

VD_FINDINFO HC / 2016 / 380 vom 15. Februar 2016

VD Tribunal cantonal, 2016-02-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2016___380

FR: VD_FINDINFO HC / 2016 / 380 du 15 février 2016

IT: VD_FINDINFO HC / 2016 / 380 del 15 febbraio 2016

Regeste

DROIT BANCAIRE, RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE, CLAUSE EXCLUSIVE DE RESPONSABILITÉ, BANQUE, ORGANE{PERSONNE MORALE}, GÉRANT{SENS GÉNÉRAL}, BANQUE RESTANTE, USAGE DE FAUX{DROIT PÉNAL} | 100 al. 1 CO, 100 al. 2 CO, 100 CO, 101 CO, 18 CO, 397 CO

Erwägungen

E. 1.1

Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable contre les décisions finales de première instance pour autant que la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC [Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008; RS 272]). L'appel, écrit et motivé, doit être introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

E. 1.2

La partie adverse peut former un appel joint dans sa réponse, qui doit être déposée dans un délai de trente jours (art. 312 al.

E. 1.3

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., l'appel de C._____ est recevable. L'appel joint formé par P._____SA dans le délai imparti pour le dépôt de sa réponse est également recevable.

E. 1.4

L'acte de C._____ du 26 janvier 2016 (réplique sur appel et réponse à l'appel joint) sera pris en considération dans la mesure utile, en application de la jurisprudence fédérale (TF 5A_262/2015 du 11 août 2015 consid. 3.1 et les références citées).

E. 2

e éd., Bâle 2013, n. 1 ad art. 310 CPC, qui parle de « vollkommenes Rechtsmittel »).

E. 2.1

L'appel est une voie de droit offrant à l'autorité de deuxième instance un plein pouvoir d'examen. Celle-ci examine librement tous les griefs de l'appelant, qu'ils concernent les faits ou le droit. Ainsi, l'instance d'appel revoit les faits avec une cognition pleine et entière; elle contrôle librement l'appréciation des preuves et les constatations de fait de la décision de première instance (Hohl, Procédure civile, tome II, 2 e éd., Berne 2010, n. 2399). L'autorité d'appel applique le droit d'office : elle n'est pas liée par les motifs

invoqués par les parties ou par le tribunal de première instance (HohI, op. cit., n. 2396; Spühler, Schweizerische Zivilprozessordnung,

E. 2.2

Selon l'art. 311 al. 1 CPC, l'appel doit être motivé. L'appelant doit expliquer en quoi son argumentation peut influencer sur la solution retenue par les premiers juges (TF 4A_659/2011 du 7 décembre 2011 consid. 3 et 4, in RSPC 2012 p. 128, SJ 2012 I 231; TF 5A_438/2012 du 27 août 2012 consid. 2.2, in RSPC 2013 p. 29; TF 4A_474/2013 du 10 mars 2014 consid. 3.1, SJ 2014 I 459). La motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; TF 5A_396/2013 du 26 février 2014 consid. 5.3.1). Même si l'instance d'appel applique le droit d'office (art. 57 CPC), le procès se présente différemment en seconde instance, vu la décision déjà rendue. L'appelant doit donc tenter de démontrer que sa thèse l'emporte sur celle de la décision attaquée. Il ne saurait se borner à simplement reprendre des allégués de fait ou des arguments de droit présentés en première instance, mais il doit s'efforcer d'établir que, sur les faits constatés ou sur les conclusions juridiques qui en ont été tirées, la décision attaquée est entachée d'erreurs. Il ne peut le faire qu'en reprenant la démarche du premier juge et en mettant le doigt sur les failles de son raisonnement. Si la motivation de l'appel est identique aux moyens qui avaient déjà été présentés en première instance, avant la reddition de la décision attaquée (TF 4A_97/2014 du 26 juin 2014 consid. 3.3), ou si elle ne contient que des critiques toutes générales de la décision attaquée ou encore si elle ne fait que renvoyer aux moyens soulevés en première instance, elle ne satisfait pas aux exigences de l'art. 311 al. 1 CPC et l'instance d'appel ne peut entrer en matière (TF 5A_438/2012 du 27 août 2012 consid. 2.2; TF 4A_290/2014 du 1^{er} septembre 2014 consid. 3.1, RSPC 2015 p. 52; TF 5A_488/2015 du 21 août 2015 consid. 3.2.1, RSPC 2015 p. 512).

E. 2.3

En l'espèce, dans la mesure où les parties reprennent largement leurs allégations de première instance en exposant longuement leur version des faits, sans indiquer de manière précise en quoi les constatations de fait du jugement entrepris seraient lacunaires ou erronées, il ne se justifie pas, à cet égard, de se distancer du jugement attaqué. Ainsi, seuls les griefs spécifiques articulés par l'appelante C._____ à l'encontre de l'état de fait seront examinés.

E. 3.1

L'appelante soutient que l'étendue du pouvoir d'administration confié par T._____ à B._____ SA aurait été inexactement constatée par les premiers juges et qu'il n'entrerait pas dans les pouvoirs du gérant externe de procéder à des virements ou à des retraits en sa faveur ou en faveur d'un tiers. Elle en veut pour preuve le document intitulé « pouvoir d'administration » signé le 22 juin 2007 par T._____ en faveur de B._____ SA. L'appelante fait valoir en outre que les opérations litigieuses n'étaient pas couvertes par les « conditions relatives aux transactions sur des options, financières futures, devises et métaux précieux à terme » signées par T._____. Les premiers juges ont retranscrit dans l'essentiel la teneur de ces documents (cf. supra ch. 2 let. b) et l'appelante ne prétend pas que cette retranscription serait lacunaire ou erronée. Ils n'ont pas constaté de volonté commune des parties sur leur portée, qui doit dès lors être interprétée selon le principe de la confiance.

L'application du principe de la confiance est une question de droit (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1 et les références citées). La question de savoir si les opérations litigieuses étaient couvertes par ces conditions et par le pouvoir d'administration relève de l'interprétation des documents contractuels selon le principe de la confiance et sera donc examinée ci-dessous (infra consid. 4.2.1 et 6.2). Au demeurant, la question de savoir si les opérations litigieuses étaient couvertes par les conditions relatives aux transactions sur les options, « financial futures », devises et métaux précieux à terme et par le pouvoir d'administration conféré à B. _____ SA se pose en relation avec le point de savoir si la banque a procédé à tous les contrôles adéquats avant d'effectuer les virements, question qui relève également de l'appréciation juridique.

E. 3.2

L'appelante soutient enfin que les premiers juges auraient retenu à tort que T. _____ n'avait pas réservé un mode d'instruction par visite. Elle se prévaut à cet égard de la fiche annexée au document intitulé « profil client, personne physique » (cf. supra ch. 2 let. b). Sur cette fiche figurent sous « instruction(s) » le nom des mandataires (autres que le conjoint), soit l'appelante et son frère, ainsi qu'une petite croix dans la case « visite » sous la mention « instructions reçues par ». Il résulte du témoignage d'E. _____ que la croix dans la case « visite » signifiait que le gérant avait pris note de ces informations lors d'une visite, mais n'impliquait pas que tous les ordres devaient être passés exclusivement lors d'une visite, ce qu'a confirmé G. _____ dans son audition de partie. Ces dépositions sont conformes au texte même du document, qui mentionne d'abord l'instruction topique donnée (ici l'existence de mandataires autres que le conjoint), puis la manière dont l'instruction a été reçue (ici lors d'une visite). On ne saurait en déduire que tous les ordres devaient être passés exclusivement lors d'une visite. Comme les premiers juges l'ont par ailleurs exposé, cette pièce est restée au dossier après le 22 juin 2007 et T. _____ a pu retirer de l'argent sans avoir à se rendre physiquement chez l'intimée. Une telle limitation du mode d'instruction serait de toute manière en contradiction avec le document intitulé « ouverture de compte et de dépôt » signé par T. _____ le 4 septembre 2007, qui mentionne une décharge relative aux instructions données par téléphone, télécopieur ou télex, ce qui n'aurait aucun sens si les parties avaient entendu exclure ces modes d'instruction. Le grief de l'appelante se révèle donc infondé.

E. 3.3

et 4). Lorsque les instructions sont données par écrit, le mode d'identification aura lieu grâce à la signature du client : en recevant un ordre original du client, la banque doit comparer la signature en sa possession sur le carton de signature avec la signature originale du client figurant sur l'ordre qui lui est donné. La banque doit faire preuve de toute la diligence voulue dans l'examen de la signature figurant sur l'ordre qu'elle reçoit. On ne peut reprocher à la banque que le fait de ne pas avoir reconnu une divergence manifeste entre la signature apposée sur l'ordre et le spécimen en sa possession. La signature du client peut par ailleurs changer avec le temps (Lombardini, op. cit., nn. 3 et 4, p. 425).

E. 4.1

L'intimée et appelante par voie de jonction soutient que l'appelante n'aurait pas la légitimation active, en invoquant que la cession de créance serait fictive et que l'appelante agirait en réalité exclusivement pour le compte de sa mère désireuse de dissimuler son identité. Cette cession n'aurait d'autre justification que d'assurer l'anonymat de l'ayant droit,

constituant de la sorte une fraude à la loi ou une simulation. Ce moyen doit être examiné en premier, car s'il venait à être admis, il entraînerait d'emblée de cause le rejet, voire l'irrecevabilité des conclusions de l'appelante.

E. 4.2.1

Pour qualifier un contrat comme pour l'interpréter, le juge doit recourir en premier lieu à l'interprétation dite subjective, c'est-à-dire rechercher la "réelle et commune intention des parties", le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO; ATF 131 III 606 consid. 4.1, JdT 2006 1126). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si elle est divergente, le juge interprétera les déclarations faites 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 (TF 4A_54/2001 du 9 avril 2002 consid. 2b). Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (TF 4A_643/2012 du 23 avril 2013 consid. 3.1; TF 4A_54/2001 précité).

E. 4.2.2

Un acte est simulé au sens de l'art. 18 CO lorsque les deux parties sont d'accord que les effets juridiques correspondant au sens objectif de leur déclaration ne doivent pas se produire et qu'elles n'ont voulu créer que l'apparence d'un acte juridique à l'égard des tiers (ATF 123 IV 61 consid. 5c/cc; ATF 112 II 337 consid. 4a; ATF 97 II 201 consid. 5 et les arrêts cités). Leur volonté véritable tendra soit à ne produire aucun effet juridique, soit à produire un autre effet que celui de l'acte apparent; dans ce dernier cas, les parties entendent en réalité conclure un second acte dissimulé (ATF 123 IV 61 consid. 5c/cc; ATF 112 II 337 consid. 4a). Juridiquement inefficace d'après la volonté réelle et commune des parties, le contrat simulé est nul (ATF 123 IV 61 consid. 5c/cc; ATF 97 II 201 consid. 5 et les arrêts cités; TF 4A_362/2012 du 28 septembre 2012 consid. 4.1). Il incombe à celui qui se prévaut de la simulation d'en apporter la preuve (art. 8 CC), étant précisé qu'on ne saurait admettre trop facilement que les déclarations ou attitudes des parties ne correspondent pas à leur volonté réelle; le juge doit se montrer exigeant en matière de preuve d'une simulation (ATF 112 II 337 consid. 4a; TF 4A_96/2008 du 26 mai 2008 consid. 2.3, SJ 2008 I 448). Des allégations de caractère général et de simples présomptions ne suffisent pas. Selon la jurisprudence, le comportement ultérieur des parties est un indice de leur intention réelle au moment de la conclusion du contrat (ATF 112 II 337 consid. 4a; TF 4A_362/2012 du 23 septembre 2012 consid. 4.1).

E. 4.3

En l'espèce, aucun élément du dossier ne vient étayer la thèse de la simulation. D'une part, l'anonymat de T. _____ n'est à l'évidence pas réalisé dans le cadre de la présente procédure, où elle a même été entendue comme témoin. De plus, [...] a expliqué qu'elle concevait cette cession de créance comme une donation et qu'elle ferait le nécessaire pour assurer l'égalité entre héritiers afin que son fils ne soit pas lésé et a précisé que, si l'appelante obtenait quelque chose sur la base de cette cession de créance, elle pourrait le conserver. Il n'existe ainsi aucun indice de simulation et l'intimée échoue dans la preuve stricte qui lui appartenait. En particulier, le fait que T. _____ ait ouvert un compte sous un pseudonyme et qu'elle ait signé une clause de banque restante souligne certes une

volonté de discrétion mais ne constitue pas pour autant un indice que la cession de créance serait simulée.

E. 5.1

L'exécution par la banque des ordres du client et la responsabilité qui peut en découler à l'égard de celui-ci est en principe soumise aux règles du mandat au sens des art. 394 ss CO (TF 4A_262/2008 du 23 septembre 2008 consid. 2.1 et les références citées). L'étendue du mandat est déterminée, si la convention ne l'a pas expressément fixée, par la nature de l'affaire à laquelle il se rapporte (art. 396 al. 1 CO). Si la banque conclut un contrat de gestion de fortune, elle s'oblige envers son client à gérer tout ou partie de sa fortune. Le client peut aussi confier non pas à sa banque, mais à un tiers, le soin de gérer sa fortune (Guggenheim, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5 e éd., 2014, n. 798, p. 267 et n. 862, p. 289). Dans ses relations avec le titulaire d'un compte, la banque répond donc en principe en vertu de l'art. 398 al. 2 CO, qui impose un devoir de diligence et de fidélité au mandataire. Le mandataire n'est pas tenu par une obligation de résultat, mais par une obligation de moyens : il s'engage à mettre en œuvre l'ensemble de ses connaissances, sa technique, ses équipements, sans promettre pour autant un résultat (ATF 127 III 328 consid. 2a, JdT 2001 I 254; ATF 109 II 34 consid. 3a). 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; Werro, Commentaire romand, Code des obligations I, 2 e éd., 2012, n. 37 ad art. 398 CO; cf. également consid. 6.1 infra). Selon l'art. 397 al. 1 CO, le mandataire qui a reçu des instructions précises ne peut s'en écarter qu'autant que les circonstances ne lui permettent pas de rechercher l'autorisation du mandant et qu'il y a lieu d'admettre que celui-ci l'aurait autorisé s'il avait été au courant de la situation.

E. 5.2

La LBVM (loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières du 24 mars 1995; RS 454.1) contient des normes complémentaires au Code des obligations définissant plus avant les obligations du négociant en valeurs mobilières. En particulier, l'art. 11 al. 1 LBVM dispose que le négociant a envers ses clients un devoir d'information, un devoir de diligence (il assure en particulier la meilleure exécution possible de leurs ordres et veille à ce qu'ils puissent la reconstituer) et un devoir de loyauté (il veille en particulier à ce qu'ils ne soient pas lésés en raison d'éventuels conflits d'intérêts); le négociant doit tenir compte, dans l'accomplissement de ses devoirs, de l'expérience et des connaissances de ses clients. Ces devoirs correspondent à la jurisprudence en matière de mandat. Il incombe à la banque de prouver qu'elle a satisfait à son devoir d'information (Lombardini, Droit bancaire suisse, 2 e éd., 2008, n. 52, p. 767).

E. 5.3

En l'espèce, pour qualifier les rapports entre les parties, les premiers juges ont distingué les périodes antérieure et postérieure au 22 juin 2007. Pour la première période, ils ont considéré que la relation contractuelle entre T._____ et l'intimée consistait en un contrat de compte courant, de giro bancaire et de dépôt, couplé à un mandat de gestion et de commission, alors que, pour la deuxième période, le mandat de gestion avait été retiré à l'intimée et confié à la société B._____SA, respectivement à H._____. Ces qualifications ne sont pas remises en cause en appel et de toute manière, les obligations de l'intimée étaient soumises principalement aux conditions des art. 397 ss CO, ainsi qu'à l'art.

11 LBVM précités.

E. 6

Les moyens de l'appel principal, qui concernent les opérations postérieures au 22 juin 2007, seront examinés en premier.

E. 6.1

Par l'ouverture du compte de T. _____, l'intimée s'est engagée à lui remettre, selon les modalités prévues, tout ou partie de l'avoir disponible. L'exécution, par la banque, d'un ordre de remettre ou de transférer un montant par prélèvement sur cet avoir a son fondement dans la relation contractuelle entre parties, cela même si l'ordre est donné irrégulièrement ou s'il s'agit d'une faute (ATF 132 III 449 consid. 2). En principe, c'est la banque qui supporte le risque d'une prestation exécutée par le débit du compte en faveur d'une personne non autorisée; elle seule 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 l'avoir en compte, il exerce une action en exécution du contrat (restitution de la somme déposée [art. 475 et 481 CO] ou prêtée [art. 312, 315 et 318 CO]) qui n'est pas subordonnée à l'existence d'une faute de la banque (ATF 112 II 450 consid. 3a et la référence citée). Il est cependant habituel que les conditions générales appliquées par la banque, auxquelles le client adhère lors de l'ouverture du compte, comportent, comme en l'espèce (art. 2 des CGA), une clause de transfert du 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 (ATF 132 III 449 consid. 2; ATF 112 II 450 consid. 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 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. 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 (art. 100 al. 2 CO; ATF 112 II 450 consid. 3a). Cette possibilité de tenir la clause pour nulle n'existe toutefois 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; TF 4A_54/2009 du 20 avril 2009 consid. 1). De manière générale, la banque n'est tenue de vérifier l'authenticité des ordres qui lui sont adressés que selon les modalités convenues entre les parties ou, le cas échéant, spécifiées par la loi. Elle doit cependant 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 (ATF 132 III 449 consid. 2 et les références citées; TF 4A_54/2009 du 20 avril 2009 consid.

E. 6.2

En l'espèce, il a été retenu et confirmé (cf. consid. 3.2 supra) que les instructions écrites données pour les ordres de transfert litigieux des 21 octobre 2008, 23 juin 2010 et 21

septembre 2010 étaient conformes aux modalités prévues contractuellement, puisqu'il n'est pas établi que T._____ ait limité la possibilité de donner des instructions aux visites physiques dans les locaux de l'intimée. Il est également constant que les ordres de transfert litigieux reposaient sur une instruction écrite, adressée par courrier portant la signature finement imitée de T._____. Il résulte en effet de l'instruction que, si le graphologue mandaté par l'appelante elle-même est arrivé à la conclusion qu'il y avait de fortes probabilités qu'il s'agisse de fausses signatures, il a toutefois précisé qu'une vision sommaire ne révélait pas aisément une éventuelle falsification des signatures qui requérait ainsi véritablement des connaissances professionnelles pour identifier les indices suspects. En outre, lors de son audition, T._____ elle-même a eu de la peine à faire la distinction entre sa signature et l'imitation. L'intimée n'a, dans ces circonstances, pas commis de faute en ne distinguant pas dans le cas d'espèce la fausseté de la signature. En revanche, il y a lieu d'observer, avec les premiers juges, que les opérations litigieuses étaient insolites, en particulier celles du 21 octobre 2008, puisqu'il s'agissait de deux ordres de virement, dans la même journée, totalisant 1'050'000 euros. Les précédentes opérations sur le compte étaient nettement inférieures et les virements litigieux ont drastiquement réduit l'avoir en compte, puisqu'au 31 décembre 2008, le solde n'était plus que de 219'572 euros et qu'au 30 septembre 2010, il ne restait plus qu'un solde de 5'437.24 euros. L'employé de banque V._____ ne s'y est pas trompé, puisque s'agissant d'un montant important, qui concernait l'achat de métaux précieux, il a considéré, en présence d'une opération sortant de l'ordinaire, qu'il y avait lieu de procéder à des contrôles et a, à cet effet, téléphoné au gérant externe H._____ pour lui demander confirmation de l'opération. Ce dernier lui a confirmé que les virements concernaient bien l'achat de métaux précieux. Les premiers juges ont considéré que ces mesures de vérification étaient suffisantes compte tenu des circonstances, dès lors que les virements litigieux s'inscrivaient dans le pouvoir du gérant externe, correspondaient au but social de M._____SA et que l'investissement dans les métaux précieux n'était pas inhabituel vu le contexte boursier de l'époque. L'appelante conteste le caractère suffisant des mesures ainsi prises. Elle soutient que le pouvoir d'administration confié par T._____ à B._____SA, respectivement à H._____, n'autorisait pas ce dernier à effectuer des opérations telles que les virements litigieux, pas plus qu'il n'était, dans cette mesure, autorisé à représenter T._____ en la matière. Elle fait valoir que les virements litigieux n'entraient pas dans les opérations prévues par les conditions relatives aux transactions sur des options, « financial futures », devises et métaux précieux. Elle soutient dès lors qu'une vérification auprès d'un représentant n'ayant pas les pouvoirs nécessaires était insuffisante et que la banque aurait ainsi dû contacter sinon T._____, du moins l'appelante elle-même, qui disposait d'une procuration sur le compte en question et dont le domicile sur place était indiqué dans les documents d'ouverture de compte. En ne le faisant pas, l'intimée aurait commis une faute grave. Les premiers juges ont retenu que T._____ avait confié à B._____SA le mandat de la représenter dans sa relation avec l'intimée. L'étendue de ce pouvoir était définie dans le document intitulé « pouvoir d'administration » signé le 20 juin 2007 par T._____ avec droit de substitution pour tous les rapports d'affaires actuels et futurs de la titulaire du compte avec l'intimée. La teneur de ce document est en particulier la suivante : « Le représentant peut exercer tous les droits dévolus au titulaire, notamment pour acheter et vendre des titres, des devises, faire tout investissement, réinvestissement, encaissement et conversion, exercer et réaliser des droits de souscription. Le présent pouvoir ne confère toutefois pas le droit d'effectuer des retraits ou des prélèvements sur les avoirs du titulaire, d'accomplir d'autres actes de

disposition en sa propre faveur ou en faveur de tiers. (...) Le titulaire reconnaît d'ores et déjà comme valables tous les actes accomplis par son représentant dans les limites du présent pouvoir en donnant pleine et entière décharge à la banque qui, dans les limites de la loi, n'encourra aucune responsabilité tant à l'égard du titulaire qu'à l'égard de ses ayants droit ou de son représentant ». Ce document doit s'interpréter selon le principe de la confiance (cf. supra consid. 4.2.1), qui permet d'imputer à une partie le sens objectif de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime. Alors que l'appelante souligne que le pouvoir de représentation ne permet pas d'effectuer des prélèvements sur les avoirs du titulaire ou d'accomplir des actes de disposition en faveur de tiers, l'intimée met en exergue que le représentant peut exercer tous les droits dévolus au titulaire notamment pour faire tout investissement. La question n'est cependant pas de savoir si la banque aurait été en droit d'exécuter un ordre donné par B. _____ SA, sur la base des pouvoirs conférés, de débiter le compte de la cliente pour créditer celui de M. _____ SA, en l'absence de contrepartie immédiate dans le compte, question qui peut rester indécise, mais de savoir si, en s'adressant à B. _____ SA, respectivement à H. _____, la banque a entrepris des vérifications suffisantes de l'instruction donnée par écrit par la cliente elle-même, dont l'inauthenticité de la signature n'était pas décelable. Or les opérations litigieuses consistaient dans l'acquisition de matières premières, qui constituaient clairement des opérations d'investissement pour lesquelles le représentant disposait de pouvoirs de représentation en vertu du document litigieux. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre la considération des premiers juges selon laquelle les virements litigieux s'inscrivaient dans le pouvoir du gérant externe, appréciation qui peut être confirmée. Pour les mêmes raisons, la référence de l'appelante aux conditions relatives aux transactions sur des options, « financial futures », devises et métaux précieux à terme n'est pas davantage pertinente. Ce document vise en effet exclusivement les ordres donnés par le client dans le cadre de transactions sur devises et métaux précieux effectuées par l'intermédiaire de la banque et portées en compte courant et régit les droits et obligations des parties dans ce cadre. Il n'interdit évidemment pas au client de procéder, par le biais du débit de son compte, à des opérations d'acquisition de métaux précieux auprès de tiers et de déposer ces métaux précieux dans une autre banque, ce que G. _____ a confirmé en relevant que la diversification du portefeuille pouvait être externe. En revanche, le fait que T. _____ ait signé ces conditions démontre qu'elle s'intéressait au marché de métaux précieux et était susceptible de procéder à des investissements dans ce domaine. Au demeurant, il résulte des déclarations de G. _____ que, dans le contexte de l'époque, beaucoup de clients s'étaient réfugiés dans les transactions sur métaux précieux et que cette diversification était justifiée dans une période où les marchés étaient au plus bas, cela d'autant plus que le profil de T. _____ était un profil croissance. Une telle opération n'était pas insolite et faisait partie de la diversification du portefeuille qui pouvait être soit externe, soit interne. Le témoin V. _____ a en outre confirmé que le fait d'acheter des métaux précieux n'était pas inhabituel et semblait plausible dans le contexte de l'époque et que le fait que l'argent soit sorti sans que la banque ait de contrepartie dans le portefeuille n'était pas insolite, dès lors que les clients pouvaient avoir d'autres relations bancaires ailleurs. Le destinataire des transferts, M. _____ SA, était au demeurant une entreprise active dans le domaine des métaux précieux. A cet égard, on relèvera que l'appelante sollicite de manière tendancieuse le témoignage de V. _____ en alléguant que ce témoin aurait cru à tort que M. _____ SA était une banque, alors que ce témoin a simplement déclaré ne pas avoir été étonné que l'argent soit sorti sans contrepartie dans le portefeuille

de titres auprès de l'intimée, car les clients pouvaient avoir d'autres relations bancaires ailleurs. A cela s'ajoute que, par la signature de la clause de banque restante, T. _____ avait clairement manifesté son intention de ne pas être contactée directement, ce que le témoin V. _____ a confirmé, en relevant qu'il n'était pas habituel d'appeler les clients, car la banque n'était pas la personne de contact dans la gestion du compte lorsqu'il y avait un gérant indépendant. Dans ces circonstances, en s'adressant au gérant externe, qui avait pouvoir de représenter la cliente en matière d'investissements, pour avoir confirmation de l'instruction donnée directement en apparence par la cliente (dont la signature avait été finement imitée), dans le cadre d'une opération d'investissement de métaux précieux, soit pour un type d'investissement pour lequel T. _____ avait manifesté de l'intérêt en signant des conditions de la banque y relatives et qui était plausible dans le contexte de l'époque, l'intimée a procédé aux vérifications que l'on pouvait attendre d'elle et n'a pas commis de faute, encore moins une faute grave. Elle n'avait pas à s'adresser à l'appelante, qui était certes une personne autorisée, mais qui n'avait aucune relation effective avec la banque, étant d'ailleurs relevé que, depuis que le mandat de gestion avait été confié à B. _____ SA, T. _____ et l'appelante ne se sont plus rendues à la banque, mais uniquement dans les locaux de B. _____ SA, pour procéder à des retraits qui leur étaient remis en espèces, contre signature d'une quittance. Les circonstances du cas d'espèce se distinguent ainsi de manière essentielle des précédents invoqués en vain par l'appelante, qui concernent des constellations qui ne sont pas comparables : Dans l'arrêt ATF 132 III 449, pour une des opérations litigieuses, le représentant, dont l'étendue des pouvoirs était limitée et n'englobait pas le prélèvement de fonds, s'était présenté à la banque en présentant une copie d'instruction censée provenir du client, pour se faire remettre un montant important : la banque aurait dû exiger l'original de l'instruction; pour l'autre opération, la banque avait exécuté une instruction téléphonique du gérant, sans requérir de confirmation écrite du client, appliquant à ce gérant un niveau de protection inférieur à celui qu'elle considérait comme approprié dans la collaboration avec les gérants externes. Dans l'arrêt TF 4A_54/2009 du 20 avril 2009, le représentant n'avait aucun pouvoir de représentation à l'égard de la banque allant au-delà de la réception du courrier; l'employé de la banque avait donc commis une faute en se renseignant auprès de ce « représentant » au sujet de l'ordre litigieux, puis en se fondant sur les instructions de ce dernier pour émettre un chèque et le transférer à l'adresse prévue pour l'envoi de la correspondance, soit chez ce représentant. Dans l'arrêt TF 4C.315/2005 du 2 mai 2006, le représentant, qui était au bénéfice d'une procuration lui permettant uniquement de recevoir la correspondance, s'était borné à produire une copie d'un fax contenant prétendument les instructions du client et la banque lui avait remis les fonds, sans exiger l'original de l'instruction.

E. 6.3

En l'absence de faute de l'intimée pour les opérations concernées par l'appel principal, celui-ci doit dès lors être rejeté, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres conditions de la responsabilité ni la question de l'existence et de l'étendue d'une éventuelle faute concomitante de la cliente.

E. 7.1

L'appelante par voie de jonction conteste pour sa part toute responsabilité s'agissant du virement litigieux de 82'800 euros opéré le 29 juin 2006, alors que H. _____ était son directeur adjoint. Elle se prévaut du délai de contestation figurant à l'art. 11 de ses conditions générales. A titre subsidiaire, elle soutient qu'une faute concomitante devrait être

retenue à la charge de T. _____, à hauteur de 80% au minimum.

E. 7.2

Les premiers juges ont retenu que H. _____, alors qu'il était directeur adjoint de P. _____ SA, avait détourné ces 82'800 euros à l'insu de sa cliente, que son comportement et ses actes, dans l'exécution de ses tâches, étaient donc imputables à la banque et que celle-ci devait en répondre à l'égard de ses cocontractants de bonne foi. Ils ont retenu qu'aucun téléphone de T. _____ n'était intervenu et que le virement des 82'800 euros n'était pas fondé sur les instructions de la cliente. L'appelante par voie de jonction prétend que la preuve du défaut d'instruction n'aurait pas été apportée et que, de toute manière, T. _____ aurait inévitablement pris connaissance du retrait de 82'800 euros lorsqu'elle s'est rendue à la banque pour retirer le 16 novembre 2006 une somme de 50'000 euros et aurait dès lors ratifié de manière subséquente ce retrait. L'appréciation des premiers juges ne prête pas le flanc à la critique. L'absence d'instruction téléphonique constituant un fait négatif, celui qui le nie a l'obligation de concourir à la preuve du contraire (Piotet, Commentaire romand, Code civil, n. 53 ad art. 8 CC; ATF 119 II 305). En l'espèce, la banque n'a produit aucune pièce attestant de la réalité de cet appel. Le seul document topique est l'ordre de paiement externe établi et signé par E. _____, qui a expliqué, lors de son audition, qu'elle n'avait pas assisté personnellement à ce téléphone, mais avait été informée des instructions par H. _____. Vu le comportement de ce dernier, qui a détourné à son profit une grande partie des avoirs de T. _____, en particulier ceux relatifs à des virements auprès de M. _____ SA, c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que ce téléphone n'avait jamais eu lieu. Il n'est pour le surplus pas établi que T. _____ ait ratifié l'opération le 16 novembre 2006, lorsqu'elle a retiré le montant de 50'000 euros. T. _____ a contesté avoir été informée de cette opération à cette occasion. Une telle information ne résulte pas de la pièce 110 invoquée par l'appelante par voie de jonction, qui constitue un état des avoirs au 16 novembre 2006, sur lequel H. _____ a inscrit au bas du relevé : « Visite ce jour, retrait de EUR 50'000.-, pour la restauration de leur maison dans le midi. Déçu (sic) de la perf (+0,28%) mais confiant en une amélioration ». Ce document mentionne des sorties de liquidités totales de 180'984 fr. 31, mais sans détailler les différents versements. Il n'établit dès lors pas que H. _____ ait parlé à T. _____ du prélèvement de 82'800 euros – ce qui paraît peu vraisemblable, dès lors que ce prélèvement était intervenu sans instruction –, encore moins que cette dernière ait ratifié cette opération. Cela étant, c'est à juste titre que les premiers juges ont considéré que le dol commis par H. _____, que l'on considère qu'il ait été organe de la banque en sa qualité de directeur adjoint ou auxiliaire de cette dernière, était imputable à l'appelante par voie de jonction (art. 55 CC; art. 55 et 101 CO). L'appelante par voie de jonction ne plaide au demeurant pas que les conditions libératoires de l'art. 101 CO seraient réalisées, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner plus avant cette question.

E. 7.3

L'appelante par voie de jonction se prévaut en outre de l'art. 11 des conditions générales et de la clause de banque restante pour soutenir que la cliente aurait tacitement approuvé le prélèvement litigieux. Selon l'art. 11 des conditions générales de l'appelante par voie de jonction, les décomptes, relevés ou autres avis de la banque qui n'ont pas fait l'objet d'une réclamation écrite du client dans le mois qui suit leur envoi, sans préjudice des cas où les circonstances exigent une réclamation immédiate du client, sont considérés comme reconnus et approuvés. L'approbation expresse ou tacite des relevés de compte ou des

relevés des valeurs comptabilisées en dépôt emporte celle de tous les articles qui y figurent, ainsi que des réserves éventuelles de la banque. Le Tribunal fédéral a admis la validité d'une telle disposition contractuelle, usuelle en matière bancaire, laquelle a pour effet que le client qui ne formule pas d'objection dans le délai contre une opération que la banque a effectuée sans instructions perd le droit d'agir en dommages-intérêts (TF 4C.194/2005 du 28 septembre 2005 consid. 3.2.3 et 3.2.4; TF 4A_262/2008 du 23 septembre 2008 consid. 2.2). T._____ et l'appelante par voie de jonction étaient au demeurant liées par une convention de banque restante. Selon la jurisprudence, lorsqu'une banque accepte de conserver par devers elle les avis qu'elle adresse à ses clients, ses communications sont opposables à ceux-ci comme s'ils les avaient effectivement reçues (ATF 104 II 190 consid. 2a). De même, on doit admettre que le client qui adopte ce mode de communication est censé avoir pris connaissance immédiatement des avis qui lui sont adressés de cette façon (TF 4C.378/2004 du 30 mai 2005 consid. 2.2, SJ 2006 I 1; TF 4C.116/1995 du 9 août 1995 consid. 5b, SJ 1996 p. 193). 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 de discrétion 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 (TF 4C.378/2004 précité, consid. 2.2, SJ 2006 I 1; TF 4A_362/2008 du 23 septembre 2008 consid. 2.3). Cependant, en raison des conséquences choquantes que pourrait avoir, dans certaines circonstances, l'application stricte de la fiction de la réception du courrier, le juge conserve la faculté d'apprécier le cas en équité. Ainsi, une situation manifestement contraire à l'équité peut être sanctionnée au titre de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC). Tel est le cas lorsque la banque profite de la fiction de la 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, la banque s'en écarte intentionnellement alors que rien ne le laissait prévoir, ou encore lorsque la banque sait que le client n'approuve pas les actes communiqués en banque restante (TF 4C.378/2004 précité, consid. 2.2, SJ 2006 I 1; TF 4C.116/1995 précité, consid. 5b, SJ 1996 p. 193; TF 4A_362/2008 du 23 septembre 2008 consid. 2.3; TF 4A_42/2015 du 9 novembre 2015 consid. 5.2).

E. 7.4

Les premiers juges ont considéré que T._____ avait requis que son courrier soit conservé en « banque restante ». Bien que la première contestation de l'opération litigieuse fût intervenue en 2011, soit bien au-delà du délai d'un mois prévu par l'art. 11 des conditions générales, on peut retenir, au vu du détournement des fonds effectué par H._____, que ce dernier n'avait pas informé sa cliente avec vérité sur l'état de son compte, sinon celle-ci aurait réagi bien avant 2011. Le dol commis par H._____, à l'époque organe ou auxiliaire de la banque, étant imputable à cette dernière, celle-ci ne pouvait se prévaloir du délai prévu à l'art. 11 des conditions générales pour refuser d'indemniser le client lésé. L'appelante par voie de jonction fait valoir que T._____ ne saurait se prévaloir de l'exception visée par le Tribunal fédéral à l'opposabilité de la clause de banque restante, dès lors que la cliente a délibérément négligé de se rendre à la banque et d'y prélever son courrier durant plus de quatre ans, soit du 16 novembre 2006 au 18 janvier

2011. Elle relève en outre que T. _____ a examiné son relevé de compte le 16 novembre 2006 sans soulever la moindre contestation sur l'ordre du 29 juin 2006. Elle ajoute que cette opération n'a pas été contestée dans le mois qui a suivi sa visite à la banque le 18 janvier 2011. Le seul fait que T. _____ n'ait pas prélevé son courrier pendant quatre ans ne saurait justifier que la clause d'opposabilité de la clause de banque restante soit opérante quand bien même un dol imputable à la banque aurait été commis par l'un de ses organes ou auxiliaires. Par ailleurs, comme cela a déjà été relevé, il n'est pas établi que T. _____ ait eu connaissance de l'opération litigieuse le 16 novembre 2006 (cf. supra consid. 7.2). Enfin, s'il est vrai que T. _____ a reçu copie des relevés bancaires du compte pour les années 2004 à 2010 en date du 18 janvier 2011, on ne saurait retenir qu'elle n'a pas réagi dans le délai d'un mois. Il ressort en effet de la lettre de son conseil du 20 janvier 2011 que l'intéressée avait appris peu auparavant que son compte avait été intégralement vidé par un malfaiteur et que la banque avait procédé à plusieurs virements dont deux en date du 20 octobre 2008 de respectivement 500'000 euros et 550'000 euros depuis ledit compte sur des comptes bancaires au Tessin, en se basant sur des ordres de transfert qui s'avéraient être manifestation des faux. Il résulte de cette correspondance que la cliente contestait l'ensemble des opérations qui avaient conduit au dépouillement de son compte par H. _____, les virements indiqués à titre exemplatif (« dont ») étant les plus importants et les plus significatifs. On ne saurait dès lors retenir que T. _____ se serait abstenue de protester dans le mois suivant sa connaissance contre l'opération litigieuse du 29 juin 2006. Vu le dol imputable à la banque commis par H. _____, la fiction de la connaissance des relevés en vertu de la clause de banque restante est inapplicable et T. _____ a réagi en temps utile après avoir eu connaissance effective des relevés, de sorte que l'art. 11 des conditions générales ne lui est pas opposable.

E. 7.5

A titre subsidiaire, l'appelante par voie de jonction soutient que T. _____ aurait commis une faute concomitante. Selon l'art. 44 al. 1 CO, le juge peut réduire les dommages et intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque les faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur. Il y a faute concomitante lorsque le lésé omet de prendre les mesures raisonnables aptes à contrecarrer la survenance ou l'aggravation du dommage. Dans la première hypothèse, la victime, par sa façon d'agir, favorise la survenance du fait dommageable. Sa faute s'insère dans la série causale aboutissant au préjudice de sorte que le comportement reproché au lésé est en rapport de causalité naturelle et adéquate avec la survenance du dommage (Werro, op. cit., n. 12 ad art. 44 CO). Dans l'hypothèse d'une faute grave de l'auteur, une faute légère de la victime exclut une réduction des dommages-intérêts. La disproportion manifeste entre la faute légère de la victime et celle grave commise par le responsable doit en effet conduire en principe à la réparation intégrale du dommage (Werro, op. cit., n. 17 ad art. 44 CO; ATF 112 II 450 consid. 4). En l'espèce, dans la mesure où l'appelante par voie de jonction fonde une faute concurrente à charge de l'appelante principale sur le fait que cette dernière aurait dû contester l'opération litigieuse dès que l'information sur cette opération était à sa disposition en banque restante, elle méconnaît que, comme déjà vu, la clause de banque restante est inopposable à l'appelante (cf. supra consid. 7.4). Pour le surplus, le seul fait que l'appelante ne se soit pas informée directement auprès de la banque de l'état global et effectif de ses avoirs entre novembre 2006 et janvier 2011 ne constitue pas une faute concomitante justifiant une réduction de l'indemnité due. A supposer même qu'on puisse retenir qu'il s'agisse d'une

faute, elle ne pourrait en tout état de cause qu'être qualifiée de légère et, au vu du dol commis par l'auteur, imputable à la banque, elle ne justifierait pas une réduction de l'indemnité. De toute manière, le comportement prétendument fautif est postérieur à l'opération litigieuse du 29 juin 2006; si T. _____ s'était informée directement auprès de la banque sur l'état de ses avoirs après novembre 2006, cela n'aurait pas empêché le dommage de se produire, de sorte que le comportement reproché au lésé n'est en tout état de cause pas en relation de causalité avec le dommage et ne saurait justifier une réduction des dommages-intérêts.

E. 8

Au vu de ce qui précède, tant l'appel principal que l'appel joint doivent être rejetés et le jugement entrepris confirmé. Les frais judiciaires de deuxième instance afférents à l'appel principal, arrêtés à 15'196 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'appelante principale et les frais judiciaires de deuxième instance afférents à l'appel joint, arrêtés à 1'894 fr. (art. 62 al. 1 TFJC), seront mis à la charge de l'appelante par voie de jonction, chacune des parties succombant dans son appel (art. 106 al. 1 CPC). Vu la disproportion de la valeur litigieuse des appels respectifs, les dépens de deuxième instance doivent être mis à la charge de l'appelante principale à raison de trois quarts et de l'appelante par voie de jonction à raison d'un quart. Sur la base de pleins dépens de 10'000 fr. pour chaque partie (art. 7 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010; RSV 270.11.6]), l'appelante principale versera à l'appelante par voie de jonction la somme de 5'000 fr. à titre de dépens de deuxième instance.

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