

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/8112/2011

ACJC/56/2019

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 15 JANVIER 2019

Entre

A _____ **AG**, sise _____ Zurich, appelante d'un jugement rendu par la 20ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 11 novembre 2015, comparant par Me Rocco Rondi, avocat, avenue de Champel 8C, case postale 385, 1211 Genève 12, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B _____, domicilié _____ (Turquie), intimé, comparant par Me Stephen Street, avocat, rue Bovy-Lysberg 8, 1204 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile.

Cause renvoyée par arrêt du Tribunal fédéral du 29 janvier 2018.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 7 février 2019.

EN FAIT

A. a. A_____ AG (ci-après : "A_____" ou "la Banque"), sise à Zurich, est un établissement bancaire qui s'est vu transférer le patrimoine de l'établissement bancaire C_____ SA, dont le siège était à _____ (Tessin) et qui avait une succursale à Genève.

b. B_____ est un citoyen turc domicilié à _____ (Turquie).

c. Le 13 juillet 2007, B_____ a noué, avec la succursale genevoise de C_____ SA (devenue par la suite A_____), une relation bancaire de type *execution only* et ouvert le compte n° 1_____ sous l'identification "D_____".

Les documents d'ouverture de compte signés par B_____ contiennent notamment les conditions générales, une clause banque restante pour la correspondance, une décharge pour les instructions transmises par téléphone et par fax, ainsi qu'une clause d'élection de droit suisse et de for au lieu de l'établissement en charge de la relation contractuelle.

c.a La clause banque restante prévoit que la correspondance est conservée à la Banque au risque exclusif du client qui prend à sa charge tous dommages découlant de cet arrangement et que toute communication retenue de cette manière est considérée avoir été dûment reçue par le client.

c.b La décharge pour les ordres donnés par téléphone et fax prévoit que le client autorise la Banque à accepter tous ordres également lorsque ces ordres sont donnés par téléphone et fax, que le client accepte de décharger la Banque de tout risque découlant de tels ordres et de leur exécution même si ceux-ci ont été donnés frauduleusement.

c.c Les Conditions générales de la Banque contiennent, entre autres, une fiction d'acceptation. Cette dernière prévoit au sujet des réclamations du client relatives à l'exécution, la non-exécution d'un ordre ou le désaccord quant à un relevé de compte, que le client doit les effectuer immédiatement après réception de la notification ou au plus tard dans un délai d'un mois et que si elles ne sont pas effectuées dans ce délai le client assume la responsabilité pour tout dommage en découlant. Par ailleurs, si des divergences par rapport aux relevés de compte ne sont pas notifiées à la Banque dans un délai d'un mois au plus tard, ceux-ci sont réputés être corrects même si aucun bon d'acceptation n'a été signé par le client ou si pareil document n'a pas été envoyé à la Banque.

d. Le chargé de relation du compte D_____ était E_____, employé au sein du département turc de la Banque. Par le passé, il avait déjà été le responsable de la relation bancaire de B_____ auprès d'une autre banque.

E_____ a rendu régulièrement visite à B_____ en Turquie, notamment en mai 2009.

Le département turc était supervisé par F_____.

Le service *compliance* de la Banque avait notamment pour mission de vérifier l'exactitude des procurations données par les clients. Celles-ci étaient ensuite enregistrées dans le système informatique. Avant d'exécuter un ordre téléphonique, le fichier central vérifiait si le donneur d'ordre était autorisé à agir sur le compte (i.e. au bénéfice d'une procuration valable). Des vérifications journalière, hebdomadaire ou mensuelle, en fonction du type d'opération, étaient effectuées par les supérieurs hiérarchiques des gérants.

e. Le compte de B_____ a été approvisionné à hauteur de USD 2'411'618.28, par dix virements, soit un virement de USD 695'000.- le 25 juillet 2007 provenant d'un compte appartenant à G_____, père de F_____ et directeur et membre de l'I_____ du fonds H_____, un autre d'une société de shipping, un autre provenant du siège de la Banque à _____ [TI] et tous les autres provenant de trois sociétés offshore sises dans les Iles Vierges Britanniques.

f. Entre juillet 2007 et février 2010, une centaine d'opérations a été effectuée sur le compte D_____. Pour chacune, la Banque a émis un avis relatif à des instructions reçues par téléphone et ces opérations ont toutes été comptabilisées dans les relevés du compte. Ces documents étaient tenus à la disposition du client en banque restante.

g. Deux catégories d'opérations ont donné lieu à un litige, soit l'achat de parts dans le fonds de placement H_____ (ci-après : "le fonds litigieux") et des opérations qui auraient été effectuées sans autorisation de B_____. Les premières d'entre elles ne sont aujourd'hui plus litigieuses.

h.a S'agissant de la seconde catégorie, les opérations litigieuses effectuées sur le compte D_____ ont consisté en quelques placements fiduciaires de 2007 à septembre 2008. A partir d'octobre 2008, outre des placements fiduciaires, de multiples opérations sur métaux, puis sur devises (K_____) ont été effectuées.

h.b Dès juillet 2009, les opérations sur le marché K_____ se sont soldées par les résultats suivants :

- une perte de USD 781'079.- pour les opérations sur le marché des devises de juillet à décembre 2009 (soit des pertes de USD 379'490.- le 22 juillet 2009, USD 28'800.- le 31 août 2009, USD 275'405.- le 3 septembre 2009, USD 49'000.- le 3 septembre 2009, USD 2'295.- le 23 septembre 2009, USD 59'872.- le 1^{er} octobre 2009, USD 2'500.- le 7 octobre 2009,

USD 26'451.- le 15 octobre 2009, USD 2'800.- le 30 octobre 2009, USD 203'180.- le 10 novembre 2009 et USD 28'501.- le 21 décembre 2009; des gains de USD 8'500.- le 17 septembre 2009, USD 942.- le 21 septembre 2009, USD 2'178.- le 25 septembre 2009, USD 42'255.- le 9 octobre 2009, USD 109'217.- le 15 octobre 2009, USD 4'840.- le 21 octobre 2009 et USD 109'293.- le 29 octobre 2009) (les montants figurant dans l'arrêt du 16 décembre 2016 sous point g.b. en dollars, reprenaient par erreur ceux des relevés en francs suisses, de sorte qu'ils sont ici corrigés);

- des gains de USD 2'869.- le 4 janvier 2010 et de USD 28'400.- le 6 janvier 2010, ainsi que des pertes de JPY 290'570.- le 5 février 2010 et d'AUD 2'225.- le 22 février 2010 pour les opérations sur le marché des devises en 2010;
- une perte de USD 87'510.- pour les opérations sur le marché des métaux précieux de juillet à décembre 2009 (acquisition d'or pour USD 3'201'000.- le 29 octobre 2009 et USD 3'120'600.- le 10 novembre 2009; vente d'or pour USD 3'120'000.- le 29 octobre 2009 et USD 3'114'090.- le 10 novembre 2009);
- une perte de USD 135.- pour les opérations sur le marché des métaux entre janvier et février 2010.

h.c S'agissant des placements fiduciaires, les montants placés ont été intégralement remboursés. Les intérêts y relatifs portés en compte à partir du 1^{er} juillet 2009 se sont élevés au total à USD 1'103.21 (soit USD 575.79 le 28 septembre 2009, USD 415.08 le 29 décembre 2009 et USD 112.34 le 24 février 2010).

h.d Le 3 novembre 2009, 2'317.05 parts de type B détenues par B_____ dans le fonds litigieux ont été converties en 2'317.05 parts de type C, sans instruction du client.

i. Au 4 juin 2009, le compte D_____ présentait un solde de USD 2'925'502.80, dont USD 2'035'422.55 de liquidités.

Au 30 septembre 2010, le compte présentait un solde de USD 1'728'021.57, dont USD 1'155'349.61 de liquidités.

j. E_____ a quitté la Banque au 30 juin 2009. A partir du 1^{er} juillet 2009, il a continué à effectuer des opérations sur le compte D_____ en tant que gérant externe par le biais de sa société de gestion, J_____ SA (ci-après J_____), dont G_____ était aussi administrateur. Le fils de ce dernier, F_____, toujours employé par la Banque, était devenu le nouveau chargé de relation des clients de

E_____, dont B_____. La Banque ne disposait toutefois pas de procuration signée par ce dernier, ni en faveur du gérant externe, ni en faveur de J_____.

k. B_____ a été informé le 18 février 2010, lors d'une visite de E_____ en Turquie, que celui-ci avait quitté la Banque. Ce dernier lui a fait signer une procuration en faveur de sa société J_____, qu'il a antidatée à juillet 2009 par la suite. Il soutient qu'il lui a fait signer le dernier relevé de compte, dont il ressortait que le portefeuille avait subi une perte. Quatre jours après, B_____ s'est rendu à la Banque à Genève, avec son épouse et son ancien banquier, où il a consulté son courrier en banque restante. Il a également rencontré E_____. Il s'est rendu compte que de nombreux ordres avaient été effectués sur son compte sans instructions de sa part, sans préciser lesquelles, et qu'il en était résulté des pertes, ce que E_____ a alors reconnu.

l. Le 23 février 2010, B_____ a écrit à la Banque. Il a réservé ses droits en relation avec les opérations effectuées sur son compte, révoqué avec effet immédiat la procuration signée en faveur de J_____, invité la Banque à clôturer toutes les opérations encore ouvertes et l'a enjointe de ne procéder à aucune nouvelle opération sans instructions écrites de sa part.

m. Le 28 septembre 2010, B_____ a donné ordre à la Banque de transférer tous les avoirs déposés sur le compte et ses parts du fonds litigieux à la banque L_____ à Zurich, réservant ses droits. La Banque a transféré un montant de USD 1'150'320.- et les parts du fonds litigieux.

n. Entre juillet 2010 et juin 2011, la Banque a conduit un audit interne auprès de son service *compliance* dont il ressort que les profits comme les pertes générés par les opérations effectuées sur le compte de B_____ avaient bien été comptabilisés sur son compte. Aucune carence grave n'a été mise en évidence.

o. Parallèlement, en mars 2010, la Banque a déposé plainte pénale contre F_____, mais pas contre E_____. L'instruction a démontré que F_____ avait procédé, avec les avoirs de plusieurs clients de la Banque, à de nombreux investissements sans autorisation (opérations de change, achats d'actions et de parts de fonds de placement, etc.), entraînant des pertes pour les clients de la Banque et pour cette dernière, pour plus de 14'500'000 fr. Il n'a pas été constaté judiciairement que F_____ avait commis les infractions pénales qui lui étaient reprochées concernant B_____, le compte D_____ s'étant vu attribuer les bénéfices comme les pertes des opérations effectuées.

p. Le 24 février 2011, B_____ a fait notifier à la Banque un commandement de payer poursuite n° 1_____ pour un montant de 1'844'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 18 février 2010, qui a été frappé d'opposition.

B. a. Par demande déposée au Tribunal de première instance le 17 octobre 2011, B_____ a conclu à la condamnation de la Banque à lui verser la somme de USD 1'770'153.19 avec intérêts à 6% dès le 1^{er} mai 2009 et au déboutement de la Banque de toutes autres conclusions. Préalablement, il a conclu à la production par la Banque d'un certain nombre de documents et informations, ainsi qu'à pouvoir chiffrer précisément son dommage une fois la procédure probatoire terminée ou les documents et informations requis fournis par la Banque.

Il a évalué son dommage à USD 1'770'153.19, à savoir USD 1'000'000.- correspondant à l'investissement dans le fonds litigieux, et USD 770'153.19 correspondant aux pertes découlant des opérations non autorisées entre le 4 juin 2009 et le 30 septembre 2010.

Dans sa réponse, la Banque a conclu au déboutement de B_____ de toutes ses conclusions. Elle a reconnu que les opérations sur devises et métaux effectuées sur le compte D_____ se soldaient par une perte de USD 284'129.- et l'investissement dans le fonds litigieux par une perte de USD 498'192.-. Toutefois, la Banque a nié l'existence d'un rapport de causalité entre ces pertes et les violations qui lui étaient reprochées.

Préalablement, la Banque a notamment requis l'audition de E_____ par commission rogatoire en Turquie, persistant dans cette réquisition lors de l'audience de débats d'instruction du 9 mars 2015. B_____ a quant à lui renoncé à solliciter cette audition, laquelle a finalement été refusée par ordonnance du Tribunal du 19 mars 2015. Le recours de la Banque contre ce refus a été déclaré irrecevable par arrêt de la Cour du 25 septembre 2015, faute de préjudice difficilement réparable.

b. Par jugement JTPI/13266/2015 du 11 novembre 2015, le Tribunal de première instance a condamné la Banque à payer à B_____ la somme de USD 916'613.50 avec intérêt à 5% dès le 24 février 2011 (ch. 2 du dispositif du jugement entrepris) pour le dommage causé en relation avec l'acquisition des parts du fonds litigieux. Simultanément, il a condamné B_____ à transférer à la Banque la propriété des 7'179.831 parts de type B et des 2'317.05 parts de type C du fonds litigieux acquises (ch. 3). Il a également condamné la Banque à payer à B_____ la somme de USD 284'129.- avec intérêts à 5% dès le 25 février 2011 au titre du dommage causé par les opérations effectuées sans autorisation sur le compte D_____ du 1^{er} juillet 2009 au 23 février 2010 (ch. 4). Le Tribunal a compensé les frais - arrêtés à 55'200 fr. - avec les avances versées par les parties, condamné la Banque à payer à B_____ la somme de 29'800 fr. (ch. 5), condamné la Banque à payer à B_____ la somme de 27'530 fr. à titre de dépens (ch. 6) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 7).

Le Tribunal a considéré que le fonds litigieux avait été distribué en Suisse au sens de l'ancienne loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (état au 1^{er} janvier 2007) et que, par conséquent, la Banque avait violé ses obligations contractuelles en permettant à B_____ d'acquérir des parts de ce fonds, alors que la distribution de celui-ci aurait dû être préalablement autorisée par l'autorité de surveillance. Compte tenu des montants investis dans ce fonds et des remboursements reçus dudit fonds, l'investissement total du client à ce titre s'élevait à USD 916'613.50 et correspondait à son dommage. Dans la mesure où B_____ n'avait pas démontré que la valeur résiduelle des parts litigieuses était nulle, celles-ci devaient être transférées à la Banque.

La Banque avait également violé ses obligations contractuelles en effectuant des opérations non autorisées sur le compte de B_____. En effet, il était fortement vraisemblable que le client n'avait pas donné d'instructions téléphoniques à la Banque et qu'il avait été victime d'un système illicite mis en place au sein du département turc de la Banque. Dès lors, les clauses de décharge téléphonique et de banque restante ne lui étaient pas opposables. Les opérations litigieuses avaient causé un dommage à B_____ et, même si ce dernier échouait à en établir la quotité, la Banque reconnaissait que son client avait subi une perte de USD 284'129.-, de sorte que le dommage de B_____ devait être arrêté à hauteur de ce montant.

c. La Banque a formé appel de ce jugement le 4 janvier 2016 et a réitéré, à titre préalable, sa demande d'audition de E_____ par commission rogatoire.

Par arrêt du 8 mars 2016, la Cour a rejeté la requête tendant à l'exécution provisoire du jugement entrepris, formée par B_____ le 12 février 2016 et dit qu'il serait statué sur les frais avec la décision au fond.

Par arrêt du 11 août 2016, statuant sur nouvelle requête formée par B_____ le 3 juin 2016, la Cour a déclaré irrecevables les conclusions de celui-ci tendant à la production par la Banque d'une confirmation du mandat donné à ses avocats, rejeté la requête tendant à la fourniture de sûretés et rejeté la requête tendant à l'exécution provisoire du jugement entrepris. Le sort des frais a été renvoyé à la décision sur le fond.

d. Par arrêt ACJC/1655/2016 du 16 décembre 2016, la Cour de justice a annulé les chiffres 2, 3, 5 et 6 du dispositif du jugement JTPI/13266/2015 et s'est prononcée à nouveau sur les frais et dépens de première instance. Elle a en outre refusé l'audition sollicitée par appréciation anticipée des preuves.

Au fond, la Cour a écarté le poste du dommage résultant de l'investissement dans le fonds litigieux et confirmé la condamnation de la Banque au paiement de USD 284'129.- avec intérêts à 5% l'an dès le 24 février 2011 pour les opérations effectuées sans autorisation, au motif que même si celles-ci s'étaient soldées par

une perte de USD 894'119.35, elle ne pouvait que confirmer le montant retenu par le Tribunal, B_____ n'ayant pas formé d'appel joint et la Cour étant limitée par le principe de disposition.

La Cour a par ailleurs arrêté les frais judiciaires d'appel à 20'000 fr., les a compensés avec l'avance de frais fournie par la Banque, qui restait acquise à l'Etat de Genève, les a mis à la charge de celle-là à hauteur de 6'667 fr. et de B_____ à hauteur de 13'333 fr. et a condamné ce dernier à verser à la Banque le montant de 13'333 fr. à titre de remboursement des frais judiciaires d'appel. Les dépens d'appel ont été mis à la charge de B_____ à hauteur de 16'530 fr. et de la Banque à hauteur de 8'270 fr., chaque partie ayant été condamnée à verser ce montant à sa partie adverse.

Pour le surplus, la Cour a confirmé le jugement entrepris et débouté les parties de toutes autres conclusions.

e. Par arrêt 4A_54/2017 du 29 janvier 2018, le Tribunal fédéral, statuant sur recours en matière civile formé par B_____, a confirmé le rejet de la prétention de celui-ci en paiement du montant de USD 916'613.50 avec intérêts au titre de dommage résultant de l'investissement dans le fonds litigieux. Il a cependant admis la violation du principe de disposition ancré à l'art. 58 al. 1 CPC et retenu que l'objet du litige portait, en première instance, sur le montant total réclamé, soit USD 1'770'153.19, et, en deuxième instance, sur USD 1'200'742.50, soit le montant total alloué à B_____ en première instance. Dans un cas comme celui-ci, soit, en maxime des débats, lorsqu'un montant global était réclamé pour plusieurs postes du dommage, le juge pouvait allouer davantage pour un des éléments du dommage et moins pour un autre, tant que le montant total réclamé n'était pas dépassé. Dans la mesure où la Cour avait totalement écarté le poste du dommage correspondant à l'investissement dans le fonds litigieux, elle n'aurait pas violé le principe de disposition en allouant un montant plus élevé pour l'autre poste, et ce nonobstant l'absence d'appel joint. C'était ainsi à tort que la Cour s'était limitée concernant le dommage consécutif aux opérations effectuées sans autorisation par la Banque au montant de USD 284'129.- alloué par la première instance. Le recours en matière civile était dès lors fondé.

Faute de recours principal de la Banque, le montant de USD 284'129.- était désormais définitivement acquis par B_____, l'objet du litige ne portait plus que sur un montant de USD 916'613.50 avec intérêts à 5% l'an dès le 24 février 2011.

Le Tribunal fédéral a ainsi admis le recours formé par B_____ contre l'arrêt de la Cour du 16 décembre 2016, annulé l'arrêt attaqué et renvoyé la cause à la cour cantonale pour instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants, à savoir après "examen des conditions de la responsabilité de la banque et de la condition du dommage s'agissant des opérations qu'elle a effectuées sans

autorisation sur le compte du client entre le 1^{er} juillet 2009 et le 23 février 2010".

D. La cause a été réinscrite au rôle de la Cour à réception de l'arrêt du Tribunal fédéral du 29 janvier 2018 et un délai a été imparti aux parties afin qu'elles se déterminent.

a. Dans ses déterminations du 12 octobre 2018, B_____ a conclu à la condamnation de A_____ à lui payer la somme totale de USD 894'119.35, avec intérêt à 5% l'an dès le 24 février 2011, sous suite de frais et dépens. Il a précisé vouloir scinder les dépens concernant les honoraires facturés par son ancien conseil de ceux facturés par son conseil actuel. Il a produit des pièces à ce propos.

b. Dans ses écritures du 17 octobre 2018, A_____ a conclu préalablement à ce que l'audition par commission rogatoire de E_____ soit ordonnée, à ce qu'un premier délai soit imparti aux parties pour déposer la liste de questions puis un second pour compléter leurs écritures après prise de connaissance de la commission rogatoire.

Principalement, la Banque a conclu à l'annulation des chiffres 2, 3, 5, 6 et 7 du dispositif du jugement JTPI/13266/2015 rendu le 11 novembre 2015 et subsidiairement au renvoi de la cause au Tribunal de première instance pour nouveau jugement dans le sens des considérants, sous suite de frais et dépens.

c. Par avis du 7 novembre 2018, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Il n'y a pas lieu de revenir sur la recevabilité de la procédure d'appel, qui a été admise par la Cour et qui n'a pas été critiquée devant le Tribunal fédéral.
2. **2.1.1** L'annulation de la décision ayant mis fin à la procédure devant l'instance cantonale et le renvoi de la cause à cette instance pour nouvelle décision par le Tribunal fédéral, conformément à l'art. 107 al. 2 LTF, ont pour effet de reporter la procédure au stade où elle se trouvait immédiatement avant que cette instance se prononce. L'autorité de renvoi ne se trouve pas saisie d'une nouvelle procédure, mais reprend la précédente procédure qui n'est pas close, faute de décision finale (arrêt du Tribunal fédéral 4A_641/2011 du 27 janvier 2012 consid. 2.2).

Savoir dans quelle mesure les tribunaux et les parties sont liés par l'arrêt de renvoi dépend de la motivation de celui-ci qui détermine le cadre dans lequel de nouveaux faits ou de nouveaux moyens de droit peuvent être invoqués (ATF 135 III 334 consid. 2).

Le renvoi pour compléter l'état de fait ne signifie pas nécessairement que l'autorité cantonale devra administrer de nouvelles preuves. Si les parties ont déjà pu apporter toutes leurs preuves sur un point de fait et que l'autorité cantonale ne s'est pas déterminée à son sujet, le considérant, à tort, sans pertinence, il lui suffira d'apprécier les preuves déjà apportées (CORBOZ, in Commentaire de la LTF, 2014, n. 19 ad art. 107).

2.1.2 Conformément à l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut librement décider d'administrer des preuves.

Afin de respecter le double degré de juridiction, la Cour peut renvoyer la cause au premier juge lorsque l'instruction à laquelle celui-ci a procédé est incomplète sur des points essentiels ou lorsqu'un élément essentiel de la demande n'a pas été jugé (art. 318 al.1 let. c ch. 1 et 2 CPC).

2.2 En l'espèce, le Tribunal fédéral a renvoyé la cause à la Cour pour instruction et nouvelle décision, après examen des conditions de la responsabilité de l'appelante et du dommage s'agissant des opérations que celle-ci a effectuées sans autorisation sur le compte de l'intimé entre le 1^{er} juillet 2009 et le 23 février 2010.

Le renvoi au premier juge pour qu'il procède à une instruction complémentaire ne se révèle pas nécessaire dès lors que la Cour détient tous les éléments factuels utiles pour statuer sur les points qui précèdent.

La pertinence de l'audition de E_____ ayant en outre déjà été tranchée par la Cour, il n'y a pas lieu de la réexaminer et son rejet sera confirmé.

Partant, les conclusions préalables de l'appelante seront rejetées.

- 3.** L'appelante conteste sa responsabilité dans les pertes subies par l'intimé suite aux opérations effectuées sans autorisation par E_____ sur le compte D_____ entre le 1^{er} juillet 2009 et le 23 février 2010.

3.1

3.1.1 Lorsqu'un client dépose ses avoirs auprès d'une banque et confie, non pas à la banque, mais à un tiers gérant indépendant, le soin de gérer sa fortune, il existe deux relations contractuelles : une relation contractuelle entre le client et le gérant indépendant (contrat de gestion de fortune) et une relation contractuelle entre le client et la banque (en général, un contrat de compte courant/contrat de dépôt) (GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5e éd. 2014, n. 862 p. 289). Il n'existe pas nécessairement de relation contractuelle entre la banque et le gérant indépendant (GUGGENHEIM, op. cit., n. 882 p. 295).

En ce qui concerne les opérations boursières, seul le gérant indépendant en est responsable. La banque n'assume pas de responsabilité pour la gestion effectuée

par le gérant indépendant: elle n'a pas à rendre le client attentif aux risques élevés qu'il encourt, ni à requérir son autorisation avant de procéder aux opérations dont la réalisation lui a été ordonnée par le gérant (arrêts du Tribunal fédéral 4A_369/2015 du 25 avril 2016 consid. 2.3; 4C.366/2004 du 4 novembre 2005 consid. 3.1). Liée au client par un contrat de simple compte/dépôt bancaire (*execution only*), elle s'engage uniquement à exécuter les instructions ponctuelles d'investissement du client, sans être tenue de veiller à la sauvegarde générale des intérêts de celui-ci (arrêts du Tribunal fédéral 4A_379/2016 du 15 juin 2017 consid. 3.1; 4A_593/2015 du 13 décembre 2016 consid. 7.1.4; 4C.385/2006 du 2 avril 2007 consid. 2.1; 4A_369/2015 du 25 avril 2016 consid. 2).

Pour permettre au gérant indépendant de procéder aux actes de gestion prévus par le contrat de gestion de fortune, le client lui donne une procuration sur ses comptes bancaires. Celle-ci est généralement donnée sur une formule préimprimée établie par la banque et doit être remise à celle-ci (arrêts du Tribunal fédéral 4A_379/2016 du 15 juin 2017 consid. 3.2).

Lorsque le transfert de fonds appartenant au client est imputable à un tiers non autorisé (arrêts du Tribunal fédéral 4A_438/2007 du 29 janvier 2008 précité, consid. 5.1; 4A_54/2009 du 20 avril 2009 consid. 1), il est exécuté par la banque sans mandat du client et le client dispose d'une action en restitution de l'avoir en compte, qui est une action en exécution du contrat (Erfüllungsanspruch) (ATF 132 III 449 consid. 2; 112 II 450 consid. 3a p. 454; 111 II 263 consid. 1a; arrêt du Tribunal fédéral 4A_438/2007 du 29 janvier 2008 consid. 5.1). La banque, qui effectue des opérations bancaires sans instruction ou sans l'accord de son client, répond du dommage qui en résulte pour celui-ci, selon les règles de la gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss CO; arrêt du Tribunal fédéral 4A_262/2008 du 23 septembre 2008 consid. 2.1 et les réf. citées). Elle répond dès lors de toute négligence ou imprudence, et même du cas fortuit puisqu'elle a entrepris l'acte de gestion dommageable "contre la volonté que son maître a manifestée" (art. 420 al. 1 et 3 CO).

Selon l'art. 420 CO, qui reprend les principes généraux de la responsabilité contractuelle (art. 97 et 101 CO) y compris la responsabilité pour les auxiliaires, le maître doit prouver un dommage, la violation d'une obligation quasi-contractuelle, un rapport de causalité adéquate et une faute, laquelle est présumée (TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux, 5^e éd., 2016, n. 5348 ss).

Si les actes du gérant ont été ratifiés par le maître, les règles du mandat deviennent applicables (art. 424 CO).

3.1.2 Les conditions générales édictées par les banques comprennent usuellement une disposition selon laquelle toute réclamation relative à une opération doit être formulée par le client au plus tard dans un certain délai - généralement un mois -

après la réception de l'avis d'opération correspondant, faute de quoi l'opération est réputée acceptée. La validité d'une telle disposition contractuelle est admise par la jurisprudence, avec pour conséquence que le client qui ne formule pas d'objection dans le délai fixé contre une opération que la banque a effectuée sans instructions est réputé la ratifier (ATF 127 III 147 consid. 2d; arrêts du Tribunal fédéral 4A_42/2015 du 9 novembre 2015 consid. 5.2; 4A_262/2008 du 23 septembre 2008 consid. 2.3).

Lorsque, par une convention de banque restante, la banque accepte de conserver par devers elle les avis qu'elle devrait adresser à ses clients, ses communications sont opposables à ceux-ci comme s'ils les avaient effectivement reçues. De même, il faut admettre que le client qui adopte ce mode de communication est censé avoir pris connaissance immédiatement des avis qui lui sont adressés de cette façon. L'option banque restante n'est en effet pas utilisée dans l'intérêt de la banque mais dans celui du client. En pareil cas, la banque, qui a l'obligation de rendre compte à ses clients des opérations qu'elle accomplit pour ceux-ci, a un intérêt légitime à ce que le destinataire du courrier communiqué en banque restante soit traité de la même manière que celui que le client qui a réellement reçu son courrier en ce qui concerne l'obligation, découlant des règles de la bonne foi, de réagir en cas de refus ou de désaccord sur une opération ayant fait l'objet de la communication. Le client qui choisit l'option banque restante prend donc un risque dont il doit supporter les conséquences lorsqu'il se réalise (arrêt du Tribunal fédéral 4A_262/2008 du 23 septembre 2008 consid. 2.3).

Cependant, en raison des circonstances choquantes que pourrait avoir dans certaines circonstances l'application stricte de la fiction de la réception du courrier, le juge conserve la faculté d'apprécier le cas en équité. Ainsi, une situation manifestement contraire à l'équité peut être sanctionnée au titre de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC). Tel est le cas lorsque la banque profite de la fiction de la 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 lorsque la banque sait que le client n'approuve pas les actes communiqués en banque restante (arrêts du Tribunal fédéral 4A_42/2015 du 9 novembre 2015 consid. 5.2; 4A_262/2008 du 23 septembre 2008 consid. 2.3 et réf. citées).

En cas de clause dite de transfert, qui a pour effet de faire supporter au client le risque assumé en principe par la banque, l'art. 100 al. 1 CO s'applique par analogie. Une telle clause sera ainsi dénuée de portée si la banque se voit imputer un dol ou une faute grave (arrêts du Tribunal fédéral 4A_379/2016 déjà cité consid. 3.3.1; 4C.357/2000 du 8 mai 2000 consid. 3; GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5^{ème} éd., 2014, p. 126 ss).

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 (arrêts du Tribunal fédéral 4A_379/2016 déjà cité consid. 3.3.2; 4A_386/2016 du 5 décembre 2016 consid. 2.2.5; 4A_398/2009 du 23 février 2010 consid. 6.1; ATF 128 III 76 consid. 1b; 119 II 443 consid. 2a).

En règle générale, lorsque la banque reçoit un ordre du représentant, elle doit s'assurer que les instructions données sont couvertes par la procuration - et partant de l'existence d'une procuration. Elle n'a en principe pas d'obligation contractuelle allant au-delà (arrêt du Tribunal fédéral 4A_379/2016 déjà cité consid. 3.3.2).

3.2

3.2.1 En l'espèce, il y a lieu de rappeler que les parties étaient liées par un contrat de type *execution only*.

L'appelante a effectué de multiples transactions (notamment placements fiduciaires et K_____) sur le compte de l'intimé dès septembre 2007.

Après le départ de E_____ de la Banque, celui-là a continué pendant près d'un an à donner des ordres d'opérations à l'appelante sur le compte D_____ par le biais de sa société de gestion, J_____ en tant que gérant externe, ordres qui ont été exécutés par l'appelante, sans que celle-ci n'ait enregistré de procuration en faveur de E_____ ou de J_____ dans son système informatique.

Or, selon les procédures internes de l'appelante, une transaction ne pouvait être exécutée sans vérification préalable par le fichier central, du fait que le donneur d'ordre était autorisé à agir sur le compte en vertu d'une procuration valable et enregistrée dans le système informatique. En outre, les supérieurs hiérarchiques des gérants recevaient toutes les opérations et un contrôle hebdomadaire ou mensuel, suivant les opérations, était effectué. En tenant compte du nombre important d'opérations, des montants en jeu et nonobstant le contrôle précité, aucun membre du personnel de l'appelante ne s'est interrogé sur la légitimation de E_____ ou de J_____ à agir.

Bien que l'appelante ne doive assumer qu'un devoir de diligence et d'information faible dans la relation de type "*execution only*", il n'en demeure pas moins qu'elle aurait dû, par précaution, interpeller l'intimé afin d'obtenir une confirmation de ce que E_____ était bien son représentant ou était autorisé à continuer à effectuer des opérations sur le compte D_____ en tant que gérant externe. A tout le moins, elle aurait dû informer immédiatement l'intimé du départ de E_____, afin de lui permettre de réagir. Aucune mesure n'a toutefois été prise durant près d'une année.

Ce n'est qu'au mois de février 2010 que E_____ a transmis à l'appelante une procuration signée par l'intimé qui avait été soumise à ce dernier sans mention de date. Ladite procuration - antidatée à juillet 2009 - a toutefois été annulée par

l'intimé à peine quatre jours après que celui-ci l'ait signée et ait découvert les opérations effectuées sur son compte. A ce propos, le relevé de compte que l'intimé était supposé avoir signé le 18 février 2010 n'a pas été produit. Il ne peut donc pas être retenu que l'intimé a ratifié les opérations effectuées par E_____. Cette annulation soudaine montre au contraire que l'intimé n'entendait pas autoriser E_____ à la représenter vis-à-vis de l'appelante postérieurement à son départ de celle-ci.

Partant, les opérations effectuées par E_____ entre le 1^{er} juillet 2009 et le 23 février 2010, soit le moment où l'intimé a instruit l'appelante de clôturer toutes les opérations encore ouvertes, l'ont été sans instructions ni accord de l'intimé.

L'appelante a violé des règles élémentaires de prudence dont le respect se serait imposé à toute personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. En agissant de la sorte, elle a commis une faute grave et engage sa responsabilité.

Le fait que l'appelante indique s'être fiée à la relation étroite entre l'intimé et E_____, pour justifier de son inaction, n'est pas suffisant pour arriver à un autre constat. L'appelante ne pouvait en effet pas présumer que l'intimé continuerait à faire confiance à E_____ après son départ de la Banque, et ce quelle que soit la teneur de l'entretien entre l'intimé et ce dernier ayant eu lieu au mois de mai 2009.

3.2.2 Les parties avaient convenu d'une clause banque restante et les conditions générales, dont l'intimé ne conteste pas qu'elles aient été valablement intégrées au contrat, prévoyaient que l'intimé devait contester dans un délai d'un mois les opérations avec lesquelles il n'était pas d'accord.

L'appelante a agi au détriment de l'intimé en exécutant les instructions d'un gérant externe non autorisé, alors qu'elle n'avait pas averti l'intimé de la démission de E_____ et qu'elle ne lui avait pas demandé de signer une procuration en faveur de E_____ ou de J_____.

Il s'agit ici d'une situation où l'application stricte des fictions de notification et d'acceptation aurait des conséquences choquantes et conduirait à un résultat inéquitable qui heurterait le sentiment de la justice. En outre, vu le mandat de simple exécution le liant à l'appelante, l'intimé n'avait pas de raison de consulter son courrier en l'absence d'instruction de sa part. Après avoir reçu deux relevés de compte le 18 février 2010, il s'est rendu à la Banque le 22 février 2010 pour éclaircir la situation. Il a ainsi agi avec diligence.

Les fictions de notification et d'acceptation ne sont ainsi pas opposables à l'intimé pour les opérations exécutées pendant la période précitée.

3.2.3 En résumé, le manquement précité de l'appelante constitue une violation de son obligation contractuelle. Cette dernière correspond à une faute présumée de

l'appelante - au demeurant grave - et celle-ci n'a pas réussi à renverser cette présomption puisqu'elle n'est pas parvenue à démontrer l'existence, après le 1^{er} juillet 2009, d'un pouvoir de représentation conféré par l'intimé à E_____ et/ou à J_____.

Si l'appelante avait agi avec diligence, elle n'aurait pas exécuté les ordres transmis par une personne que l'intimé n'avait pas autorisée à le représenter. Les opérations K_____ ainsi exécutées ne se seraient pas soldées par des pertes et l'intimé n'aurait pas subi de dommage, dont le montant sera examiné ci-après (cf. *infra* consid. 4.2). Il existe donc un lien de causalité naturelle et adéquate entre la violation reprochée à l'appelante et le dommage subi par l'intimé.

4. L'appelante soutient que l'intimé n'a pas suffisamment allégué ni prouvé son dommage.

4.1

4.1.1 La preuve de l'existence et du montant du dommage incombe au demandeur (art. 42 al. 1 et 99 al. 3 CO; ATF 122 III 219 consid. 3a).

Lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée (art. 42 al. 2 CO).

Dans le cadre de l'art. 42 al. 2 CO, toutes les circonstances doivent être invoquées par le lésé - dans la mesure du possible et du raisonnable - qui constituent des indications de l'existence d'un dommage et qui permettent d'en estimer l'étendue (ATF 144 III 155 consid. 2.3).

Le dommage juridiquement reconnu réside dans la diminution involontaire de la fortune nette. Il correspond à l'intérêt positif, à savoir la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit (ATF 144 III 155 consid. 2.2; ATF 132 III 186, consid. 8.1; TERCIER/BIERI/CARRON, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., 2016, n. 5352).

Pour dire s'il y a dommage, il faut tout d'abord établir la liste de toutes les opérations prohibées, et non pas seulement de celles qui se sont soldées par une perte (arrêts du Tribunal fédéral 4C.74/2001 du 17 octobre 2001 consid. 4; 4A_90/2011 du 22 juin 2011 consid. 2.2.5). Lorsque le fait dommageable ne cause pas seulement un préjudice mais également un gain, il faut opérer la *compensatio lucri cum damno* (ATF 128 III 22 consid. 2e/cc; arrêt du Tribunal fédéral 4C/193/2001 du 14 mai 2002 consid. 3.2).

Le calcul du dommage doit s'effectuer de manière concrète pour correspondre au dommage effectivement subi par le lésé (WERRO, in Commentaire romand CO I, 2012, n° 3 ad art. 42 CO).

4.1.2 Les faits non allégués mais ressortant de l'administration de preuves peuvent être pris en considération, dans la mesure où ils ne font que concrétiser des faits déjà suffisamment allégués : dans ce cas, en effet, les faits prouvés ne sont pas "exorbitants", puisqu'ils ont en définitive déjà été allégués; leur prise en considération s'inscrit dans le cadre de la libre appréciation de la force probante du moyen de preuve administré (arrêt du Tribunal fédéral 4A_456/2015 du 6 juin 2016 consid. 4.3 et 4.4, note BASTONS BULLETTI in CPC Online, newsletter du 14 juillet 2016).

Si une partie invoque un extrait de compte pour tirer argument du montant et de la date des paiements qui y figurent, le tribunal peut prendre en considération, dans l'appréciation de cette preuve, les autres paiements qui y sont mentionnés, sans que la partie adverse doive les alléguer séparément (arrêt du Tribunal fédéral 4A_539/2016 du 6 mars 2017 consid. 5).

4.2 En l'espèce, l'appelante ne saurait être suivie lorsqu'elle soutient que l'intimé n'a pas suffisamment allégué ni prouvé son dommage.

Contrairement à la situation de l'ATF 144 III 155 dont elle se prévaut, l'ensemble des transactions passées dans le cas d'espèce depuis le 1^{er} juillet 2009 l'ont été sans autorisation, et non seulement certaines d'entre elles.

L'intimé est parvenu à établir - dans la mesure du possible et du raisonnable - toutes les circonstances permettant de retenir l'existence d'un dommage et d'en estimer l'étendue.

En effet, même si l'intimé n'a pas détaillé dans ses écritures chacune des opérations contestées, il ressort des pièces du dossier, lesquelles ne font que concrétiser des faits déjà suffisamment allégués, que les opérations K_____ effectuées sans autorisation sur le compte D_____ entre juillet 2009 et février 2010 se sont soldées par une perte totale de USD 842'568.65 (USD 87'510.- [métaux 2009] + USD 135.- [métaux 2010] + USD 781'079.- [devises 2009] – USD 26'155.35 [devises 2010 : USD 28'400.- – USD 3'116.27 {contre-valeur de JPY 290'570.- au taux de USD 0.011 le 5 février 2010; fait notoire selon ATF 135 III 88 consid. 4} – USD 1'997.38 {AUD 2'225.- au taux de USD 0.8977 le 22 février 2010} + USD 2'869.-)], étant précisé que ce calcul prend en compte les erreurs relevées par l'appelante par rapport à l'arrêt de la Cour du 16 décembre 2016.

S'agissant des placements fiduciaires, les gains, allégués par l'appelante, ne sont pas démontrés, hormis les intérêts versés à partir du 1^{er} juillet 2009, lesquels

s'élèvent à USD 1'103.21. Il ressort en effet des pièces produites que, bien que des crédits sur le compte D_____, provenant de placements fiduciaires, aient été effectués, ils correspondent au montant total ayant été débité du même compte par l'appelante en vue de ces placements, de sorte que l'intimé n'a subi aucun dommage à ce titre mais n'a pas non plus obtenu de gains, hormis les intérêts précités. Le dommage de l'intimé s'élève ainsi après déduction des intérêts portés en compte suite aux placements fiduciaires non autorisés à USD 841'465.44.

En ce qui concerne les autres opérations, à savoir la conversion des parts de type B du fonds litigieux en parts de type C le 3 novembre 2009, l'intimé n'allègue ni ne démontre qu'il aurait subi un dommage du fait de ces opérations. L'appelante ne démontre pas non plus que l'intimé aurait réalisé des gains à ce titre.

Le point de départ de l'intérêt moratoire pour le paiement des dommages-intérêts précités, arrêté au 24 février 2011 en première instance, et le taux d'intérêt, arrêté à 5%, n'ont pas été contestés et seront donc confirmés.

Partant, le chiffre 4 du jugement entrepris sera annulé et réformé en conséquence.

- 5** **5.1** Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC).

Vu l'issue du litige, il ne se justifie pas de revenir sur les montants ni la répartition (à raison de 2/3 à la charge de la banque et de 1/3 à la charge de l'intimé) des frais judiciaires et des dépens tels que retenus par le Tribunal de première instance dans le jugement querellé, lesquels sont conformes aux dispositions légales (art. 104 et 105 CPC; art. 5, 6, 17, 84 et 85 RTFMC; art. 19 al. 4 LaCC).

5.2 Il ne se justifie pas non plus de revenir sur le montant des frais judiciaires d'appel - arrêtés à 20'000 fr. - et des dépens d'appel - fixés à 24'800 fr.

Cependant, la répartition de ceux-ci doit être modifiée vu la solution du présent arrêt. Dès lors qu'aucune partie n'a obtenu entièrement gain de cause (art. 106 al. 2 CPC), les frais judiciaires, compensés avec l'avance fournie par l'appelante, et les dépens d'appel seront mis à la charge de l'appelante à hauteur de 2/3 et à la charge de l'intimé à hauteur d'1/3.

L'intimé sera ainsi condamné à verser à l'appelante un montant de 6'667 fr. au titre de remboursement des frais judiciaires d'appel. L'appelante sera condamnée à verser à l'intimé 16'530 fr., et celui-ci à verser à l'appelante 8'270 fr., à titre de dépens d'appel.

Les frais relatifs aux ordonnances des 8 mars et 11 août 2016 seront confirmés à savoir qu'ils seront arrêtés à 2'080 fr. (art. 5, 21 et 24 RTFMC), mis à la charge de

l'intimé (art. 108 CPC) et compensés avec l'avance de frais du même montant fournie par ce dernier, qui reste acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC).

5.3 La Cour renoncera à percevoir des frais judiciaires relatifs à la procédure de renvoi suite à l'arrêt du Tribunal fédéral du 29 janvier 2018.

Au vu de la valeur encore litigieuse après le renvoi du Tribunal fédéral, à savoir 925'779 fr. (USD 916'613.50 au taux de USD 1 pour 1 fr. 01), les dépens relatifs à la procédure de renvoi seront arrêtés à 6'000 fr. (art. 84, 85 et 90 RTFMC) et mis à la charge de l'appelante à hauteur de 2/3 (art. 106 al. 2 CPC). Dès lors, l'appelante sera condamnée à verser à l'intimé un montant de 4'000 fr. et l'intimé à verser à l'appelante la somme de 2'000 fr.

La distinction opérée ci-dessus permettra à l'intimé d'effectuer la répartition adéquate des dépens entre ses conseils successifs.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

Statuant sur renvoi du Tribunal fédéral :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ AG contre le jugement JTPI/13266/2015 rendu le 11 novembre 2015 par le Tribunal de première instance dans la cause C/8112/2011-20.

Au fond :

Annule les chiffres 2 à 4 du dispositif du jugement entrepris et, statuant à nouveau sur ces points:

Condamne A_____ AG à verser à B_____ la somme de USD 841'465.44 avec intérêts à 5% dès le 24 février 2011.

Arrête les frais judiciaires d'appel à 20'000 fr., les met à la charge de A_____ AG à hauteur de 13'333 fr. et à la charge de B_____ à hauteur de 6'667 fr. et les compense avec l'avance de frais fournie par A_____ AG, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Condamne B_____ à verser à A_____ AG le montant de 6'667 fr. à titre de remboursement des frais judiciaires d'appel.

Arrête les frais judiciaires relatifs aux ordonnances des 8 mars et 11 août 2016 à 2'080 fr., les met à la charge de B_____ et les compense avec les avances de frais fournies par ce dernier, qui restent acquises à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ AG à verser à B_____ le montant de 16'530 fr. à titre de dépens d'appel.

Condamne B_____ à verser à A_____ AG la somme de 8'270 fr. à titre de dépens d'appel.

Confirme le jugement entrepris pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Dit qu'il n'est pas perçu de frais judiciaires relatif à la présente procédure sur renvoi par arrêt du Tribunal fédéral du 29 janvier 2018.

Condamne A_____ AG à verser à B_____ le montant de 4'000 fr. à titre de dépens pour la présente procédure sur renvoi par arrêt du Tribunal fédéral du 29 janvier 2018.

Condamne B_____ à verser à A_____ AG la somme de 2'000 fr. à titre de dépens pour la présente procédure sur renvoi par arrêt du Tribunal fédéral du 29 janvier 2018.

Siégeant :

Madame Pauline ERARD, présidente; Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ et Monsieur Ivo BUETTI, juges; Madame Sandra MILLET, greffière.

La présidente :

Pauline ERARD

La greffière :

Sandra MILLET

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.