (art. 1 Conditions générales), respectivement avec toute l'attention voulue (art. 1 Conventions spéciales complétant le contrat relatif à l'ouverture d'un compte et d'un dépôt). L'appelante fait grief au premier juge d'avoir violé l'art. 398 CO et mal apprécié les conclusions de l'expertise graphologique en retenant qu'elle n'avait pas voué l'attention nécessaire au contrôle des signatures des ordres litigieux. Elle se plaint également d'une violation des art. 1, 3 et 7 des conditions générales de la Banque ainsi que de l'art. 5 du contrat de dépôt. L'intimé, sur appel incident, reproche au premier juge de n'avoir pas retenu la responsabilité de la Banque en ce qui concerne l'ordre litigieux

du 29 novembre 2005. Il convient dès lors d'examiner, à la lumière des principes rappelés ci-dessus, si la Banque a manqué à ses devoirs de diligence dans le contrôle des signatures des trois ordres litigieux des 2 août 2005, 29 novembre 2005 et 26 janvier 2006.

#### **E. 4.1**

La Banque, dans l'accomplissement de son devoir de vérification des signatures de ses clients, ne se trouve pas dans une position comparable à celle d'un expert mandaté dans le cadre d'une procédure pénale. En d'autres termes, on ne saurait exiger de la Banque le même degré de vérification et une analyse aussi poussée que celle accomplie par un expert judiciaire. In casu, l'expert disposait, pour la rédaction de son rapport, d'une vingtaine de signatures authentiques de l'intimé, provenant de différentes pièces, lesquelles avaient été agrandies de 1,5 à 2,7 fois. La Banque, pour sa part, disposait des signatures apposées sur les documents d'ouverture de compte, à savoir treize signatures, dont le spécimen de signature et la copie du passeport de l'intimé. Il résulte de l'examen de l'aspect général des différentes signatures apposées sur les documents d'ouverture du compte que celles-ci présentent déjà, les unes par rapport aux autres, certaines disparités. Par exemple, la hampe du "D" est tantôt verticale (copie du passeport, pouvoir de représentation aux assemblées générales et déclaration de clients sous numéro concernant l'exécution d'ordres de paiements internationaux), tantôt inclinée dans un sens (contrat relatif à l'ouverture d'un compte et d'un dépôt, spécimen de signature, procuration en faveur du fils de l'intimé), tantôt inclinée dans le sens opposé (procuration limitée pour gérants de fortune externes). De plus, les différents jambages, et en particulier le dernier mouvement, présentent parfois des boucles distinctes et bien dessinées alors qu'elles ne peuvent être distinguées sur d'autres signatures. Il sied en outre de relever, à l'instar de l'expert, que la signature de l'intimé est d'une relative simplicité. Pour ces raisons déjà, il apparaît que des divergences subtiles sont difficilement décelables par la Banque lors d'un contrôle usuel, dans la mesure où les signatures authentiques présentent déjà certaines différences les unes par rapport aux autres. Il convient toutefois d'examiner attentivement les signatures des trois ordres litigieux.

#### **E. 4.2**

En ce qui concerne l'ordre litigieux du 29 novembre 2005, le premier juge a, à juste titre, exclu la responsabilité de la Banque. En effet, un manquement à son devoir de diligence dans la vérification des signatures ne peut être reproché à la Banque puisque l'expert lui-même conclut qu'il s'agit probablement d'une signature authentique de l'intimé. De plus, dans la mesure où l'ordre comporte le tampon "signature conforme", il ne peut être reproché à la Banque d'avoir manqué à son obligation de vérifier la signature. Enfin, il n'apparaît pas, et l'intimé ne le soutient au demeurant pas, qu'il s'agit d'une transaction insolite qui aurait dû attirer l'attention et éveiller les soupçons de la Banque.

#### **E. 4.3**

L'examen de la signature de l'ordre litigieux du 26 janvier 2006 ne révèle pas de divergences manifestes avec les signatures authentiques en possession de la Banque. Selon l'expert, la signature litigieuse s'insérait d'ailleurs bien dans le cadre des variations relevées dans les signatures authentiques. Certes, il a conclu que les divergences observées, à savoir que la hampe d'attaque du "D" est trop verticale et que la pression n'est pas assez marquée, sont de nature à fonder des doutes sérieux sur l'authenticité de cette signature. Or, la Cour constate que la hampe du "D" est également verticale sur plusieurs documents d'ouverture

de compte, notamment sur la copie du passeport de l'intimé, le pouvoir de représentation aux assemblées générales et la déclaration de clients sous numéro concernant l'exécution d'ordres de paiement internationaux, de sorte que ce critère ne paraît pas décisif. Elle ne présente pas non plus de différences manifestes avec le spécimen de signature. L'expert n'a de plus pas été en mesure de se prononcer sur la base de ces seuls éléments. Ce n'est qu'après avoir procédé à l'examen des particularités intimes qu'il a conclu que les divergences "permettent de soutenir fortement l'hypothèse d'imitations". Or, comme indiqué ci-dessus, la Banque doit agir avec la diligence usuelle en affaires, ce qui n'implique pas un examen aussi approfondi que celui de l'expert, et n'a pas à présumer systématiquement l'existence de faux. En l'espèce, la Banque a vérifié la signature de l'intimé sur l'ordre du 26 janvier 2006, comme l'atteste le tampon "signature conforme" apposé à côté de la signature. Sur la base d'une comparaison avec les signatures authentiques à disposition de la Banque, dont le spécimen, il ne saurait être reproché à celle-ci de n'avoir pas décelé qu'il s'agissait d'une imitation. En effet, outre le fait que la signature litigieuse ne présentait pas de divergences manifestes avec les signatures authentiques à disposition de la Banque, l'ordre donné, pour un montant relativement faible, ne constituait pas une transaction insolite qui aurait dû éveiller l'attention de la Banque. Enfin, et contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, il ressort de la télécopie envoyée par le gérant le 31 janvier 2006 et des pièces versées dans le cadre de la procédure pénale, que l'original de l'instruction du 26 janvier 2006 a effectivement été remis à la Banque. La Cour de céans ne saurait dès lors suivre le premier juge, qui a retenu un défaut de diligence de la Banque sur la base des conclusions de l'expert. Il doit au contraire être retenu que les constatations de l'expert ne suffisent pas à fonder une responsabilité de la Banque dans l'exécution de l'ordre du 26 janvier 2006.

#### **E. 4.4**

Reste à examiner l'ordre litigieux du 2 août 2005, relatif à un montant de 150'000 EUR. Au contraire des deux ordres précédents, l'ordre du 2 août 2005 ne comporte pas le tampon attestant que la signature a été vérifiée et jugée conforme. Sur le sujet, il résulte des enquêtes que les signatures faisaient l'objet d'un contrôle systématique et minutieux à la réception de l'ordre de virement et que, lorsque le document était envoyé pour vérification par télécopie, la mention relative au contrôle de la signature figurait parfois non pas sur le document lui-même, mais sur le retour de télécopie. Certes, un tel document n'a pas été produit. Toutefois, l'intimé n'a jamais allégué que la signature du 2 août 2005 n'aurait fait l'objet d'aucun contrôle, mais reproche à la Banque d'avoir failli à son devoir de diligence dans l'accomplissement de ce contrôle. Partant, il doit être admis que la signature du 2 août 2005 a effectivement été contrôlée. Comme pour la signature litigieuse du 26 janvier 2006, l'expert a conclu, après examen de l'aspect général, que les divergences étaient de nature à émettre des doutes sérieux sur l'authenticité. A l'appui de cette conclusion, il a relevé que la hampe du "D" penchait dans le sens opposé de celui des signatures authentiques et que la pression n'était pas assez marquée. N'étant toutefois pas en mesure de se prononcer sur cette base, il a procédé à un examen des particularités intimes. La Cour observe que le seul examen de l'aspect général de la signature litigieuse ne révèle pas de divergences manifestes, mais au contraire présente certaines similitudes avec les signatures authentiques apposées sur la procuration limitée pour gérants de fortune externes (ou la hampe du "D" penche également dans le sens opposé), le pouvoir de représentation aux assemblées générales et la déclaration de clients sous numéro concernant l'exécution d'ordres de paiement internationaux. Dès lors, la Banque n'a pas failli à son devoir de diligence en ne décelant pas la falsification. Il faut encore examiner si la transaction aurait dû éveiller les

soupons de la Banque, du fait que le virement était destiné à une société dont le gérant était l'ayant droit économique, sur un compte ouvert auprès de la Banque. Liée à l'intimé par un contrat de dépôt et non de gestion, la Banque n'était pas tenue à un devoir de sauvegarde générale des intérêts de son client et devait en principe exécuter les ordres licites reçus. De plus, des virements en faveur de la société bénéficiaire avaient déjà été effectués à plusieurs reprises par le passé, notamment en décembre 2003, janvier 2004, février et mai 2005, de sorte qu'il n'y avait pas de raison que cette transaction apparaisse comme insolite aux yeux de la Banque. Elle n'apparaissait pas davantage comme insolite au regard de son montant et des autres mouvements du compte. Cette transaction n'était ainsi pas de nature à éveiller les soupçons de la Banque. Enfin, il résulte des pièces que la Banque, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, a bien reçu l'original de l'instruction du 2 août 2005, puisqu'elle l'a versé dans le cadre de la procédure pénale. S'il est vrai qu'elle n'a pas établi à quelle date elle l'avait reçu, il faut relever que l'ordre mentionne avoir été établi à Genève le 2 août 2005 et il n'est dès lors pas exclu qu'en étant expédié de Genève le même jour, il ait été reçu par la Banque le 3 août 2005, jour de son exécution. Dès lors que l'imitation de la signature de l'ordre du 2 août 2005 n'était pas manifeste et que les circonstances entourant la transaction n'étaient pas susceptibles d'éveiller les soupçons de l'appelante, aucun manquement à son devoir de diligence ne peut lui être reproché. Il convient toutefois encore d'examiner si la Banque a fait preuve de négligence en notifiant la résiliation du contrat de collaboration avec le premier mandataire le 1<sup>er</sup> juillet 2005 à son client en banque restante, avec une copie au gérant, et dans l'affirmative, quelles en sont les conséquences.

5.1. Le Tribunal est arrivé à la conclusion que la responsabilité de la Banque était engagée en raison d'un contrôle insuffisant des signatures et a laissé indécise la question d'une éventuelle responsabilité de celle-ci pour avoir omis d'informer directement l'intimé de la résiliation du contrat de collaboration avec le premier mandataire de ce dernier, tout en relevant que la Banque ne pouvait considérer avoir dûment avisé le client en se bornant à retenir son courrier du 1<sup>er</sup> juillet 2005 en banque restante et en envoyant une copie à l'attention du gérant externe. L'appelante conteste ce point de vue.

5.2. Lorsqu'un établissement accepte de conserver par devers lui les avis adressés à ses clients, ses communications sont opposables à ceux-ci comme s'ils les avaient effectivement reçues (convention de "banque restante"; ATF 104 II 190 consid. 2a p. 194; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_262/2008 du 23 septembre 2008, consid. 2.3). De même, le client qui adopte ce mode de communication est censé avoir pris connaissance immédiatement des avis qui lui sont adressés de cette façon (arrêts du Tribunal fédéral 4C.378/2004 du 30 mai 2005, in SJ 2006 I 1, consid. 2.2; 4C.116/1995 du 9 août 1995, consid. 5b, in SJ 1996 p. 193; C.357/1984 du 7 décembre 1984, consid. 2b, in SJ 1985 p. 246). En l'espèce, lors de l'ouverture du compte, l'intimé a mentionné, comme adresse de correspondance, celle de son premier mandataire. Il n'a en revanche pas choisi l'option "banque restante". La Banque soutient toutefois qu'étant autorisée à remettre la correspondance à un mandataire, elle était légitimée à garder la correspondance en banque restante, du fait qu'elle était elle-même un mandataire de l'intimé. Il convient dès lors d'interpréter cette clause pour en dégager le sens.

5.3. La portée réelle d'une clause contractuelle se détermine au moyen d'une cascade des méthodes d'interprétation (ATF 122 III 118 consid. 2a). Dans un premier temps, conformément à l'art. 18 al. 1 CO, il convient de rechercher la réelle et commune intention des parties (ATF 125 III 263 consid. 4bb). Si cette volonté ne peut être établie ou si leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations ainsi que les comportements selon la théorie de la confiance; il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude

pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances; le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 133 III 675 consid. 3.3). Dans l'interprétation selon le principe de la confiance, le juge doit partir du texte et interpréter les clauses de la manière dont elles peuvent et doivent être comprises en relation avec l'ensemble des circonstances. Enfin, si cette méthode ne permet pas de choisir entre plusieurs interprétations, et dans ce cas seulement (ATF 118 II 342 consid. 1), le juge choisira celle qui est la plus défavorable au rédacteur des dispositions pré-formulées, ce qu'exprime l'adage *in dubio contra stipulatorem* (ATF 122 III 118 consid. 2a). En l'espèce, la réelle et commune intention des parties ne peut être déterminée. La procédure ne révèle pas, en effet, l'existence de discussions des parties sur le contenu de la clause, laquelle figure au demeurant sur un formulaire pré-imprimé. Selon le texte de la clause, la Banque est autorisée à remettre la correspondance retenue à un mandataire, étant rappelé que l'intimé n'avait pas choisi l'option "banque restante". Sous l'angle d'une interprétation objective, l'intimé ne pouvait, de bonne foi, que comprendre que la Banque était autorisée à remettre la correspondance à un mandataire externe, et non à elle-même en qualité de mandataire. L'interprétation de la Banque revient en effet, de manière contraire au principe de la confiance, à vider de son sens la différence entre la clause "banque restante" et celle par laquelle le client choisit que son courrier soit adressé à un mandataire externe. A titre superfétatoire, même à supposer que la clause permette, de bonne foi, différentes interprétations, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, la Banque doit supporter l'ambiguïté des clauses pré-imprimées qu'elle a elle-même rédigées. Partant, la Banque ne pouvait considérer avoir dûment avisé le client en retenant son courrier en banque restante. 5.4. Il y a lieu, dès lors, de déterminer si la Banque était tenue d'informer directement l'intimé de la résiliation du contrat. Les contrats de compte courant et de dépôt sont des contrats mixtes comprenant des éléments du mandat (ATF 126 III 20 consid. 3a/aa; ATF 4C.108/2002 du 23 juillet 2002, in Pra 2003 no 51 p. 244, consid. 2a). En outre, lorsque la banque exécute, pour le compte de son client, des transactions d'achat de choses mobilières ou de papiers-valeurs, les parties sont en général liées par un contrat de commission au sens des art. 425 ss CO, ce qui suppose, par le renvoi de l'art. 425 al. 2 CO, que les règles du mandat trouvent aussi application (LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, Zurich 2008, p. 717). Le mandataire doit exécuter avec soin la mission qui lui est confiée et sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de son cocontractant (art. 321a al. 1 CO applicable par le renvoi de l'art. 398 al. 1 CO). Il est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution de sa mission (art. 398 al. 2 CO). Si le mandant ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le mandataire est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable (art. 97 al. 1 CO; ATF 128 III 22 consid. 2b). S'agissant des ordres reçus par le client, il est du devoir de la banque de les exécuter fidèlement (LOMBARDINI, op. cit., p. 723). La banque qui, sans être au bénéfice d'un mandat de gestion, s'engage uniquement à exécuter des ordres, n'est pas tenue à une sauvegarde générale des intérêts du mandant. Un devoir général d'information n'existe pas en pareille hypothèse. En principe, la banque ne doit renseigner le client que s'il le demande; s'il apparaît qu'il n'a aucune idée des risques qu'il court, la banque doit toutefois l'y rendre attentif. Le devoir de fidélité n'impose pas non plus à la banque chargée d'exécuter des ordres déterminés de conseiller spontanément le client sur les développements probables des investissements choisis et sur les mesures à prendre pour limiter les risques (ATF 119 II 333 consid. 5 et 7 et les références; SJ 2002 I 274 consid. 4a;

SJ 1999 I 205 ss consid. 3b). Ces principes s'imposent encore plus strictement lorsque la gestion a été confiée à un gérant indépendant. La question du devoir d'information d'une banque envers son client qui a mandaté un gérant de fortune externe aux fins de gérer ses avoirs est controversée en doctrine (Carlo LOMBARDINI, op. cit., p. 743 ss; Alessandro BIZZOZERO, Situation juridique de la banque relativement à l'activité d'un gérant indépendant, in Journée 1996 de droit bancaire et financier, p. 117 ss, 125 ss, ainsi que la note subséquente d'Andreas von PLANTA, p. 130 ss; Hanspeter DIETZI, Die Verantwortlichkeit der Bank gegenüber einem Kunden für Handlungen eines von diesem eingesetzten Vermögensverwalters, in RSDA 1997 p. 1993 ss et la réponse d'Alexander I. de BEER, in RSDA 1998 p. 125 ss; Claude BRETTON-CHEVALLIER, Les devoirs d'information du gérant de fortune et de la banque dépositaire, in SJ 1998 p. 700 ss). Une partie de la doctrine estime que la bonne foi oblige la banque à prendre contact avec le client, voire à interdire certaines opérations, lorsqu'il est évident que le gérant dépasse le cadre contractuel ou ordonne des opérations qui vont manifestement à l'encontre des intérêts du client.

5.5. En l'espèce, dès lors que la Banque avait décidé de mettre un terme au contrat de collaboration avec le premier mandataire de l'intimé et que la procuration signée par celui-ci le 27 mai 2003 en faveur de ce gérant externe devenait de ce fait caduque, la Banque avait le devoir de s'assurer de la sauvegarde des intérêts légitimes du client. Or, n'ayant pas reçu de réponse aux courriers envoyés précédemment au premier mandataire les 10 janvier 2005, 1<sup>er</sup> mars 2005 et 4 avril 2005, elle devait, de bonne foi, prendre les mesures nécessaires pour informer son client directement. Au demeurant, dans la mesure où la Banque avait pris l'initiative, comme annoncé dans ses courriers, de contacter le client directement, elle était tenue d'aller jusqu'au bout de sa démarche. Or, en retenant l'original du courrier du 1<sup>er</sup> juillet 2005 en banque restante, avec copie à l'adresse de notification prévue au contrat, la Banque a failli à son devoir d'informer son client puisque ce dernier n'avait pas choisi l'option "banque restante". Cette conclusion s'impose d'autant plus que, depuis l'ouverture du compte en 2003, la Banque n'avait eu aucun contact direct avec l'intimé et que ce dernier n'avait aucune raison de s'attendre à recevoir un courrier en banque restante. La Banque devait donc savoir que sa missive n'atteindrait pas son destinataire. Comme indiqué précédemment, l'appelante ne peut faire valoir la clause d'autorisation de remise de courrier à un mandataire pour justifier la rétention du courrier en banque restante. Il faut dès lors admettre que la Banque a violé son devoir d'information et n'a pas fait preuve de la diligence requise en ne cherchant pas à informer directement son client de la résiliation du contrat de collaboration avec le premier mandataire de l'intimé, au besoin de manière discrète. Ce défaut d'information n'est toutefois pas en lien de causalité avec la poursuite des activités frauduleuses du gérant mandaté par l'intimé. En effet, l'intimé ne conteste pas avoir signé, en date du 1<sup>er</sup> juillet 2005, une procuration limitée en faveur du second mandataire et la Banque a dès lors exécuté les transferts litigieux sur la base de cette nouvelle procuration. Dans la mesure où la résiliation du contrat de collaboration a été décidée par la Banque pour des motifs économiques (la référence dans la note interne à des soucis de compliance n'était pas en relation avec des soupçons d'activités frauduleuses au préjudice de clients mais avec une insuffisance des informations fournies sur des clients potentiels) et où l'intimé était devenu client de l'appelante par le biais de ce second gérant, la Banque n'avait pas de raison de trouver insolite que l'intimé souhaite poursuivre sa relation contractuelle avec son gérant, en dépit de la résiliation du contrat de collaboration entre le gérant externe et elle-même. Il doit être déduit de ce qui précède que l'intimé aurait-il été informé de la rupture de la collaboration, qu'il aurait quand même signé la procuration du 1

er juillet 2005. Il s'ensuit que le défaut d'information qui peut être reproché à la Banque n'est pas en lien de causalité avec les infractions commises par la suite par le second gérant externe désigné. 5.6. Il doit encore être examiné si la Banque a violé son devoir de diligence en ne décelant pas l'imitation de la signature de l'intimé sur le courrier du 29 juillet 2005, envoyé par le deuxième gérant à la Banque pour que la correspondance lui soit désormais adressée. Lors de la comparaison de l'aspect général de la signature, l'expert a observé que la hampe du "D" penchait en sens opposé de celle des signatures authentiques et que la pression était trop uniforme. N'étant pas en mesure de se prononcer sur la base de ces seuls éléments, il a conclu après un examen des particularités intimes que les divergences permettaient de soutenir fortement l'hypothèse d'une signature imitée. Ces différences sont subtiles et les signatures authentiques en possession de l'appelante présentent les mêmes divergences les unes par rapport aux autres. En particulier, la hampe du "D" penche dans le sens opposé sur la signature de la procuration limitée pour gérants de fortune externes et est à la verticale sur plusieurs autres documents. Il ne peut ainsi être reproché à la Banque de n'avoir pas décelé l'imitation de la signature de l'intimé sur le courrier du 29 juillet 2005, qui n'apparaît pas être flagrante. Il en découle qu'on ne peut pas non plus lui faire grief d'avoir continué à adresser la correspondance bancaire à l'adresse commune des premier et second gérants à la suite de la réception de ce courrier.

#### **E. 6**

Au vu de ce qui précède, l'appel doit être admis et le jugement attaqué annulé, ce qui dispense la Cour d'examiner les autres griefs soulevés par l'appelante. Les dépens de première instance et d'appel sont mis à la charge de l'intimé qui succombe (art. 176 al. 1 et 181 LPC). \* \* \* \* \*

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