

Conditions générales des banques : quelques clauses problématiques

Sylvain Marchand

Professeur à l'Université de Genève

Avocat, CMS von Erlach Poncet

Aline Darbellay

Professeure à l'Université de Genève

Luc Thévenoz

Professeur à l'Université de Genève

Directeur du Centre de droit bancaire et financier



web.speakup.info

Room n° 47079

Journée de droit bancaire et financier

3 octobre 2019

Table des matières

1.	Présentation.....	165
2.	Arrêt du TF du 14 décembre 1993, SJ 1994 p. 600	179
3.	Arrêt du TF 4A_435/2009 du 11 novembre 2009	183
4.	ATF 142 III 746.....	189
5.	Arrêt du TF 4A_386/2016 du 5 décembre 2016	197
6.	Exemples de clauses de transfert des risques	209
7.	Dubai International Financial Centre Court of Appeal, 003/2015, <i>Al Khorafi et al. v Bank Sarasin-Alpen Ltd and Bank J. Safra Sarasin Ltd</i>	213
8.	Bundesgerichtshof, BGH III ZR 109/17, <i>Solar Fonds</i>	219



CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

www.cdbf.ch

Journée de droit bancaire et financier 2019

Conditions générales des banques : quelques clauses problématiques

**Sylvain Marchand, professeur à l'Université de Genève
Avocat, CMS von Erlach Poncet**

Aline Darbellay, professeure à l'Université de Genève

**Luc Thévenoz, professeur à l'Université de Genève
Directeur du Centre de droit bancaire et financier**



Room n° 47079



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE



CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

www.cdbf.ch

Journée de droit bancaire et financier 2019

La clause de gage général

Prof. Sylvain Marchand



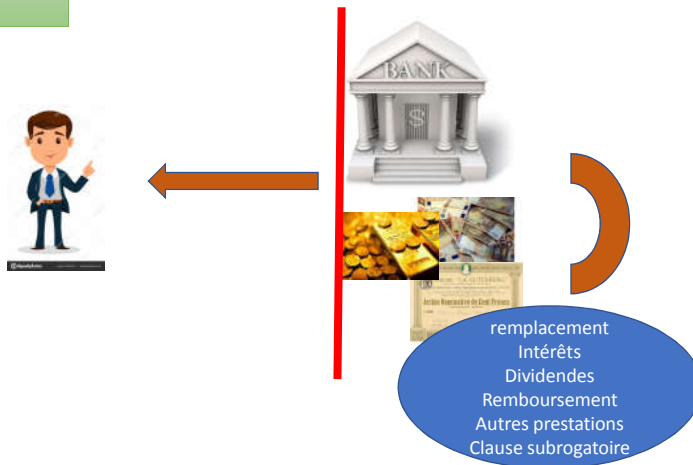
UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

Gage général

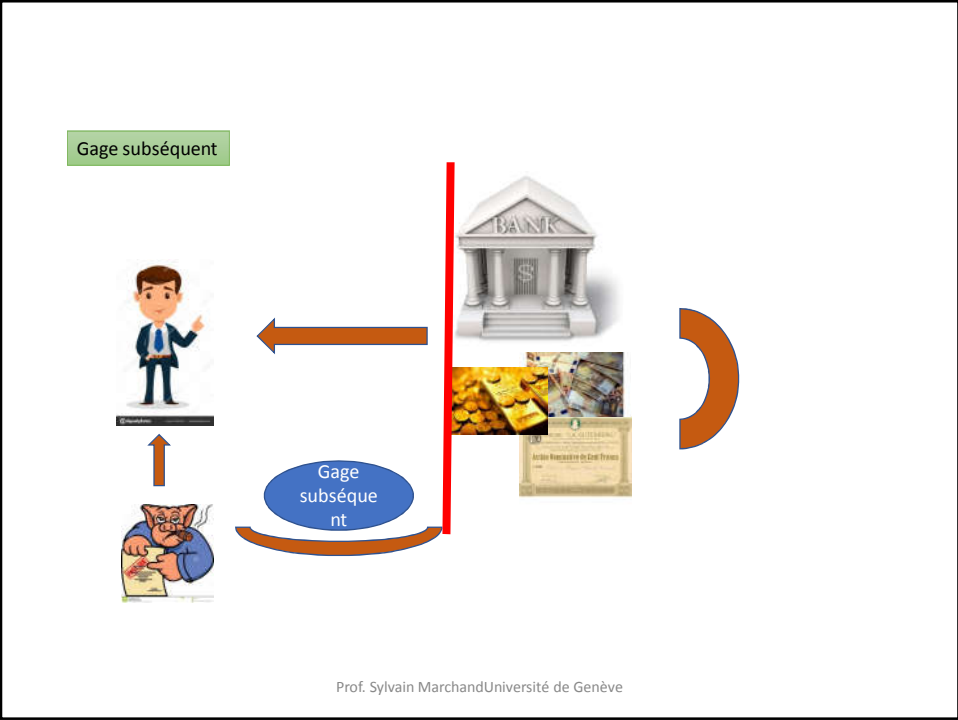
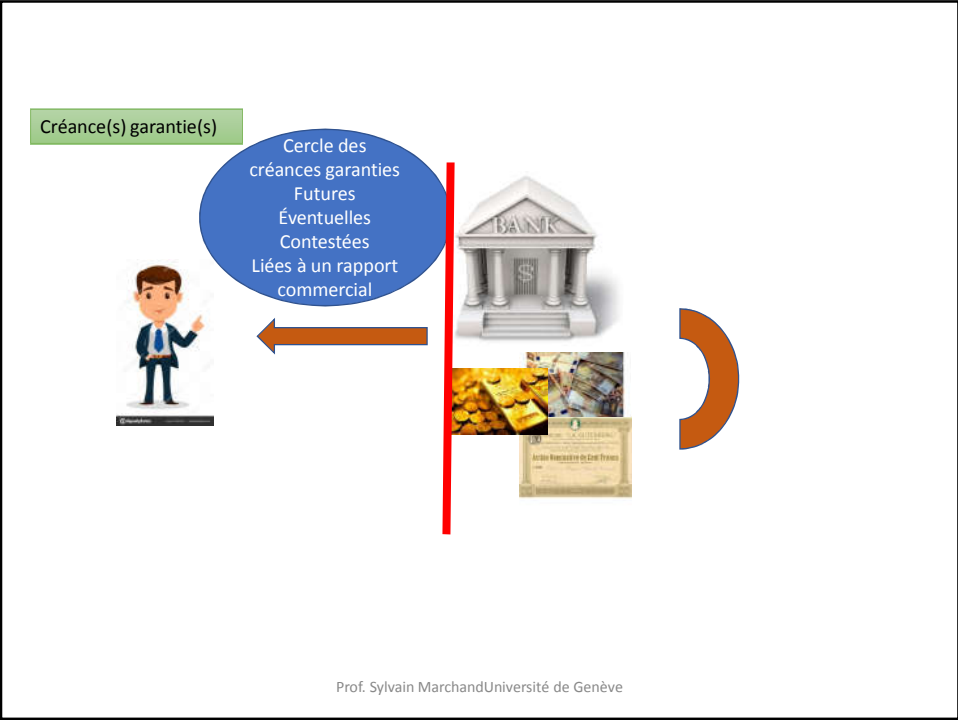


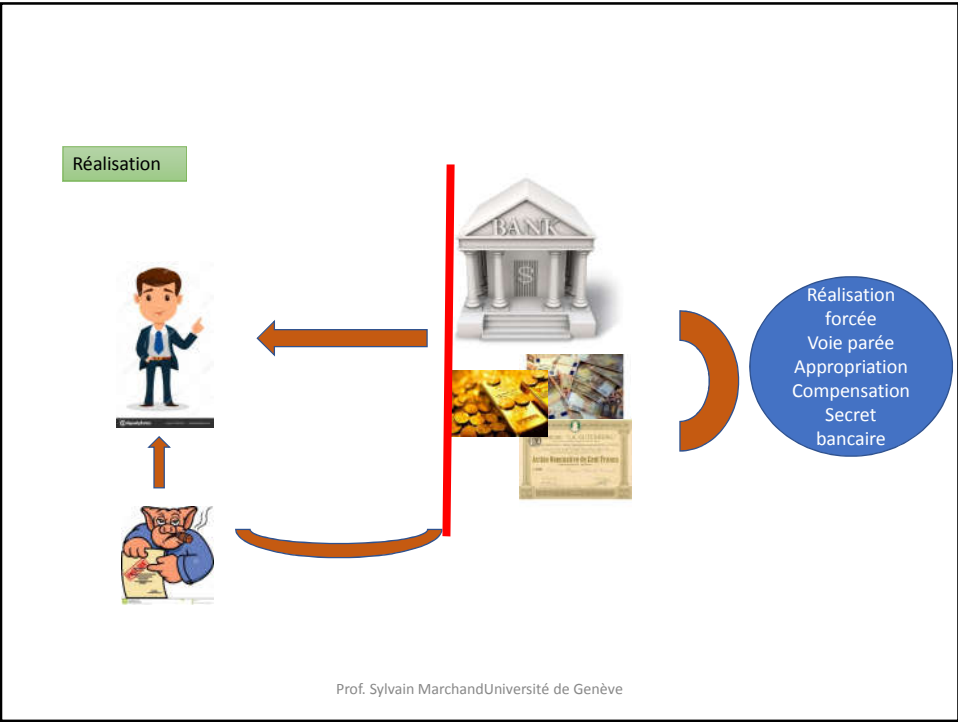
Prof. Sylvain Marchand Université de Genève

Objet(s) du gage



Prof. Sylvain Marchand Université de Genève





CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

www.cdbf.ch

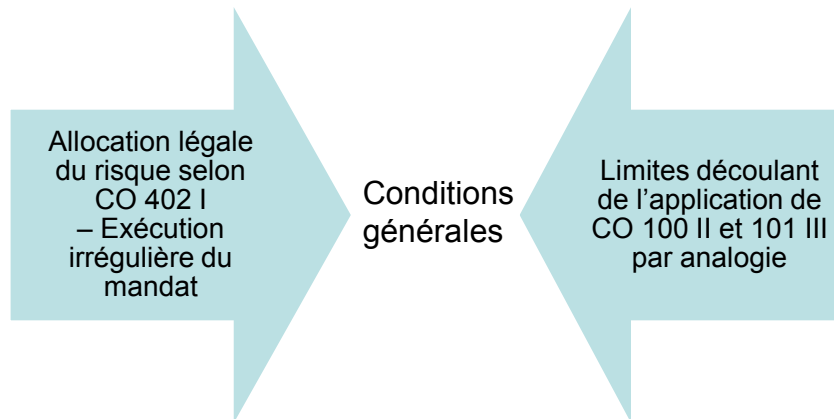
Journée de droit bancaire et financier 2019

Devoir de diligence en matière de légitimation

Prof. Aline Darbellay

UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

Validité des clauses mettant le risque de défaut de légitimation sur la tête du client



9

Exemple de clause de transfert des risques

Art. 1 Examen de la légitimation

La Banque est tenue de vérifier la légitimation du client et de ses mandataires avec la diligence usuelle en affaires. Si la Banque, ses collaborateurs ou ses auxiliaires ne respectent pas cette obligation, le dommage qui en résulte est à la charge de la Banque. Si aucune violation des obligations n'existe, le client supporte le dommage résultant des défauts de légitimation.

Credit Suisse, extrait des Conditions générales 2017



10

Faute grave commise par le mandataire ignorant le caractère insolite d'ordres de virement

- Violation des règles élémentaires de prudence en ne procédant pas à des vérifications supplémentaires alors que les circonstances suscitaient un doute sérieux quant au pouvoir de représentation (4A_302/2018 consid. 2.4)
- Signature finement imitée, mais ordres insolites (4A_379/2016 consid. 5.3 et 4A_119/2018 consid. 3.2)
- Faisceau d'éléments qui auraient dû conduire à douter de la légitimation du donneur d'ordre → Instructions insolites à 5 égards: (1) anglais approximatif, (2) second virement en dix ans et premier virement en faveur d'un tiers, (3) virement sur une partie non négligeable des fonds alors que montants venaient d'être crédités dans une optique conservatrice, (4) aucune explication sur le but du virement et (5) pression du temps inhabituelle dont le motif pas explicité (4A_386/2016 consid. 2.2.6 et 2.4.2)
- Différences entre les signatures décelables au premier coup d'œil + fautes d'orthographe identiques alors que deux ordres supposés émaner de clients différents (4A_438/2007 consid. 5)
- Avec constat de la nullité de la clause « sauf en cas de faute grave » (112 II 450 consid. 3b)



11

Réflexions sur le devoir de diligence usuelle

- Question de la délimitation entre faute légère et absence de faute
 - Faute légère dans un cas où le niveau de précaution considéré par la banque comme approprié pas appliqué (132 III 449 consid. 4)
 - Nullité de la clause (4C.81/2002 consid. 3)
 - Pas de violation du devoir de diligence (122 III 26 consid. 4)
- « Il faut apprécier le comportement de l'auteur de la négligence par référence à la diligence que l'autre partie était en droit d'attendre, notamment en vertu des clauses du contrat et les usages professionnels. » (4A_438/2007 consid. 5.3)
- « En général, la banque doit vérifier l'authenticité des ordres qui lui sont adressés uniquement selon les modalités convenues entre les parties ou, le cas échéant, spécifiées par la loi. Elle n'a pas à prendre de mesures extraordinaires, incompatibles avec une liquidation rapide des opérations. Bien qu'elle doive compter avec l'existence de faux, elle n'a pas à les présumer systématiquement. Elle procédera cependant à des vérifications supplémentaires lorsqu'il existe des indices sérieux de falsification, lorsque l'ordre ne porte pas sur une opération prévue par le contrat ou résultant de la pratique, ou encore lorsque des circonstances particulières suscitent le doute. » (4A_81/2018 consid. 3; 4A_386/2016 consid. 2.2.6; ATF 132 III 449 consid. 2; 116 II 459 consid. 2a).




12

Différences selon l'époque et le mode de transmission

« En particulier, on ne saurait exiger d'une banque, fût-elle cantonale, qu'elle connaisse les habitudes de paiement de tous ses clients et qu'elle examine si le paiement ordonné par écrit a une cause plausible. »
(4A_438/2007 consid. 5.5)

« Der Vorinstanz ist darin beizupflichten, dass die bezogene Bank angesichts des Massenverkehrs mit Checks von vornherein nur begrenzte Prüfungsmöglichkeiten hat und ihr deshalb nicht zugemutet werden darf, sämtliche Checkeinslösungen eingehend zu prüfen. » (122 III 26 consid. 4aa)



« Nous contrôlons en continu les opérations effectuées via Digital Banking à l'aide de l'intelligence artificielle en comparant ses données à votre utilisation habituelle. » (UBS)



13

Conclusion – Recommandations

aux clients

faire preuve de diligence

ne pas signer de décharge à l'égard de la banque pour les instructions données par courriel

aux banques

énoncer avec plus de clarté les contours de la notion de diligence usuelle, une notion appelée à évoluer avec son temps et à être interprétée *in dubio contra proferentem* en cas d'ambiguïté

procédure de légitimation:
– ce qui est à prévoir contractuellement avec le client *versus* précautions à prendre à l'interne
– selon le mode de communication (courriel *versus* e-banking)
– selon le type d'instruction



14



Journée de droit bancaire et financier 2019

Conditions générales, information du client, déclarations du client, consentement spécial

Prof. Luc Thévenoz



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

Mise à jour d'une documentation contractuelle pour crédits hypothécaires



Conditions générales

- Divulgarion de données clients
- Information sur la façon dont nous utilisons vos données personnelles



Conditions générales de dépôt



Livraison des titres (liste de prix)



Conditions générales pour comptes métal

- Fiche d'information sur les indemnités de distribution et les avantages non pécuniaires
- Le crédit à la consommation: Une information de l'association suisse des banquiers
- Communication de l'ASB relatives à la divulgation de données clients en matière de trafic des paiements, de transactions sur titres et autres opérations en relation avec SWIFT



Conditions régissant le trafic des paiements

- *plus les formulaires usuels relatifs aux adresses de correspondance, à l'ayant droit économique et à l'échange automatique de renseignements en matière fiscale*



Deux décisions notables

- *Al Khorafi et al. v Bank Sarasin-Alpen Ltd and Bank J. Safra Sarasin Ltd*
(Dubai International Financial Centre Court of Appeal 003/2015)

“I, the undersigned, hereby: ... 7. Declare and further consent to being treated as a Client under the laws and regulations of the DIFC, and confirm that I understand that, by making this declaration and giving this consent, I will not be afforded the retail customer protections and compensation rights that may generally be available to me in other jurisdictions.”



17

Deux décisions notables

- BGH III ZR 109/17 du 10.01.2019, «Solar-Fonds»

«Ich habe den Beteiligungsprospekt nebst Anlagen (...) erhalten, den Inhalt insbesondere des Kapitels 05 (Risiken der Beteiligung) des Verkaufsprospekts vollinhaltlich zur Kenntnis genommen und stimme dem Inhalt der Verträge ausdrücklich zu.»



18



Consentement du client

- Art. 1 CO : fondement du contrat
- atténué par la généralisation inévitable et nécessaire des conditions générales
 - dans les limites (peu contraignantes en Suisse) de la jurisprudence sur l'intégration et l'interprétation des CG et de l'art. 8 LCD
- renforcé par le législateur (prescriptions de forme, accord séparé, investisseur qualifié...)
 - Art. 256 (288) al. 2 let. a CO – bail à loyer / ferme
 - Art. 360 CO – contrat-type de travail
 - Art. 17 aLB: engagement des valeurs reçues en nantissement
 - Art. 9 al. 2, 22 al. 2 LTI: consentement exprès pour dépositaire étranger non surveillé
 - Art. 22 al. 2 LTI: autorisation écrite, pas incluse dans des conditions générales
 - Art. 27 al. 5, 28 al. 5, 32 al. 2 LTI: dérogations possibles pour investisseurs qualifiés
- et ponctuellement par la jurisprudence
 - «consentement éclairé» (information spéciale préalable) aux actes médicaux, aux rétrocessions, à certains conflits d'intérêts



19



Information due au client

- CC 2 I, un standard minimum du droit privé
- Un instrument de protection des consommateurs
 - e.g. loi sur le crédit à la consommation
- Une exigence au «consentement éclairé» à certaines atteintes
 - actes médicaux
 - conflits d'intérêts, e.g. rétrocessions (TF, Circ. FINMA 2009/1 cm 12)
- Un paradigme de la protection des investisseurs
 - e.g. art. 652a CO, LPCC, LBVM, LSFIN
 - pertinence remise en cause par les recherches empiriques en économie comportementale
- Une prestation inhérente à certains services financiers
 - e.g. art. 8 LSFIN



20



Déclarations du client

- A côté de celles requises par des règles qui protègent un intérêt public (lutte contre le blanchiment, fiscalité, etc.)
- ... certaines sont nécessaires pour la bonne exécution des obligations des intermédiaires financiers envers leurs clients, en rapport avec:
 - *opting-in/out* dans la classification des clients (art. 5 LSFIN)
 - adéquation ou caractère approprié de la gestion ou du conseil (art. 10 ss LSFIN; art. 398 CO)
 - choix d'une stratégie d'investissement



21



Attentes contradictoires

La banque souhaite...

- limiter sa responsabilité ou étendre ses options en réglant de manière plus étendue qu'auparavant les diverses relations contractuelles avec son client
- limiter la documentation d'ouverture des comptes

Le client souhaite...

- aussi peu de paperasserie que possible
- rétrospectivement, reproche souvent un déficit d'information

La loi exige...

- une information croissante et plus détaillée du client
- la récolte d'informations sur et de déclarations du client
- une documentation étendue des interactions avec le client



22

Que faire?

- Distinguer les clauses contractuelles, les déclarations faites par le client et les informations qui lui sont fournies
- Les conditions générales sont définies comme des clauses contractuelles préformulées soustraites à une négociation individuelle
 - Le client ne s'attend pas à y trouver des informations
 - ... ni à y exprimer des choix
 - De telles «clauses» seraient insolites et leur incorporation douteuse
- Les informations devraient être présentées comme telles; elles peuvent être priorisées et étalées dans le temps
 - Notices d'information, év. bordereau signé par le client
- Les déclarations et confirmations du client devraient être sollicitées et recueillies comme telles; les choix proposés devraient être explicites
 - e.g., stratégie de placement n'est pas une clause du mandat de gestion



23

Que faire?

- Réfléchir aux possibilités offertes par la digitalisation des interactions avec le client
 - Documentation d'ouverture de compte produite «sur mesure» en fonction des services et produits choisis par le client
 - Questionnaire interactif pour établir le profil de risque du client
 - Remise de la feuille d'information de base: de la main à la main et/ou par courrier électronique?
 - Services d'exécution ou de transmission d'ordres en ligne (art. 8 al. 4 LSFIN)
 - Transmission de recommandations personnalisées



24



Séance de questions

web.speakup.info 

Room n° 47079



25



Document	SJ 1994 p. 600
Date de l'arrêt	14.12.1993
Tribunal	Bundesgericht
Publication	La Semaine judiciaire (1965 - 1998)
Domaines du droit	Obligationenrecht (OR), Zivilgesetzbuch (ZGB)
Pages	600-604

Audience du 14 décembre 1993 -- G. c. Banque P.

TRIBUNAL FEDERAL (1ère Cour civile) PRESIDENCE DE M. LEU

DEPOT. COMPENSATION. GAGE. DATION EN PAIEMENT. CLAUSE INHABITUELLE DANS DES CONDITIONS GENERALES.

[CO art. 1, 18, 102 al. 1, art. 120, 125, 472;](#)

[CC 894.](#)

1. -- Lorsqu'une partie autorise l'autre à opérer une compensation bien que les prestations dues ne soient pas de même espèce, on se trouve en présence d'un accord concernant l'extinction de la dette par voie de dation en paiement.
2. -- Une renonciation conventionnelle à l'exigence de l'identité des prestations dues ne doit pas être admise à la légère; si elle vise des créances futures indéterminées, elle doit nécessairement s'accompagner d'un accord des parties quant à la manière dont les prestations de type différent devront être évaluées.
3. -- La banque qui entend exercer son droit de compensation à l'égard de titres qu'un client lui a confiés doit le déclarer avant de disposer unilatéralement de ceux-ci; à ce défaut, elle dispose sans droit de choses appartenant à autrui.

SJ 1994 p. 600

Faits:

A. -- Philippe G., ressortissant français, avait ouvert, en 1986, auprès de la Banque P. (ci-après: la Banque), à Genève, un compte, intitulé "Babou", qu'il utilisait essentiellement pour des opérations de bourse. L'art. 8 des conditions générales souscrites par lui réservait à la Banque un droit de compensation et de gage étendu. Le 21 octobre 1987, soit deux jours après le krach boursier du "lundi noir" (19 octobre 1987), G. pria la Banque d'acheter 2000 bons de souscription Peugeot et 1000 bons de souscription Chargeurs S.A. Selon lui, cet ordre d'achat aurait été soumis à la condition expresse que le paiement des titres ne serait exigible qu'à terme, car il n'avait pas de liquidités suffisantes pour acheter ces titres au comptant. A la date précitée, la Banque acheta néanmoins au comptant les titres en question pour le prix, frais inclus, de 1'219'828,38 fr., respectivement 255'111,38 fr., valeur au 23 octobre 1987. Il en résulta un

SJ 1994 p. 600, 601

important solde débiteur sur le compte du client de même qu'un découvert en raison de la chute du cours des titres acquis. Vers la mi-décembre 1987, la Banque vendit ceux-ci bien au-dessous de leur prix d'achat.

B. -- Le 1er mai 1990, G. a assigné la Banque en paiement de 1'282'933,35 fr. fr. et de 79'788 fr. La défenderesse a conclu à libération. Avec l'accord des parties, la procédure a été restreinte au principe de la responsabilité. Statuant le 6 février 1992, le Tribunal de première instance du canton de Genève a dit que la responsabilité de la défenderesse est engagée en raison de la mauvaise exécution des instructions données par le demandeur, le 21 octobre 1987, relativement aux bons de souscription Chargeurs S.A. et Peugeot. Par

arrêt du 26 février 1993, la Cour de justice du canton de Genève, saisie d'un appel de la défenderesse, a annulé le jugement de première instance et dit que la responsabilité de la Banque n'est pas engagée. Elle a considéré, en substance, que le demandeur n'avait pas prouvé avoir donné un ordre d'achat conditionnel et qu'il avait de toute façon ratifié les opérations litigieuses par son comportement ultérieur. Quant à la vente subséquente des titres acquis par le demandeur, la cour cantonale a admis qu'elle était couverte par l'art. 8 des conditions générales de la défenderesse.

Droit:

2.-- A l'appui de son recours en réforme, le demandeur fait valoir que la cour cantonale a violé les [art. 1er et 18 CO](#) en considérant que l'art. 8 des conditions générales de la Banque permettait à celle-ci de vendre les titres litigieux de sa propre initiative.

a) L'accord en vertu duquel une banque s'oblige à garder les titres que lui confie un client est un contrat de dépôt, au sens des art. 472 ss.

O. Le propriétaire des titres déposés étant le client, la banque ne peut disposer unilatéralement de ceux-ci sans l'autorisation de leur titulaire que si elle y est habilitée par la loi ou par une clause du contrat qui la lie à son client. L'art. 8 des conditions générales de la défenderesse a la teneur suivante:

"La Banque se réserve la faculté de compenser en tout temps entre eux les différents comptes ouverts à un même client, sans égard à leurs dénominations ou aux monnaies dans lesquelles ils sont libellés. Pour toutes ses prétentions, sans égard à leurs

SJ 1994 p. 600, 602

échéances ou aux monnaies dans lesquelles elles sont libellées, la Banque est au bénéfice d'un droit de gage et, pour ses créances, d'un droit de compensation sur tous les avoirs et toutes les valeurs reposant sous sa garde, chez elle ou dans un autre lieu, pour le compte du client. Il en est de même pour les prêts qu'elle a accordés contre garanties spéciales ou sans garantie. Un droit de gage sur les papiers-valeurs non libellés au porteur est constitué par les présentes en faveur de la Banque. Si le client n'a pas rempli tous ses engagements envers la Banque à l'échéance, ou après mise en demeure, cette dernière peut réaliser les gages de gré à gré ou par voie de poursuite à son choix."

Cette clause fait ainsi la distinction entre le droit de compensation et le droit de gage; s'agissant du second, elle autorise la Banque, à certaines conditions, à réaliser l'objet du gage de gré à gré ou par voie de poursuite. La constatation lapidaire de la cour cantonale, selon laquelle la défenderesse a ordonné la vente des titres litigieux en application de cette stipulation, ne permet pas de savoir pour laquelle de ces deux variantes les juges précédents ont considéré que les conditions y afférentes étaient réunies. Le jugement de première instance

n'est d'aucun secours à cet égard, car l'autorité qui l'a rendu ne s'est pas penchée sur les problèmes juridiques liés à la vente des titres. Sur ce point, l'arrêt attaqué n'est pas suffisamment motivé, contrairement aux prescriptions de l'[art. 51 al. 1 let. c OJ](#). Dès lors, à moins que l'on puisse faire abstraction de ce vice de forme pour une autre raison, il faudra annuler d'office ledit arrêt, conformément à l'[art. 52 OJ \(ATF 110 II 132\)](#).

b) La réalisation du gage de gré à gré suppose, d'après l'art. 8 des conditions générales, que le débiteur n'a pas rempli tous ses engagements envers la Banque à l'échéance ou après mise en demeure. L'arrêt attaqué ne contient aucune constatation quant à une éventuelle mise en demeure par interpellation, au sens de l'[art. 102 al. 1 CO](#). Savoir si le terme "échéance", utilisé dans la disposition précitée des conditions générales, se rapporte ou non à un jour déterminé, au sens de l'[art. 102 al. 2 CO](#), est affaire d'interprétation du contrat; toujours est-il que la mise en demeure du débiteur par l'interpellation du créancier ne peut porter que sur une obligation exigible. Or, l'arrêt entrepris est également muet sur la question de l'interprétation du terme susmentionné et sur l'existence d'une obligation exigible. Le Tribunal fédéral n'est ainsi pas en mesure d'examiner si la vente unilatérale des titres par la défenderesse était admissible dans le cas particulier en tant que réalisation du gage de gré à gré.

SJ 1994 p. 600, 603

c) L'[art. 120 al. 1 CO](#) n'autorise la compensation qu'à l'égard de prestations de même espèce. En vertu de l'autonomie privée, il est concevable toutefois que les parties fassent abstraction de l'identité des prestations dues; on n'est plus alors en présence d'une véritable compensation, mais d'un accord concernant l'extinction de la dette par voie de dation en paiement (Aepli, Vorbemerkungen zu Art. 120-126 OR, n. 206; Engel, Traité des obligations en droit suisse, p. 453; Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2e éd., p. 432; von Tuhr / Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, vol. II, 3e éd., p. 208 s; Thalmann, Das Pfand- und Verrechnungsrecht nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, in SAG 1989, p. 136 ss, p. 140). Est également admissible la convention qui déroge à l'[art. 125 ch. 1 CO](#), en



vertu duquel les créances ayant pour objet la restitution d'une chose déposée ne peuvent être éteintes par compensation contre la volonté du créancier (Aeppli, Vorbemerkungen zu Art. 120-126 OR, n. 204 et n. 21 ad [art. 125 CO](#); Guggenheim, Die Verträge der Schweizerischen Bankpraxis, 3e éd., p. 59 avec d'autres références). Une renonciation conventionnelle à l'exigence de l'identité des prestations dues ne doit cependant pas être admise à la légère. Lorsqu'elle figure dans des conditions générales, elle peut soulever le problème de l'application de la règle d'interprétation régissant les clauses peu claires ou inusuelles, ou du recours à l'[art. 8 LCD](#). Une telle renonciation est généralement stipulée pour des créances qui existent déjà. Si elle vise des créances futures indéterminées, elle doit nécessairement s'accompagner d'un accord des parties quant à la manière dont les prestations de type différent devront être évaluées. Au demeurant, lorsque la compensation suppose l'abandon par le débiteur des choses qu'il a données en gage au créancier, il convient encore de se demander si elle ne viole pas l'interdiction du pacte comissoire ([art. 894 CC](#); cf., au sujet de cette disposition, le consid. 2b de l'arrêt Omni Holding AG du 30 août 1993, destiné à la publication). L'art. 8 des conditions générales de la défenderesse ne satisfait pas à ces exigences touchant la renonciation conventionnelle à la condition de l'identité des prestations dues. En particulier, il ne précise pas jusqu'à concurrence de quel montant les valeurs déposées par le client devront être imputées sur les créances de la Banque. Il n'est du reste pas certain que la compensation "sur toutes les valeurs" qu'il prévoit embrasse aussi les titres déposés, vu le manque de clarté de l'expression utilisée. L'acceptation de la compensation de créances de type différent, de même que la renonciation à la protection prévue à l'[art. 125 ch. 1 CO](#), sont d'ailleurs pour le moins inhabituelles, de sorte qu'en acceptant globalement des conditions générales, le client de la

SJ 1994 p. 600, 604

banque ne s'attend pas nécessairement à se voir opposer un jour les clauses y relatives. De plus, lorsqu'un droit de gage est constitué sur les choses déposées et que le dépositaire se voit conférer simultanément le droit de compenser ses créances avec celles du déposant, fussent-elles de nature différente, la limite entre le droit de gage et le droit de compensation tend alors à s'estomper. Au reste, la compensation n'a lieu qu'autant que le débiteur fait connaître au créancier son intention de l'invoquer ([art. 124 al. 1 CO](#)). La déclaration de compensation est un acte soumis à réception ([ATF 107 Ib 98 consid. 8a](#)), dont les effets remontent au moment où les deux créances pouvaient être compensées ([art. 124 al. 2 CO](#)). Aussi la banque qui entend exercer son droit de compensation à l'égard de titres qu'un client lui a confiés doit-elle le déclarer avant de disposer unilatéralement de ceux-ci; à ce défaut, elle dispose sans droit de choses appartenant à autrui. Partant, la simple inscription du produit de la réalisation des titres au crédit du compte du client ne constitue pas une déclaration de compensation valable, car la compensation ne porte pas alors sur deux créances de nature différente, mais sur deux sommes d'argent. Or, le droit de propriété du client sur les titres confiés à la banque, en exécution du contrat de dépôt, ne peut être transformé par celle-ci en une créance d'argent que si elle est au bénéfice d'un droit de gage sur ces titres et qu'elle a été autorisée à réaliser l'objet du gage de gré à gré. Au vu de ces considérations juridiques, la vente des titres du demandeur, effectuée de son propre chef par la défenderesse, ne saurait constituer en l'espèce l'exercice valable du droit de compensation conventionnel réservé par l'art. 8 des conditions générales de la Banque. Dès lors, le sort de l'action en dommages-intérêts du demandeur dépend du point de savoir si les conditions fixées par cette disposition pour la réalisation de gré à gré des titres soumis au droit de gage de la défenderesse étaient remplies dans le cas particulier. Comme l'arrêt attaqué ne contient pas les constatations de fait nécessaires pour en juger, le Tribunal en est réduit à l'annuler d'office, en application de l'[art. 52 OJ](#), et à renvoyer la cause à la cour cantonale pour qu'elle statue à nouveau après avoir procédé aux constatations qui s'imposent.



Document	4A_435/2009
Date de l'arrêt	11.11.2009
Tribunal	Bundesgericht
Sujet	Contrat de gage général; recours rejeté
Publication	Nicht publizierte Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichtes
Domaines du droit	Obligationenrecht (Allgemeiner Teil)

Arrêt du Tribunal fédéral du 11. novembre 2009.

Tribunal fédéral

4A_435/2009

Arrêt du 11 novembre 2009 Ire Cour de droit civil

Mme et MM. les Juges Klett, présidente, Corboz et Kolly. Greffier: M. Ramelet.

X. _____ SA, recourante, représentée par Me Michel Ducrot,

contre

Y. _____ SA, intimée, représentée par Me Philippe Loretan.

contrat de gage général,

recours contre le jugement rendu le 17 juillet 2009 par la Cour civile I du Tribunal cantonal du canton du Valais.

Faits:

A. A.a Selon un contrat du 7 avril 1990, X. _____ SA (ci-après: X. _____), sise dans le canton du Valais, s'est engagée à livrer à A. _____ Sàrl (ci-après: A. _____), société sise à Blida (Algérie), du matériel permettant de fabriquer des moules.

A des dates indéterminées, X. _____ a ouvert auprès de la banque Y. _____ SA un compte courant n° 111 et a déposé auprès de cet établissement des titres sous le n° de dossier xxx.

Le 21 juin 1991 X. _____ a signé un acte de "nantissement général" en faveur de Y. _____ SA. Ce document stipulait notamment ce qui suit:

"1. La soussignée, X. _____ SA (ci-après dénommée "le constituant du gage") déclare par le présent acte conférer au Y. _____ (ci-après nommé "la banque") un droit de gage sur tous les papiers-valeurs, les carnets d'épargne et de placement de tout genre, (...), les droits et valeurs non incorporés dans un titre (notamment les papiers-valeurs avec impression différée des titres), le contenu des dépôts de métaux et autres objets de valeur qui se trouvent actuellement ou pourraient se trouver ultérieurement sous notre dossier ou qui sont administrés par la banque, de même que sur ceux que la banque a remis en son nom, mais pour notre compte en dépôt chez des tiers. Ce droit de gage s'étend également aux prétentions en restitution résultant des rapports juridiques décrits ci-dessus. Pour autant que des papiers-valeurs ne sont pas libellés au porteur, il en fait cession à titre de sûreté à la banque au sens de l'art. 901 al. 2 du Code civil Suisse (ci-après "CC").

Le constituant du gage nantit en faveur de la banque tous ses droits et créances présents ou futurs envers celle-ci (...).

2. Le gage garantit toutes les créances de la banque envers X. _____ SA (ci-après dénommé "le débiteur") résultant de contrats existants ou à conclure entre la banque et le débiteur dans le cadre de leurs relations d'affaires (...)."



Par contrat dit de "buy-back", non daté, X._____ a pris l'engagement d'acheter à A._____, sur une durée de trois ans, pour 6'160'000 fr. de produits fabriqués par cette dernière société au moyen des machines qui lui seraient livrées; l'art. 13 de cet accord prévoyait que X._____ devait fournir une garantie de bonne exécution à hauteur de 487'570 fr. à émettre par une banque de premier ordre en Suisse. Le 14 novembre 1991, sur ordre de X._____, Y._____ SA a émis en faveur de la Banque B._____ (ci-après: B._____) une garantie à première demande d'un montant de 487'770 fr. avec échéance au 31 décembre 1994, en se référant au contrat conclu entre A._____ et X._____; l'engagement stipulait que tout litige relatif au versement du montant garanti serait soumis "à la compétence des tribunaux d'Alger". En raison de la situation politique régnant en Algérie au début des années 1990, A._____ n'a pas été à même de commencer la production de moules et n'a donc pu livrer aucune marchandise à X._____. Admettant un cas de force majeure, A._____ et X._____ ont résilié le contrat dit de "buy-back" d'un commun accord les 29 octobre et 5 novembre 1993.

A.b En décembre 1994, B._____ a sollicité de Y._____ SA une prolongation au 31 décembre 1995 de la validité de la garantie de 487'770 fr. Puis, un jour avant l'échéance initiale du 31 décembre 1994, soit par télex au 30 décembre 1994, B._____ a fait appel à la garantie bancaire susmentionnée.

Par télécopie du 25 août 1995, Y._____ SA a fait savoir à B._____ qu'elle s'opposait à ce que la somme garantie lui fût versée, tout en requérant que cette banque algérienne renonce à la sûreté. Deux jours auparavant, Y._____ SA avait informé X._____ qu'elle refusait de lui restituer les actifs bloqués en contrepartie de l'émission de la garantie bancaire, cela tant que B._____ n'avait pas abandonné l'idée de s'en prévaloir. Le 30 août 1996, X._____ a signé un nouvel acte de "nantissement général" au profit de Y._____ SA, de contenu parfaitement identique à celui du 21 juin 1991.

A.c B._____ ayant ouvert action contre Y._____ SA devant le Tribunal de Blida pour obtenir le paiement de la garantie, cette autorité a condamné ladite banque à s'exécuter selon jugement par défaut rendu le 6 juin 1998. Sur opposition déposée par Y._____ SA, le Tribunal de Blida a annulé le jugement précité en raison de son incompétence à raison du for. B._____ a alors ouvert action contre Y._____ SA devant le Tribunal d'Alger, lequel a suspendu la procédure par décision du 21 mai 2003. On ignore les raisons de la suspension; le procès était toujours pendant en juillet 2009.

A.d Au 31 décembre 2005, le dépôt-titres n° xxx détenu par Y._____ SA au nom de X._____ avait une valeur de 191'363 fr. Quant au compte courant n° 111, il présentait au 30 septembre 2006 un solde en faveur de Y._____ SA de 61'172 fr. 34.

B. Le 19 juillet 2006, X._____ a déposé une demande à l'encontre de Y._____ SA devant les autorités valaisannes. En dernier lieu, la demanderesse a conclu à ce que la banque défenderesse soit condamnée à lui restituer "les avoirs représentant 191'363 fr. au 31 décembre 2005 sous dépôt No xxx" que celle-ci détient pour X._____ et à payer dès le 1er janvier 2006 les intérêts moratoires de 5% sur la somme précitée.

La défenderesse a conclu au rejet de la demande. Se prévalant du nantissement constitué en sa faveur, elle a contesté l'extinction des créances garanties par la sûreté.

Par jugement du 17 juillet 2009, la Cour civile I du Tribunal cantonal valaisan a rejeté la demande.

La cour cantonale a admis la validité de l'acte de nantissement du 30 août 1996 garantissant toutes les créances de la défenderesse envers la demanderesse résultant de contrats existants ou à conclure; elle a dès lors considéré qu'il n'y avait pas lieu d'examiner les autres nantissemements, libellés de manière rigoureusement identique, signés précédemment par X._____. La Cour civile a admis que la demanderesse, dont le compte-courant présentait un découvert de 61'172 fr.34 au 30 septembre 2006 en faveur de sa partie adverse - solde dont le remboursement ultérieur n'a pas été établi - restait ainsi débitrice de la banque, ce qui justifiait "déjà en partie le nantissement du compte de dépôt litigieux". En outre, la créance de la défenderesse déduite de l'émission de la garantie de bonne exécution n'était pas éteinte, car son sort devrait être fixé par l'autorité algérienne compétente, laquelle se prononcera sur les griefs de recours abusif à la sûreté et de prescription. Les magistrats valaisans en ont inféré que cette créance éventuelle était également couverte par le nantissement des titres déposés. Comme les créances garanties n'étaient pas éteintes, il en allait de même du droit accessoire constitué par le nantissement. Enfin, l'autorité cantonale a jugé que ni le comportement procédural de la défenderesse dans le procès ouvert en Algérie, ni la circonstance que celle-ci s'est prévaluée du nantissement tout en prétendant que l'appel à la garantie poursuivait un but étranger au contrat de base ne relevaient de l'abus de droit proscrit par l'art. 2 al. 2 CC.

C. X._____ exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre le jugement du 17 juillet 2009. Se plaignant d'un déni de justice formel, elle conclut principalement à ce que la défenderesse soit condamnée à lui restituer les avoirs du dépôt n° xxx, ascendant à 191'363 fr. au 31 décembre 2005. Subsidiairement, elle propose que la cause soit retournée à l'autorité cantonale pour nouveau jugement dans le sens des considérants.

L'intimée propose le rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité.

Considérant en droit:

1.1.1 Interjeté par la partie demanderesse qui a entièrement succombé dans ses conclusions en restitution de ses avoirs nantis auprès de la défenderesse et qui a ainsi la qualité pour recourir ([art. 76 al. 1 LTF](#)), dirigé contre un jugement final ([art. 90 LTF](#)) rendu en matière civile ([art. 72 al. 1 LTF](#)) par une autorité cantonale de dernière instance ([art. 75 LTF](#)) dans une affaire pécuniaire dont la valeur litigieuse atteint le seuil de 30'000 fr. de [l'art. 74 al. 1 let. b LTF](#), le recours est par principe recevable, puisqu'il a été déposé dans le délai ([art. 100 al. 1 LTF](#)) et la forme ([art. 42 LTF](#)) prévus par la loi.

1.2 Le recours en matière civile peut être interjeté pour violation du droit fédéral ([art. 95 let. a LTF](#)), y compris le droit constitutionnel ([ATF 134 III 379 consid. 1.2 p. 382](#)). Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ([art. 106 al. 1 LTF](#)). Il n'est pas limité par les arguments soulevés dans le recours ni par la motivation retenue par l'autorité précédente; il peut donc admettre un recours pour d'autres motifs que ceux qui ont été articulés, ou à l'inverse, rejeter un recours en adoptant une argumentation différente de celle de l'autorité précédente ([ATF 135 III 397 consid. 1.4 et l'arrêt cité](#)). Il s'en tient cependant d'ordinaire aux questions juridiques que la partie recourante soulève dans la motivation du recours ([art. 42 al. 2 LTF](#); [ATF 134 III 102 consid. 1.1 p. 105](#)). Il n'examine la violation de droits constitutionnels que s'il est saisi d'un grief invoqué et motivé de façon détaillée ([art. 106 al. 2 LTF](#); [ATF 135 III 397 consid. 1.4 in fine](#)). Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits établis par l'autorité précédente ([art. 105 al. 1 LTF](#)). Il ne peut s'en écarter que si les constatations factuelles de l'autorité cantonale ont été établies de façon manifestement inexacte - notion qui correspond à celle d'arbitraire au sens de [l'art. 9 Cst.](#) ([ATF 135 III 397 consid. 1.5; 134 V 53 consid. 4.3](#)) - ou en violation du droit au sens de [l'art. 95 LTF](#) ([art. 105 al. 2 LTF](#)). La partie recourante qui entend s'écarter des constatations de l'autorité précédente doit expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions d'une exception prévue par [l'art. 105 al. 2 LTF](#) seraient réalisées, faute de quoi il n'est pas possible de tenir compte d'un état de fait qui diverge de celui contenu dans la décision attaquée. Le recourant ne peut de toute manière demander une correction de l'état de fait que si celle-ci est susceptible d'influer sur le sort de la cause ([art. 97 al. 1 LTF](#)). Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente ([art. 99 al. 1 LTF](#)).

Le Tribunal fédéral ne peut aller au-delà des conclusions des parties ([art. 107 al. 1 LTF](#)). Toute conclusion nouvelle est irrecevable ([art. 99 al. 2 LTF](#)).

2. La recourante soutient que la cour cantonale a violé [l'art. 29 al. 2 Cst.](#) et commis un déni de justice formel en décidant de ne pas se prononcer sur le point de savoir si l'intimée est titulaire d'une créance à son encontre, autre que celle résultant du solde débiteur du compte courant, par 61'172 fr.34, laquelle serait susceptible de bénéficier de la sûreté réelle constituée par le nantissement des titres déposés auprès de la banque.

A en croire la recourante, il s'agissait d'une question préjudicielle que les magistrats valaisans devaient nécessairement traiter. A supposer qu'une juridiction étrangère fût compétente pour en juger, ce que conteste la demanderesse, il aurait tout de même appartenu à l'autorité cantonale d'examiner la question préalable de la validité de l'appel à la garantie, au regard des moyens expressément invoqués par le donneur d'ordre en instance cantonale (appel abusif à la sûreté, perte du caractère indépendant de la garantie à la suite de l'écoulement du temps, exceptions de prescription dans les deux relations bilatérales banque garante-bénéficiaire et donneur d'ordre-banque garante).

3.3.1 La recourante s'est référée explicitement à une violation de [l'art. 29 al. 2 Cst.](#), disposition constitutionnelle qui confère aux parties le droit fondamental d'être entendues.

Pourtant, il appert manifestement qu'elle entend invoquer bien plutôt un déni de justice formel, compris comme le droit d'obtenir une décision. Cette garantie de procédure procède de [l'art. 29 al. 1 Cst.](#), qui octroie à toute personne, dans une procédure judiciaire ou administrative, le droit à ce que sa cause soit jugée dans un délai raisonnable.

A considérer les exigences strictes de motivation ancrées à [l'art. 106 al. 2 LTF](#), on peut se demander si ce grief, tel qu'il a été formulé dans le mémoire de recours, est recevable. Il n'est pas nécessaire d'en décider, car la critique, comme on le verra, est de toute manière infondée.

3.2 Selon la jurisprudence rendue en application de [l'art. 4 aCst.](#), qui garde toute sa valeur sous l'empire de [l'art. 29 al. 1 Cst.](#), une autorité de jugement commet un déni de justice formel si elle refuse indûment de se prononcer sur une requête dont l'examen relève de sa compétence ([ATF 117 Ia 116 consid. 3a p. 117/118 et les arrêts cités](#)), ce qu'il appartient au recourant d'établir ([ATF 87 I 241 consid. 3 p. 246](#)). Ainsi, la juridiction qui n'entre pas en matière sur un recours qui lui est soumis dans un domaine dont elle a la compétence tout à la fois matérielle, locale et fonctionnelle pour en connaître perpète un déni de justice formel (arrêt [5P.205/2002 du 24 octobre 2002 consid. 2](#), in: [FamPra.ch 2003 p. 183](#); [ATF 118 Ib 381 consid. 2b/bb p. 390/391](#); [117 Ia 116](#) précité et les références).



Il est également de jurisprudence qu'est en principe reconnue la compétence des tribunaux pour examiner eux-mêmes à titre préjudiciel des questions relevant d'un autre domaine du droit interne - mais non d'un ordre juridique étranger -, dont la résolution ressortit au domaine de compétence d'une autre autorité, tant que l'autorité compétente ne s'est pas prononcée par une décision entrée en force ([ATF 131 III 546 consid. 2.3 p. 551; 108 II 456 consid. 2](#)).

3.33.3.1II a été constaté en fait ([art. 105 al. 1 LTF](#)) que le 21 juin 1991 les plaideurs ont conclu un contrat de gage mobilier selon lequel la demanderesse nantissait au profit de la banque défenderesse tous les avoirs qu'elle avait placés ou déposés dans cet établissement pour garantir l'ensemble des créances de la banque envers le constituant du gage issues des accords, actuels ou futurs, conclus dans le cadre de leurs relations d'affaires. Les parties ont renouvelé leur accord en signant le 30 août 1996 un nouvel acte de "nantissement général", de contenu absolument identique au précédent.

De tels contrats, qui désignent de façon générale tant les objets grevés que les créances garanties, doivent être qualifiés de contrat de gage général (genereller Pfandvertrag) (cf. [Bénédict Foëx, Le contrat de gage mobilier, Bâle 1997, ch. 237 p. 104; Dieter Zobl, Commentaire bernois, 2e éd. 1982, n° 445 ss ad art. 884 CC](#)).

Le Tribunal fédéral a reconnu depuis fort longtemps la licéité du mode très large de détermination des créances garanties adopté in casu par les parties, dans la mesure où il se rapporte clairement aux créances auxquelles celles-ci pouvaient et devaient raisonnablement penser lors de la conclusion du contrat de gage puisqu'il s'agit uniquement de garantir celles nées de leurs rapports d'affaires ([ATF 51 II 273 consid. 4 p. 282; 108 II 47 consid. 2 p. 49](#)). La doctrine moderne a approuvé cette ancienne jurisprudence (Thomas Bauer, in [Commentaire bâlois, Zivilgesetzbuch II, 2e éd., 2003, n° 55 ad art. 884 CC](#); [Foëx, op. cit., ch. 656 p. 231; Antoine Eigenmann, L'effectivité des sûretés mobilières, Fribourg 2001, ch. 261 à 263 p. 79/80](#)).

3.3.2L'obligation incombant au créancier gagiste de restituer l'objet du gage au constituant peut résulter du contrat de nantissement, lequel fixe par exemple un terme à l'existence de la sûreté, ou, si l'accord est muet, de la loi (cf. par ex. [Karl Oftinger/Rolf Bär, Commentaire zurichois, 3e éd., 1981, n° 5 ad art. 889 CC](#); [Dieter Zobl, op. cit., n° 363 ad art. 884 CC](#)). Si comme en l'espèce le contrat ne dispose rien à cet égard, la loi prévoit que le nantissement s'éteint dans deux hypothèses: premièrement lorsque le créancier cesse de posséder le gage et qu'il ne peut le réclamer de tiers possesseurs ([art. 888 al. 1 CC](#)); secondement lorsque la créance garantie est éteinte par le paiement ou pour une autre cause ([art. 889 al. 1 CC](#)). L'[art. 889 al. 2 CC](#) restreint le devoir de restitution du créancier gagiste, en ce sens qu'il n'est tenu de rendre tout ou partie du gage qu'après avoir été intégralement payé. Il s'agit là du principe de l'indivisibilité du gage (Unteilbarkeit der Pfandhaftung) (cf. [arrêt 4C.255/1998 du 3 septembre 1999 consid. 7c, in SJ 2000 I p. 269](#)). D'après la doctrine, du moment que chacun des objets mis en gage répond pour l'ensemble des créances garanties, le paiement partiel de sa créance n'entraîne pour le créancier aucune obligation de restituer les choses gagées. Autrement dit, à supposer que le gage, tel celui qui est examiné présentement, couvre plusieurs créances, une telle obligation ne prendra naissance qu'au moment où la dernière créance garantie a été réglée ([Bauer, op. cit., n° 5 ad art. 889 CC](#); [Oftinger/Bär, op. cit., n. 22 à 24 ad art. 889 CC](#); [Peter Tuor et Al., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13e éd., 2009, § 117, ch. 26/27, p. 1163; Dieter Zobl, Commentaire bernois, 2e éd., 1996, n° 18 ad Vorbemerkungen zu den Art. 888-890 ZGB](#)).

Ces opinions doctrinales sont convaincantes. Elles prennent en effet appui sur le libellé même de l'[art. 889 al. 2 CC](#), qui fait dépendre explicitement le devoir de restitution du créancier de la circonstance que la totalité de ses créances ait été acquittée, comme le démontre avec éclat l'usage par ladite norme des termes "intégralement payé".

Les considérations qui précèdent permettent au Tribunal fédéral de poser le raisonnement suivant.

Il est constant qu'au 30 septembre 2006, le compte courant ouvert par la recourante auprès de l'intimée avait un solde débiteur en faveur de celle-ci se montant à 61'172 fr.34. Ce rapport de compte courant fait à l'évidence partie des relations d'affaires nouées par les plaideurs. Il est donc garanti par les avoirs nantis par la recourante, singulièrement par le dépôt-titres dont la valeur était de 191'363 fr. au 31 décembre 2005.

Or il n'a jamais été allégué et encore moins établi que la demanderesse ait depuis lors réglé la dette se rapportant au contrat de compte courant susrappelé. Partant, dès l'instant où le créancier gagiste (i.e. l'intimée) n'a pas été entièrement payé, le principe de l'indivisibilité du gage fait obstacle à ce que les objets remis en nantissement soient restitués, même partiellement. C'est donc sans commettre de déni de justice formel que la cour cantonale a laissé ouverte la question de la validité de l'appel à la garantie formé par B._____ le 30 décembre 2004. De fait, il est sans importance, pour le constituant du gage mobilier, qu'il y ait eu, le cas échéant, appel abusif à la garantie bancaire de bonne exécution émise par la défenderesse sur ordre de la demanderesse, voire que cette garantie ait pris éventuellement fin à la suite de l'extinction de la dette principale fondée sur le contrat dit de "buy-back". Ainsi qu'on vient de le voir, le créancier gagiste demeure toujours titulaire d'une créance contre la recourante née de leurs relations d'affaires, ce qui justifie ipso facto le maintien total de la sûreté constituée par les titres nantis.



Le moyen doit être rejeté, ce qui scelle le sort du recours.

4. Vu l'issue de la querelle, les frais judiciaires et les dépens seront mis à la charge de la recourante, qui succombe ([art. 66 al. 1 et 68 al. 1 et 2 LTF](#)).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1. Le recours est rejeté.
2. Les frais judiciaires, arrêtés à 6'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.
3. La recourante versera à l'intimée une indemnité de 7'000 fr. à titre de dépens.
4. Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties et à la Cour civile I du Tribunal cantonal du canton du Valais.

Lausanne, le 11 novembre 2009

Au nom de la Ire Cour de droit civil du Tribunal fédéral suisse

La Présidente: Le Greffier:

Klett Ramelet

Usage exclusivement pour des fins académiques



Document	ATF 142 III 746
Date de l'arrêt	03.10.2016
Tribunal	Bundesgericht
Publication	Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Domaines du droit	Sachenrecht / Bäuerliches Bodenrecht (BGBB)
Pages	746-757

95. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. Incorporation contre B. SA (recours en matière civile)

4A 81/2016 du 3 octobre 2016

Art. 884 ss CC; art. 27 al. 2 CC et art. 19 al. 2 CO; droit de gage mobilier en garantie de toutes créances actuelles et futures éventuelles; déterminabilité de la créance garantie.

Conditions matérielles du contrat constitutif de gage, en particulier en ce qui concerne la désignation de la ou des créances garanties (consid. 2.2.1). Exigence de la déterminabilité suffisante des créances futures éventuelles (consid. 2.2.2). Naissance du droit de gage (consid. 2.2.3) et extinction de celui-ci (consid. 2.2.4).

Engagement excessif (consid. 2.3).

En l'espèce, défaut de déterminabilité suffisante s'agissant d'une créance en libération de la banque, qui n'était pas prévisible au moment de la conclusion du contrat constitutif de gage (consid. 2.4).

Art. 884 ff. ZGB; Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 19 Abs. 2 OR; Fahrnispfand zur Besicherung aller bestehenden und allfälligen künftigen Forderungen; Bestimmbarkeit der besicherten Forderung.

Matérielle Voraussetzungen des Pfandbestellungsvertrags, insbesondere bezüglich der Bezeichnung der besicherten Forderung oder Forderungen (E. 2.2.1). Erfordernis der genügenden Bestimmbarkeit allfälliger künftiger Forderungen (E. 2.2.2). Entstehung des Pfandrechts (E. 2.2.3) und Untergang des selbigen (E. 2.2.4).

Übermässige Bindung (E. 2.3).

Fehlen der genügenden Bestimmbarkeit im vorliegenden Fall, da es sich um einen Befreiungsanspruch der Bank handelt, der im Zeitpunkt des Abschlusses des Pfandbestellungsvertrags nicht vorhersehbar war (E. 2.4).

Art. 884 segg. CC; art. 27 cpv. 2 CC e art. 19 cpv. 2 CO; diritto di pegno manuale in garanzia di tutti i crediti attuali e futuri eventuali; determinabilità del credito garantito.

Condizioni materiali del contratto di costituzione del pegno, in particolare per quanto concerne la designazione del credito o dei crediti garantiti (consid. 2.2.1). Esigenza della determinabilità sufficiente di crediti futuri eventuali (consid. 2.2.2). Nascita (consid. 2.2.3) ed estinzione (consid. 2.2.4) del diritto di pegno.

Impegno eccessivo (consid. 2.3).

Assenza in concreto di una sufficiente determinabilità, trattandosi di una pretesa liberatoria della banca che non era prevedibile al momento in cui è stato concluso il contratto di costituzione del pegno (consid. 2.4).



A.

A.a Le 18 février 2004, A. Incorporation (ci-après: A. ou la demanderesse), société dont le siège est à Panama, a ouvert notamment le compte bancaire n° x auprès de la banque B.B. SA, qui est devenue B. SA le 1^{er} avril 2011 (ci-après: la banque ou la défenderesse) et dont le siège se trouve à ... (VD).

Les parties ont signé à cet effet un document intitulé convention de compte courant et dépôt, document qui contient les "general terms and conditions", ainsi que les "terms and conditions of deposit" de la banque.

Le même jour, A. a confié à la banque un mandat de gestion discrétionnaire et un mandat de gestion spécifique pour les investissements dans des fonds à risque en relation avec ce compte.

A. a également signé pour le compte en question un acte de gage et cession général (*general deed of pledge and assignment*). La demanderesse y déclare concéder un droit de gage et de nantissement à la banque sur tous les titres, livrets d'épargne et de dépôt.

BGE 142 III 746, 748

Aux termes de ce contrat constitutif de gage, A. déclare en particulier accorder à la défenderesse un droit de gage et de nantissement "en garantie de toutes les dettes et obligations, présentes ou futures découlant de leurs relations d'affaires que la Banque a ou pourrait avoir à l'avenir avec (A.)".

A.b Entre 2004 et 2006, dans le cadre de la gestion du compte bancaire précité (ci-après: le compte litigieux), la banque a effectué, en son propre nom mais pour le compte de la demanderesse, des achats de parts de deux fonds de placement ayant investi chez C. Investment New York (ci-après: la société C.), parts qu'elle a revendues, créditant le prix de vente sur le compte de A., après déduction de sa commission et des droits de timbre. Il s'agit des deux opérations suivantes:

- le 15 avril 2004, la banque a acheté des parts du fonds de placement X. plc (ci-après: le fonds X.) pour le prix de 249'302,05 dollars américains (USD), puis les a revendues le 31 juillet 2006 au prix de 301'168,60 USD, générant un gain de 51'866,55 USD;

- le 26 avril 2005, la banque a acheté des parts du fonds de placement Y. Ltd (ci-après: le fonds Y.) pour le prix de 49'722,40 USD, puis les a revendues le 3 mai 2005 pour le prix de 49'086,18 USD, d'où une perte de 636,22 USD.

Selon l'arrêt attaqué, il n'est pas contesté que la banque a effectué ces achats en son propre nom, pour le compte de la demanderesse, et que celle-ci n'avait jamais participé à la prise de décision concernant ces investissements. Cette constatation est critiquée par la banque.

A.c En outre, le 26 mars 2004, la banque a également reçu pour le compte d'une société D. Inc., dont l'ayant droit économique est le même que celui de A., des montants en remboursement des parts du fonds X. Equity, pour le montant de 512'803,03 USD.

Le montant total de ces remboursements ascende à 862'254 USD.

A.d La faillite de la société C., qui opérait frauduleusement en utilisant une "chaîne de Ponzi", a été prononcée en décembre 2008.

Le 13 juillet 2009, le trustee de la masse en faillite de la société C. a ouvert une action révocatoire du droit de la faillite américain pour obtenir le remboursement de 399 millions USD prétendument transférés au fonds Y. par la société C. dans les six années précédant la faillite de celle-ci, qui correspondent à des investissements et des profits purement fictifs.

BGE 142 III 746, 749

Le 5 décembre 2010, le trustee a aussi déposé une demande (*amended complaint*) contre certains établissements bancaires et des fonds de placement, notamment le fonds X., dans le but d'obtenir le remboursement de 692,3 millions USD de la part de ce fonds X., qui correspondent aux remboursements effectués dans les six ans qui ont précédé la mise en faillite de la société C. Il entend en faire de même contre le fonds Y. pour le montant de 398,7 millions USD.

La défenderesse n'a, à ce jour, pas été assignée en justice par le trustee, mais a seulement été informée par celui-ci que s'il ne pouvait obtenir le remboursement par le fonds X., il pourrait se retourner contre elle en qualité de "subsequent transferee".

B. Entre-temps, le 16 septembre 2010, A., agissant par son ayant droit économique E., avait sollicité de la banque la restitution de ses avoirs figurant sur le compte litigieux. Le lendemain, la banque a alors résilié avec effet immédiat le contrat de gestion de ce compte, puis a informé A. le 30 novembre 2010 qu'elle retenait sur ses avoirs, outre un montant de 100'000 USD à titre de garantie pour sa carte de crédit, le montant de 812'270,36 USD afin de se prémunir contre le risque de "clawback" en ce qui concerne le fonds X.



Le 23 novembre 2010, A. a donné ordre à la banque de transférer tous ses actifs à une autre banque. Entre décembre 2010 et mai 2011, la banque a restitué à A. des montants de plus de 3 millions de francs, lui a permis de retirer des actions lui appartenant, mais a conservé en garantie un montant de 350'254 USD. (...)

C. Le 7 juin 2011, A., agissant par son ayant droit économique E., a ouvert action contre la banque devant la Chambre patrimoniale du canton de Vaud; la demanderesse a conclu au paiement de (I) 338'002 fr. 52 avec intérêts à 5 % l'an dès le 17 septembre 2010, plus des intérêts à 5 % sur des montants déjà remboursés, de (II) 26'043 fr. 80 et de (III) 3'241,17 USD avec intérêts à 5 % l'an dès le 17 septembre 2010 (...).

La banque a conclu (I) au rejet des conclusions de la demanderesse, (II) à ce qu'il soit dit et constaté qu'elle a valablement bloqué la somme de 350'254 USD sur le compte litigieux en garantie des engagements potentiels de A. au titre des "claw back claims" du trustee ou des liquidateurs des fonds X. et Y. dans lesquels elle a investi pour le compte de celle-ci et (III) à ce qu'il soit dit et constaté que le gage constitué permet en outre de couvrir les engagements potentiels de D. Inc. au titre des "claw back claims" du trustee ou des

BGE 142 III 746, 750

liquidateurs des fonds dans lesquels elle a investi pour le compte de cette société.

Sur proposition du juge délégué, les parties ont accepté de limiter la procédure à la question de l'existence ou non d'un droit de gage de la banque sur les avoirs de la demanderesse. (...)

Par jugement incident du 1^{er} mai 2014, la Chambre patrimoniale a prononcé que la défenderesse est au bénéfice d'un droit de gage sur les avoirs de la demanderesse. (...)

La demanderesse a appelé de ce jugement. Par arrêt du 13 juin 2014, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois a déclaré l'appel irrecevable, arrêt que le Tribunal fédéral a annulé par arrêt du 10 avril 2015, renvoyant la cause à la cour cantonale pour examen de l'appel (cause [4A 545/2014](#)).

Statuant après renvoi par arrêt du 3 septembre 2015, la Cour d'appel civile a rejeté l'appel de la demanderesse dans la mesure de sa recevabilité et confirmé le jugement de la Chambre patrimoniale. La cour cantonale a admis en substance que la créance de la banque, future et éventuelle, est suffisamment déterminée ou déterminable puisqu'elle découle de la relation d'affaires liée au compte litigieux: le risque futur de "claw back" n'a pas à ressortir du texte contractuel, puisque c'est le risque futur découlant des relations d'affaires qui est déterminant, lequel englobe les conséquences financières d'actions judiciaires éventuelles et de rétrocessions possibles; la demanderesse ne pouvait d'ailleurs pas ignorer que les investissements étaient aussi faits dans des fonds à risque, vu le mandat qu'elle avait confié à la banque. En outre, la cour cantonale a considéré que la banque est actuellement sérieusement exposée à des poursuites judiciaires: des actions sont en cours contre les fonds notamment aux Etats-Unis d'Amérique, de sorte que les actions contre la banque en tant que "subsequent transferee" sont ainsi différées et ne seront intentées que si les montants réclamés ne peuvent pas être récupérés auprès des fonds. La Cour d'appel en a inféré qu'il ne peut être affirmé que la créance ne prendra pas naissance.

D. Contre cet arrêt, la demanderesse interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Elle conclut principalement à ce qu'il soit dit que la banque n'a pas de droit de gage sur ses avoirs et que la défenderesse lui doit paiement immédiat de la somme de 338'002 fr. 52 intérêts en sus, de la somme de 26'043 fr. 80 sans intérêts et du montant de 3'241,17 USD avec intérêts (...).

BGE 142 III 746, 751

La banque intimée conclut au fond au rejet du recours (...).

(*extrait*)

Extrait des considérants:

2. L'action ouverte par la demanderesse est une action en restitution de ses avoirs, fondée sur le contrat de compte courant et de dépôt, soit un contrat innomé, qui est un contrat mixte ([ATF 101 II 117 consid. 5](#)). Ledit contrat ayant été résilié, l'obligation de la banque de restituer les avoirs de sa cliente n'est en soi pas contestée, ni contestable.

Toutefois, à son obligation de restitution, la banque oppose l'acte de gage et cession général signé par la demanderesse et soutient qu'il lui confère précisément un droit de gage mobilier sur les avoirs de celle-ci déposés sur le compte litigieux.

2.1 Le droit de gage mobilier ne peut être constitué que sous l'une des formes expressément prévues par la loi (numerus clausus des droits réels) (PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, vol. III, 4^e éd. 2012, n. 3081; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 4^e éd. 2012, n. 1868; ZOBL/THURNHERR, Berner Kommentar, 3^e éd. 2010, n° 291 ad [art. 884 CC](#)).

L'acquisition (ou constitution; Entstehung) d'un droit de gage sur des choses mobilières ([art. 884 ss CC](#)) ou sur des créances et autres droits ([art. 899 ss CC](#)) suppose un titre d'acquisition (Erwerbsgrund) et une opération d'acquisition (Erwerbsakt); cette dernière comprend elle-même un acte de disposition (Verfügungsgeschäft), soit un contrat réel entre le constituant et l'acquéreur, et un acte matériel, soit, pour les choses mobilières, le transfert de possession (STEINAUER, Les droits réels, vol. I, 5^e éd. 2012, n. 131 ss; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, op. cit., n. 1886 ss).

Le titre d'acquisition est l'acte générateur de droit (Verpflichtungsgeschäft) par lequel le constituant s'oblige à constituer ce droit réel limité, c'est-à-dire le contrat constitutif de droit de gage mobilier. Ce titre n'a pas d'influence sur le droit réel lui-même, n'engendrant qu'une créance tendant à la constitution du droit réel (STEINAUER, Les droits réels, vol. I, op. cit., n. 132).

L'acte de disposition est le contrat réel de disposition par lequel le constituant manifeste sa volonté de transférer au créancier gagiste, en exécution de l'obligation résultant du contrat constitutif de gage, la chose ou le droit mis en gage. Il présuppose que le titre

BGE 142 III 746, 752

d'acquisition soit juridiquement valable; l'acte de disposition est en effet causal, et non abstrait (principe de causalité; [ATF 119 II 326 consid. 2c](#); [ATF 121 III 345 consid. 2a](#); SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, op. cit., n. 75 et 849; ZOBL/THURNHERR, op. cit., n° 298 ad [art. 884 CC](#)). Il exige que le constituant ait le pouvoir de disposer (Verfügungsmacht) de l'objet du gage. Si le droit mis en gage est une créance non incorporée dans un papier-valeur, le contrat de disposition requiert la forme écrite ([art. 900 al. 1 CC](#); STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3146 et 3208g); il se confond avec le contrat constitutif en ce sens que le même acte exprime la volonté du constituant de créer le droit de gage et l'acte de disposition nécessaire à cette fin, un transfert de la possession étant impossible (STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3208g; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, op. cit., n. 1953; THOMAS BAUER, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, vol. II, 5^e éd. 2015, n° 3 ad [art. 900 CC](#)).

L'acte matériel consiste dans le transfert de possession de la chose mobilière ou, si la créance est incorporée dans un titre, de ce titre ([art. 900 al. 1 in fine CC](#); STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3208j).

Le droit de gage sur des créances et autres droits doit être distingué de la cession fiduciaire de ces créances et droits, institution voisine du droit de gage mobilier; dans le premier cas, le titulaire de la créance ou du droit donné en garantie ne change pas alors que, dans le second cas, la créance ou le droit donné en garantie passe entièrement, à titre fiduciaire, au titulaire de la créance garantie (STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3205b et 3106 ss; HANS-PETER WALTER, Die Sicherungszession im schweizerischen Recht, in Mobiliarsicherheiten, Berner Bankrechtstag 1998, p. 43 ss). La cession fiduciaire aux fins de garantie se rencontre souvent en matière de crédit commercial, dans lequel le débiteur accepte la cession globale de ses créances contre ses clients (STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3106b; OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar, 1981, Systematischer Teil, n. 273).

2.2 Le contenu du contrat constitutif de gage n'est pas réglementé spécialement par les [art. 884 ss CC](#); il s'agit d'un contrat innomé (STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3146; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, op. cit., n. 1887). Les règles de la partie générale du Code des obligations lui sont applicables ([art. 7 CC](#); STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., ibidem). Les conditions matérielles

BGE 142 III 746, 753

de ce contrat (essentialia negotii), sur lesquelles l'accord des parties doit porter, sont l'obligation du constituant de constituer le droit de gage mobilier, la désignation de l'objet grevé et la désignation de la créance garantie (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, op. cit., n. 1887; STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3147a; BÉNÉDICT FOËX, Le contrat de gage mobilier, 1997, n. 482 ss).

Le constituant doit s'obliger à constituer le droit de gage; autrement dit, le contrat doit contenir l'engagement de conclure l'acte de disposition et en plus, pour les choses mobilières et les créances incorporées dans un titre, l'acte matériel (STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3208g ss).

A propos de la désignation de l'objet grevé, seules des choses mobilières ou des créances ou des droits peuvent être grevés de droit de gage, conformément au principe de spécialité (en relation avec le principe de publicité qui s'applique en matière de droits réels; STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3135 ss et 3207 ss; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, op. cit., n. 1878; BAUER, op. cit., n° 44 ad [art. 884 CC](#)).

2.2.1 En ce qui concerne la désignation de la créance garantie, le droit de gage mobilier peut être constitué, comme en matière d'hypothèque ([art. 824 al. 1 CC](#)), pour garantir une créance quelconque, actuelle (exigible ou non), future, conditionnelle ou simplement éventuelle (ATF 71 II 262 consid. 1 p. 284; STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3132 et 3207a).



Cette créance peut être de nature contractuelle, mais aussi une créance en dommages-intérêts de la banque contre le client en relation avec le contrat passé avec lui (STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3134a) ou une créance pour enrichissement illégitime en raison de l'annulation, de la nullité ou de la révocation du contrat lorsque les parties en sont expressément convenues ou que cela doit être admis selon leur volonté hypothétique (BAUER, op. cit., n^{os} 48 et 50 ad [art. 884 CC](#)).

Le principe de spécialité (Spezialitätsprinzip) ne s'applique pas strictement: la créance garantie ne doit être déterminée ni qualitativement, ni quantitativement (contrairement à l'hypothèque qui exige l'indication d'une somme maximale, cf. [art. 794 al. 1 CC](#)) ([ATF 113 II 163 consid. 2c](#) in fine; ZOB/THURNHERR, op. cit., n° 267 ad [art. 884 CC](#)). Au regard du principe de spécialité, il suffit que les créances garanties par le contrat de gage mobilier - rapport de

BGE 142 III 746, 754

sûreté - soient déterminées ou suffisamment déterminables au moment de la conclusion du contrat de gage ([ATF 51 II 273 consid. 2 p. 276 ss](#); STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3133 et 3207; ZOB/THURNHERR, op. cit., n° 379 ad [art. 884 CC](#); BAUER, op. cit., n^{os} 48-49 ad [art. 884 CC](#)), ce qu'elles sont lorsqu'elles sont connexes (Konnexität) aux relations d'affaires entre créancier et débiteur - rapport de base - ([ATF 106 II 257 consid. 5](#)). Une telle connexité fait défaut lorsque le créancier gagiste s'est fait céder la créance par un tiers (BAUER, op. cit., n° 49 ad [art. 884 CC](#)).

Il résulte en outre du principe de l'accessoriété que le droit de gage mobilier ne peut pas exister indépendamment de la créance garantie. L'existence du droit de gage dépend donc de l'existence d'une créance garantie valable (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, op. cit., n. 1873).

2.2.2 En ce qui concerne les créances futures éventuelles, en particulier des banques à l'égard de leurs clients, elles sont suffisamment déterminables au moment de la conclusion du contrat constitutif de gage lorsque les parties devaient raisonnablement compter avec leur survenance ([ATF 108 II 47 consid. 2 p. 49](#); arrêt [4A 435/2009 du 11 novembre 2009 consid. 3.3.1](#); BAUER, op. cit., n° 55 ad [art. 884 CC](#)). Autrement dit, il est nécessaire que ces créances découlent clairement des rapports d'affaires entre la banque et le client - connexité avec le rapport de base - et que les parties aient pu ou dû raisonnablement penser, lors de la conclusion du contrat constitutif de gage, qu'elles pourraient prendre naissance.

Il importe en effet que le constituant du gage ait accepté de garantir de telles créances, ce qui présuppose qu'au moment de conclure le contrat constitutif de gage, lesdites créances aient été prévisibles (cf. FOËX, op. cit., n. 656; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5^e éd. 2014, n. 589). Il peut donc s'avérer nécessaire de devoir interpréter la volonté des parties.

2.2.3 Le droit de gage mobilier sur une créance future (éventuelle ou conditionnelle) naît déjà au moment du transfert de possession de l'objet du gage ou, pour les créances et autres droits non incorporés dans un titre, au moment du contrat de disposition en la forme écrite, et ce en dépit du fait que la créance future ne soit pas encore née. Dans cette mesure, la jurisprudence a admis une exception au principe de l'accessoriété, dans l'intérêt des besoins du commerce (BAUER, op. cit., n° 55 ad [art. 884 CC](#); ZOB/THURNHERR, op. cit., n° 228 ad [art. 884 CC](#)).

BGE 142 III 746, 755

Toutefois, la banque n'est autorisée à retenir l'objet du gage que lorsque la créance future (éventuelle ou conditionnelle) est née (BAUER, op. cit., n° 56 ad [art. 884 CC](#); ZOB/THURNHERR, op. cit., n° 237 ad [art. 884 CC](#)).

2.2.4 Il découle du principe de l'accessoriété que le droit de gage s'éteint par le paiement de la créance garantie ou pour une autre cause ([art. 889 al. 1 CC](#)). Tant que la créance garantie n'est pas éteinte, le droit de gage subsiste et permet à la banque de retenir les objets grevés. Si le gage garantit plusieurs créances, l'obligation de restituer les choses gagées ne prend naissance qu'au moment où la dernière créance garantie a été réglée (arrêt [4A 435/2009 du 11 novembre 2009](#) déjà cité, consid. 3.3.2 et les références doctrinales). Il ne s'agit pas là de l'exercice du gage, c'est-à-dire de la réalisation forcée du gage ([art. 891 et 894 CC](#)).

2.3 Lorsque le contrat constitutif de gage prévoit que le droit de gage garantit l'ensemble des créances actuelles et futures de la banque contre son client, la licéité de l'accord peut se poser au regard des [art. 27 al. 2 CC](#) et 19 al. 2 [CO](#) (STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3134; cf., à propos du cautionnement, [ATF 120 II 35 consid. 3](#)). Comme le relève à juste titre WALTER (op. cit., p. 54) - à propos de la cession fiduciaire, ce qui vaut également pour le droit de gage -, l'exigence de la déterminabilité suffisante (Bestimmbarkeit) de la créance garantie, en particulier des créances futures, sert à l'individualisation de la créance garantie; en revanche, la protection des droits de la personnalité assurée par les [art. 27 al. 2 CC](#) et 19 al. 2 [CO](#) entend protéger celui qui s'oblige contre des engagements excessifs. L'engagement de garantir toutes les créances futures qu'une personne pourrait avoir envers une autre, sans que celles-ci soient

définies par une limite dans le temps, par le genre d'affaires dont elles résultent ou par la manière dont le créancier les a acquises, est nul en vertu de ces dispositions (STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3134).

2.4

2.4.1 En l'espèce, il a été constaté dans l'arrêt déféré, en relation avec le compte litigieux (objet grevé du droit de gage), que la demanderesse a confié à la banque un mandat de gestion discrétionnaire et un mandat de gestion spécifique pour les investissements dans des fonds à risque. En son propre nom et pour le compte de ladite cliente, sans que celle-ci ait participé à la prise de décision à cet égard, la banque a acheté en 2004 et 2005, des parts de deux fonds de placement (X. et Y.) ayant investi dans la société C., puis les a

BGE 142 III 746, 756

revendues respectivement en 2006 (avec un gain) et en 2005 (avec une perte) et a encaissé le prix de vente, qu'elle a versé sur le compte de la demanderesse, après en avoir déduit ses commissions et les droits de timbre. Les achats et reventes effectués en 2004 pour la société D. Inc. ont aussi été imputés par la banque à la demanderesse, au motif qu'elle est l'ayant droit économique de cette société.

Le trustee - le liquidateur - de la masse en faillite de la société C. a ouvert en 2009 une action révocatoire de droit américain - l'arrêt cantonal ne précise pas contre quels défendeurs - afin de récupérer les montants versés au fonds Y. dans les six ans qui ont précédé la faillite de la société C. Il a également déposé une demande contre plusieurs établissements et fonds de placement, notamment contre le fonds X., afin d'obtenir la restitution des remboursements effectués durant la même période; il entend en faire de même concernant le fonds Y. On ignore de quel genre d'action il s'agit. La banque défenderesse n'a pas encore été assignée en justice, mais a été informée par le trustee qu'en cas de défaut du fonds X., il pourrait se retourner contre elle.

Selon la cour cantonale, la créance que la banque mandataire - qui a agi à titre fiduciaire dans l'intérêt et pour le compte de sa mandante - fait valoir contre sa cliente, en raison des prétentions en "responsabilité" de tiers, est une créance de l'[art. 402 al. 1 CO](#). Dans l'arrêt [4A 429/2014 du 20 juillet 2015 consid. 6.3](#), le Tribunal fédéral a toutefois jugé que la prétention en libération que la banque possède à l'égard de son client découle au premier chef du contrat qui la lie à ce dernier, l'[art. 402 al. 1 CO](#) étant de caractère dispositif.

Il n'y a pas lieu d'examiner plus avant quelle est la nature de la créance (future éventuelle) de la banque défenderesse contre la demanderesse - fondée sur le rapport de base (apparemment un mandat de gestion) et donc sur les relations d'affaires avec la banque -, ni s'il a été allégué et prouvé dans la présente procédure que cette créance - d'un montant inconnu - a pris naissance du seul fait que le trustee de la faillite C. a informé la banque que, s'il "ne pouvait obtenir le remboursement par le fonds X. des transactions dont le juge américain aurait admis le caractère révocable, il pourrait alors se retourner contre elle en qualité de subsequent transferee". Il n'y a pas davantage lieu de se poser cette question en ce qui concerne le fonds Y. et la créance contre D. Inc., imputée par la banque à la demanderesse.

BGE 142 III 746, 757

On peut également se dispenser d'examiner le grief d'arbitraire soulevé par l'intimée à l'encontre du fait que l'arrêt cantonal retient qu'il n'est pas contesté que la demanderesse n'a pas participé à la prise de décision d'acheter des parts des fonds litigieux.

En effet, le droit de gage doit déjà être nié pour un autre motif.

2.4.2 Les créances en libération (Befreiungsansprüche) dont se prévaut la banque à l'égard de la demanderesse en relation avec les opérations d'achat et de vente des fonds de placement Y. et X., comme celle en relation avec la société D. Inc., n'étaient pas suffisamment déterminables au moment de la conclusion du contrat constitutif de gage. Si les première et deuxième de ces créances sont certes connexes à la relation d'affaires entre la demanderesse et la banque (ce que la troisième - qui est dirigée contre une personne morale juridiquement indépendante - n'est vraisemblablement pas puisqu'elle n'entre pas dans "les relations d'affaires que la Banque a ou pourrait avoir à l'avenir avec (A.)", selon les termes de l'acte de gage et cession général), lesdites créances n'étaient pas prévisibles au moment de la conclusion de ce contrat.

De fait, les parties n'ont pas pu prévoir ni raisonnablement dû prévoir que de telles créances futures éventuelles étaient garanties par le droit de gage. Ni la volonté réelle et commune, ni la volonté objective, ni même une volonté hypothétique des parties à cet égard ne peuvent être envisagées pour justifier une telle extension du droit de gage. Lorsque la banque intimée soutient que son acte de gage et cession général est formulé de manière large, pour se prémunir contre tout risque lié à des investissements risqués, des scandales financiers et faillites retentissants ayant déjà eu lieu par le passé, elle méconnaît que la créance future éventuelle à garantir doit être prévisible au moment de la conclusion du contrat et que l'action révocatoire d'un tiers ou autre action à la suite d'une fraude n'entre pas dans cette catégorie.



Le recours de la demanderesse doit ainsi être admis et l'arrêt attaqué réformé en ce sens que la défenderesse n'est pas titulaire d'un droit de gage sur les avoirs de la demanderesse pour les créances éventuelles qu'elle invoque en relation avec les deux fonds X. et le fonds Y.

Par conséquent, il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs de la recourante, ni ceux de l'intimée. (...)

Usage exclusivement pour
des fins académiques

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



{T 0/2}

4A_386/2016

Arrêt du 5 décembre 2016

Ire Cour de droit civil

Composition
Mmes et M les Juges fédéraux Kiss, présidente,
Niquille et Abrecht, juge suppléant
Greffière: Mme Monti

Participants à la procédure
Banque B _____, représentée par Me Serge Fasel,
défenderesse et recourante,

contre

C _____, représenté par Me Pascal de Preux,
demandeur et intime

Objet
responsabilité de la banque qui exécute des ordres frauduleux d'une personne non autorisée,

recours en matière civile contre l'arrêt rendu le 0 juin 20 6 par la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève

Faits :

A.

A.a. C _____ est un citoyen américain employé en qualité d'avocat-assistant ("paralegal") dans une grande étude d'avocats américaine. Son revenu annuel est d'environ 90'000 USD. Dans les années 980, il a noué une relation bancaire avec la succursale lausannoise d'un établissement bancaire qui a été repris en 2008 par la Banque B _____ (ci-après: la banque). Dans le cadre de cette relation, C _____ (ci-après: le client) a notamment signé les documents suivants:

- les Conditions générales de la banque dans leur version de mars 2004. Selon celles-ci, le client doit répondre du dommage suivant: "any damage resulting from the use of mail, telegraph, telephone, telex, or any other system of communication or means of transport, [] except in case of gross negligence by the Bank" (art 6). Par ailleurs, les relevés de compte émis par la banque sont réputés acceptés s'ils ne suscitent aucune objection dans le délai d'un mois à compter de leur réception (art 9 § 3). Les réclamations adressées à l'encontre des communications de la banque doivent être faites immédiatement ("promptly") à réception, mais au plus tard dans le délai fixé (art 2). Enfin, le droit suisse est applicable aux relations entre la banque et le client et une élection de for est instituée en faveur des tribunaux du lieu de situation de l'établissement de la banque concerné (art 7);
- une décharge pour les transmissions par téléphone, telefax, télégramme ou courriel, laquelle habilite la banque - mais ne l'oblige pas - à exécuter les instructions lui parvenant par l'un de ces moyens de communication. Les risques en découlant sont à la charge du client, sous réserve d'une grave négligence ("gross negligence") de la banque (art 3);
- une convention de banque restante, par laquelle le client confirme souhaiter que les courriers provenant de la banque soient conservés par celle-ci, reconnaît que cette conservation vaut communication et déclare avoir pris connaissance des dispositions des Conditions générales relatives à la contestation des communications émanant de la banque. Le client a par la suite reçu les Conditions générales de la banque dans leur teneur de 20 0. Celles-ci prévoient que les courriers de la banque conservés en banque restante sont réputés avoir été communiqués à la date qu'ils portent (art 3); toute contestation doit être formée par écrit immédiatement après réception de l'avis correspondant, mais au plus tard dans le mois suivant sa communication (art 2 et 0); les dommages résultant d'une fraude, d'une mauvaise identification ou liés à une erreur de transmission, notamment par courriel, sont à la charge du client, sous réserve d'une grave négligence de la banque (art 5 et 7). L'art 22 prévoit une prorogation de for en faveur des tribunaux genevois et l'application du droit suisse aux relations entre les parties.

Le client a encore signé le 12 avril 2010 un document confirmant la décharge donnée à la banque pour les communications par courriel.

A.b. Au 31 décembre 2002, les avoirs du client auprès de la banque s'élevaient à 105'133 fr. 41. Jusqu'en 2008, ces avoirs ont été placés sous forme de placements fiduciaires ou de parts de fonds collectifs, sans qu'il procède à aucun apport ou retrait.

En 2008, le client a retiré 84'711 USD en raison de la crise financière ayant éclaté à cette période.

A compter du 1^{er} janvier 2009, et sous réserve d'une part de fonds de placement réalisée en 2010, les avoirs du client ont été répartis entre deux comptes courants, l'un en francs suisses et l'autre en dollars. Leur montant, de l'ordre de 15'000 fr., n'a pas connu de variation significative jusqu'en 2012.

A.c. Dès 2007, le client a eu pour principale interlocutrice l'employée de banque E. _____, qui parlait couramment anglais. Jusqu'en 2012, les communications entre le client et la banque sont demeurées relativement rares et ont principalement revêtu la forme de courriels.

Sur demande expresse du client, des extraits de compte et des avis d'opération lui étaient également communiqués par courriel.

Par courriel du 10 janvier 2011, le client a informé la banque de son intention de transférer prochainement 250'000 USD au crédit de ses comptes, dont il demandait les coordonnées exactes. Bien que le ton employé fût moins formel que dans une lettre, ce courriel était rédigé en bon anglais, en ce sens qu'il ne comportait pas de faute de syntaxe ou d'accord, que les articles n'étaient pas omis et que les termes employés étaient précis et adéquats.

L'employée de banque prénommée a fourni par courriel les informations souhaitées. Elle a par ailleurs demandé au client de lui indiquer de quelle banque provenaient les fonds et quelle était leur origine.

L'intéressé a répondu par courriel que les fonds provenaient d'un compte d'épargne dont il était titulaire auprès d'une banque du... (USA). Il a par ailleurs donné les explications suivantes au transfert envisagé:

"I had intended to make a transfer last year but the dollar weakened against the CHF. Now that the dollar is rising, I am considering making the transfer in the near future. I am seeking to diversify a portion of my assets from dollars and will leave the money in the bank for the long term and expect to be a passive investor. Just looking for stability and safety." Le transfert envisagé ne s'est finalement pas concrétisé.

A.d. Par courriel du 15 décembre 2011, le client a à nouveau informé la banque d'un possible prochain transfert de fonds en ces termes:

"Now that the dollar has strengthened against the chf, I am prepared to send up to \$ 400'000.00 to B. _____ sometime after New Year's Day. I don't intend to do much trading or exchanging in the future and I am basically looking for a long-term place to hold some savings with a very defensive posture."

Par ce même courriel, il a posé à la banque un certain nombre de questions, principalement relatives aux conséquences de son statut de ressortissant américain.

Dans sa réponse, intervenue par courriel du 27 décembre 2011, la banque a demandé des explications sur l'origine des fonds.

Le client a répondu par courriel du 29 décembre 2011, en réaffirmant son intention de procéder au transfert annoncé au cours du premier trimestre 2012.

A la fin du mois d'avril 2012, il a informé la banque, par télécopie, qu'il procédait au transfert des 400'000 USD annoncés sur son compte en dollars. Divers documents, parmi lesquels les justificatifs de l'origine des fonds, étaient annexés à cet envoi.

Dans l'ensemble de ces communications, parfois relativement longues, le client s'exprimait en bon anglais, utilisant une syntaxe correcte et une variété de termes adéquats et précis.

Un montant de 399'980 USD a effectivement été crédité le 30 avril 2012 sur le compte en dollars du client.

La banque en a accusé réception par courriel du 3 mai 2012, demandant simultanément au client de lui indiquer sa profession, son revenu annuel et l'origine des fonds déposés. Le client a répondu par un long courriel du même jour, à nouveau rédigé en bon anglais.

Par un courriel relativement bref daté du 7 mai 2012, le client a ordonné à la banque de clôturer le compte dont sa mère était titulaire et sur lequel il disposait d'une procuration; il demandait d'en transférer le solde sur ses propres comptes.

Après avoir requis et obtenu une confirmation de cette instruction par la mère du client, la banque y a donné suite le 1^{er} juin 2012, créditant de 138'503 fr. 20 le compte en francs suisses du client.

A cette date, les montants déposés sur les comptes du client s'élevaient respectivement à 399'965.38 USD et 153'614 fr. 55.

A.e. A une date indéterminée, vraisemblablement dans le courant du mois de juin 2012, une ou plusieurs personnes inconnues (ci-après: les pirates) sont parvenues, par des moyens non identifiés, à prendre le contrôle de la messagerie électronique du client. Cette prise de contrôle leur a permis d'adresser à la banque, à l'insu du client, des courriels provenant de son adresse électronique C. _____@hotmail.com ainsi que d'intercepter, de manière à ce que le client n'en ait pas connaissance, les courriels que lui adressait la banque à cette même adresse.

Certaines tournures utilisées par les pirates (telles que "Dear E. _____...") font inférer qu'ils avaient connaissance à tout le moins d'une partie de la correspondance électronique échangée antérieurement. Dans la procédure judiciaire qui sera évoquée ci-dessous (let. B), la banque a reproché au client d'avoir conservé dans sa messagerie électronique l'ensemble des courriels échangés avec elle (cf. au surplus infra consid. 4.3.1).

A.f. Le 14 juin 2012, les pirates ont adressé à l'employée de banque E. _____ le courriel suivant, qui provenait apparemment de la messagerie électronique du client:

"Dear E. _____,

I do have wire transfer which I will need you to assist me take care of today, can you email me wiring instruction that you will be needing to send out an international wire transfer to Hong Kong.

Best regards,

C. _____ [adresse]"

La prénommée a répondu le même jour par le courriel suivant, intercepté par les pirates:

"Dear Mr C. _____,

We need the name of the beneficiary and adress, the account IBAN number, the SWIFT of the bank and bank name and the signature. [...]

Best regards,

E. _____

Les pirates ont alors indiqué par courriel que les fonds à virer - soit "120'000" - étaient destinés à une société H. _____ Limited, titulaire d'un compte auprès de la banque [...] à Hong Kong; le but du transfert était le suivant: "Purchase of Property". Environ deux heures plus tard, les pirates ont adressé à l'employée de banque un nouveau courriel indiquant que le nom du bénéficiaire était H. _____ Limited et le montant à transférer de 120'000 USD. La collaboratrice a répondu avoir pris note de ces instructions, qui seraient exécutées dès que possible; elle précisait avoir compris que malgré la réception de deux courriels, un seul virement de 120'000 USD devait être effectué. Ce 14 juin 2012 encore, les pirates ont adressé le courriel suivant:

"E. _____,

I was hoping you do recieved my previous message to you, let me know if the transfer has been completed.

Thank you,

C. _____ "

Le 15 juin 2012, la banque a procédé au transfert requis, ce dont E. _____ a informé le client - soit en réalité les pirates - par courriel du même jour. Le compte en dollars du client a été débité de 120'000 USD et de 49.98 USD au titre de frais, le solde ne s'élevant plus qu'à 279'926.13 USD. Un avis de confirmation a été émis le même jour à l'intention du client et conservé en banque restante.

Par courriel du 19 juin 2012, les pirates, se faisant toujours passer pour le client, ont interrogé la banque sur le retard du transfert. Par la même occasion, ils lui ont demandé de lui communiquer le montant des avoirs en compte. La banque a répondu le lendemain, en joignant à son courriel une copie de l'avis d'opération.

A.g. Le 25 juin 2012, à la suite d'une nouvelle demande de virement portant sur un montant important, la banque a envoyé à l'adresse électronique du client un courriel lui demandant de lui faire parvenir, par télécopieur, un ordre de transfert signé ainsi qu'une preuve de l'achat d'une propriété et le contrat conclu avec une société M. _____ Enterprise.

Le même jour, les pirates ont répondu par courriel ce qui suit:

"Dear E. _____,

Please find the requested details in attachment, am sorry i could not send a fax at the moment have been ill. Please proceed with the transfer i will have a signed note send to you as soon as am feeling much better, kindly email me as soon as the transfer has been completed or if you need anything.

Thanks.

C. _____ "

A ce courriel étaient jointes deux annexes: un "rapport d'évaluation sommaire" concernant un immeuble sis en Malaisie, établi à l'intention de "C. _____ [erreur d'orthographe]" par la société malaise M. _____ Enterprise, et une déclaration relative aux risques de la peinture au plomb, portant l'en-tête "Long Island..." et mentionnant la société M. _____ Enterprise sous la rubrique "nom du vendeur".

Par courriel du 26 juin 2012, l'employée de banque a répondu qu'une instruction signée était nécessaire pour un montant aussi élevé. Les pirates ont alors adressé à la banque, en annexe à un courriel du même jour, un ordre de virement d'un montant de 210'000 USD en faveur d'un compte dont M. _____ Enterprise était titulaire auprès d'une banque malaisienne. La signature figurant sur cet ordre - soit le prénom "C. _____" calligraphié - n'avait aucune ressemblance avec les spécimens de signature du client dont la banque était en possession.

Par un nouveau courriel du 26 juin 2012, la banque a invité le client à lui adresser un ordre portant sa signature telle qu'enregistrée par elle. Les pirates ont alors répondu le lendemain 27 juin 2012 ce qui suit:

"I understand how you mean but is so dangerous sending my signature over the internet, i was going to sent it by fax but my fax is bad at the moment. Can i send the order form through post i believe this is saver, email me the go ahead if this is okay. [...]"

Ce même 27 juin, les pirates, après avoir reçu de la banque l'adresse postale à laquelle l'ordre signé devait être envoyé, ont formulé par courriel une nouvelle demande de paiement ainsi libellée:

"After receiving message from M. _____ Enterprise today as there is a time limit on the property payment which is tomorrow, i was wondering if you could assist me in transferring \$ 140'000 to M. _____ Enterprise today since sending a big amount will require a signature. Email me as soon as possible to enable me post the order form to your adress immediately. [...]"

La banque s'étant bornée à confirmer son adresse postale, les pirates lui ont demandé par courriel du 9 juillet 2012 si elle avait reçu l'autorisation signée prétendument envoyée par courrier postal. Ayant obtenu une réponse négative à leur question, ils ont formulé, toujours par courriel, une nouvelle demande de transfert en ces termes:

"Oh my God, i believe you should have gotten it by now i don't understand what seem the problem i will have to confirm from the post as soon as am back in town. I just lost my cousin am presently out of town, i will really need your help right now could you assist me in completing an international wire transfer for the total amount of \$ 110'000. [...]"

Ces demandes répétées et insistantes ont, pour la première fois, éveillé une certaine méfiance chez l'employée de banque. Celle-ci a opposé une fin de non-recevoir à la nouvelle demande du 9 juillet 2012, en insistant sur la nécessité de recevoir une instruction signée; elle a en outre mentionné dans le dossier interne du client que seuls les ordres portant sa signature pouvaient être exécutés. Par la suite, la méfiance de la collaboratrice s'est trouvée confortée par diverses incohérences entachant les communications avec le client, dont elle se demandait "à quoi [il] jouait". Cette méfiance était dirigée à l'encontre du client lui-même, la collaboratrice n'ayant jamais envisagé l'hypothèse d'un piratage de sa messagerie électronique par des tiers.

A.h. Par courriel du 12 juillet 2012, le client (et non les pirates) a annoncé à la banque son intention de faire virer sur son compte en francs suisses le produit d'une police d'assurance-vie venant à échéance le 5 août 2012, pour un montant approximatif de 161'000 fr. Par ce même courriel, rédigé en bon anglais, le client a demandé à la banque de lui transmettre l'avis d'opération relatif à la clôture des comptes de sa mère et lui a posé la question suivante:

"Does the bank have any opinion on the imposition of capital controls or what form they might take ? The dollar has risen in the past several months and I eventually will convert the 400K I wired a few months ago to Chf; but of course I'm trying for the best possible rate. [...]"

La banque a répondu par courriel du 13 juillet 2012, en communiquant au client les extraits de ses comptes au 30 juin 2012 et en lui indiquant ne pas avoir d'opinion sur la question d'éventuels contrôles des capitaux.

Cette réponse a été interceptée par les pirates. Ces derniers ont alors envoyé au client sur sa messagerie électronique un courriel provenant d'une adresse électronique très similaire à celle normalement utilisée par l'employée de banque (E._____@B._____.co au lieu de E._____@B._____.ch). Le contenu de ce courriel, également daté du 13 juillet 2012, était identique à la véritable réponse de la banque sous réserve de deux modifications apportées par les pirates: d'une part, les extraits de compte au 30 juin 2012 n'étaient pas annexés; d'autre part, le courriel - au lieu de répondre à une question du client - indiquait qu'en raison d'une nouvelle politique, ces extraits ne pourraient être envoyés qu'à réception d'une lettre d'autorisation signée, laquelle devait être envoyée par télécopieur à un numéro donné.

Le client a alors adressé une lettre à la banque, à laquelle étaient annexées les autorisations signées prétendument requises, les documents justifiant l'origine des fonds qu'il entendait virer sur son compte et une copie de l'échange de courriers électroniques des 12 et 13 juillet 2012 (incorporant la réponse de la banque sous sa forme modifiée par les pirates). Dans cette lettre, reçue par la banque avec ses annexes le 20 juillet 2012, le client sollicitait une réponse aux questions posées dans son courriel du 12 juillet 2012, alors que la banque y avait déjà répondu par courriel du 13 juillet 2012, dont le contenu avait cependant été modifié par les pirates.

A.i. Les pirates se sont à nouveau adressés à la banque par courriels des 23 et 24 juillet 2012 pour évoquer l'arrivée prochaine des montants provenant de l'assurance-vie, annoncer un ordre de transfert vers Singapour et demander des informations sur les renseignements dont aurait besoin la banque pour l'exécuter. Par courriel du 24 juillet 2012, la banque a demandé un ordre signé.

Le 31 juillet 2012, les pirates ont adressé par télécopieur à la banque un ordre (en réalité une autorisation) de virer 185'000 USD sur le compte de H._____ Limited auprès de la banque [...] à Hong Kong, en mentionnant le motif de transfert suivant: "to balance the property purchased". Cet ordre portait la reproduction d'une signature correspondant aux spécimens de la signature du client en possession de la banque. La manière dont les pirates se sont procurés cette signature n'est pas établie.

A réception de cet ordre, la banque a effectué le transfert requis. Le compte en dollars du client a été débité le 31 juillet 2012 des montants de 185'000 USD et de 27.86 USD (frais bancaires), le solde en compte ne s'élevant plus qu'à 94'904.73 USD. Un avis de confirmation a été établi le même jour à l'intention du client.

Le 2 août 2012, le compte en francs suisses du client a été crédité de 161'165 fr., correspondant au produit de l'assurance-vie arrivée à échéance. Par courriel du même jour - intercepté par les pirates -, la banque en a informé le client.

A.j. Le 8 août 2012, les pirates ont adressé à la banque un courriel l'invitant à effectuer un nouveau transfert sur le compte de H._____ Limited auprès de la banque [...] à Hong Kong, cette fois pour un montant de 230'700 fr. Comme motif était invoqué le souhait de procéder à un investissement dans une propriété. Le même jour, ils ont envoyé à la banque par télécopieur une autorisation de transfert conforme à cette instruction portant la reproduction d'une signature correspondant à celle du client.

La banque a exécuté cette instruction le jour même. Le compte en francs suisses du client a ainsi été débité, au 8 août 2012, des montants de 230'700 fr. et de 27 fr. (frais). Un avis de confirmation, daté du même jour, a été émis à l'intention du client.

A.k. Le 15 août 2012, les pirates ont adressé à la banque, par courriel, une nouvelle demande de transfert portant sur un montant de 83'000 fr. Le destinataire était un dénommé X._____, domicilié à Singapour; les fonds devaient être virés sur un compte que celui-ci détenait auprès d'un établissement bancaire à Singapour. La banque a demandé un ordre de transfert signé, l'indication d'un motif et une pièce justificative de ce dernier. Les pirates ont alors envoyé à la banque par télécopieur une autorisation de virer les fonds portant la reproduction d'une signature correspondant à celle du client, ainsi qu'une facture du 14 août 2012 à l'en-tête d'une entreprise intitulée X._____ Property, établie au nom du client pour un montant de 83'000 fr. correspondant à un paiement pour une propriété à Singapour.

Le lendemain, 16 août 2012, la banque a exécuté l'ordre de transfert et débité le compte en francs suisses du client des montants de 83'000 fr. et de 15 fr. (frais). Un avis de confirmation a été établi le même jour à l'intention du client.

A.l. A la suite d'un échange de courriels du 19 août 2012 avec l'adresse électronique E._____@B._____.co (soit celle ouverte et contrôlée par les pirates), le client a réalisé la supercherie. Par deux courriels du 23 août 2012, il en a informé la banque et l'a priée de bloquer ses comptes.

A la même période, le client a appelé l'employée de banque, qui l'a informé des débits intervenus sur ses comptes. Il a contesté avoir donné les instructions de transfert correspondantes.

Le 27 août 2012, le client s'est présenté dans les locaux de la banque, où il s'est fait remettre l'ensemble de la correspondance électronique échangée entre la banque et l'adresse électronique C._____@hotmail.com. Il a par ailleurs remis à la banque en main propre une lettre par laquelle il contestait avoir ordonné les virements intervenus au débit de ses comptes et en avoir eu connaissance.

Le même jour, il a déposé plainte pénale à Lausanne. Il en a fait de même à Hong Kong le mois suivant.

Par courrier du 27 septembre 2012, l'avocat du client a enjoint à la banque de verser à celui-ci les montants de 305'077.84 USD et de 313'742 fr. dans un délai de dix jours, ce qu'elle n'a pas fait.

B.

B.a. Le client a saisi l'autorité de conciliation le 4 février 2013, puis a déposé une demande le 17 juin 2013 devant le Tribunal de première instance du canton de Genève, en concluant à ce que la banque soit condamnée à lui verser, intérêts en sus, les montants de 120'049.98 USD, 185'027.86 USD, 230'727 fr. et 83'015 fr.

B.b. Parallèlement à cette procédure, le client a intenté devant les juridictions de Hong Kong une action en restitution des mêmes montants dirigée contre la société H._____ Limited et son administratrice. Ces dernières, condamnées dans un premier temps par deux jugements prononcés par défaut, ont relevé les défauts. Les parties ont finalement

passé une transaction par laquelle le client a renoncé à une partie des indemnités de procédure qui lui avaient été accordées aux termes des jugements rendus par défaut. Le 25 juillet 2014, la société et l'administratrice ont payé au client les montants de 304'995.19 USD (correspondant à l'addition des montants de 120'000 USD et de 185'000 USD transférés les 15 juin et 31 juillet 2012, sous déduction de 4.81 USD de frais bancaires), 230'694 fr. 52 (correspondant au montant de 230'700 fr. transféré le 8 août 2012, sous déduction de 5 fr. 48 de frais bancaires) et 11'611.80 HKD (au titre de participation aux frais d'avocat et de procédure).

Après imputation de cette participation, les frais d'avocat et de justice encourus par le client en relation avec les procédures engagées à Hong Kong se sont élevés à 39'909.59 USD.

Au vu de ces développements, le client a, par acte du 31 juillet 2014, modifié les conclusions prises devant le Tribunal de première instance du canton de Genève, requérant désormais que la banque soit condamnée à lui payer:

- en relation avec le transfert de 120'000 USD intervenu le 15 juin 2012: 49.98 USD plus intérêts au titre de remboursement des frais bancaires prélevés à tort et 12'164.38 USD au titre des intérêts courus sur le capital entre le 15 juin 2012 et le 25 juillet 2014;
- en relation avec le transfert de 185'000 USD intervenu le 31 juillet 2012: 27.86 USD plus intérêts au titre de remboursement des frais bancaires prélevés à tort et 18'347.95 USD au titre des intérêts courus sur le capital entre le 31 juillet 2012 et le 25 juillet 2014;
- en relation avec le transfert de 230'700 fr. intervenu le 8 août 2012: 27 fr. plus intérêts au titre de remboursement des frais bancaires prélevés à tort et 22'659 fr. 17 au titre des intérêts courus sur le capital entre le 8 août 2012 et le 25 juillet 2014;
- en relation avec le transfert intervenu le 16 août 2012: 83'015 fr. plus intérêts;
- en relation avec les procédures à Hong Kong: 39'909.59 USD plus intérêts au titre de remboursement des frais d'avocat et de justice encourus.

B.c. Par jugement du 10 août 2015, le Tribunal de première instance a condamné la banque à payer au client les sommes de 49.98 USD plus intérêts et de 12'164.38 USD (ch. 1 du dispositif), de 27.86 USD plus intérêts et de 18'347.95 USD (ch. 2), de 27 fr. plus intérêts et de 22'659 fr. 17 (ch. 3), de 39'909.59 USD plus intérêts (ch. 4) et de 83'015 fr. plus intérêts (ch. 5).

Le Tribunal a considéré en bref qu'en donnant suite, malgré des indices sérieux d'abus, aux ordres de virement reçus, la banque avait commis une faute grave lui interdisant de se prévaloir des clauses de transfert de risque figurant dans la documentation contractuelle. Il lui appartenait par ailleurs de réparer le dommage qu'elle avait causé de manière fautive au client, en lui remboursant les frais qu'il avait exposés dans les procédures ouvertes à Hong Kong.

B.d. Par arrêt du 10 juin 2016, la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève a très partiellement admis l'appel interjeté par la défenderesse, réformant les chiffres 1 à 3 et 5 du dispositif du jugement attaqué en ce sens que la défenderesse a été condamnée à payer au demandeur les montants de 49.98 USD plus intérêts et de 10'800 USD, les montants de 27.86 USD plus intérêts et de 16'650 USD, les montants de 27 fr. plus intérêts et de 20'763 fr., ainsi que le montant de 83'015 fr. plus intérêts. La condamnation au montant de 39'909.59 USD plus intérêts (ch. 4 du dispositif attaqué) a en outre été confirmée.

C.

Le 20 juin 2016, la défenderesse a saisi le Tribunal fédéral d'une requête d'effet suspensif à titre superprovisoire, que la Présidente de la cour de céans, après avoir recueilli les déterminations du demandeur et de l'autorité précédente, a rejetée par ordonnance du 15 juillet 2016.

Par acte du 16 août 2016, la défenderesse a déposé un recours en matière civile, en concluant préalablement à l'octroi de l'effet suspensif et principalement à la réforme de l'arrêt entrepris en ce sens que le demandeur soit débouté de toutes ses conclusions.

Le demandeur a conclu préalablement au rejet de la requête d'effet suspensif et principalement au rejet du recours. L'autorité intimée s'est quant à elle référée à son arrêt.

Par ordonnance du 3 octobre 2016, la Présidente de la cour de céans a rejeté la requête d'effet suspensif.

Considérant en droit :

1.

1.1. Déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) par la défenderesse qui a succombé dans ses conclusions (art. 76 al. 1 LTF) et dirigé contre un arrêt final (art. 90 LTF) rendu sur recours par le tribunal supérieur du canton (art. 75 LTF) dans une contestation civile pécuniaire dont la valeur litigieuse excède 30'000 fr. (art. 72 al. 1 et 74 al. 1 let. b LTF), le recours en matière civile est recevable sur le principe.

1.2. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut rectifier ou compléter les constatations de l'autorité précédente que si elles sont manifestement inexactes ou découlent d'une violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF). "Manifestement inexactes" signifie ici "arbitraires" (**ATF 140 III 115** consid. 2 p. 117; **135 III 397** consid. 1.5). Encore faut-il que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

La critique de l'état de fait retenu est soumise au principe strict de l'invocation énoncé par l'art. 106 al. 2 LTF (**ATF 140 III 264** consid. 2.3 p. 266 et les références). La partie qui entend attaquer les faits constatés par l'autorité précédente doit expliquer clairement et de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées (**ATF 140 III 16** consid. 1.3.1 p. 18 et les références). Si elle souhaite obtenir un complètement de l'état de fait, elle doit aussi démontrer, par des renvois précis aux pièces du dossier, qu'elle a présenté aux autorités précédentes, en conformité avec les règles de la procédure, les faits juridiquement pertinents à cet égard et les moyens de preuve adéquats (**ATF 140 III 86** consid. 2 p. 90). Si la critique ne satisfait pas à ces exigences, les allégations relatives à un état de fait qui s'écarterait de celui de la décision attaquée ne pourront pas être prises en considération (**ATF 140 III 16** consid. 1.3.1 p. 18).

En l'espèce, la défenderesse reproche aux juges cantonaux d'avoir établi l'état de fait de manière manifestement inexacte à deux égards: d'une part, en refusant de constater que le demandeur avait conservé sa correspondance électronique bancaire sur son compte de messagerie électronique "hotmail"; d'autre part, en considérant que le simple effacement des messages concernés n'aurait pas nécessairement empêché les pirates d'en prendre connaissance,

sachant que la plupart des logiciels de messagerie permettent de récupérer les données effacées et que celles-ci peuvent être conservées sous une forme ou une autre par le fournisseur d'accès internet. Ces griefs seront traités en même temps que la question juridique à laquelle les faits litigieux se rapportent (cf. consid. 4 infra).

1.3. Le Tribunal fédéral applique d'office le droit à l'état de fait constaté dans l'arrêt cantonal (art. 106 al. 1 LTF). Cela n'implique pas qu'il examine toutes les questions juridiques qui pourraient se poser, à l'instar d'un juge de première instance. Eu égard à l'obligation de motiver imposée par l'art. 42 al. 2 LTF, l'autorité de céans ne traite que les questions qui sont soulevées devant elle par les parties, à moins que la violation du droit ne soit manifeste (**ATF 140 III 115** consid. 2 p. 116; **140 III 86** consid. 2).

2.

2.1. La défenderesse fait grief aux juges cantonaux d'avoir violé les art. 100 et 101 CO en considérant qu'elle avait commis une faute grave dans l'exécution des ordres de transfert frauduleux. Leur analyse juridique des faits serait erronée et contradictoire.

Les juges genevois ont retenu que les instructions données à la banque défenderesse par courriers électroniques du 14 juin 2012 étaient insolites à cinq points de vue - ce que l'intéressée conteste; puis, tout en concédant que celle-ci ne pouvait reconnaître "avec un quelconque degré de certitude" que les instructions reçues de l'adresse électronique C._____@hotmail.com ne provenaient en réalité pas du prénommé, les juges ont néanmoins conclu que les divergences avec le comportement normal du demandeur devaient susciter des doutes quant à la légitimation du donneur d'ordre. Or, ces doutes auraient dû conduire la banque à effectuer des vérifications supplémentaires avant d'exécuter les instructions reçues, par exemple en invitant le client à prendre contact par téléphone.

2.2.

2.2.1. Par l'ouverture d'un compte bancaire, la banque s'engage à remettre au client, 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 précitée, cela même si l'ordre est donné irrégulièrement ou s'il s'agit d'un faux (**ATF 132 III 449** consid. 2 et les arrêts cités).

2.2.2. En principe, la banque 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, qui n'est pas subordonnée à l'existence d'une faute de la banque (**ATF 132 III 449** consid. 2 p. 452 et les arrêts cités).

En effet, si la banque agit en exécution d'un ordre de son client, elle acquiert une créance contre ce dernier en remboursement du montant débité, au titre de frais relatifs à l'exécution régulière du mandat (art. 402 CO). En revanche, tel n'est pas le cas si l'instruction à laquelle elle donne suite émane d'un tiers non autorisé. Dans cette hypothèse, la banque supporte le risque du paiement indu; elle est alors tenue de payer une seconde fois, à son client, le montant concerné en exécution du contrat (arrêts 4A 398/2009 du 23 février 2010 consid. 5.1.1 et 4A 54/2009 du 20 avril 2009 consid. 1; **ATF 132 III 449** consid. 2 p. 452).

2.2.3. Il est cependant habituel que les conditions générales des banques comportent une clause de transfert de risque en vertu de laquelle le dommage résultant d'un défaut de légitimation ou d'une falsification non décelée 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 (arrêts précités 4A_398/2009 consid. 5.1.2 et 4A_54/2009 consid. 1; **ATF 132 III 449** consid. 2 p. 452 et les références citées).

2.2.4. L'art. 100 CO, qui régit les conventions exclusives de la responsabilité pour inexécution ou exécution imparfaite du contrat, s'applique par analogie à une clause de ce type. Celle-ci est donc d'emblée dénuée de portée si un dol ou une faute grave sont imputables à la banque (art. 100 al. 1 CO). Le juge peut en outre tenir pour nulle une clause libérant la banque de toute responsabilité en cas de faute légère, dans la mesure où l'activité de la banque est assimilée à l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité (art. 100 al. 2 CO). Dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, c'est-à-dire dans l'application des règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), le juge examine la clause de transfert de responsabilité en tenant compte des autres éléments du contrat et de l'ensemble des circonstances du cas particulier. Ce pouvoir d'appréciation n'existe 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; arrêts précités 4A_398/2009 consid. 5.1.2 et 4A_54/2009 consid. 1; **ATF 132 III 449** consid. 2).

2.2.5. Constitue une faute grave la violation de règles élémentaires de prudence dont le respect se serait imposé à toute personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances (arrêt précité 4A_398/2009 consid. 6.1; **ATF 128 III 76** consid. 1b p. 81; **119 II 443** consid. 2a). Commet, en revanche, une négligence légère la personne qui ne fait pas preuve de toute la prudence qu'on aurait pu attendre d'elle, sans toutefois que sa faute - non excusable - puisse être considérée comme une violation des règles de prudence les plus élémentaires (arrêt précité 4A_398/2009 consid. 6.1; LUC THÉVENOZ, in Commentaire romand, 2^e éd. 2012, n° 15 ad art. 100 CO). Le juge apprécie (art. 4 CC) les agissements de l'auteur négligent en se référant à la diligence que l'autre partie était en droit d'attendre, en vertu, notamment, des clauses du contrat et des usages professionnels (arrêt 4A_438/2007 du 29 janvier 2008 consid. 5.3; THÉVENOZ, ibidem).

2.2.6. En général, 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 (arrêts précités 4A_389/2009 consid. 6.1 et 4A_438/2007 consid. 5.3; **ATF 132 III 449** consid. 2 p. 453). Elle n'a pas à prendre de mesures extraordinaires, incompatibles avec une liquidation rapide des opérations. Bien qu'elle doive compter avec l'existence de faux, elle n'a pas à les présumer systématiquement (arrêt précité 4A_438/2007 consid. 5.3). Elle procédera cependant à des vérifications supplémentaires lorsqu'il existe des indices sérieux de falsification, lorsque l'ordre ne porte pas sur une opération prévue par le contrat ou habituellement demandée, ou encore lorsque des circonstances particulières suscitent le doute (arrêts précités 4A_389/2009 consid. 6.1 et 4A_438/2007 consid. 5.3; **ATF 132 III 449** consid. 2 p. 453).

2.3. En l'espèce, les parties ont convenu, d'une part, d'habiliter le demandeur à transmettre des instructions relatives à ses avoirs par télécopie, téléphone, télex ou courriel et, d'autre part, de reporter sur lui l'éventuel préjudice subi par la défenderesse du fait de l'exécution d'un ordre ainsi transmis provenant d'une personne non légitimée ou de caractère frauduleux, sous réserve d'une faute grave de la défenderesse.

Il est par ailleurs constant que les ordres de virement exécutés par la défenderesse les 15 juin, 31 juillet, 8 août et 16 août 2012 ne provenaient ni du demandeur ni d'une autre personne légitimée, mais de tiers inconnus agissant dans un but frauduleux. Dès lors, il s'agit de déterminer si la défenderesse a commis une faute grave dans l'exécution de ces ordres, auquel cas elle ne pourrait opposer la clause impliquant le report sur le demandeur du préjudice qu'elle subit du fait de cette exécution. Comme l'ont relevé à raison les juges cantonaux, cette question doit être examinée pour chaque transfert litigieux, en tenant compte de l'ensemble des informations dont la banque disposait à ce moment.

2.4.

2.4.1. L'ordre du premier virement a été donné le 14 juin 2012. L'arrêt attaqué retient ce qui suit sur les informations dont disposait alors la défenderesse (cf. lettres A.c à A.e supra) :

Le client avait indiqué exercer la profession de "paralegal" dans une grande étude d'avocats américaine et réaliser un revenu d'environ 90'000 USD par an. La relation bancaire engagée avec un autre établissement puis reprise par la défenderesse durait depuis plus de vingt ans. Au cours des dix dernières années, le client n'avait procédé qu'à un seul retrait de fonds en 2008, pour un montant certes important. Depuis lors et jusqu'en 2012, les avoirs déposés sur ses comptes étaient demeurés relativement peu importants. Le client avait signé une décharge couvrant les communications par courriel et c'est principalement par ce moyen que les contacts - relativement peu fréquents - avaient lieu. Le langage employé dans ces courriels était conforme à ce que l'on pouvait attendre d'une personne exerçant une profession juridique, en ce sens qu'il respectait les règles de syntaxe et d'orthographe et utilisait des termes précis et adéquats.

Au début puis à la fin de l'année 2011, le demandeur a annoncé son intention de créditer son compte en dollars d'un montant important, représentant une partie de sa fortune. Spontanément et en bon anglais, il a expliqué ce transfert par la volonté de diversifier ses avoirs en procédant à un placement à long terme, dans une recherche de stabilité et de sécurité. A la fin du mois d'avril 2012, les fonds annoncés ont effectivement été virés sur le compte en dollars du demandeur. Par ailleurs, dans le courant du mois de mai, les comptes de la mère du demandeur ont été clôturés et leur solde positif viré sur le compte en francs suisses de ce dernier.

Les avoirs déposés par le demandeur auprès de la défenderesse ont ainsi connu une augmentation très importante au cours du premier semestre de l'année 2012; le demandeur a invoqué une volonté de diversification et un souci de stabilité et de sécurité sur le long terme.

2.4.2. Le 14 juin 2012, la défenderesse a reçu plusieurs courriels émanant en réalité de pirates qui lui ordonnaient de transférer 120'000 USD sur le compte d'une société auprès d'une banque à Hong Kong. La cour cantonale a retenu que ces instructions étaient insolites à cinq égards, ce que la défenderesse conteste; il convient donc d'examiner ces cinq points ci-après.

2.4.2.1. En premier lieu, force est de constater avec la cour cantonale que le langage utilisé, soit un anglais présentant des erreurs de syntaxe, des fautes d'orthographe (par ex. "I was hoping you do recieved"), qui cumule erreurs de grammaire et d'orthographe) et un vocabulaire approximatif, se distingue nettement de celui qu'on peut généralement attendre d'un juriste s'exprimant dans sa langue maternelle, et plus particulièrement de celui utilisé par le demandeur dans ses précédents courriels, par exemple ceux des 29 décembre 2011 et 3 mai 2012, lesquels sont rédigés en bon anglais, ne comportent pas de faute de syntaxe ni d'accord, n'omettent pas les articles et pronoms et utilisent des termes précis et adéquats, au contraire des courriels envoyés par les pirates le 14 juin 2012.

2.4.2.2. En deuxième lieu, comme le relève la cour d'appel, il ne s'agissait, sur les dix dernières années, que du second ordre de virement émanant du demandeur, et du premier en faveur d'un tiers, qui plus est à destination d'un pays autre que la Suisse ou les Etats-Unis. La défenderesse soutient à tort que la rareté des mouvements excluait l'existence d'une situation normale ou habituelle au regard de laquelle l'opération pourrait apparaître insolite. Force est en effet de constater qu'un soudain ordre de virement à destination d'une société basée à Hong Kong, après dix ans d'accroissement constant des positions dans une optique de sécurité et de stabilité - avec un seul retrait conséquent de 84'711 USD opéré en 2008 au motif de la crise financière survenue à cette époque - apparaissait insolite.

2.4.2.3. En troisième lieu, l'ordre de virement portait sur une partie non négligeable (plus d'un quart) des fonds versés par le demandeur un mois et demi auparavant sur son propre compte avec l'intention explicite de les y conserver à long terme dans une optique essentiellement conservatrice ("I am basically looking for a long-term place to hold some savings with a very defensive posture."). La défenderesse objecte à tort que l'inconstance aurait constitué la règle chez le demandeur dès lors qu'il n'avait pas versé les 250'000 USD annoncés le 10 janvier 2011 et que les 400'000 USD annoncés le 15 décembre 2011 pour la fin de l'année n'avaient finalement été versés qu'à la fin du mois d'avril 2012. On ne discerne en effet pas d'inconstance dans le comportement du demandeur, qui apparaît au contraire réfléchi et conséquent; le fait d'avoir retiré près de 90% de ses avoirs en 2008 en raison de la crise financière confirme une évidente aversion au risque, peu compatible avec un soudain investissement à Hong Kong portant sur plus d'un quart du montant versé un mois et demi auparavant sur son propre compte avec l'intention explicite de les y conserver à long terme dans une optique essentiellement conservatrice.

2.4.2.4. En quatrième lieu, les instructions formulées en faveur d'une personne tierce ne comportaient aucune explication sur le but du virement, si ce n'est qu'il concernait l'acquisition d'un bien immobilier; elles ne donnaient pas davantage la raison ayant conduit le demandeur à modifier ses premières intentions. Or, le demandeur avait jusque-là toujours pris soin d'informer la banque de ses motivations, expliquant par exemple avoir retardé son apport de fonds afin d'obtenir un taux de change plus favorable, ou avoir l'intention de diversifier les monnaies dans lesquelles il conservait sa fortune. La défenderesse ne saurait se retrancher derrière le fait qu'un client n'a pas à donner d'explications détaillées sur les virements qu'il entend faire, puisqu'en l'espèce, le demandeur avait précisément toujours exposé ses intentions à long terme, qui étaient encore rappelées dans son courriel du 15 décembre 2011, où il expliquait vouloir conserver à long terme son nouvel apport de 400'000 USD, dans une optique essentiellement conservatrice.

2.4.2.5. En cinquième et dernier lieu, les instructions faisaient état d'une certaine urgence temporelle, le transfert devant être exécuté le jour même. Cette impression d'urgence a été renforcée par l'envoi de plusieurs courriels à intervalles rapprochés, sans que le motif exact en soit jamais explicité. Une telle manière de procéder était inhabituelle pour le demandeur, dont il n'apparaît pas qu'il ait jamais placé la défenderesse sous la pression du temps. Ici aussi, la défenderesse tente vainement de se retrancher derrière la rareté des ordres donnés en dix ans, qui exclurait d'établir une quelconque habitude du demandeur. Au contraire, l'envoi de plusieurs courriels à intervalles très rapprochés en vue d'effectuer un virement important en faveur d'un tiers à Hong Kong contrastait singulièrement avec le comportement posé et réfléchi du demandeur, tel qu'il ressortait de ses précédentes correspondances avec la banque pendant toute la durée des relations contractuelles.

2.4.3. A l'instar de la cour cantonale, force est d'admettre que ces divers éléments, considérés dans leur ensemble, et en particulier les divergences avec le comportement normal du demandeur, tel que la défenderesse avait pu l'observer dans les rapports entretenus jusqu'alors, auraient dû éveiller chez celle-ci, respectivement chez son auxiliaire, des doutes sur la légitimation du donneur d'ordre, doutes qui auraient dû à tout le moins la conduire à procéder à des vérifications supplémentaires avant d'exécuter les instructions reçues, par exemple en invitant le demandeur à prendre contact par téléphone.

Contrairement à ce que soutient la défenderesse (cf. consid. 2.1 supra), les juges cantonaux n'ont pas versé dans la contradiction en concédant que la défenderesse ne pouvait pas reconnaître "avec un quelconque degré de certitude" le piratage de l'adresse électronique C. _____@hotmail.com, tout en lui reprochant de ne pas avoir nourri des doutes sur la légitimation du donneur d'ordre et de ne pas avoir effectué des vérifications supplémentaires. Il n'est pas reproché à la défenderesse d'avoir méconnu que les instructions reçues le 14 juin 2012 n'émanaient pas de leur auteur apparent, mais d'avoir ignoré tout un faisceau d'éléments qui auraient dû la conduire à douter de la légitimation du donneur d'ordre, et partant à procéder aux vérifications propres à lever ces doutes.

La Cour de justice a ainsi retenu à juste titre que la défenderesse avait manqué de diligence en omettant de procéder à des vérifications alors qu'elle était confrontée à une accumulation de circonstances insolites. La gravité de cette faute doit être appréciée au regard de la diligence que le demandeur pouvait légitimement attendre d'un établissement bancaire en tenant compte, notamment, des clauses du contrat et des usages professionnels. Comme l'ont exposé les juges cantonaux, la défenderesse devait être en mesure d'identifier le caractère insolite, et donc potentiellement suspect, d'instructions rédigées différemment des communications usuelles du client et présentant des traits inhabituels aussi bien au regard de la manière dont les fonds avaient été utilisés jusque-là que par rapport aux intentions exprimées peu auparavant par le demandeur. Eu égard aux usages bancaires et aux attentes concrètes que le demandeur pouvait nourrir, les manquements de l'auxiliaire de la défenderesse, qui n'a pas relevé ces divergences et n'a pas conçu de doutes sur la légitimité des instructions, respectivement a conçu des doutes mais les a fait taire, sont constitutifs de négligence grave.

2.4.4. Contrairement à ce que plaide la défenderesse, les apports (399'980 USD et 138'503 fr. 20) que le demandeur venait d'effectuer sur ses comptes n'étaient pas de nature à susciter une confiance totale de la défenderesse. Contrairement au transfert frauduleux de 120'000 USD, les circonstances entourant les transferts des deux montants précités étaient parfaitement claires, le demandeur ayant donné toutes les explications nécessaires sur leurs motifs et s'étant amplement informé avant de les exécuter. En outre, les transferts s'inscrivaient clairement dans la ligne affichée par le demandeur, tandis que le transfert précipité à destination de Hong Kong ne cadrerait pas avec le souhait exprimé par le demandeur, qui recherchait de la sécurité et de la stabilité avec un investissement passif et à long terme.

2.4.5. Au vu de ce qui précède, l'appréciation des juges cantonaux selon laquelle la défenderesse, respectivement son auxiliaire, a commis une faute grave en procédant au virement de 120'000 USD le 15 juin 2012, en exécution d'instructions frauduleuses reçues la veille, échappe à la critique.

2.5.

2.5.1. Entre l'exécution du premier ordre frauduleux (15 juin 2012) et celle du deuxième (31 juillet 2012), la défenderesse a reçu de nombreuses communications, provenant essentiellement des pirates, mais aussi du demandeur. La cour cantonale a relevé les éléments suivants:

- en réponse à sa demande d'un justificatif pour l'achat d'un bien immobilier, la défenderesse a reçu un "rapport d'évaluation sommaire" concernant un immeuble en Malaisie ainsi qu'une déclaration relative aux risques liés à la peinture au plomb. Outre le fait qu'ils ne répondaient pas à la question posée, les documents remis comportaient plusieurs anomalies: le nom du demandeur y était mal orthographié; une société apparaissait comme experte dans le premier document et comme vendeuse dans le second, lequel semblait dépourvu de lien avec la vente d'un immeuble sis en Malaisie. Nonobstant ces incohérences, la défenderesse n'a pas demandé d'explications ou de justificatifs complémentaires;

- après avoir requis un ordre de virement signé, la défenderesse a reçu le 26 juin 2012 un document comportant un paraphe - soit le prénom "C. _____" calligraphié - dépourvu de tout rapport avec le spécimen de signature en possession de la banque. De surcroît, ledit paraphe ne correspondait en rien au type de signature couramment utilisé en Occident, tel qu'on pouvait l'attendre de la part d'un citoyen américain exerçant une profession juridique; malgré cette anomalie, la défenderesse n'a entrepris aucune démarche de vérification, se bornant à inviter le demandeur à lui adresser un nouvel ordre muni d'une signature correspondant au spécimen en sa possession. Les demandes répétées et insistantes de virement reçues par la défenderesse à la suite de ce refus ont certes éveillé la méfiance de la gestionnaire du compte du demandeur, mais ne l'ont pas conduite à effectuer des investigations complémentaires;

- par courriel du 12 juillet 2012, le demandeur a posé un certain nombre de questions à la défenderesse, mentionnant au passage son intention future de convertir en francs suisses le montant de 400'000 USD viré sur son compte le 30 avril 2012; or, à cette date, l'avoir disponible en dollars ne s'élevait plus qu'à 279'926.13 USD en raison du virement de 120'000 USD intervenu le 15 juin 2012; la défenderesse n'a pas relevé cette incohérence.

2.5.2. Comme l'ont relevé à raison les juges cantonaux, ces nouveaux éléments insolites, ajoutés à la différence d'expression écrite toujours observable entre les courriels des pirates et les écrits du demandeur, auraient dû encore renforcer les soupçons que la défenderesse aurait déjà dû nourrir quant à la légitimité des instructions reçues. Tel est le cas en particulier de la divergence des signatures figurant sur l'ordre de virement du 26 juin 2012 et sur les spécimens

de signature authentique en possession de la banque. A cela s'ajoutait encore le fait qu'elle ne correspondait nullement aux usages en cours dans le monde occidental, à plus forte raison s'agissant d'une personne travaillant comme avocat-assistant dans une grande étude américaine. A elle seule, cette divergence manifeste et inexplicable imposait à la défenderesse de procéder à des vérifications complémentaires, qui lui auraient permis d'éviter de donner suite aux ordres de virement émanant de tiers non autorisés. En omettant de procéder à ces vérifications, la banque, respectivement son auxiliaire, a commis une grave négligence. En aucun cas ne pouvait-elle se borner à refuser d'exécuter l'ordre reçu le 26 juin 2012, pour ensuite exécuter les ordres de virement reçus les 31 juillet, 8 et 15 août 2012, sans effectuer un examen approfondi qui eût permis de constater les multiples indices de fraude décrits ci-dessus.

2.5.3. La défenderesse échoue à démontrer en quoi l'appréciation qui précède serait erronée. Alors que le demandeur se référait dans son courriel du 12 juillet 2012 à un avoir de 400'000 USD et que l'état réel du compte à cette date n'était que de 279'926 USD, la défenderesse objecte que cette incohérence pouvait passer inaperçue au vu de la quantité d'informations contenues dans ledit courriel et de la complexité des questions qui y étaient posées; elle plaide de surcroît que ce courriel avait été envoyé par le demandeur en personne depuis la messagerie piratée, ce qui aurait eu un "effet guérisseur". On ne voit toutefois pas en quoi l'utilisation par le demandeur de sa propre messagerie piratée aurait pu avoir un effet guérisseur, alors que l'ensemble des éléments - y compris les incohérences de style entre les messages émanant des pirates et celui du demandeur - auraient dû conduire la défenderesse à effectuer des vérifications supplémentaires.

2.5.4. Dans ces conditions, les juges cantonaux étaient fondés à retenir une grave négligence de la défenderesse dans l'exécution des trois virements opérés les 31 juillet, 8 août et 16 août 2012.

3.

3.1. Cela étant, la défenderesse plaide que le virement exécuté le 15 juin 2012 aurait été tacitement ratifié par le demandeur. Elle fait observer que la jurisprudence permet certes de renoncer à la fiction de réception d'une communication faite en banque restante dans les cas d'abus de droit, mais encore faudrait-il qu'un comportement intentionnel puisse être reproché à la banque, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence.

3.2.

3.2.1. Les conditions générales des banques prévoient usuellement que toute réclamation relative à une opération doit être formulée par le client dans un certain délai (habituellement un mois) dès la réception de l'avis de transaction ou de l'extrait de compte correspondant, faute de quoi l'opération est réputée acceptée. Le Tribunal fédéral a admis la validité d'une telle clause, qui implique donc qu'à défaut d'objection formulée en temps utile contre une opération effectuée sans instructions, le client est réputé la ratifier (arrêts 4A_42/2015 du 9 novembre 2015 consid. 5.2; 4A_488/2008 du 15 janvier 2009 consid. 5.1).

3.2.2. Lorsque, par une convention de banque restante, la banque accepte de conserver les avis qu'elle devrait adresser à ses clients, ses communications sont opposables à ceux-ci comme s'ils les avaient effectivement reçues. Le client qui adopte ce mode de communication est censé avoir pris connaissance immédiatement des avis qui lui sont adressés de cette façon; il sera traité de la même façon que le client qui aura réellement reçu le courrier, quant à la fiction d'acceptation d'une opération non contestée dans un certain délai. Ce faisant, le client prend un risque dont il doit supporter les conséquences (arrêt 4A_262/2008 du 23 septembre 2008 consid. 2.3 et les références citées).

3.2.3. En raison des conséquences choquantes que pourrait parfois entraîner l'application stricte de la fiction de réception du courrier, le juge peut faire échec à celle-ci en se fondant sur les règles de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC). Tel est le cas lorsque la banque profite de la fiction de 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 lorsqu'elle sait que le client n'approuve pas les actes communiqués en banque restante (arrêts précités 4A_42/2015 consid. 5.2; 4A_262/2008 consid. 2.3 et les références citées). Une négligence comparable doit être assimilée à la lésion intentionnelle (GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5^e édition 2014, p. 131 s. n. 360 et la note de bas de page 96). Le Tribunal fédéral a ainsi jugé qu'une négligence grave rendait inopposable au client la clause de banque restante dans un cas où la banque avait exécuté un ordre dont la signature était totalement illisible (arrêt 4C.81/2002 du 1^{er} juillet 2002 consid. 4.3 et la jurisprudence citée).

3.3. La banque a émis le 15 juin 2012 un avis de débit qu'elle a conservé en banque restante. Le 20 juin 2012, sur requête émanant en réalité des pirates, elle a adressé une copie de cet avis par courriel à l'adresse électronique du client.

Comme l'ont souligné à raison les juges cantonaux, c'est par l'effet d'une négligence grave que la défenderesse a ignoré le caractère insolite des instructions de virement reçues le 14 juin 2012, qui aurait dû l'inciter à faire des vérifications supplémentaires (cf. consid. 2.4 supra). Du moment que ces instructions suspectes lui étaient parvenues par des courriels provenant apparemment de la messagerie électronique de son client, la défenderesse aurait dû réaliser que ce mode de communication était susceptible d'être piraté, et qu'elle ne pouvait donc plus inférer que les courriels adressés au demandeur lui parviendraient effectivement. L'interception du courriel du 20 juin 2012 est ainsi imputable à une grave négligence de la défenderesse, qui ne peut dès lors se prévaloir de l'absence d'opposition du client et de la fiction de ratification découlant de l'art. 2 des conditions générales. Il serait choquant de faire supporter au demandeur les conséquences d'une négligence grave de la défenderesse qui, si elle avait fait preuve de la diligence requise, aurait réalisé que les instructions reçues de l'adresse électronique du demandeur étaient suspectes et que cette adresse n'était dès lors pas fiable. Le même raisonnement prévaut s'agissant de la fiction de réception découlant de la clause de banque restante. Comme le relève la Cour de justice, son application stricte reviendrait à faire supporter au client les conséquences du défaut de vigilance de la défenderesse, qui aurait dû réaliser que les instructions de virement étaient suspectes et risquaient de ne pas être ratifiées par le client. La Cour n'a par ailleurs pas violé le droit fédéral en considérant qu'une négligence grave pouvait aussi faire échec à la clause de banque restante.

4.

4.1. La défenderesse soutient que les prétentions du demandeur en restitution des sommes confiées devraient être rejetées en raison de la faute grave qu'il aurait lui-même commise en conservant sa correspondance électronique bancaire sur son compte de messagerie électronique "hotmail". Les juges cantonaux auraient violé les art. 97 et 41 CO en niant l'existence d'une telle faute sur la base d'une constatation manifestement inexacte des faits. A cet égard, les juges auraient indûment retenu que le simple effacement des messages concernés n'aurait pas nécessairement empêché les pirates d'en prendre connaissance et qu'au demeurant, la conservation de ces messages n'avait pas été établie (cf. consid. 1.2 supra).

4.2. Selon la jurisprudence, les prétentions d'un client en restitution d'une somme déposée auprès d'une banque tendent à l'exécution du contrat et non à l'obtention de dommages et intérêts; en conséquence, les règles sur la réduction de l'indemnité pour faute concomitante (art. 99 al. 3 et 44 al. 1 CO) ne s'appliquent pas directement. Cela ne signifie toutefois pas qu'une éventuelle faute du créancier, fût-elle grave, demeurerait sans incidence sur le sort de ses prétentions, celles-ci pouvant au contraire être réduites, voire rejetées de ce chef. Le fondement juridique d'une telle réduction (ou d'un tel rejet) peut résider soit dans une faute contractuelle (art. 97 al. 1 CO; cf. p. ex. l'art. 1132 CO concernant la faute du tireur), soit dans un acte illicite que le créancier aurait lui-même commis (art. 41 CO; p. ex. collusion entre le titulaire du compte et le tiers qui émet un ordre falsifié), auquel cas la banque dispose d'une prétention en dédommagement contre son cocontractant (**ATF 112 II 450** consid. 4).

4.3. En l'espèce, la cour cantonale a renoncé à examiner si le fait de conserver la correspondance électronique échangée avec une banque sur un compte de messagerie électronique pouvait constituer une imprudence coupable. En effet, d'une part, une telle conservation ne résultait pas du dossier. D'autre part, il n'était pas établi que le simple effacement des messages concernés aurait empêché les pirates d'en prendre connaissance; la plupart des logiciels de messagerie permettaient de récupérer les données effacées, et celles-ci étaient en tout état susceptibles d'être conservées sous une forme ou une autre par le fournisseur d'accès internet.

4.3.1. Comme le fait observer la défenderesse, elle avait dûment allégué dans sa réponse du 15 octobre 2013 que "le titulaire de l'adresse C. _____@hotmail.com conservait tous ses messages et pièces jointes sur son compte de messagerie électronique", et que "quiconque disposait du mot de passe pour ouvrir le compte C. _____@hotmail.com pouvait accéder à toute la correspondance avec la [banque]" (allégués 69 et 70). Le demandeur avait alors expressément admis ces allégués dans ses déterminations du 10 février 2014. Or, selon l'art. 150 al. 1 CPC, la preuve a pour objet les faits pertinents et contestés; par conséquent, dans les litiges dont l'objet est à la libre disposition des parties et qui sont soumis comme en l'espèce à la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC), les faits expressément admis par la partie adverse n'ont pas à être prouvés, sous réserve de la faculté laissée au juge par l'art. 153 al. 2 CPC de faire administrer d'office la preuve d'un fait non contesté lorsqu'il existe des motifs sérieux de douter de sa véracité (JACQUES HALDY, in Code de procédure civile commenté, 2011, n° 13 ad art. 55 CPC). En l'espèce, les allégués précités de la défenderesse ont été expressément admis par le demandeur, de sorte qu'ils devaient être tenus pour établis, à défaut de motifs sérieux de douter de leur véracité, et ce quand bien même le demandeur a ensuite cherché à les contester dans une phase ultérieure de la procédure.

4.3.2. La défenderesse conteste que les logiciels de messagerie permettent de récupérer des données effacées et que celles-ci puissent de toute façon être conservées sous une forme ou une autre par le fournisseur d'accès internet, constatation dont les juges cantonaux ont déduit que l'effacement des messages concernés n'aurait pas nécessairement empêché les pirates d'en prendre connaissance. La défenderesse objecte que dans la mesure où il était établi que le demandeur conservait ses messages sur son compte de messagerie électronique, il incombait à celui-ci de prouver que l'effacement des messages concernés aurait empêché les pirates d'en prendre connaissance - ce qu'il n'a pas fait.

Aux termes de l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Cette règle est considérée comme le principe de base en matière de répartition du fardeau de la preuve en droit privé fédéral (**ATF 128 III 271** consid. 2a/aa p. 273). Selon la conception de la doctrine dominante, qui suit la théorie des normes (Normentheorie), le rapport entre les normes matérielles applicables détermine la répartition du fardeau de la preuve. Ce rapport établit de cas en cas si le fait à prouver fait naître un droit (fait générateur), l'éteint, respectivement le modifie (fait destructeur) ou s'il tient en échec cette naissance ou cette extinction (fait dirimant). Celui qui prétend être titulaire d'un droit doit prouver les faits générateurs dont dépend la naissance du droit. En revanche, c'est à celui qui invoque l'extinction d'un droit ou conteste sa naissance ou sa mise en application qu'il incombe de prouver les faits destructeurs ou dirimants (**ATF 139 III 13** consid. 3.1.3.1 et les références citées).

En l'espèce, la défenderesse entend faire valoir une prétention en dommages-intérêts qui présuppose un acte illicite - hypothèse non soulevée qui peut être écartée d'emblée - ou une faute contractuelle de la part du demandeur. Il incombe donc à la défenderesse d'établir une telle faute ainsi que l'existence d'un lien de causalité naturelle entre cette faute et le dommage qui fonde sa prétention en dommages-intérêts. Cela étant, du moment que la conservation par le demandeur de ses correspondances électroniques sur son compte de messagerie "hotmail" doit être tenue pour établie et qu'il n'est pas contesté que cette conservation ait constitué une *condicio sine qua non* de la survenance du dommage, il incombe au demandeur de prouver le fait dirimant que constituerait la rupture du lien de causalité, à savoir que les pirates, par l'accès à son compte de messagerie, auraient aussi pu prendre connaissance des messages effacés. Or, il n'apparaît pas que le demandeur ait allégué et établi une telle possibilité, laquelle ne pouvait pas être retenue sans autre dès lors qu'elle ne constitue pas un fait notoire (sur cette notion, cf. **ATF 135 III 88** consid. 4.1; arrêt 4A_412/2011 du 4 mai 2012 consid. 2.2, non publié à l'**ATF 138 III 294**).

4.4. Les considérations qui précèdent ne conduisent pas pour autant à admettre que le demandeur aurait commis une faute contractuelle prépondérante qui justifierait de réduire ou rejeter ses prétentions en restitution des sommes confiées à la défenderesse. A cet égard, il sera démontré ci-dessous qu'aucune analogie ne peut être faite avec le précédent cité par la défenderesse, dans lequel le client d'une banque s'était vu reprocher un comportement fautif pour avoir laissé des documents bancaires librement accessibles dans le bureau de sa maison, dont il avait donné les clés à ses hôtes qui laissaient venir des visiteurs dont le client n'avait pas la maîtrise et dont il se méfiait, au point de se sentir menacé (**ATF 111 II 263** consid. 2a).

Comme l'ont relevé les juges cantonaux, il n'est nullement établi en l'espèce que le demandeur aurait insuffisamment protégé sa messagerie électronique; on ignore la manière dont les pirates sont parvenus à en prendre le contrôle et, par voie de conséquence, les mesures qui auraient permis d'empêcher cette prise de contrôle. L'argumentation de la

défenderesse se fonde sur de simples conjectures (mot de passe insuffisamment complexe, accès par des ordinateurs non protégés, etc.), qui présupposent que si des tiers ont pu prendre le contrôle de la messagerie du demandeur, cela tient au fait que celui-ci n'a pas pris les mesures de sécurité que l'on pouvait attendre de lui. Or, cette hypothèse est erronée: il est en effet notoire que ces dernières années, de nombreux services gouvernementaux et entreprises privées - dont on peut penser qu'ils avaient pris des précautions raisonnables pour se protéger contre une telle éventualité - ont fait l'objet d'attaques informatiques parfois couronnées de succès de la part de tiers mal intentionnés. On ne saurait dès lors présumer sans autre examen qu'une prise de contrôle comme celle dont a été victime le demandeur implique nécessairement un défaut de diligence de sa part.

Ainsi, la situation d'un client à qui l'on ne peut reprocher d'avoir pris des précautions insuffisantes pour empêcher l'accès à sa messagerie électronique - protégé par un mot de passe - n'est en rien comparable à celle d'un client qui laisse ses documents bancaires librement accessibles dans le bureau de sa maison fréquentée par des visiteurs dont le client n'a pas la maîtrise, et dont il se méfie.

En tout état de cause, même s'il fallait imputer une faute au demandeur, il y aurait lieu, dans ce cas, de prendre en considération la disproportion manifeste existant entre cette faute légère et la grave négligence commise par la défenderesse, ce qui conduirait à refuser à cette dernière l'allocation de dommages-intérêts, conformément à l'art. 44 al. 1 CO applicable en vertu de l'art. 99 al. 3 CO.

5.

5.1. La défenderesse conteste devoir rembourser au demandeur les frais judiciaires et d'avocat engagés à raison des procédures qu'il a initiées devant les juridictions de Hong Kong. Elle conteste également devoir des intérêts moratoires liés aux transferts litigieux de 120'000 USD, 185'000 USD et 230'700 fr. L'autorité précédente aurait appliqué à tort les règles sur la gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss CO) et aurait dû opposer au demandeur la transaction par laquelle il a renoncé à une partie de ses prétentions.

5.2. L'art. 422 al. 1 CO prévoit que lorsque l'intérêt du maître commandait que la gestion fût entreprise, celui-ci doit rembourser au gérant, en principal et intérêts, toutes ses dépenses nécessaires ainsi que ses dépenses utiles justifiées par les circonstances. Cette disposition peut être invoquée par celui qui a donné à sa gestion les soins nécessaires, même si le résultat espéré n'a pas été obtenu (art. 422 al. 2 CO). Le gérant sans mandat répond de toute négligence ou imprudence (art. 420 al. 1 CO). Sa responsabilité doit toutefois être appréciée avec moins de rigueur quand il a géré l'affaire du maître pour prévenir un dommage dont celui-ci était menacé (art. 420 al. 2 CO). Tel le mandataire (art. 400 CO), il est tenu de rendre compte de sa gestion et de remettre au maître ce qu'il a reçu pour lui (art. 419 et 420 CO; **ATF 112 II 450** consid. 5 p. 458 et les références citées).

5.3. Les juges cantonaux ont fait en substance l'analyse suivante: les frais judiciaires et d'avocat engagés par le demandeur à raison des procédures ouvertes devant les juridictions de Hong Kong ne constituaient pas un dommage qui soit en relation de causalité naturelle et adéquate avec une violation des obligations contractuelles par la banque. Dans la mesure où elle ne s'était pas valablement libérée de son obligation de restituer les fonds déposés ou prêtés par le demandeur, la banque n'avait jamais cessé d'en être la débitrice. Le demandeur n'avait subi aucun dommage puisqu'il demeurait créancier de la banque et n'avait ainsi pas à engager des frais judiciaires et d'avocat aux fins de diminuer un dommage inexistant. Toutefois, en agissant contre les auteurs présumés des ordres frauduleux devant les juridictions de Hong Kong, le demandeur entendait récupérer les fonds détournés pour le cas où sa créance contre la défenderesse ne serait pas reconnue. Il admettait en revanche que, dans l'hypothèse où il obtiendrait gain de cause contre la défenderesse, il ferait profiter cette dernière des montants recouverts au terme des procédures engagées à Hong Kong; il avait du reste modifié ses conclusions en ce sens une fois ces procédures terminées et les montants effectivement obtenus. En agissant de la sorte, le demandeur avait, au moins à titre éventuel, géré sans mandat les affaires de la défenderesse au sens de l'art. 419 CO (**ATF 112 II 450** consid. 5).

En outre, poursuivait la cour cantonale, la gestion avait été entreprise dans l'intérêt du maître, dès lors qu'elle avait permis à la défenderesse de recouvrer - par le biais d'une imputation sur les prétentions du demandeur à son encontre - les montants versés sans instruction valide les 15 juin, 31 juillet et 8 août 2012, dont elle était appauvrie. Conformément à l'art. 422 al. 1 CO, la défenderesse était dès lors tenue de rembourser au demandeur, en principal et intérêts, les frais judiciaires et d'avocat engagés par ce dernier, dont leur nécessité, ou du moins leur utilité et leur justification n'était pas contestée.

5.4. Devant le Tribunal fédéral, la défenderesse ne paraît plus soutenir que le demandeur aurait mal géré ses intérêts en passant la transaction incriminée et aurait ainsi engagé sa responsabilité au sens de l'art. 420 al. 1 CO. En revanche, elle relève que le demandeur n'a pas allégué ni prouvé qu'elle n'était pas en mesure d'agir elle-même, respectivement qu'il aurait été empêché de solliciter son avis avant de signer la transaction excluant le remboursement des frais et intérêts. Toutefois, comme le relève à raison le demandeur, la défenderesse a admis en instance d'appel seulement que les ordres litigieux étaient frauduleux; on peut donc inférer que tout au long de la procédure de première instance, elle n'avait aucune intention d'agir à l'encontre des pirates informatiques dans la mesure où elle ne reconnaissait pas que le demandeur avait été victime d'un piratage. Par ailleurs, les termes de la transaction étaient favorables au demandeur (qui, à ce moment, n'avait pas encore la certitude de gérer l'affaire de la banque), respectivement à la défenderesse, en ce sens qu'ils levaient les incertitudes liées aux procédures de relief alors en cours tout en sauvegardant les condamnations obtenues sur le fond, garantissaient l'exécution desdites condamnations et évitaient les frais judiciaires et d'avocat qu'aurait entraînés la poursuite des procédures de relief. La défenderesse ne saurait par ailleurs de bonne foi reprocher au demandeur de ne pas avoir obtenu ni recherché son accord avant de conclure cette convention alors qu'elle-même, estimant devoir faire supporter par le client le préjudice lié aux ordres de virement frauduleux, ne se sentait pas concernée par les procédures engagées contre les auteurs présumés de ces ordres. Au vu des éléments qui précèdent, la condamnation de la défenderesse au paiement des frais d'avocat échappe à la critique sous l'angle de la gestion d'affaires sans mandat.

5.5. S'agissant du paiement des intérêts moratoires liés aux transferts de 120'000 USD, 185'000 USD et 230'700 fr., la défenderesse soutient à tort que la renonciation au paiement d'intérêts contenue dans la transaction passée à Hong Kong serait opposable au demandeur en application de l'art. 2 CC et de l'interdiction du *venire contra factum proprium*. En effet, le demandeur, en concluant une convention à l'étranger avec des tiers dans le cadre de l'art. 419 CO, ne renonçait pas pour autant à sa créance découlant d'une action en exécution contre la banque et disposait toujours du droit de faire valoir le paiement des intérêts moratoires contre celle-ci.

Par ailleurs, contrairement à ce que soutient la défenderesse, l'art. 114 CO n'est pas non plus applicable. En effet, l'obligation principale de la défenderesse envers le demandeur réside dans l'action en exécution découlant des rapports contractuels entre les parties. Cette obligation n'est pas éteinte en vertu de la transaction que le demandeur a passée à Hong Kong: agissant sur la base de la gestion d'affaires sans mandat, il a éteint une créance de la défenderesse contre la société H. _____ Limited et son administratrice, mais sa propre créance contre la défenderesse demeurait; cette créance a été éteinte, s'agissant du capital, par la créance de la défenderesse résultant de la gestion d'affaires (art. 400 CO par analogie), mais les intérêts moratoires sur la créance du demandeur restent dus.

6.
Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté.
Vu l'issue du recours, les frais de la présente procédure seront mis à la charge de la défenderesse (art. 66 al. 1 LTF). Celle-ci versera en outre au demandeur une indemnité de 6'500 fr. à titre de dépens (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

- 1.**
Le recours est rejeté.
- 2.**
Les frais judiciaires, arrêtés à 5'500 fr., sont mis à la charge de la défenderesse.
- 3.**
La défenderesse versera au demandeur une indemnité de 6'500 fr. à titre de dépens.
- 4.**
Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties et à la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève.

Lausanne, le 5 décembre 2016

Au nom de la Ire Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente: Kiss

La Greffière: Monti

1.9 RESPONSABILITÉ DE LA BNS

La BNS compare chaque fois les signatures avec les spécimens dont elle dispose. S'il a été convenu d'utiliser des moyens de transmission électronique, la vérification est effectuée via les moyens convenus séparément à cet effet. La BNS prend les mesures appropriées pour prévenir et déceler les fraudes. Elle n'est pas tenue de procéder à une vérification plus approfondie de la légitimation, mais y est autorisée. Les dommages résultant de falsifications, de fraudes ou de défauts de légitimation qu'elle n'a pas découverts sont à la charge du cocontractant si elle a agi avec le soin requis par les circonstances.

La BNS ne répond pas des dommages que pourrait subir un titulaire de compte si, du fait d'un soupçon fondé de blanchiment d'argent ou de financement du terrorisme, elle informe l'autorité compétente d'un cas et bloque les avoirs concernés du titulaire du compte ou d'un tiers.

La BNS se réserve le droit de renoncer temporairement à exécuter un ordre en présence d'un soupçon fondé de fraude. Elle est alors en droit d'examiner plus en détail les indices correspondants avant qu'un paiement soit exécuté. A la même condition, la BNS peut également renoncer purement et simplement à exécuter un ordre. Les dommages susceptibles de résulter de l'inexécution ou de l'exécution retardée sont à la charge du titulaire du compte si la BNS a agi avec le soin requis par les circonstances.

Dans le trafic des paiements en Suisse et avec l'étranger, la BNS se réserve le droit de renvoyer à la banque du donneur d'ordre tout paiement entrant dont les données afférentes au donneur d'ordre seraient incomplètes. Elle n'assume aucune responsabilité pour les dommages résultant de l'inexécution de la bonification.

Les dommages résultant de l'utilisation de moyens de transmission physique ou électronique, en particulier à la suite de pertes, de retards, de malentendus, de mutilations ou de doubles expéditions, sont à la charge du cocontractant si la BNS a agi avec le soin requis par les circonstances.

6. Accord de légitimation

Toute personne qui s'authentifie auprès d'UBS par le biais d'un spécimen de signature déposé chez UBS, et/ou par un moyen électronique défini séparément, est en droit de donner des instructions contraignantes à UBS.

UBS doit procéder à la vérification de la légitimation avec le soin et la diligence habituels. Les instructions reçues sont considérées ensuite comme données par cette personne. UBS satisfait correctement à ses obligations si elle donne suite à ces instructions dans le cadre de ses activités ordinaires.

Le client est tenu de conserver soigneusement ses documents bancaires afin qu'aucun tiers non autorisé ne puisse avoir accès aux informations

qu'ils contiennent. Lorsqu'il donne des ordres ou des instructions, le client est tenu de respecter toutes les mesures de précaution permettant de réduire le risque d'utilisation abusive. Il s'engage à ne pas communiquer les moyens de légitimation électronique mis à sa disposition (y compris les mots de passe et les codes), les conserve séparément les uns des autres et suit les recommandations de sécurité d'UBS concernant les prestations de services/produits électroniques afin d'éviter des abus. Si le client constate des irrégularités, il les communique aussitôt à UBS. Le client répond des dommages découlant d'une violation de ces obligations de diligence.

UBS prend des mesures appropriées afin de déceler et d'empêcher les utilisations abusives. Si elle viole le devoir de diligence usuel dans la profession, elle répond des dommages survenus.

Si un dommage survient sans violation du devoir de diligence par UBS ou par le client, la partie dont la cause du dommage est définie comme inhérente à son domaine d'influence devra répondre de ce dernier. S'agissant des dommages dus à des erreurs de transmission, à des problèmes techniques et à des interventions illicites dans les systèmes informatiques/ordinateurs du client, UBS n'endosse aucune responsabilité.

Art. 1 Examen de la légitimation

La Banque est tenue de vérifier la légitimation du client et de ses mandataires avec la diligence usuelle en affaires. Si la Banque, ses collaborateurs ou ses auxiliaires ne respectent pas cette obligation, le dommage qui en résulte est à la charge de la Banque. Si aucune violation des obligations n'existe, le client supporte le dommage résultant des défauts de légitimation.

Art. 4 Erreurs de transmission et pannes de système

En matière d'ordres, d'instructions ou de communications entrants et sortants par courrier postal, télécopie, téléphone, télex, e-mail, Internet et autres modes de transmission ou de transport, la Banque est tenue d'agir avec la diligence usuelle en affaires. Si la Banque, ses collaborateurs ou auxiliaires ne respectent pas cette obligation, la Banque supporte le dommage qui en résulte. Si aucune violation des obligations n'existe, le client supporte le dommage résultant d'ordres, d'instructions ou de communications par courrier postal, télécopie, téléphone, télex, e-mail, Internet et autres modes de transmission ou de transport, p. ex. de la perte, du retard, des malentendus, des altérations ou des communications effectuées en double ou en raison d'interventions illicites ou d'autres perturbations ainsi que de surcharges et interruptions de toute sorte de moyens de télécommunication et de systèmes.

Art. 13 Canaux de communication/publications

[...]

Les e-mails non cryptés et autres canaux de communication électroniques non sécurisés ne sont pas protégés contre les accès par des tiers non autorisés et comportent donc des risques, p. ex. manque de confidentialité, manipulation du contenu ou de données d'expéditeur, acheminement incorrect, retard ou virus. Les risques correspondants peuvent également résulter de l'utilisation d'appareils ou de logiciels. Les appareils et logiciels d'un utilisateur font partie du système mais échappent au contrôle de la

Banque et peuvent donc devenir un point faible du système. C'est pourquoi la Banque recommande au client de protéger en permanence de façon appropriée les appareils et logiciels qu'il utilise contre des attaques informatiques et l'utilisation par des personnes non autorisées ainsi que de ne pas envoyer d'informations sensibles ou à caractère urgent, d'instructions et d'informations relatives à des écritures de la Banque par e-mails non cryptés ou canaux de communication électroniques non protégés, mais d'utiliser les canaux prévus à cette fin par la Banque (p. ex. online banking, application mobile banking, téléphone) et de vérifier immédiatement les transactions exécutées. La Banque supporte les dommages résultant de l'utilisation de ces canaux de communication uniquement en cas de violation de l'obligation de diligence usuelle en affaires par la Banque, ses collaborateurs ou auxiliaires. La Banque n'est notamment pas tenue de comparer les informations et instructions qui lui sont transmises par le client ou un mandataire avec d'autres informations et instructions du client. La Banque décline toute responsabilité pour les appareils et logiciels du client.

[...]

In the name of His Highness Sheikh Mohammad Bin Rashid Al Maktoum, Ruler of Dubai

IN THE COURT OF APPEAL
BEFORE JUSTICE SIR DAVID STEEL, JUSTICE SIR RICHARD FIELD AND H.E. JUSTICE
OMAR AL MUHAIRI

BETWEEN

(1) RAFED ABDEL MOHSEN BADER AL KHORAFI

(2) AMRAH ALI ABDEL LATIF AL HAMAD

(3) ALIA MOHAMED SULAIMAN AL RIFAI

Claimants/Respondents

and

(1) BANK SARASIN-ALPEN (ME) LIMITED

(2) BANK J. SAFRA SARASIN LIMITED (formerly BANK SARASIN & CO. LTD)

Defendants/Appellants

Hearing: **27-30 September 2015 and 1 October 2015**

Counsel: Michael Brindle QC and Chloe Carpenter instructed by Al Tamimi & Co for the First Appellant

Hodge Malek QC and Yash Bheeroo instructed by Clifford Chance for the Second Appellant

Richard Hill QC and Sharif Shivji instructed by Hamdan Al Shamsi Lawyers and Legal Consultants for the Respondents

Judgment: **3 March 2016**

<https://www.difccourts.ae/2016/03/03/11465-2/>

[...]

The Claimants as Clients

208. We now move to the “Client” issue. This was summarised by the Appellants as follows:

“The Judge’s decision that the First Defendant did not determine that any of the Claimants were clients within the meaning of COB 3.2.2 was infected by errors of law and/or findings of fact that were perverse and/or against the weight of the evidence.”

209. As already set out, COB Rule 3.2.1 bars an authorised firm from conducting investment business with retail customers. It must only conduct such business with a person who is a Client. This leads to the relevant rules in this respect:

“3.2.2

(1) A Client is a Person who the Authorised Firm has determined, prior to the establishment of a relationship, is:

an individual who:

has at least \$1 million in liquid assets and has provided the Authorised Firm with written confirmation of this fact;

appears to the Authorised Firm, after analysis, to have sufficient financial experience and understanding to participate in financial markets; and

has consented in writing to being treated as a Client.

...

(2) Any Person who does not meet the criteria in (1) is a Retail Customer.

[...]

[...]

213. At the forefront of the Appellants’ case before the judge was the degree of reliance that could be placed on the AGBC’s and Annex 1 of them in particular. As we have recorded, these had been sent out in blank save for the name of individual potential clients. They were returned signed but otherwise incomplete. They were then filled in by an unidentified person. At no stage were the completed forms returned to or checked with the claimant.

214. At the risk of repetition, the AGBC forms constituted the contract between Sarasin-Alpen (BSA) and the Respondents.

“These additional General Business Conditions comprise a client agreement for the purposes of the Conduct of Business Module of DFSA Rulebook and shall come into force upon execution of both parties.”

The forms were executed on 5 June.

215. The more important provisions were as follows:

“1. Client Qualification

1.1. The Client completed the Client Declaration, Undertaking and Authorisation set out in Annex ?

2. Investment Services

BSA will offer the following services (the “Investment Services”) to the Client

2.2.1 Advice and recommendations on investments or arrangements involving investment in instruments of(?) credit including, without limitation, shares, stocks, bonds, notes, derivative contracts.....

2.4 Restrictions on investments.

There shall be no restriction on the type of investments or markets in which you as Client wish to invest except as specifically agreed in writing....

2.6 BSA’s obligation when providing investment services

2.6.1 BSA will not be required to consider the suitability of any particular investment for the Client when giving any advice or recommendation or accepting instructions or orders in respect of such investment unless in relation to a specific request for advice or recommendation or other investment services. The client has supplied to BSA the specific information on its situation or requirements for that investment and requested specifically that those be taken into account when preparing such advice or recommendations or accepting instructions or orders...”

216. Annex 1 of the AGBC forms starts with a reference to “*I, the undersigned*” followed by a sequence of boxes referring to one of eleven individuals or entities that “*represent or warrant that I meet the definition of “Client*” The form goes on: “*Please tick the appropriate box signifying the criterion for qualification.*” In fact no box was ticked.

217. The potentially relevant box from the perspective of the Respondents was the first one (being an individual with the characteristics specified in COB rule 3.2.2 (1) as above. Annex 1 goes on as follows:

“2. Declare that the particulars and information provided by me to BSA and/or Sarasin Group herein are accurate, correct, true and complete as at the date hereto, and that such particulars and information (whether provided to BSA or the Sarasin Group) will be depended on by BSA in making its decision as to whether I qualify as a Client hereunder.

7. Declare and further consent to be treated as a Client under the laws and regulations of the DIFC and confirm that I understand that by making my declaration and giving this consent I will not be afforded the retail customer protections and compensation rights that may generally be available to me in other jurisdictions.

I hereby confirm that BSA is not required to consider the suitability of any particular investment when giving any advice or recommendation to, or accepting instructions or orders from, me in respect of such investment, unless in relation to a specific request for advice or recommendation or other Investment Services, I have supplied to BSA specific information on my situation or requirements for that Investment and requested specifically that these be taken into account when BSA is preparing such advice or recommendation or accepting instructions or orders.”

Question	Answer attributed to Mr Al Khorafi in the completed AGBC	Answer attributed to Al Hamad in the completed AGBC	Answer attributed to Mrs Al Rifai in the completed AGBC
<p>1. State the details of your knowledge and understanding of the relevant financial markets, types of investment and of the risks involved, either generally or in relation to any proposed transaction that you consider entering into with BSA or any other member of the Sarasin Group, or through the intermediation of BSA or any other member of the Sarasin Group:</p>	<p>Investing into financial markets since my grandfather’s days. Have a CFO to manage Inv.</p>	<p>My family has been investing for over 40 years into international markets</p>	<p>Investing into financial matters since 10 years. Having a CFO to manage investment.</p>
<p>2. Confirm the length of time you have been active in the relevant financial markets, the frequency of your dealings and the extent to which you have relied on financial advice from the financial institutions in this regard:</p>	<p>Very long time 15 – 20 years. Have a CFO to monitor Inv.</p>	<p>None, my CFO assists me in managing the portfolio</p>	<p>10 years. Have a CFO to manage investment</p>
<p>3. Give an indication of the size and nature of transactions that have been</p>	<p>\$>200 million in stocks, bonds, currencies etc.</p>	<p>\$>200 million into stocks and shares</p>	<p>\$>200 million in stocks, bonds, currencies etc.</p>

undertaken for you in the relevant financial markets:

4. State your relevant qualifications relating to the relevant financial markets:	Have studied commerce in the US. I have a qualified CEO to manage Inv.	None, my son (Rafed) + CFO are qualified to manage investments for me	Have studied commerce in the US. I have a qualified CFO to manage investment
5. Give an indication of the composition and size of your existing financial investment portfolio:	\$>200 million	>200 million	\$>200 million
6. Is there anything else you may consider relevant in our assessment of your financial experience and your understanding of financial markets in a wholesale jurisdiction?			

219. The Appellants faced insuperable difficulties in regard to these answers. In the first place it was common ground that most of these answers were simply wrong. For the sake of example the proposition that each Appellant had undertaken transactions in excess of \$200 million in the “*relevant financial market*” and had an existing portfolio of in excess of US\$200 million. But more unfortunately, each questionnaire was in effect a forgery written in the first person by an unidentified member of staff at Sarasin-Alpen based on information derived from an unidentified source. Presumably at the same time the creator of the answers ticked the first box in Annex 1.

220. The whole purpose of the AGBC forms was to enable Sarasin-Alpen (BSA) to comply with the rules so that it could determine whether any or all of the Respondents were Clients. In reality none of the representations, warranties or confirmations were made (or confirmed) by the Respondents. This was, as the judge found, a deliberate failure to comply with the rules by Sarasin-Alpen. Like the judge, we reject the submission that by signing the AGBC’s the Respondents were declaring that they fell within the definition of Client. Absent ticking a box, no declarations were made.

221. Once the AGBC’s fall away there was precious little if any material to allow Sarasin-Alpen to conclude that the Respondents were Clients properly so called in the lead up to the June meeting. The judge dealt with all these matters between paragraphs 243 and 262 of the judgment. That section of his judgment is not open to serious challenge. There was never a proper process of analysis by Sarasin-Alpen: merely reliance ex post facto on a collection of comments which were not much better than gossip. In truth, absent Mr Blonde and absent any contemporary records, the judge’s conclusion in the wake of his rejection of the AGBC’s was inevitable.

222. Equally, the judge was right to reject the submission that on a proper analysis the Respondents were in fact Clients. In particular it is not arguable in our judgment that they had experience and understanding of structured financial products. The judge was right to hold that mere investment experience was sufficient. The relevant sections from the Respondents’ witness statements are set out at paragraphs 267 to 271 of the judgment.

223. It is impossible to contend in our judgment that the judge was clearly wrong to hold that the Appellants could not rely on the AGBC's. Although signed by the Respondents, the responses to the questions which were intended to allow the Appellant to determine whether the signatories satisfied regulatory conditions for acceptance as a Client were written later by someone at the Sarasin-Alpen office. The answers were in many respects clearly wrong as accepted by the Appellants. And in any event, the answers were never shown to or checked with the Respondents.

224. The purported source of the information remains unknown save it is accepted:

(1) That no one from Sarasin-Alpen ever spoke to the second and third Respondents.

(2) It is not suggested that Mr Al Khorafi supplied the information; it is contended that Mr Taha supplied the information but his denial that he did so was not challenged.

(3) Mr Walia's position was simply to speculate that Mr Blonde had extracted the information from some unidentified source.

225. As was submitted by Counsel for the Respondents, the Appellants were seeking to pull themselves up by their own bootstraps by claiming that their own manuscript insertions in the form of "*Declaration Undertakings and Authorisations*" could be relied upon. The whole form in terms of Client Qualification was based on the pre-condition that the Client had completed (or at least approved the content) Annex 1 and Annex 1A.

226. The judge was also correct to reject the proposition that, because the Respondents had signed the form containing the Clause 7 declaration of consent to being treated as a client, such was sufficient to constitute the signatories as Clients. Quite apart from the regulatory need on the part of the First Appellant to make a determination, the consent is meaningless in the absence of **both** a selection of Box 1 in Annex 1 claiming status as a Client as an individual in the specified respects, together with the associated requirement for a completed Annex 1A "*Individual Client Analysis*". A blank form is devoid of effect.

227. Rather the same considerations apply to the proposition that merely by signing the document the signatory is to be deemed as having selected the most appropriate box which could be deemed as ticked. If Annex 1A had been completed by the signatory the point might be arguable. But again a blank form is simply that and contains no representation or warranty. But even if it did, it is no answer to the point that Sarasin-Alpen needed to conduct both an analysis and a consequent determination. If any such process was undertaken it is contained in the bogus entries on the forms. But self-certification by the prospective client is not available let alone by some third party. The right process would have been to go back to the signatories and obtain fully completed forms.

[...]

Gericht:	BGH 3. Zivilsenat	Normen:	§ 280 Abs 1 BGB,
Entscheidungsdatum:	10.01.2019		§ 309 Nr 12 Halbs 1 Buchst b BGB, §
Aktenzeichen:	III ZR 109/17		309 Nr 12 Halbs 2
ECLI:	ECLI:DE:BGH:2019:100119UIIIZR109.17.0		BGB
Dokumenttyp:	Urteil		

Anlageberatungsvertrag: Wirksamkeit einer vom Berater vorformulierten Bestätigung des Anlegers über die Kenntnisnahme der Risikohinweise in einem Emissionsprospekt; Voraussetzungen für die Wirksamkeit eines Empfangsbekennnisses; Rechtzeitigkeit der Prospektübergabe - Wissenserklärung - Rechtzeitigkeit der Prospektübergabe

Wissenserklärung

Rechtzeitigkeit der Prospektübergabe

1. Eine vorformulierte Bestätigung des Anlegers, die Risikohinweise in einem Emissionsprospekt zur Kenntnis genommen zu haben, ist gemäß § 309 Nr. 12 Halbsatz 1 Buchstabe b BGB unwirksam. Hierin liegt eine die Beweislast zu seinem Nachteil ändernde Bestimmung. Es genügt, wenn die Beweisposition des Anlegers verschlechtert wird; eine Umkehr der Beweislast ist nicht erforderlich.
2. Ein Empfangsbekennnis im Sinne von § 309 Nr. 12 Halbsatz 2 BGB muss getrennt vom sonstigen Vertragstext erteilt werden und darf keine weiteren Erklärungen umfassen.
3. Die Frage, ob der Anleger genügend Zeit hatte, um einen ihm zur Information unter anderem über die Risiken des Investments zur Verfügung gestellten Prospekt zur Kenntnis zu nehmen, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Eine Regelfrist gibt es nicht.

Verfahrensgang

vorgehend OLG Celle, 16. März 2017, Az: 11 U 98/16
vorgehend LG Hannover, 23. Juni 2016, Az: 8 O 97/15

Tenor

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 16. März 2017 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als seine Berufung wegen der Anträge zu Nr. 3 a) bis d) (betreffend die Beteiligung an der S. GmbH & Co. KG) zurückgewiesen worden ist.

Die weitergehende Revision des Klägers (bezüglich der Anträge zu Nr. 2 c), 4 c) und Nr. 5) und die Revision der Beklagten werden als unzulässig verworfen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

- 1 Der Kläger nimmt die Beklagte auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung in Anspruch.

- 2 Der Kläger beteiligte sich - jeweils nach Beratung durch den seinerzeit für die Beklagte tätigen Handelsvertreter Dr. T. - über einen Treuhänder mit Beitrittserklärungen vom 2. Mai 2007 und 16. März 2010 mit einer Beteiligungssumme von jeweils 20.000 € zuzüglich 5 % Agio zum einen an der K. & C. MT "K. Ed. " Tankschiffahrts GmbH & Co. KG und der K. & C. MT "K. Er. " Tankschiffahrts GmbH & Co. KG (im Folgenden Tanker-Fonds) sowie zum anderen an der S. GmbH & Co. KG (im Folgenden Solar-Fonds - erste Tranche). Eine später gezeichnete weitere Beteiligung an diesem Solar-Fonds (zweite Tranche) ist bis auf einen weiterhin geltend gemachten Zinsanspruch nicht mehr Gegenstand des Revisionsverfahrens.

- 3 In der Beitrittserklärung vom 16. März 2010 über den Solar-Fonds - erste Tranche - heißt es in einer gesondert vom Kläger unterschriebenen Rubrik mit der Überschrift "Empfangsbestätigung/weitere Erklärungen und Hinweise:" unter anderem wie folgt:

"Ich habe den Beteiligungsprospekt nebst Anlagen (...) erhalten, den Inhalt insbesondere des Kapitels 05 (Risiken der Beteiligung) des Verkaufsprospekts vollinhaltlich zur Kenntnis genommen und stimme dem Inhalt der Verträge ausdrücklich zu."

- 4 Zugleich unterzeichnete der Kläger einen "persönlichen Beraterbogen", in dem das Datum der Prospektübergabe mit "12.03.10" vermerkt war.

- 5 Der Kläger hat in Bezug auf den Solar-Fonds behauptet, er sei über die Risiken der Anlage nicht informiert worden. Den Emissionsprospekt habe er nicht rechtzeitig, sondern erst anlässlich der Zeichnung erhalten. Der Prospekt habe zudem Fehler enthalten. In Kenntnis der Risiken hätte er die Anlage nicht erworben.

- 6 Die Beklagte hat demgegenüber behauptet, Dr. T. habe den Prospekt - seiner Praxis entsprechend - dem Kläger rechtzeitig vor Zeichnung ausgehändigt. Ferner hat sie sich auf den persönlichen Beraterbogen und die Beitrittserklärung vom 16. März 2010 bezogen. Hilfsweise hat sie die nicht rechtzeitige Übergabe mit Nichtwissen bestritten.

- 7 Das Landgericht hat die Schadensersatzklage nach Anhörung des Klägers und Vernehmung des Zeugen Dr. T. abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und die Beklagte in Bezug auf den Tanker-Fonds und die zweite Tranche des Solar-Fonds zum Ersatz des Zeichnungsschadens Zug um Zug gegen Rückübertragung der Anteile des Klägers an den beiden Fondsgesellschaften verurteilt sowie die Feststellungen getroffen, die Beklagte befinde sich hinsichtlich der jeweiligen Rückübertragung der Anteile im Annahmeverzug und habe den Kläger von sämtlichen Schäden und Nachteilen - insbesondere in Bezug auf Rückforderungsansprüche nach § 172 Abs. 4 HGB - freizustellen. Im Übrigen hat das Berufungsgericht das Rechtsmittel des Klägers, soweit es auf Rückabwicklung der Zeichnung der ersten Tranche des Solar-Fonds nebst Feststellung des Annahmeverzugs sowie - insofern betreffend alle drei Investitionsentscheidungen - Erstattung entgangenen Gewinns (in Form nicht erzielter Anlagezinsen einer Alternativanlage) und Ersatz außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten gerichtet war, zurückgewiesen. Hiergegen wenden sich beide Parteien mit der Revision.

Entscheidungsgründe

- 8 Die Revision der Beklagten ist unzulässig. Auch die Revision des Klägers ist teilweise unzulässig. Soweit sie - betreffend die Abweisung des auf Schadensersatz wegen des Erwerbs von Anteilen an dem Solar-Fonds am 16. März 2010 (erste Tranche) nebst dazugehöriger Zins- und Feststellungsanträge gerichteten Anspruchs - zulässig ist, hat sie Erfolg und führt in diesem Umfang

zur Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

- 9 Das Berufungsgericht hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - ausgeführt, in Bezug auf die erste Tranche des Solar-Fonds habe die Beklagte zu der vom Kläger behaupteten nicht rechtzeitigen Prospektübergabe unter zulässiger Bezugnahme auf den Vermerk über das Übergabedatum im Beratungsprotokoll substantiiert vorgetragen, dass der Kläger den Prospekt am 12. März 2010 erhalten habe. Zwar habe sie damit zu einer Prospektübergabe vorgetragen, die nur vier Tage vor der Zeichnung erfolgt sei. Dennoch habe sie ihrer sekundären Darlegungslast zu einer rechtzeitigen Prospektübergabe genügt, indem sie auf die von ihr vorgelegte Anlage B 15 (die Beitrittserklärung) Bezug genommen habe, in der der Kläger nicht nur den Empfang des Prospekts, sondern auch dessen Kenntnisnahme bestätigt habe. Dies lasse es zumindest als plausibel erscheinen, dass dem Kläger vier Tage für die Prospektlektüre ausgereicht hätten. Der Kläger habe dieses Vorbringen inhaltlich nicht in Abrede gestellt und insbesondere nicht bestritten, die Empfangs- und Kenntnisnahmebestätigung unterzeichnet zu haben. Er habe auch nicht erläutert, weshalb er den Prospekt entgegen seiner Bestätigung tatsächlich nicht habe zur Kenntnis nehmen können, oder dies unter Beweis gestellt. Die Behauptung des Klägers, er sei im März 2010 "derart beruflich eingespannt" gewesen, dass ihm "Zeit und Ruhe" gefehlt hätten, "sich mit einem 172 Seiten starken Emissionsprospekt zu befassen", beinhalte keine Darlegung zu der Frage, woran der Berater hätte erkennen können, dass dem Kläger der Zeitraum von vier Tagen entgegen seiner gegenteiligen Empfangs- und Kenntnisnahmebestätigung nicht ausgereicht habe. Der Vortrag der Beklagten sei daher als unstreitig anzusehen. Es sei davon auszugehen, dass der Kläger den Prospekt rechtzeitig erhalten habe und durch ihn ordnungsgemäß aufgeklärt worden sei.

II.

- 10 Das Berufungsurteil hält, soweit es zulässig angegriffen worden ist, rechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.
- 11 1. Revision der Beklagten:
- 12 Mangels Zulassung ist die Revision der Beklagten als selbständiges Rechtsmittel nicht zulässig. Sie ist auch als Anschlussrevision nicht statthaft.
- 13 a) Das Berufungsgericht hat die Revision nur zugunsten des Klägers zugelassen. Das ergibt sich zwar nicht aus dem Tenor des Berufungsurteils, jedoch aus der Auslegung der Urteilsgründe.
- 14 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann sich eine Beschränkung der Revisionszulassung auch aus den Urteilsgründen ergeben (z.B. Senatsurteil vom 18. Oktober 2018 - III ZR 497/16, WM 2018, 2179, Rn. 11; Senatsbeschluss vom 27. März 2014 - III ZR 387/13, juris Rn. 4 m.zahlr.w.N.; Senatsurteile vom 19. Juli 2012 - III ZR 308/11, WM 2012, 1574 Rn. 8 und vom 5. Mai 2011 - III ZR 91/10, NJW-RR 2011, 1106 Rn. 22; BGH, Beschluss vom 8. Mai 2012 - XI ZR 261/10, WM 2012, 1211 Rn. 6 mwN; Urteil vom 27. September 2011 - II ZR 221/09, WM 2011, 2223 Rn. 18). Aufgrund der gebotenen Auslegung der Urteilsgründe kommt deshalb eine Beschränkung der Zulassung der Revision auf einzelne Prozessparteien in Betracht, sofern Grund der Revisionszulassung eine bestimmte Rechtsfrage war, die das Berufungsgericht zum Nachteil nur einer Prozesspartei entschieden hat und die lediglich für die Entscheidung über einen selbständigen Teil des Streitstoffs erheblich sein kann. Die Zulassung wirkt in diesem Fall nicht zugunsten der gegnerischen Partei, die das Urteil aus einem völlig anderen Grund angreift (Senatsurteil vom 5. Mai 2011; BGH, Beschluss vom 8. Mai 2012; jeweils aaO und mwN).

- 15 Das Berufungsgericht hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen, soweit es um die Frage geht, ob das Beratungsunternehmen mit dem Hinweis auf eine vom Anleger unterzeichnete Bestätigung, in der er den Empfang und die Kenntnisnahme eines einige Tage vor der Zeichnung erhaltenen Prospekts quittiert, seiner - nach Ansicht des Oberlandesgerichts bestehenden - besonderen Darlegungslast im Hinblick auf eine rechtzeitige Prospektübergabe genügt. Dies bezieht sich allein auf die vom Kläger im Zusammenhang mit der Zeichnung der ersten Tranche des Solar-Fonds unterschriebene "Empfangsbestätigung/weitere Erklärungen und Hinweise" vom 16. März 2010. Auf diese Erklärung gestützt, hat das Berufungsgericht die Klageabweisung insoweit bestätigt.
- 16 Demgegenüber betrifft die Revision der Beklagten ihre Verurteilung zur Leistung von Schadensersatz im Zusammenhang mit der Zeichnung des Tanker-Fonds am 2. Mai 2007, bei dem das Berufungsgericht das Verteidigungsvorbringen der Beklagten gerade für unzureichend gehalten hat. Das dort abgegebene - isolierte - Empfangsbekanntnis des Klägers, das das Oberlandesgericht als nicht ausreichend erachtet hat, ist mit der aus Anlass der Zeichnung des Solar-Fonds unterzeichneten Empfangs- und Kenntnisnahmebestätigung nicht vergleichbar. Gegenstand des Begehrens des Klägers ist zudem ein ganz anderer Fonds, der fast drei Jahre vor dem Solar-Fonds gezeichnet worden ist. Bei dem mit Blick auf den Erwerb der Anteile an dem Tanker-Fonds geltend gemachten Schadensersatzanspruch handelt es sich dementsprechend um einen rechtlich selbständigen und abtrennbaren Teil des Streitstoffs. Im Fall einer Zurückverweisung hinsichtlich des Solar-Fonds kann daher kein Widerspruch zu dem den Tanker-Fonds betreffenden Streitstoff auftreten (vgl. etwa Senatsurteil vom 18. Oktober 2018 aaO Rn. 13; Senatsbeschluss vom 16. Dezember 2010 - III ZR 127/10, WM 2011, 526 Rn. 5 m.zahlr.w.N.; BGH, Urteile vom 23. September 2003 - XI ZR 135/02, WM 2003, 2232, 2233 und vom 29. Januar 2003 - XII ZR 92/01, BGHZ 153, 358, 362).
- 17 b) Das Rechtsmittel der Beklagten ist auch als Anschlussrevision nicht statthaft (§ 554 Abs. 2 Satz 1 ZPO).
- 18 Zwar stellen eine unstatthafte Revision und eine Anschlussrevision ein einheitliches Rechtsmittel dar (vgl. etwa: BGH, Urteil vom 27. Februar 2018 - XI ZR 224/17, WM 2018, 737 Rn. 27). Bei beschränkter Zulassung der Revision kann eine Anschlussrevision auch dann eingelegt werden, wenn sie nicht den Streitstoff betrifft, auf den die Revision sich bezieht (vgl. BGH, Urteil vom 22. März 2006 - VIII ZR 173/04, NJW-RR 2006, 1328 Rn. 17 mwN). Grundsätzlich spielt es nach der ausdrücklichen Regelung des § 554 Abs. 2 Satz 1 ZPO auch keine Rolle, ob die Revision nur zugunsten der anderen Partei zugelassen wurde (etwa Senatsurteil vom 5. Mai 2011 aaO Rn. 24).
- 19 Die Anschlussrevision ist als unselbständiges Rechtsmittel aber akzessorischer Natur. Dieser Abhängigkeit würde es widersprechen, wenn mit ihr Streitstoff eingeführt werden könnte, der mit dem Gegenstand der Hauptrevision weder in einem rechtlichen noch in einem wirtschaftlichen Zusammenhang steht (BGH, Urteil vom 22. November 2007 - I ZR 74/05, BGHZ 174, 244 Rn. 40). Als Anschlussrevision ist das Rechtsmittel daher nur dann statthaft, wenn es einen einheitlichen Lebenssachverhalt betrifft, der mit dem von der Revision erfassten Streitgegenstand in einem unmittelbaren rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang steht (Senat aaO; BGH, Urteile vom 27. Februar 2018 aaO Rn. 26; vom 12. Oktober 2017 - IX ZR 267/16, WM 2017, 2324 Rn. 27; vom 17. Dezember 2013 - VI ZR 211/12, NJW 2014, 2029 Rn. 76; vom 22. November 2007 - I ZR 74/05, aaO und Rn. 42; ähnlich schon BGH, Urteil vom 21. Juni 2001 - IX ZR 73/00, BGHZ 148, 156, 161 im Vorgriff auf die Rechtslage nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform des Zivilprozessrechts vom 27. Juli 2001, BGBl. I, S. 1887).
- 20 Daran fehlt es vorliegend. Die Revision und die Anschlussrevision betreffen verschiedene Streitgegenstände, die weder rechtlich noch wirtschaftlich miteinander verbunden sind. Die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche beruhen auf zeitlich weit auseinanderliegenden, selbständigen Beratungssituationen; die Anlageentscheidungen beziehen sich auf unterschiedliche Kapitalanlagen. Auch die Erwägungen des Oberlandesgerichts zur Frage des der Beklagten obliegenden Vortrags sowie die jeweils berücksichtigten Tatsachen unterscheiden sich voneinander. Allein dass es in beiden Fällen um Zeichnungsschäden geht und dieselben Parteien involviert sind

beziehungsweise derselbe Anlageberater im Abstand von einigen Jahren tätig geworden ist, begründet keinen unmittelbaren rechtlichen oder wirtschaftlichen, sondern allenfalls einen mittelbaren letztlich zufälligen Zusammenhang.

- 21 2. Revision des Klägers:
- 22 a) Die Revision des Klägers ist mit Blick auf den Umfang der Zulassung des Rechtsmittels durch das Berufungsgericht aus den vorstehenden Gründen ebenfalls insoweit unzulässig, als sie sich gegen die Bestätigung der Abweisung der im Zusammenhang mit dem Tanker-Fonds und der zweiten Tranche des Solar-Fonds geltend gemachten Ansprüche auf Ersatz eines ihm mit einem Alternativ-Investment entgangenen Gewinns (§ 252 BGB) und Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten richtet. Auch insoweit handelt es sich um selbständige und abtrennbare Teile des Streitstoffs, hier in Form eines jeweils eigenen Streitgegenstands (zum entgangenen Gewinn: vgl. Senatsbeschluss vom 26. Februar 2015 - III ZR 53/14, BKR 2015, 216 Rn. 4 mwN), die unabhängig von dem übrigen Prozessstoff beurteilt werden können und bei denen auch im Falle der Zurückverweisung (ebenfalls) kein Widerspruch zum nicht anfechtbaren Teil des Streitstoffs auftreten kann. Die Zulassung der Revision durch das Berufungsgericht bezieht sich auf diese Punkte ersichtlich nicht (vgl.o.). Einer Teilurteilsfähigkeit des betroffenen Streitstoffs auf der Ebene der Berufungsinstanz bedarf es nicht (Senatsbeschluss vom 16. Dezember 2010 aaO Rn. 5; vgl. auch BGH, Urteil vom 25. Januar 1995 - XII ZR 193/93, NJW-RR 1995, 449, 450).
- 23 b) Soweit sich die Revision auf die Abweisung des auf Rückabwicklung der ersten Tranche des Solar-Fonds im Gegenwert von 19.600 € gerichteten Schadensersatzanspruchs nebst Zinsen bezieht, ist sie hingegen vom Berufungsgericht zugelassen, auch im Übrigen zulässig und begründet. Die Klageabweisung lässt sich insoweit mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht rechtfertigen.
- 24 aa) Nach dem im Revisionsrechtszug zugrunde zu legenden Vorbringen des Klägers ist zwischen den Parteien ein Beratungsvertrag zustande gekommen. Dass der für die Beklagte als Anlageberater tätige Zeuge Dr. T. im Zusammenhang mit der Empfehlung des vom Kläger am 16. März 2010 gezeichneten Solar-Fonds eine Pflichtverletzung begangen hat, ist nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sach- und Streitstand entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht auszuschließen.
- 25 (1) Der Anlageberater schuldet eine anleger- und objektgerechte Beratung, wonach er unter Berücksichtigung des Wissenstands des Kunden und seiner persönlichen wirtschaftlichen Verhältnisse eine seinem Anlageziel und seiner Risikobereitschaft entsprechende Empfehlung auszusprechen und ihn in Bezug auf das Anlageobjekt rechtzeitig, richtig, sorgfältig sowie verständlich und vollständig zu beraten hat. Dabei muss er den Interessenten über die Eigenschaften und Risiken unterrichten, die für die Anlageentscheidung wesentliche Bedeutung haben oder haben können (st. Rspr., vgl. nur Senatsurteile vom 23. März 2017 - III ZR 93/16, WM 2017, 799 Rn. 11, vom 18. Februar 2016 - III ZR 14/15, WM 2016, 504 Rn. 15; vom 4. Dezember 2014 - III ZR 82/14, WM 2015, 68 Rn. 9 und vom 24. April 2014 - III ZR 389/12, NJW-RR 2014, 1075 Rn. 9 und 12; jew. mwN).
- 26 Eine ordnungsgemäße Anlageberatung kann dabei nicht nur mündlich, sondern auch durch die Übergabe von Prospektmaterial erfolgen, sofern der Prospekt nach Form und Inhalt geeignet ist, die nötigen Informationen wahrheitsgemäß und verständlich zu vermitteln, und er dem Anlageinteressenten so rechtzeitig vor Vertragsschluss übergeben wird, dass sein Inhalt noch zur Kenntnis genommen werden kann (z.B. Senatsurteile vom 18. Februar 2016 aaO Rn. 16; 24. April 2014 aaO Rn. 9 mwN und vom 8. Juli 2010 - III ZR 249/09, BGHZ 186, 152 Rn. 32 m.umfang.w.N.).
- 27 Die persönliche Aufklärungspflicht des Beraters entfällt, wenn die entsprechende Belehrung in einem Prospekt enthalten ist und der Berater davon ausgehen darf, dass der Kunde diesen gelesen und verstanden hat und gegebenenfalls von sich aus Nachfragen stellt (z.B. Senatsurteil-

le vom 17. September 2015 - III ZR 384/14, BeckRS 2015, 16600 Rn. 16; vom 11. Dezember 2014 - III ZR 365/13, WM 2015, 128 Rn. 18 und vom 20. Juni 2013 - III ZR 293/12, BeckRS 2013, 11561 Rn. 7). Der Anleger muss sich mit dem Prospektinhalt vertraut machen können, weswegen er ausreichend Zeit für eine sinnvolle Auseinandersetzung damit haben muss (vgl. Senatsurteile vom 12. Juli 2007 - III ZR 145/06, NJW-RR 2007, 1692 Rn. 9 und vom 19. November 2009 - III ZR 169/08, BKR 2010, 118 Rn. 24; BGH, Beschluss vom 19. Juli 2011 - XI ZR 191/10, NJW 2011, 3229 Rn. 18). Sodann liegt es im Verantwortungsbereich des Anlegers zu entscheiden, ob er den Prospekt innerhalb der ihm zur Verfügung stehenden - ausreichenden - Zeit zur Kenntnis nehmen will oder nicht. Nimmt er die Informationen nicht zur Kenntnis, geht dies zu seinen Lasten (BGH, Urteile vom 4. Juni 2013 - XI ZR 188/11, BeckRS 2013, 10912 Rn. 30 und vom 26. Februar 2013 - XI ZR 345/10, BKR 2013, 283 Rn. 33).

- 28 Die nicht rechtzeitige Übergabe des Emissionsprospekts hat der Anleger darzulegen und zu beweisen (z.B. Senatsurteile vom 19. Oktober 2017 - III ZR 565/16, WM 2017, 2191 Rn. 22 - vorgesehen für BGHZ; vom 6. Dezember 2012 - III ZR 66/12, WM 2013, 68 Rn. 16; vom 19. November 2009 aaO Rn. 25 und vom 11. Mai 2006 - III ZR 205/05, WM 2006, 1288 Rn. 6), wobei die Frage der "Rechtzeitigkeit" als solche eine rechtliche Bewertung darstellt (Senatsurteil vom 19. Oktober 2017 aaO Rn. 30). Welche Frist seit Empfang des Prospekts bis zum Abschluss des Anlagegeschäfts angemessen und erforderlich ist, damit der Anleger den Prospektinhalt hinreichend zur Kenntnis nehmen kann, hängt indessen maßgeblich von den Umständen des einzelnen Falls ab (BGH, Beschluss vom 19. Juli 2011 aaO). Eine Regelfrist, die nach Übergabe des Prospektes einzuhalten ist, gibt es nicht.
- 29 (2) Die Ansicht des Berufungsgerichts, es sei davon auszugehen, dass der Kläger den Prospekt rechtzeitig erhalten habe und damit ordnungsgemäß aufgeklärt worden sei, beruht auf einem Rechtsfehler.
- 30 (a) Die Vorinstanz hat ihre insoweit angestellte Überlegung, es sei plausibel, dass dem Kläger vier Tage zur Prospektlektüre ausgereicht hätten, damit begründet, dass er nicht nur den Empfang des laut Beraterbogen am 12. März 2010 ausgehändigten Prospekts, sondern auch dessen Kenntnisnahme einschließlich der Risikoaufklärung - "vollumfänglich", "insbesondere das Kapitel 05 (Risiken der Beteiligung)" - bestätigt habe. Damit im Zusammenhang stehen die weiteren Ausführungen, der Kläger habe nicht erläutert und unter Beweis gestellt, weshalb er die Bestätigung unterzeichnet habe, wenn er den Prospekt tatsächlich nicht habe zur Kenntnis nehmen können, und ferner nicht dargelegt, woran der Berater hätte erkennen sollen, dass entgegen seiner anderslautenden Bestätigung ein Zeitraum von vier Tagen wegen seiner damaligen beruflichen Belastung nicht ausgereicht habe und ihm "Zeit und Ruhe" gefehlt hätten, "sich mit dem 172 Seiten starken Emissionsprospekt zu befassen".
- 31 Der Kläger rügt mit seiner Revision demgegenüber zu Recht, dass die - in dem Beitrittsformular der Fondsgesellschaft enthaltene, für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB) - Kenntnisnahmebestätigung als Tatsachenbestätigung gemäß § 309 Nr. 12 Halbsatz 1 Buchstabe b BGB unwirksam ist. Dies gilt ebenfalls für das zugleich mit dieser und weiteren anderen Erklärungen - mithin nicht isoliert - abgegebene Empfangsbekanntnis, auf das § 309 Nr. 12 Halbsatz 2 BGB folglich keine Anwendung findet.
- 32 (aa) Dem Schutzzweck der Regelung zur Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch allgemeine Geschäftsbedingungen entspricht es, auch die vom Verwender vorformulierten einseitigen rechtsgeschäftlichen Erklärungen der anderen Vertragspartei einer AGB-rechtlichen Kontrolle zu unterwerfen (Senatsurteil vom 15. Mai 2014 - III ZR 368/13, WM 2014, 1146 Rn. 30 mwN). Dabei ist der Beklagten die ersichtlich (auch) in ihrem Interesse abgefasste Bestätigung als Verwenderin zuzurechnen, welche sie dem Kläger als Vermittlerin der Fondsgesellschaft mit der gleichermaßen unterzeichneten Beitrittserklärung vorgelegt hat (§ 305 Abs. 1 Satz 1, § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB; vgl. auch BGH, Urteile vom 5. April 1979 - VII ZR 308/77, BGHZ 74, 204, 211 und vom 6. Mai 1982 - VII ZR 74/81, NJW 1982, 2243, 2244).

- 33 (bb) Gemäß § 309 Nr. 12 Halbsatz 1 Buchstabe b BGB ist eine Bestimmung unwirksam, durch die der Verwender die Beweislast zum Nachteil des anderen Vertragsteils ändert, indem er die-
sen bestimmte Tatsachen bestätigen lässt. Die Ausnahme des Halbsatzes 2 greift nicht ein.
Sie gilt nur für das gesondert unterschriebene, einer Quittung gemäß § 368 BGB entsprechen-
de (reine) Empfangsbekanntnis. Die Erklärung, den Inhalt des Prospekts einschließlich der Ri-
sikohinweise zur Kenntnis genommen zu haben, geht hierüber hinaus. Bei einer Kenntnisnah-
meklausel handelt es sich um eine Tatsachenbestätigung in Form der Wissenserklärung, die
in den Anwendungsbereich des § 309 Nr. 12 Halbsatz 1 Buchstabe b BGB fällt, soweit sie sich
zum Nachteil der Vertragspartei des Verwenders auswirken kann (Habersack, in Ulmer/Brand-
ner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., § 309 Nr. 12 Rn. 21).
- 34 Die von § 309 Nr. 12 BGB erfasste Bestimmung, durch die der Verwender "die Beweislast zum
Nachteil des anderen Vertragsteils ändert", erschöpft sich nicht in der Umkehr der Beweislast.
Die Vorschrift ist ebenfalls einschlägig, wenn die vom Verwender zu erbringende Beweisfüh-
rung erleichtert oder ein vom Vertragspartner zu erbringender Beweis erschwert wird. Sie er-
fasst jeden Versuch, die Beweisposition des Kunden zu verschlechtern, auch wenn die Beweis-
last nicht umgekehrt wird (BGH, Urteil vom 28. Januar 1987- IVa ZR 173/85, BGHZ 99, 374, 380
f; OLG Stuttgart NJW-RR 1986, 275 und NJW-RR 1988, 1082, 1083; jeweils noch zu § 11 Nr. 15
AGBG; BeckOGK/Weiler, BGB, Stand: 1. Mai 2018, § 309 Nr. 12 Rn. 44 ff, 88; MüKoBGB/Wurm-
nest, 7. Aufl., § 309 Nr. 12 Rn. 16; Habersack aaO § 309 Nr. 12 Rn. 8; anderer Ansicht, im Ergeb-
nis aber wohl gleich: Staudinger/Coester-Waltjen, BGB, Neubearbeitung 2013, § 309 Nr. 12 Rn.
8, wonach § 307 BGB Anwendung finden soll). Entscheidend ist allein, ob die Klausel im Streitfall
mögliche Beweiswirkung zu Ungunsten des Kunden entfaltet (Habersack aaO Rn. 10).
- 35 Eine solche Wirkung ist - ungeachtet dessen, dass der Kläger ohnehin die Beweislast für sei-
ne Behauptung trägt, die Beklagte habe in Gestalt des für sie tätigen Zeugen Dr. T. ihre ihm
gegenüber obliegenden Aufklärungspflichten verletzt - erkennbarer Zweck der vom Kläger un-
terzeichneten Kenntnisnahmebestätigung. Mit der abgegebenen Erklärung wird der vom Klä-
ger zu führende Beweis der Tatsache, nicht über die Risiken des Investments aufgeklärt wor-
den zu sein, wie gerade die angefochtene Entscheidung zeigt, erschwert und seine Beweisposi-
tion durch die gegen sich gerichtete Bestätigung, deren Unrichtigkeit er zu widerlegen hat, ver-
schlechtert (ähnlich: BGH, Urteile vom 9. November 1989 - IX ZR 269/87, NJW 1990, 761, 766
und vom 20. April 1989 - IX ZR 214/88, NJW-RR 1989, 817 f). Um eine Tatsachenbestätigung,
die lediglich die geltende Beweislastverteilung wiedergibt, handelt es sich vorliegend mithin ge-
rade nicht (vgl. dazu Senatsurteil vom 14. Oktober 1999 - III ZR 203/98, NJW 2000, 207 f). Damit
verbietet es sich entgegen der in der mündlichen Verhandlung des Senats geäußerten Ansicht
des Prozessbevollmächtigten der Beklagten zugleich, der abgegebenen Erklärung ungeachtet
der Unwirksamkeit der Klausel eine wie auch immer geartete tatsächliche Wirkung zu Lasten
des Klägers beizumessen, denn dadurch würde der durch § 309 Nr. 12 BGB bezweckte Schutz
unterminiert.
- 36 Hinzu kommt, dass die Klausel auch eine die Beweislast der Beklagten zumindest erleichternde,
wenn nicht gar zu ihren Gunsten umkehrende Wirkung für den Fall haben kann, dass der Kun-
de darlegen und beweisen kann, den eine zutreffende Risikoaufklärung enthaltenden Prospekt
nicht rechtzeitig erhalten zu haben, und sie als Verwender gezwungen ist, die gegen sie strei-
tende tatsächliche Vermutung der Kausalität der Pflichtverletzung zu entkräften (vgl. dazu Se-
natsurteil vom 16. März 2017 - III ZR 489/16, WM 2017, 708 Rn. 32).
- 37 (cc) Auch das eine bloße Quittungsfunktion erfüllende Empfangsbekanntnis ist nur dann gemäß
§ 309 Nr. 12 Halbsatz 2 BGB wirksam, wenn es gesondert unterschrieben oder mit einer geson-
derten qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist. Dies bedeutet in Entsprechung mit
Nr. 11 Buchstabe a der Vorschrift, dass es getrennt vom sonstigen Vertragstext erteilt werden,
mithin räumlich und drucktechnisch deutlich abgehoben sein muss, wobei sich die Unterschrift
allein auf das Empfangsbekanntnis als rein tatsächlichen Vorgang der körperlichen Übergabe
und Entgegennahme einer Sache beziehen und keine weitere Erklärung umfassen darf (vgl. et-
wa Senatsurteil vom 24. März 1988 - III ZR 21/87, NJW 1988, 2106, 2108 - zu § 11 Nr. 15 Buch-
stabe b AGBG; Habersack aaO Rn. 24; Coester-Waltjen aaO Rn. 13). Das ist bei der vom Kläger

unterschiedenen, ausdrücklich weitere Erklärungen und Hinweise enthaltenden Empfangsbestätigung gerade nicht der Fall.

- 38 (b) Das Berufungsgericht wird daher im neuen Verfahren die schriftliche Erklärung des Klägers, er habe den Prospekt vollinhaltlich zur Kenntnis genommen, außer Acht zu lassen und sich nur unter Berücksichtigung des sonstigen Parteivortrags mit der Frage zu befassen haben, ob der Kläger den Prospekt rechtzeitig erhalten hat, um sich mit dessen Inhalt auseinandersetzen zu können.
- 39 Dabei ist - wie eingangs ausgeführt - nicht auf die Einhaltung bestimmter Fristen, sondern auf die Würdigung der konkreten Einzelfallumstände abzustellen, die insbesondere von der Person des Anlegers (seiner Vorerfahrung, Auffassungsgabe und Bildung) und der ihm effektiv zur Verfügung stehenden Zeit beeinflusst sein können. Hatte unter Berücksichtigung dieser Umstände der Anleger genügend Gelegenheit, um sich anhand des Emissionsprospekts zu informieren, oder durfte der Anlageberater hiervon ausgehen, ist dieser nicht gehalten, sich davon zu vergewissern, dass der Anleger von der Möglichkeit zur Information tatsächlich auch Gebrauch gemacht hat.

III.

- 40 Nach alledem ist das Berufungsurteil gemäß § 562 Abs. 1 ZPO teilweise aufzuheben und die Sache in diesem Umfang zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie nicht zur Entscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 ZPO). Im neuen Verfahren wird sich das Berufungsgericht gegebenenfalls auch mit den weiteren im Revisionsverfahren erhobenen Rügen und den Entgegnungen auf diese zu befassen haben, auf die einzugehen der Senat im vorliegenden Verfahrensstadium keine Veranlassung hat.

Herrmann

Tombrink

Remmert

Arend

Böttcher