CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Mandat de gestion

Un oligarque débouté pour omniscience

Par Nicolas Ollivier le 26 mars 2019

L'arrêt de la Cour de justice de Genève ACJC/52/2019, actuellement attaqué devant le Tribunal fédéral, déboute un oligarque kazakh (B.) dans un litige l'opposant à une banque suisse (A.) pour avoir opéré une couverture du risque de change sur un portefeuille géré.

Le 10 avril 2008, B. signe les documents afférents à la mise en place de quatre portefeuilles en choisissant pour tous comme monnaie de référence l'USD et un profil conservateur. En mai 2008, les discussions portent sur un apport d'USD 100 millions. Finalement, B. transfère à A. USD 35.4 millions et GBP 32.8 millions. D., représentant de B., demande à J. (gérant interne de A.) le solde global transféré en USD, qui s'élève à USD 100'200'000. Des GBP 32.8 millions, GBP 20.25 millions sont transférées sur le portefeuille « *Fundinvest managed* » pour être investis dans des *Hedge funds* selon un mandat de gestion discrétionnaire conservateur.

Les parts de *Hedge funds* n'existant qu'en USD et vu que les fonds reçus étaient en GBP, A. opère alors, sans demander d'instruction au client B., une couverture de risque de change GBP/USD, soit par une baisse de l'USD soit par une hausse du GBP. La banque gère ainsi le portefeuille comme si la monnaie de référence était la GBP et non l'USD. La GBP s'effondre face au USD, perdant 16.8 % entre le 27 mai 2008 et le 31 mai 2011.

B. ouvre action contre A. pour réclamer USD 11'230'000. Le Tribunal de première instance condamne A. en retenant que la banque aurait dû rendre attentif son client à la problématique de la couverture du risque de change et clarifier s'il ne fallait pas plutôt convertir les GBP en USD. Or, au lieu de saisir l'occasion, quoique tardivement, de clarifier la situation lors de la signature de nouveaux documents d'ouverture de compte en juin 2008, J. avait modifié à l'insu du client la monnaie de référence d'USD en GBP, alors que cette devise entrait dans une tendance baissière et que les relevés de portefeuille, si exprimés en USD, allaient révéler les pertes.

Dans un arrêt souvent approximatif et parfois elliptique, la Cour de Justice ne suit pas le Tribunal pour différents motifs examinés ci-après.

Selon la Cour, il ressort des déclarations des parties que (i) B. a demandé à A., avant le transfert, s'il fallait convertir les GBP en USD, (ii) la banque a répondu qu'une telle conversion n'était pas nécessaire et que (iii) B. n'avait pas donné d'instruction de conversion car dans son esprit, il appartenait à la banque de décider de quels actifs et en quelles devises le patrimoine devait être investi selon le profil conservateur. Sur cette base, la Cour retient que la

banque a présenté à B. la possibilité de conserver une partie de son patrimoine en GBP et qu'il a accepté cela. Au surplus, la Cour interprète la demande d'information du solde en USD à réception des fonds comme une confirmation de la volonté de maintenir des fonds en GBP et considère même cela comme une véritable **instruction** du client requérant des opérations de couverture de change. Une telle interprétation extensive ne convainc pas. La banque qui reçoit des fonds en GBP peut simplement convertir au fur et à mesure les liquidités nécessaires à l'achat des produits financiers émis dans d'autres devises. Les GBP 20.25 millions réceptionnés devaient être investis dans des *hedge funds* en USD, une instruction de conversion n'était pas nécessaire. On ne peut inférer des faits constatés que le client souhaitait une modification de la monnaie de référence (élément essentiel du contrat et dans laquelle un éventuel dommage aurait dû être calculé en cas de mauvaise gestion globale) de l'USD au GBP par le biais d'une couverture du risque de change.

La Cour juge par ailleurs que l'opération de couverture n'était pas une **opération déraisonnable** car B. aurait « *en tout état de cause donné son consentement aux opérations de couverture* » afin de se prémunir des fluctuations des investissements par rapport au GBP. Cet argument est un peu court. Rien dans l'état de fait de l'arrêt ne laisse supposer que la GBP serait la monnaie dans laquelle B., domicilié au Kazakhstan, gérerait sa fortune globale. Au contraire, B. a déclaré que l'USD était sa monnaie de référence comme cela prévaut habituellement pour les ressortissants de l'ex-URSS.

Par ailleurs, la Cour ne suit pas le Tribunal en considérant que la **mention « GBP »** ajoutée comme « **monnaie de référence** » par J., à l'insu de B., sur les nouveaux documents d'ouverture de compte, n'a pas eu d'incidence car elle ne permettait pas de résoudre le prétendu défaut d'instruction de B. de conserver des GBP et d'opérer une couverture du risque de change. En soi ce motif est correct : la monnaie dans laquelle doivent être édités les relevés ne peut modifier la monnaie de référence de la gestion. Il convient en effet de distinguer la monnaie choisie pour l'édition des relevés de la « monnaie de référence » pour la gestion sélectionnée sur le formulaire spécifique afférent au contrat de gestion (cf. Nicolas Ollivier/Grégoire Geissbühler, La monnaie des conclusions dans les litiges bancaires, PJA 12/2017, p. 1448). La Cour omet cependant d'apprécier le fait que cette modification aurait permis de dissimuler les pertes naissantes.

La Cour considère aussi de manière peu convaincante qu'entre juin et octobre 2008, le client a **ratifié** les opérations de couverture. A notre avis, la mention « *Forex Exchange Transactions* » figurant dans les relevés ne permettait pas de comprendre l'existence d'une stratégie de couverture, étant rappelé qu'il est possible même dans une gestion sans couverture qu'un tel libellé (et/ou celui relatif à des contrats à termes) soit inscrit sur les relevés. La ratification ne devrait être admise que dans les cas clairs où les modifications sont apparentes et facilement détectables. Cela est d'autant plus vrai en gestion de fortune où un client confie son patrimoine à une banque pour bénéficier d'un service professionnel et éviter de devoir suivre précisément son portefeuille et où la banque a un devoir d'information spontané de tout fait d'importance (ATF 115 II 62). Le Tribunal fédéral a déjà jugé que le client doit être informé de manière complète et véridique pour que la clause de renonciation aux rétrocessions dans les conditions générales soit valable (ATF 132 III 460). L'on imagine mal pour quelle raison le devoir d'information serait différent pour que la banque puisse se disculper sur la base de la clause de ratification. En décider autrement reviendrait à considérer comme ratifiée *ipso facto* toute déviance du contrat de gestion reflétée dans les relevés et avis d'opérations.

Finalement, les juges d'appel considèrent que B. n'a pas **immédiatement réagi** en octobre 2008 lorsque D. s'est rendu compte de l'impact de la chute de la GBP sur le portefeuille. B. n'a alors pas accepté de donner à la banque une instruction d'arrêter de couvrir le risque de change, craignant d'admettre ainsi une volonté initiale de couverture des GBP. C'est sans doute ici l'erreur du client et le moment où le dommage aurait dû être arrêté et calculé. Le dernier mot reviendra au Tribunal fédéral.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Nicolas Ollivier, Un oligarque débouté pour omniscience, publié le 26 mars 2019 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/fr/1055/