

## **VD\_FINDINFO HC / 2019 / 484 vom 28. Mai 2019**

VD Tribunal cantonal, 2019-05-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2019\\_\\_\\_484](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2019___484)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2019 / 484 du 28 mai 2019

IT: VD\_FINDINFO HC / 2019 / 484 del 28 maggio 2019

### **Regeste**

BANQUE RESTANTE, AVOIRS BANCAIRES, RESTITUTION{EN GÉNÉRAL},  
ACTION EN EXÉCUTION, DOMMAGE, FARDEAU DE LA PREUVE | 8 CC, 97 CO

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1.1**

Le principe de l'autorité de l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral, que prévoyait expressément l'art. 66 al. 1 aOJ (Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006), est un principe juridique qui demeure applicable sous la LTF (Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 ; RS 173.110) (ATF 135 III 334 consid. 2 et les références citées ; TF 4A 555/2015 du 18 mars 2016 consid. 2.2). En vertu de ce principe, l'autorité cantonale à laquelle une affaire est renvoyée, est tenue de fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt du Tribunal fédéral. Les considérants de l'arrêt de renvoi lient également les parties, en ce sens qu'elles ne peuvent plus faire valoir dans un nouveau recours fédéral contre la nouvelle décision cantonale des moyens qui avaient été rejetés ou n'avaient pas été soulevés dans l'arrêt de renvoi (ATF 125 III 421 consid. 2a). La cognition de l'autorité cantonale est limitée par les motifs de l'arrêt de renvoi, en ce sens qu'elle est liée par ce qui a déjà été tranché définitivement par le Tribunal fédéral ainsi que par les constatations de fait qui n'ont pas été critiquées devant lui ; des faits nouveaux ne peuvent être pris en considération que sur les points qui ont fait l'objet du renvoi, lesquels ne peuvent être ni étendus, ni fixés sur une base juridique nouvelle (ATF 131 III 91 consid. 5.2 et les références citées). L'admissibilité de l'allégation de faits nouveaux, dans les limites susdéfinies, dépend de la procédure applicable devant l'autorité à laquelle la cause est renvoyée : celle-ci détermine s'il est possible de présenter de nouveaux allégués ou de nouveaux moyens de preuve (TF 5A\_456/2016 du 28 octobre 2016 consid. 1.2 ; TF 5A 168/2016 du 29 septembre 2016 consid. 4.2 ; TF 4A\_555/2015 du 18 mars 2016 consid. 2.2). Ainsi, des faits et moyens de preuves nouveaux, dans le cadre du renvoi, ne peuvent être pris en compte – sauf cas où la maxime inquisitoire illimitée est applicable – qu'aux conditions cumulatives de l'art. 317 CPC (TF 5A 456/2016 du 28 octobre 2016 consid. 4.1). Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que la cour cantonale qui s'était vu retourner la cause n'avait la possibilité de revoir la question de la contribution d'entretien en faveur de l'ex-époux que dans la mesure où elle était invitée à fixer le revenu que la crédièntière pouvait « raisonnablement tirer d'une activité lucrative à temps partiel », mais elle était légitimée à tenir compte de vrais nova, en particulier la prise d'un emploi à temps plein par la crédièntière, dès lors qu'elle restait dans le cadre du renvoi, à savoir la détermination des revenus raisonnablement réalisables pour l'ex-épouse (TF 5A\_168/2016 du 29 septembre 2016 consid. 4.3). L'appelant, à la suite du renvoi du Tribunal fédéral, ne peut pas faire valoir des éléments de preuve qu'il n'avait pas tenté de présenter auparavant,

alors qu'il était en mesure de le faire, mais ne l'a pas fait, faute d'en avoir discerné la pertinence éventuelle (TF 5A\_745/2016 du 15 mai 2017 consid. 2.3). Toutefois, lorsque l'arrêt de renvoi enjoint expressément à l'autorité cantonale de procéder à une instruction complémentaire afin de clarifier les causes de l'effondrement d'un mur et d'établir ainsi la responsabilité des parties à cet égard, préalable nécessaire à l'appréciation de leurs prétentions respectives, celle-ci est tenue d'y procéder. Il s'agit à cet égard de distinguer la situation où l'expertise judiciaire est contradictoire, et partant inutilisable, de celle où celle-ci parvient à la conclusion que le lien de causalité ne peut pas être établi. Les considérations de la juridiction cantonale sur la possibilité de procéder à un complément d'instruction au regard de l'art. 317 al. 1 CPC sont dès lors dépourvues de pertinence (TF 5A\_94/2018 du 16 juillet 2018 consid. 2.3).

### **E. 1.1.2**

L'art. 317 al. 1 CPC prévoit que les faits et moyens de preuve nouveaux sont admissibles en appel pour autant qu'ils soient invoqués ou produits sans retard (let. a) et qu'ils n'aient pas pu l'être en première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Ces conditions sont cumulatives. En ce qui concerne les pseudo nova (unechte Noven), soit ceux qui existaient déjà en première instance, il appartient au plaideur qui entend les invoquer devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance (ATF 143 III 42 consid. 4.1, JdT 2017 II 342 avec note de Tappy ; TF 5A\_456/2016 du 28 octobre 2016 consid. 4.1 ; Colombini, Code de procédure civile, Condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise, Lausanne 2018, n. 1.4.1.1 ad art. 317 CPC et les références citées). Une partie ne peut pas fonder son droit à produire des faits ou moyens de preuve en procédure d'appel en faisant valoir que ce n'est qu'en prenant connaissance du jugement de première instance qu'elle a saisi quels faits et preuves étaient déterminants pour la cause (TF 4D\_45/2014 du 5 décembre 2014 consid. 2.3.3, publié in RSPC 2015 p. 246). Sous réserve de l'art. 317 al. 1 CPC, la procédure d'appel ne sert dès lors en principe pas à compléter la procédure de première instance, mais à examiner et, cas échéant, corriger le jugement de première instance, sur la base des griefs concrètement articulés (ATF 142 III 413 consid. 2.2.2, JdT 2017 II 153).

### **E. 1.2**

En l'espèce, l'intimée n'explique pas les motifs pour lesquels elle n'aurait pas pu produire auparavant les pièces 122 à 127, qu'elle a déposées à l'appui de ses observations du 30 janvier 2019. Il importe peu, au vu de la jurisprudence susmentionnée, qu'elle n'ait discerné la pertinence éventuelle de ces pièces qu'à la lecture de l'arrêt du Tribunal fédéral du 7 janvier 2019. Par ailleurs, cet arrêt de renvoi ne donne aucune injonction d'instruction complémentaire, qui aurait pu lier la Cour de céans, le renvoi étant intervenu pour nouvelle décision dans le sens des considérants et non pour instruction et nouvelle décision. Les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC n'étant pas réalisées, ces pièces sont irrecevables. Contrairement à ce que plaide l'intimée, on ne voit pas en quoi il serait contraire à la bonne foi de se prévaloir des conditions posées par l'art. 317 al. 1 CPC à l'introduction de pseudo novas, l'appel n'étant pas destiné à fournir aux parties une occasion de réparer leurs propres carences (TF 5A\_756/2017 du 6 novembre 2017 consid. 3.3 ; TF 5A\_445/2014 du 28 août 2014 consid. 2.1 ; TF 4A\_569/2013 du 24 mars 2014 consid. 2.3 ; TF 4A\_309/2013 du 16 décembre 2013 consid. 3.2, publié in SJ 2014 I 196).

### **E. 2.1**

Le tribunal fixe un délai pour la rectification d'actes illisibles, inconvenants, incompréhensibles ou prolixes, faute de quoi ils ne sont pas pris en considération (art. 132 al. 2 CPC). Un acte est inconvenant lorsqu'il manque la bienséance procédurale exigée par les bonnes mœurs et que le ton et les expressions choisis ne se laissent plus justifier par le droit à une critique, même dure, des autorités. Tel est le cas d'une écriture qualifiant l'avocat adverse de « cochon » et le juge « d'ignorant et paresseux » (TF 5A\_42/2014 du 28 avril 2014 consid. 2.3. et 2.4).

### **E. 2.2**

En l'occurrence, si, dans son écriture du 18 février 2019, l'appelante se détermine avec une certaine virulence sur les observations de l'intimée du 30 janvier 2019 et les pièces produites à cette occasion, le ton et les expressions choisis ne dépassent pas le cadre d'une critique dure admissible au regard de la bienséance procédurale, même s'il s'agit d'un cas limite. Il n'y a dès lors pas lieu de fixer à l'appelante un délai pour rectifier ses déterminations du 18 février 2019.

### **E. 3.1**

Dans son arrêt de renvoi du 7 janvier 2019, le Tribunal fédéral a considéré que, dans une première étape, la Cour de céans devait déterminer si l'ordre de virement du 29 juin 2006 avait été remis dans le courrier de banque restante de la cliente et, le cas échéant, si, en l'examinant, celle-ci aurait pu ou dû constater qu'elle n'avait jamais donné cet ordre. Elle devait également déterminer si les états des avoirs – comme celui au 16 novembre 2006 faisant état de sorties de liquidités totales de 180'984 fr. 31, mais ne détaillant pas les différents versements, ou encore celui de fin décembre 2006 – avaient été remis dans son dossier de banque restante et s'ils auraient permis à la cliente, si elle avait relevé son courrier, de découvrir le premier détournement, ce qui aurait empêché les détournements suivants, en particulier ceux du 20 octobre 2008 (consid. 7.1). On peut encore ajouter que dans le système légal où c'est la banque qui, exécutant un ordre sans avoir décelé la fausseté de la signature du client, subit un dommage et peut demander des dommages-intérêts à son client s'il a fautivement contribué à causer le dommage qu'il a subi (arrêt de renvoi du 9 janvier 2019 consid. 5.2.2 ; arrêt de renvoi du 15 juin 2017 consid. 3.2.2), c'est la banque créancière qui supporte le fardeau de l'allégation et de la preuve des conditions de la responsabilité, soit de la violation du contrat, du dommage et du rapport de causalité (naturelle et adéquate), ce qui signifie que, si le juge ne parvient pas à une conviction, n'est pas à même de déterminer si chacun des faits s'est produit ou ne s'est pas produit, il doit statuer au détriment du créancier. En revanche, il incombe au débiteur, dont la faute est présumée, de prouver qu'aucune faute ne lui est imputable (arrêt de renvoi du 9 janvier 2019 consid. 5.2 ; ATF 132 III 689 consid. 4.5 ; art. 8 CC).

#### **E. 3.2.1**

En l'espèce, concernant la remise de l'ordre de virement du 29 juin 2006 dans le courrier de banque restante, l'intimée s'est bornée à alléguer que le 29 juin 2006, un virement de 82'800 euros en faveur de la société [...] SA auprès du [...] avait été exécuté (all. 60), que le 16 novembre 2006, L.\_\_\_\_\_ s'était rendue à la banque et y avait examiné ses relevés – référence étant faite à la pièce 110, à savoir l'état des avoirs au 16 novembre 2006 – (all. 61), que le gestionnaire l'ayant reçue, soit A.\_\_\_\_\_, avait mentionné au bas du relevé du même jour « Visite ce jour, retrait de 50'000 euros pour la restauration de leur maison dans

le midi. Déçu de la perf (+0,28%) mais confiant en une amélioration » (all. 62) et que ce rapport de visite ne mentionnait aucune contestation du débit de 82'834 fr. 30 effectué en faveur de [...] SA à peine cinq mois plus tôt (all. 63). L'intimée n'a en revanche pas allégué que l'ordre de virement du 29 juin 2006 avait été remis dans le courrier de banque restante de la cliente, alors qu'elle l'a allégué pour les avis de débit subséquents des 21 octobre 2008 (all. 76), 23 juin 2010 (all. 77) et 15 octobre 2010 (all. 78), en produisant des pièces en relation. Elle n'a pas davantage établi une telle remise de l'avis de virement litigieux. Au contraire, la pièce destinée à prouver que « la totalité des documents bancaires depuis l'ouverture du compte et les justificatifs des opérations litigieuses fut également remise à L.\_\_\_\_\_ » (all. 85) et que « L.\_\_\_\_\_ signa à cette occasion une décharge pour sa correspondance banque restante » (all. 86), soit la pièce 118 – intitulée « décharge pour courrier "banque restante" » –, mentionne uniquement des documents depuis le 31 décembre 2006, soit en premier lieu un « relevé de compte » et une « évaluation/estimation ». Certes, l'intimée fait valoir que la pièce 118 ne constituerait pas un récapitulatif complet, mais une décharge pour la partie du courrier en banque restante concernant la période du 31 décembre 2006 au 10 décembre 2010 et que l'on devrait inférer de cette pièce que toute la documentation usuelle figurait dans le dossier de banque restante, dès l'ouverture du compte. Une preuve stricte de ce fait, laquelle était sans autres exigible de l'intimée qui en possédait le cas échéant les preuves, n'est cependant pas apportée. Rien n'étaye par ailleurs l'affirmation de l'intimée contenue dans ses observations responsives du 18 février 2019, selon laquelle L.\_\_\_\_\_ aurait sollicité que la pièce 118 porte sur cette période en complément des documents déjà prélevés. L'intimée, créancière de l'action en responsabilité contractuelle, supporte donc l'échec de la preuve sur ce point. L'intimée se prévaut du fait que l'appelante a produit sous pièce 39 un état des avoirs au 31 décembre 2005 avec la mention « banque restante » et en déduit que l'intéressée aurait reçu tous les états des avoirs et ordres de virement, y compris antérieurement au 31 décembre 2006. Le fait que cette pièce ait été produite par l'appelante ne suffit pas à la preuve, puisqu'il est par ailleurs établi que L.\_\_\_\_\_ a reçu de R.\_\_\_\_\_ SA une copie de tous les relevés bancaires du compte pour les années 2004 et 2006 à 2010 en date du 18 janvier 2011, l'intéressée ayant indiqué avoir pris connaissance à cette date de tous les documents la concernant, soit des relevés et des évaluations de l'intimée (cf. supra let. F ch. 7 ; CACI 15 février 2016/73 let. C ch. 13d). L'intimée se fonde encore sur un passage de l'arrêt de renvoi du 15 juin 2017, qui retient que « dès son ouverture, le compte de la cliente a été géré par A.\_\_\_\_\_, la correspondance étant adressée à celle-ci en banque restante ». On ne saurait déduire de cette observation toute générale que le Tribunal fédéral aurait considéré que l'entier de la correspondance, en particulier l'avis de virement du 29 juin 2006, avait été remis en banque restante, puisque, dans son dernier arrêt de renvoi, le Tribunal fédéral a précisément considéré qu'il appartenait à la Cour de céans d'éclaircir ce point. Compte tenu de ce qui précède, on retiendra en définitive qu'il n'est pas établi que l'ordre de virement du 29 juin 2006 ait été remis dans le courrier de banque restante de la cliente.

### **E. 3.2.2**

S'agissant de l'état des avoirs au 16 novembre 2006 (pièce 110), sa remise dans le courrier en banque restante n'est pas établie pour les motifs déjà exposés, en particulier pas par la pièce 118. Il en va de même de l'état des avoirs au 14 décembre 2006 (pièce 7), le seul fait que cette pièce ait été produite par l'appelante en première instance n'établissant pas une telle transmission, pour les motifs déjà exposés ci-dessus. L'appelante a par ailleurs contesté l'allégué 61 de l'intimée, selon lequel L.\_\_\_\_\_ s'était rendue à la banque le 16 novembre

2006 et y avait examiné ses relevés, notamment la pièce 110, en faisant valoir qu'A.\_\_\_\_\_ faisait faussement rapport et dissimulait ses malversations. La pièce 110 elle-même n'établit pas qu'elle aurait été remise à cette occasion à la cliente, le fait que cette dernière se soit déclarée déçue de la performance étant à cet égard insuffisant, dès lors qu'A.\_\_\_\_\_ a sélectionné les informations qu'il communiquait. Il a par ailleurs été définitivement retenu que, lors de sa visite à la banque le 16 novembre 2016, L.\_\_\_\_\_ n'a pas été informée par A.\_\_\_\_\_ du prélèvement de 82'800 euros effectué le 29 juin 2006 (arrêt de renvoi du 7 janvier 2019 let. A.e.a ; arrêt de renvoi du 15 juin 2017 consid. 5.4). Par surabondance, on relèvera que le document produit sous pièce 110 mentionne des sorties de liquidités totales de 180'984.31 euros sans détailler les différents versements sur un avoir final de 1'711'878.21 euros. Le fait qu'un virement de 82'834.30 euros serait intervenu de manière illicite ne sautait ainsi pas aux yeux de qui le consultait, tout en recevant des explications sélectives de son gérant, orientées sur le rendement supposé insuffisant. A supposer que L.\_\_\_\_\_ ait eu sous les yeux l'état des avoirs au 16 novembre 2016, on ne pouvait pas exiger d'elle la découverte du détournement intervenu.

### **E. 3.2.3**

En ce qui concerne l'état des avoirs au 14 décembre 2006 (pièce 7), la preuve de sa remise dans le courrier en banque restante n'a pas été apportée, pour les motifs déjà exposés. Le fait que cette pièce ait été produite par l'appelante ne suffit pas à la preuve, pour les motifs également déjà exposés au consid. 3.2.1 ci-dessus.

### **E. 3.2.4**

Quant à la pièce 108, intitulée « sortie de fonds du compte J.\_\_\_\_\_ du 20 décembre 2004 au 10 décembre 2010 », dont on ignore l'auteur, elle ne figure pas dans la liste des pièces en banque restante et paraît dans tous les cas postérieure au 10 décembre 2010, de sorte que l'intimée ne peut rien en déduire en sa faveur.

### **E. 3.2.5**

Pour ce qui est de l'état des avoirs au 31 décembre 2006, il n'est pas établi qu'il ait été remis dans le courrier banque restante au vu du contenu de la pièce 118 qui mentionne qu'à cette date, seuls ont été remis un « relevé de compte » et une « estimation/évaluation ». Les documents en question ne figurent cependant pas au dossier de première instance et l'on ignore tout de leur contenu et de la période concernée, notamment s'ils faisaient état du virement litigieux – cette circonstance n'étant pas certaine et il appartenait à l'intimée de produire ce document. Quant aux états des avoirs subséquents aux 20 et 30 juin 2007 (pièces 40 et 41), ils ne font pas mention du prélèvement litigieux et ne permettaient pas de découvrir la fraude intervenue.

### **E. 3.2.6**

Compte tenu de ce qui a été exposé, il se justifie de retenir que, dès lors qu'il n'est pas établi que les documents susceptibles de révéler le premier détournement du 29 juin 2006 ont été remis dans le courrier banque restante de L.\_\_\_\_\_, ni ne lui ont été remis d'une autre manière, notamment lors de la visite du 16 novembre 2006, la cliente ne pouvait pas empêcher les détournements suivants, en particulier ceux du 20 octobre 2008. La réponse à la première question pour laquelle le Tribunal fédéral a renvoyé la cause à la Cour de céans étant négative, l'appelante ne peut pas être rendue responsable du dommage subi par la banque et aura droit à l'entière restitution de son avoir, ce qui scelle le sort de la cause (cf. arrêt de renvoi du 9 janvier 2019 consid. 7.2.1). Pour le surplus, dès lors que l'intimée n'a

pas pris de conclusions subsidiaires ni ne les a motivées, pour le cas où la cliente aurait relevé – ou dû relever – sa banque restante et pris connaissance des deux avis de débits du 20 octobre 2008, ce qui aurait empêché l'aggravation du dommage causé par les détournements postérieurs de 2010 de 42'000 et 120'000 euros, le Tribunal fédéral a considéré qu'elle était censée y avoir renoncé (arrêt de renvoi du 9 janvier 2019 consid. 7.3) et il n'y a pas lieu d'y revenir.

#### **E. 4.1**

En définitive la solution de l'arrêt rendu par la Cour de céans le 16 janvier 2018 doit être confirmée en ce sens que l'appel principal doit être admis et l'appel joint rejeté, l'intimée devant verser à l'appelante la somme de 1'294'800 euros, plus intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> juin 2011 (cf. supra let. Cb). Le sort des frais de première et de deuxième instance tel que défini dans ledit arrêt doit dès lors également être confirmé.

#### **E. 4.2**

Aucun émolument supplémentaire ne sera dû pour le présent arrêt ensuite de l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral (art. 5 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]).

#### **E. 4.3**

L'intimée devra en outre à l'appelante de pleins dépens de deuxième instance afférents au présent arrêt, lesquels peuvent être évalués à 6'000 fr., de sorte que l'intimée devra verser au total à l'appelante la somme de 39'196 fr. (33'196 fr. selon l'arrêt du 16 janvier 2018 + 6'000 fr.) à titre de restitution d'avance de frais et de dépens de deuxième instance.

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