CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Gestion de fortune

Une ratification forte de sens pour la stratégie d'investissement

Par Yannick Caballero Cuevas le 1 février 2021

Dans un arrêt du 14 janvier 2021 (4A_556/2019), le Tribunal fédéral examine la question de savoir si la ratification d'une évaluation de portefeuille par le client constitue une modification tacite du profil d'investissement.

En novembre 2010, une société de droit panaméen donne un mandat de gestion à une banque suisse. Ils conviennent que la gestion se fera de manière conservatrice selon la formule préimprimée "*Investment instructions for management mandates*". Cependant, suite à une baisse de performance, l'ayant droit économique (ADE) de la société, disposant d'une signature sur le compte, demande d'augmenter la performance du portefeuille ainsi que de diversifier les devises. La banque procède alors à l'achat de *futures*. Sur demande de l'ADE, la banque achète aussi des actions d'une société américaine de biopharmacie pour un montant de USD 1'000'000 dont la position sera par la suite consolidée. Le 6 juin 2011, l'ADE signe une évaluation du portefeuille avec décharge en faveur de la banque. En raison d'une forte volatilité sur les marchés financiers durant l'été 2011, le portefeuille comptabilise en décembre 2011 une perte de -25,38 %, représentant un dommage estimé à USD 18'200'000 par rapport à un portefeuille de type conservateur, selon une expertise privée.

Saisi par la société, le Tribunal de première instance de Genève rejette la demande en dommages-intérêts contre la banque notamment car l'ADE ne s'était pas opposé à cette gestion et qu'il avait signé une évaluation du portefeuille. Ce jugement est confirmé par la Cour de justice en précisant que tant la gestion opérée jusqu'au 6 juin 2011 que le changement de la structure du portefeuille pour la période postérieure avaient été ratifiés par l'ADE.

Dans ses considérants, le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord l'obligation pour le gérant de déterminer le profil de risque, ce qui lui permet de proposer une stratégie de placement au client. En cas de litige sur le profil établi, celui-ci doit être déterminé concrètement en appliquant les principes généraux pour la conclusion et l'interprétation des contrats (cf. art. 1 al. 1 CO et 18 CO). À la lumière de ces principes, il conclut que la société souhaitait un profil conservateur comme il ressort de la formule préimprimée sur laquelle la société avait coché la case "*conservative*". Par ailleurs, la banque avait enregistré dans son système informatique le profil conservateur. Bien que la société ait également signé un complément au mandat de gestion pour des placements non traditionnels et alternatifs, cela n'affectait pas le profil d'investissement établi initialement.

Le Tribunal fédéral examine ensuite si la société a accepté une modification de la stratégie conservatrice à une stratégie dynamique en ratifiant les opérations intervenues au cours du mandat. Pour rappel, la modification du contrat n'est qu'une modalité particulière de la formation du contrat et obéit aux mêmes règles que celles précitées. Le Tribunal fédéral précise qu'une modification de la stratégie initiale peut être acceptée tacitement notamment lorsque le client contresigne l'état de son portefeuille après avoir demandé au gérant d'en augmenter la performance. En effet, en cas de désaccord avec les nouvelles opérations, le client doit les contester et non pas attendre le développement des investissements correspondants pour les contester plusieurs mois plus tard lorsque les pertes sont intervenues. Le Tribunal fédéral relève aussi que les conditions générales des banques prévoient généralement une clause dite de réclamation, selon laquelle toute réclamation relative à une opération doit être formulée par le client dans un certain délai dès réception de l'avis ou du relevé, faute de quoi l'opération ou le relevé est réputé accepté.

Les règles de la bonne foi imposent donc au client une obligation de diligence, puisque faute de contestation, le client se verra opposer une fiction de ratification, sauf en cas d'abus de droit selon l'art. 2 al. 2 CC.

En l'espèce, le courriel du 19 mai 2011 par lequel l'ADE demande à ce que la performance du portefeuille soit augmentée doit être compris comme une offre de la société à modifier la stratégie initiale. Cette offre a été acceptée par la banque en procédant à l'achat de "*futures*". De surcroît, l'ADE a signé l'évaluation du portefeuille datée du 6 juin 2011 sur lequel il était mentionné que le signataire déclarait avoir examiné toute la documentation relative à la relation bancaire jusqu'à cette date, avoir reçu toutes les explications nécessaires afin de pouvoir juger et évaluer toutes les opérations effectuées, ainsi que donner une décharge complète à la banque pour les opérations effectuées jusqu'au 6 juin 2011. D'ailleurs, tous les avis avaient été transmis à l'administrateur de la société qui ne les avait pas contestés.

N'ayant ni démontré son absence d'information, ni son erreur, ni l'invalidation dudit relevé, le Tribunal fédéral conclut que la société a non seulement ratifié les opérations jusqu'au 6 juin 2011 mais a également accepté la modification de la stratégie pour les opérations postérieures à cette date.

Ainsi, en raison de la décharge contenue dans l'évaluation du portefeuille signée par l'ADE en date du 6 juin 2011, le Tribunal fédéral admet la modification tacite du profil d'investissement par ratification.

Il nous paraît important de rappeler ici que le client doit être proactif dans l'examen de ses avis bancaires et évaluations de portefeuille afin de détecter toute divergence de la stratégie de placement avec celle initialement convenue. L'examen devra être d'autant plus minutieux que ces documents peuvent contenir des décharges en faveur des banques, sans oublier les clauses dites de réclamation contenues dans les conditions générales des banques. À défaut de contestation, le client risque de se voir opposer la modification tacite de son profil d'investissement par ratification.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Yannick Caballero Cuevas, Une ratification forte de sens pour la stratégie d’investissement, publié le 1 février 2021 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/1172/