REPOSES :

CAS PRATIQUE 1 (JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL FEDERAL, 4A_556/2019)

Le profil conservateur convenu par écrit a été modifié par la banque pour donner suite à une instruction ultérieure de la cliente de « booster » la performance. La question est de déterminer si la cliente a effectivement exprimé la volonté de modifier le profil conservateur convenu en un profil plus risqué (dynamique).

Réponses :

1. Quels sont les contrats conclus entre la banque et la cliente ?

Voici les contrats conclus, y compris les conditions générales qui sont de nature contractuelle et doivent avoir été acceptés par le client (cocontractant) :

- Un contrat de compte avec renvoi aux conditions générales ;
- un contrat de mandat de gestion discrétionnaire (*Management mandate*);
- des instructions d'investissement relatives à ce mandat (*Investment instructions for management mandates*), le profil " *conservative* " étant coché et le dollar américain indiqué comme monnaie de référence;
- un complément au mandat de gestion pour des placements non traditionnels et alternatifs (*Complement to the management mandate*) ; et
- les conditions spécifiques pour les contrats " *forward* " et les options cotées en bourse, ainsi que pour les opérations de change et sur les métaux précieux.

2. Quelles sources de droit doivent être consultées pour déterminer les principes applicables permettant de rechercher la réelle et commune volonté des parties ?

Les contrats conclus et leurs textes sont la première source pour rechercher la volonté des parties. S'agissant de contrats, le Code des obligations doit être consulté comme source de droit privé. Selon l'article 1 CO, alinéa 1, « Le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté. » et article 2 CO : « Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés. »

Le Code des obligations, partie spéciale, permet de qualifier le contrat qui en droit bancaire est le plus souvent un contrat mixte rassemblant les éléments de plusieurs types de contrats avec des éléments de mandat (394 ss CO).

Le contrat de gestion discrétionnaire confié à la banque est un contrat de mandat (obligation de moyen et non de résultat) et les instructions du client doivent être exécutées par le mandataire. (397CO)

3. Sur quel élément du contrat porte la contestation entre les parties ?

Les parties ne sont pas d'accord sur le profil de risque convenu entre elle ou plus précisément sur le niveau de risque que le client avait admis en relation avec la gestion de ses avoirs. Le client affirme que le profil de risque est conservateur. La banque affirme que le client a accepté un profil de risque plus risqué qui a modifié le profil de risque convenu à la conclusion du contrat de gestion discrétionnaire. Il s'agirait d'une instruction du mandant à laquelle le mandataire doit se plier et qui emporte modification des éléments essentiels du mandat convenu lors de la conclusion du contrat.

C'est un élément essentiel du contrat de mandat conclu entre les parties qui consistait dans un contrat de gestion discrétionnaire confié à la banque. Celle-ci avait le pouvoir de réaliser des investissements qu'elle jugeait dans l'intérêt du client et les parties avaient convenus d'un profil de risque auquel les investissements devaient être conformes. Le client affirme que les investissements effectués dès mai 2011 n'étaient plus conformes au profil conservateur convenu alors que la banque prétend que le client a décidé et communiqué une modification du profil le transformant en plus profil risqué.

4. Quelle attitude de la cliente permet de conclure à une acceptation de la modification du contrat et des investissements réalisés ?

Le Tribunal fédéral se détermine de la façon suivante : Le client en signant un bien trouvé relatif à un relevé de portefeuille qui indiquait la composition du portefeuille et les investissements effectués au mois de juin 2011 soit après la modification de la composition du portefeuille ayant fait suite à l'instruction du client, il a donc accepté la modification du portefeuille et la nouvelle stratégie d'investissement plus risquée. Par ailleurs, le client avait les connaissances et l'expérience nécessaires pour comprendre les risques de ces modifications de profil et d'investissement. (Obligation d'information et obligation de se renseigner sur les compétences du client pour calibrer cette information)

CAS PRATIQUE 2

Les Conditions générales fournies sont un exemple à disposition sur internet qui vous sont remises dans une version partielle afin de les discuter. Les clauses à discuter ont été soulignées dans les Conditions générales remises.

Attention : Les clauses indiquées ci-dessous doivent être analysées en fonction de la situation de fait à savoir le niveau de connaissances et d'expérience du client, le niveau d'information, les faits précis de chaque cas et les opérations concernées.

1. A quelles prestations bancaires les conditions générales sont-elles applicables ? Il s'agit de déterminer le contenu du contrat conclu : à la fourniture de quelles prestations la banque s'est-elle engagée ? Veuillez indiquer les clauses des Conditions générales qui répondent à cette question. Clauses : Conditions générales, intro avant article 1, CG trafic des paiements, articles 1, 2.1 et 2.1.1., CG dépôt, articles 1, 4, 6, 10 et 14.
2. Quelles clauses pourraient être qualifiées d'insolites et pour quel(s) motif(s) ? Exemple de clauses : CG 13, 18 (selon le cas d'espèce), CG trafic des paiements article 3.10 selon le cas d'espèce CG dépôt article 12 (Circulaire 2025/2 FINMA).
3. Quelles sont les clauses de transfert de responsabilité sur le client ? exemple de clauses : CG 6 (in fine), 11 (selon le cas d'espèce et les opérations concernées), CG trafic des paiements 2.1.2, 2.2, 3.5.
4. Quelles sont les clauses qui limitent la responsabilité de la banque ? Clauses : CG 6, CG trafic des paiements 2.7, 3.7, CG dépôt 3.

CAS PRATIQUE 3 (JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL FEDERAL, 146 III 326)

Réponses et références :

- 1) Quelles sont les dispositions contractuelles applicables en matière de responsabilité pour l'exécution des 6 ordres ?
 - Documents d'ouverture de compte ;
 - Convention banque restante ;
 - Décharge pour la communication par téléphone, télécopie et e-mail : Le client autorise expressément la société à *accepter des instructions données notamment par email* ou par téléphone et à les exécuter immédiatement même sans confirmation écrite. Le client déclare en assumer tous les risques *même en cas d'erreur de la société quant à l'identité du client et dégage la société de tous les dommages encourus.*
 - Le client a accepté les Conditions générales.

Le client sur la base du contrat conclu a une action en restitution de son avoir « non amputé des prélèvements indus (art. 107 al. 1 CO), le juge doit examiner si les prélèvements ont été exécutés sur mandat ou sans mandat du client... ». (voir ATF 146 III 326, considérant 4.1)

Les Conditions générales prévoient que le *dommage dû à un défaut de légitimation ou de faux non décelé est à la charge du client*, de même que celui provenant de l'usage du téléphone ou du courrier électronique, en particulier par suite de retard, de pertes, de malentendus ou modifications.

Le client a accepté que ses instructions soient transmises par email sans confirmation ou vérification de l'identité du donneur d'ordre et a déchargé la société de toute responsabilité à cet égard. Le dommage dû à un faux ordre est à la charge du client. (voir clauses ci-dessus en italique)

Ces clauses mettent le risque à la charge du client (transfert de risque).

En cas de clause de transfert de risque, il n'y a pas d'examen de la faute de la banque selon le système légal (application des articles 100 et 101 CO en principe seulement dans les cas sans clause de transfert de risque, la responsabilité doit alors être examinée.)

La jurisprudence du TF prévoit cependant que la limitation de 100 CO doit aussi être appliquée à ces clauses de transfert de risque par analogie. Le TF considère qu'une telle clause met préventivement le dommage à la charge du client doit être soumise par analogie aux articles 100 et 101 CO. (voir ATF 146 III 326, considérant 6.1 et 6.3.1) Le degré de la faute est donc tout de même examiné alors même que la clause de transfert avait prévu le transfert de toute la responsabilité sur le client.

2) La société a-t-elle commis une faute en exécutant les 6 ordres ?

Rappel : « Même si elle ne le précise pas expressément, la convention de décharge ne vaut que sous réserve d'une faute grave de la banque, en vertu de l'art. 100 al. 1 CO applicable par analogie. »

Voir ATF 146 III 326, considérants 6.3.1 et 6.2.1.2

3) S'agit-il d'une faute grave ?

ATF 146 III 326, considérant 6.3.2.3