

# **BGer 4P.137/2000 vom 5. Januar 2001**

Bundesgericht, 2001-01-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4P.137\\_2000](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4P.137_2000)

FR: TF 4P.137/2000 du 5 janvier 2001

IT: TF 4P.137/2000 del 5 gennaio 2001

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté en temps utile contre une décision finale prononcée en dernière instance cantonale qui donne tort au recourant, le recours est recevable eu égard aux art. 86, 88 et 89 OJ .

### **E. 2**

a) Le recourant se plaint de l'appréciation arbitraire des preuves.

aa) Devant les instances cantonales, Ali Ipar a soutenu en bref que Merrill Lynch avait violé ses obligations contractuelles de mandataire en vendant en janvier 1995 la plus grande partie des titres SOVAX appartenant au mandant, cela sans instructions expresses ou tacites de sa part, causant ainsi à ce dernier un dommage égal à la différence entre le cours des titres au moment de la demande en justice et celui du jour de la vente, montant auquel s'ajoutaient les dividendes perdus pour les années 1995, 1996 et 1997.

La cour cantonale, à la suite du premier juge, a admis, en se fondant sur la procédure probatoire, qu'Ali Ipar s'était, en octobre 1994 déjà, inquiété de la baisse de valeur des titres SOVAX et qu'il avait, lors d'un entretien dans les locaux de Merrill Lynch en novembre 1994, décidé de vendre sur-le-champ diverses positions de son compte à effet de levier, lesquelles risquaient d'entraîner des pertes, mais pas avant le début de l'année 1995 en ce qui concerne les titres SOVAX, cela afin de percevoir les dividendes à la fin 1994, enfin qu'il avait donné l'ordre par téléphone le 11 janvier 1995 à Aysegül Bulgur de liquider au moins la moitié des positions SOVAX.

La cour cantonale a dès lors retenu que Merrill Lynch avait agi conformément aux ordres d'Ali Ipar et n'avait pas enfreint ses devoirs de mandataire.

bb) Le recourant fait grief à la cour cantonale d'avoir procédé à une appréciation arbitraire, d'une part des dépositions de Kathleen Wiltshire, alors directrice de la succursale genevoise de Merrill Lynch, d'Aysegül Bulgur et de Gérard Dolan, employés de l'intimée, d'autre part de certains documents produits en procédure.

b) Selon la jurisprudence, l'arbitraire, prohibé par l' art. 9 Cst. , ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution que celle retenue par l'autorité cantonale pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable; le Tribunal fédéral ne s'écarte de la décision attaquée que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité; pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat ( ATF 125 I 166 consid. 2a, II 10 consid. 3a, 129 consid. 5b p. 134; 124 I 247 consid. 5 p. 250).

S'agissant plus précisément de l'appréciation des preuves et des constatations de fait, il y a arbitraire lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables. Il appartient au recourant d'établir la réalisation de ces conditions en tentant de démontrer, par une argumentation précise, que la décision incriminée est insoutenable ( art. 90 al. 1 let. b OJ ; ATF 122 I 70 consid. 1c; 119 Ia 197 consid. 1d; 117 Ia 393 consid. 1c; 110 Ia 3 consid. 2a).

c) aa) Ce sont avant tout des griefs relevant d'un recours en appel que formule le recourant, dans un très long mémoire où les mêmes arguments sont présentés plusieurs fois et sous une forme différente dans les chapitres intitulés "les faits", "l'appréciation arbitraire des preuves" et "la violation arbitraire des articles 146 al. 1, 186, 196, 228 de la loi de procédure civile genevoise". Le recourant expose pour l'essentiel sa version des faits, telle qu'il l'avait déjà soumise aux juridictions cantonales, sans démontrer par une argumentation précise en quoi l'état de fait retenu par l'autorité intimée serait insoutenable. La recevabilité de l'ensemble de ses critiques est donc très douteuse. Dans la mesure où elles sont recevables, elles devront être rejetées.

bb) Selon le recourant, la cour cantonale aurait admis, sur la base d'une appréciation arbitraire des témoignages et de l'évolution de son portefeuille détenu par l'intimée, que lui-même avait donné l'ordre de vendre ses titres SOVAX en novembre 1994 déjà. Cet ordre de vente ne serait pas démontré. Il n'aurait pas été justifié, car il n'y aurait pas eu de crise au Mexique comme le retiendrait à tort la cour cantonale. S'il avait existé, cet ordre aurait dû faire l'objet d'une confirmation écrite vu son importance.

L'analyse du compte du recourant serait fantaisiste. Enfin, ces constatations de fait seraient en contradiction avec l'admission par ailleurs d'un prétendu ordre de vente des mêmes titres donné le 11 janvier 1995, car ce dernier n'aurait eu aucun sens si l'ordre avait été donné en novembre 1994 déjà.

Or, la critique tombe dans le vide déjà au motif, d'une part, que la cour cantonale n'a pas retenu exactement ce que souligne le recourant, d'autre part, que c'est essentiellement parce qu'elles admettaient qu'Ali Ipar avait donné un ordre de vente le 11 janvier 1995 que les instances cantonales lui ont donné tort. La cour cantonale a en effet admis que "l'appelant avait décidé de liquider des positions compte tenu de la crise au Mexique, mais pas avant le début de l'année 1995 afin de percevoir les dividendes de fin 1994". Cette constatation n'est pas incompatible avec un ordre de vente plus précis donné le 11 janvier 1995, lequel tenait compte en outre de l'évolution à la baisse qui se poursuivait. Il n'était en tout cas pas arbitraire ni illogique d'admettre l'existence à la fois des instructions données en novembre 1994 et de celles de janvier 1995.

Pour le reste, le recourant se contente d'affirmations qu'il n'étaie nullement: il ne démontre d'aucune façon, notamment, qu'il n'y aurait pas eu de crise au Mexique justifiant la vente de certains titres. La question de savoir s'il y avait déjà une crise ou seulement un début de crise en automne 1994 n'est du reste pas pertinente. Il n'établit pas pourquoi l'intimée aurait dû confirmer l'entretien de novembre 1994, alors qu'il a été constaté par ailleurs que certains de ses ordres de vente avaient été donnés verbalement, sans confirmation écrite autre que le bordereau de l'opération; il ne motive en rien la prétendue fausseté de l'analyse financière de ses comptes effectuée par la cour cantonale. En cela, le recours est irrecevable, car ne

répondant pas aux exigences de l' art. 90 al. 1 OJ .

Il s'ensuit le rejet de cette branche du recours dans la mesure où elle est recevable.

cc) Le recourant soutient que la cour cantonale a procédé à une appréciation arbitraire des preuves en retenant qu'il avait donné l'ordre par téléphone, le 11 janvier 1995, de vendre une partie des titres du fonds SOVAX, et qu'il n'avait pas réagi aux messages subséquents de Merrill Lynch qui se référaient à l'ordre donné.

Or, comme cela a été relevé de façon générale cidessus (let. aa), le recourant se contente pour l'essentiel d'opposer sa version des faits à celle des juges cantonaux sans démontrer en quoi cette dernière serait arbitraire.

En présence de deux versions des faits entièrement divergentes concernant cet entretien téléphonique du 11 janvier 1995, la cour cantonale a choisi celle de l'intimée et elle a exposé les motifs de son choix: Ali Ipar, inquiet de l'évolution des titres SOVAX en novembre 1994 déjà, avait décidé de réduire les positions à risque de son compte. Les instructions données par téléphone le 11 janvier 1995 sont établies sur la base du témoignage d'Aysegül Bulgur et elles étaient logiques compte tenu de la menace de baisse persistante des titres SOVAX. La vente de ces titres était un moyen efficace de redresser le compte du recourant. Enfin, la cour cantonale a relevé que s'il n'avait, comme il le prétend, pas donné d'ordre de vente, Ali Ipar aurait réagi rapidement et notamment par écrit à la réception des avis donnés dès le 12 janvier 1995 par Merrill Lynch. Or, il a attendu plus d'une année avant de s'en plaindre. Et la cour cantonale d'admettre, sur la base des dépositions en justice et de ces indices, que l'intimée a rapporté la preuve que l'ordre de vente du 11 janvier 1995 avait bel et bien été donné.

Le recourant voit un indice contraire d'abord dans le fait qu'Aysegül Bulgur, entendue comme témoin, qui aurait affirmé avoir confectionné une note interne au sujet de l'entretien du 11 janvier 1995, n'a pas produit cette note. On devrait déduire de cette circonstance que ledit entretien n'a jamais eu lieu. Or, le recourant déforme les propos dudit témoin en vue de servir sa thèse. Aysegül Bulgur a déclaré: "Au sujet de cet entretien, il devrait y avoir une note interne".

Elle n'avait pas de souvenirs précis à cet égard, contrairement à ce que laisse entendre le recourant.

Au demeurant, ainsi que l'a relevé Kathleen Wiltshire, directrice de l'intimée, c'est le bordereau de l'opération qui fait foi, l'ordre lui-même n'étant en général pas confirmé par écrit ou par fax. L'opération litigieuse a fait l'objet d'une inscription sur une pièce interne, laquelle mentionne: "as per phone" (selon entretien téléphonique) et qui paraît donc se référer à un entretien téléphonique. Cette pièce est un autre indice, non relevé par la cour cantonale, de l'existence des instructions téléphoniques du recourant.

En tout état de cause, les déclarations relevées de façon imparfaite par le recourant n'établissent en rien l'arbitraire de l'arrêt attaqué.

Le recourant allègue ensuite que les démarches téléphoniques que le témoin Bulgur dit avoir faites avant de donner l'ordre de vente ne seraient pas prouvées. Or, ce point n'est pas pertinent. La cour cantonale a fondé sa conviction quant à la réalité de l'ordre téléphonique du 11 janvier 1995 sur d'autres éléments qui corroboraient les déclarations des témoins. L'existence et le nombre d'appels téléphoniques donnés par le témoin Bulgur, notamment au gestionnaire du fonds SOVAX à New York en vue de vérifier l'opportunité de vendre les

titres, ne sont pas déterminants. Le recourant s'attarde ensuite sur le contenu du message qu'Aysegül Bulgur lui a adressé le 12 janvier 1995, le lendemain de l'ordre de vente des 59 915 titres SOVAX. Selon lui, la cour cantonale aurait dû relever que ce message ne se référait pas à un prétendu ordre de vente donné la veille, mais au risque d'un appel de marge, c'est-à-dire à l'éventualité que Merrill Lynch exige de son client qu'il renfloue son compte si celui-ci n'était plus couvert. Or, ce risque, selon le recourant, aurait en réalité été inexistant.

A nouveau, ces faits ne sont pas déterminants. La cour cantonale n'a pas analysé spécialement le message du 12 janvier 1995 et la question de l'appel de marge qui y est évoquée. Elle relève qu'Ali Ipar n'a pas réagi aux messages envoyés dès le 12 janvier 1995 pour contester la vente intervenue, qu'il prétend aujourd'hui n'avoir pas ordonnée.

Or, cet élément, c'est-à-dire l'attitude d'Ali Ipar lui-même dans cette affaire, que la cour cantonale retient à juste titre comme indice pertinent, n'est pas discuté par le recourant dans la présente branche du recours. Le fait que le message du 12 janvier 1995 ne se réfère pas à un entretien de la veille ne signifie nullement en soi que cet entretien n'ait pas eu lieu. Le recourant n'explique d'ailleurs pas pourquoi l'employée de Merrill Lynch aurait soudain et sans ordre décidé de vendre ce paquet d'actions. Quant aux motifs donnés par Aysegül Bulgur - "Je dis que s'il n'y a aucune référence à un entretien préalable dans le message du 12 janvier 1995. .. c'est parce que je ne savais pas le prix des actions" -, ils ne sont, il est vrai, pas clairs et le témoin n'a pas été invité à les préciser; ils ne démontrent cependant nullement que les réponses de ce témoin seraient, comme souhaite le voir admettre le recourant, "absurdes et empreintes d'une mauvaise foi caractérisée".

En ce qui concerne la menace d'appel de marge, elle était réelle, même si elle n'était pas encore réalisée, puisque, selon le dernier cours connu des titres SOVAX au tout début 1995, soit 16.70 US\$, l'appel de marge aurait pu être déclenché.

Il apparaît donc que l'intimée a non seulement agi sur l'ordre exprès de son client, qui avait d'ailleurs une certaine expérience en la matière, mais aussi dans son intérêt, le cours du titre SOVAX, selon le témoin Bulgur, ayant continué à baisser après la vente litigieuse.

Pour le reste, le recourant, dans la partie "faits" de son recours, met en relief ce qu'il estime être en contradiction avec les faits admis par la cour cantonale, soit que le message suivant de Merrill Lynch, le 13 janvier 1995, se réfère à un entretien téléphonique, au contraire de celui du 12 janvier, et que les 16 et 19 janvier 1995, l'intimée demande une confirmation écrite de l'ordre de vente. Or, ces faits ne démontrent rien, et en tout cas pas l'arbitraire de l'arrêt attaqué.

L'allusion à un entretien téléphonique précédant le message du 13 janvier 1995 a été expliquée de façon plausible par le fait qu'il s'agissait alors de rectifier une information qui venait d'être donnée par téléphone le jour même.

Il n'a pas été établi que l'ordre de vente des titres devait obligatoirement être confirmé par écrit. Dès lors, peu importe qu'une confirmation ait été requise les 16 et 19 janvier et non le 11 janvier. Au demeurant, Aysegül Bulgur a expliqué cette différence de traitement de façon plausible par l'absence d'urgence, le 16 janvier 1995. Elle a aussi relevé que la situation s'était dégradée entre la banque et le client. Cela peut facilement expliquer la prudence accrue de la banque. Aucun de ces faits ne démontre en tout cas que la cour cantonale aurait retenu de façon arbitraire, qu'il y avait eu un ordre de vente le 11 janvier

1995.

Le recourant soutient ensuite qu'il est arbitraire de retenir qu'il n'a pas réagi aux messages annonçant (ou confirmant) la vente des titres SOVAX. Le témoignage de Gérard Dolan établirait au contraire qu'Ali Ipar a dûment protesté contre cette vente.

Or, le témoin Dolan, qui a succédé à Aysegül Bulgur dans les relations de Merrill Lynch avec Ali Ipar, a déclaré le 11 novembre 1998: "... Le recourant était contrarié parce que c'est le fonds SOVAX qui avait été en partie réalisé. ...

pour lui, la part qui avait été réalisée était trop importante.

Il m'a dit qu'il avait contesté avoir donné un ordre de vente et ne comprenait pas pourquoi on avait vendu. Ce mécontentement avait déjà été exprimé à notre directrice avant que je parte à Nice. Le recourant m'a confirmé qu'il avait pris contact par téléphone avec Madame Wiltshire. Lors de l'entretien de Nice, je ne savais pas si réellement le client avait ou n'avait pas donné des instructions. C'est lui qui m'a dit n'en avoir pas donné. ...". Ce témoignage est indirect. Le témoin ne fait que rapporter des déclarations d'Ali Ipar postérieures au 11 janvier 1995. Il n'établit rien de probant en ce qui concerne l'existence et le contenu de l'entretien du 11 janvier 1995. Ali Ipar aurait certes, comme il le fait aujourd'hui, prétendu en s'adressant à Gérard Dolan, n'avoir pas donné d'ordre de vente des titres SOVAX ou d'une pareille quantité de ceux-ci, ces deux déclarations n'étant au demeurant pas compatibles l'une avec l'autre, et s'en être plaint aussitôt auprès de Merrill Lynch. Il n'établit en rien ce fait et il demeure, comme l'a constaté la cour cantonale, qu'Ali Ipar n'a fait parvenir aucune protestation à la banque et qu'il a continué d'entretenir des relations avec celle-ci durant plus d'une année avant de se décider à faire valoir un préjudice.

Il n'était donc pas arbitraire de ne pas retenir que le témoignage de Gérard Dolan infirmait la thèse de l'intimée.

Enfin, le recourant veut voir un indice d'appréciation arbitraire des preuves dans le fait que la cour cantonale n'a pas pris en considération le message de Merrill Lynch du 6 février 1998, produit en procédure par Ali Ipar, qui démontrerait que l'intimée ne se satisfaisait pas des instructions orales de ses clients et qu'elle exigeait une confirmation des demandes de transferts de fonds. Ce fait n'est pas pertinent. Non seulement ledit message est postérieur de 3 ans à l'opération de janvier 1995 et intervient à un moment où le litige a déjà éclaté, justifiant la prudence de l'intimée, mais encore la requête d'instructions écrites concerne-t-elle une opération de transfert de fonds pour laquelle, selon Kathleen Wiltshire, la banque exigeait précisément des instructions écrites. La lettre de Merrill Lynch de février 1998 est donc sans intérêt pour trancher la question de l'existence de l'ordre verbal de vente donné le 11 janvier 1995, qui a par conséquent été retenue sans arbitraire par la cour cantonale.

Il s'ensuit le rejet de cette branche du recours.

### **E. 3**

a) Le recourant rappelle qu'Aysegül Bulgur, entendue en qualité de témoin, est l'employée de l'intimée. Ce témoin aurait dès lors selon lui été "juge et partie". Il aurait en outre fait une déposition suspecte et critiquable. En retenant intégralement ce témoignage, la cour cantonale aurait fait un usage arbitraire de son pouvoir d'appréciation prévu par les articles 196 et 228 de la Loi de procédure civile genevoise (LPC).

Ce moyen de recours peut être rejeté déjà dans la mesure où le recourant part du postulat, non démontré on l'a vu ci-dessus (consid. 2c/cc) que le témoignage d'Aysegül Bulgur ne serait pas crédible.

En outre, l'art. 196 LPC se borne à rappeler, comme le font la plupart des codes de procédure civile cantonaux, que le juge apprécie librement les résultats de la procédure probatoire. Il n'est limité que par l'interdiction de l'arbitraire.

Quant à l'art 228 LPC, il prévoit ceci: "les parties sont admises à articuler, soit à l'audience d'enquête, soit dans leurs écritures ou plaidoiries, les diverses circonstances corroboratives ou infirmatives des témoignages qui ont été recueillis et le juge doit les apprécier". Il ne s'agit là que d'un rappel du libre pouvoir d'appréciation par le juge du poids et de la portée d'un témoignage, le juge pouvant notamment prendre en considération les relations personnelles entre le témoin et les parties (Bertossa/Gaillard/ Guyet, Commentaire de la LPC, vol. II n. 5 ad art. 228).

En l'espèce, la cour cantonale n'a pas ignoré le fait que le témoin Bulgur était l'employée de l'intimée. Ce fait ne l'empêchait pas en soi de retenir son témoignage dont la fausseté n'a pas été démontrée et qui était confirmé par divers indices. L'application arbitraire des art. 196 et 228 LPC n'est à tout le moins pas démontrée.

b) Dans une deuxième branche de ce moyen, Ali Ipar reproche à la cour cantonale d'avoir, de manière arbitraire, admis que le message qui lui a été envoyé le 12 janvier 1995 était conforme à la vérité. Elle l'aurait fait en violation de l'art 186 LPC. Sur ce point, le recourant, qui cite un passage du commentaire susmentionné de l'art. 186 LPC, se borne à alléguer l'arbitraire sans en apporter ne serait-ce qu'un début de démonstration, ce qui rend cette partie du recours irrecevable.

c) Enfin, selon le recourant, la cour cantonale serait tombée dans l'arbitraire en écartant, sans motivation, le témoignage de Gérard Dolan qui lui était favorable, violant ainsi grossièrement l'art. 146 LPC, lequel oblige le juge à motiver ses jugements. A nouveau, le recourant se contente d'asséner des critiques dépourvues de toute motivation, ce qui rend son recours irrecevable à cet égard.

Au demeurant, on a vu ci-dessus (consid. 2c/cc) que le témoignage de Gérard Dolan n'avait pas la portée que lui attribue le recourant.

Il s'ensuit le rejet dans la mesure où il est recevable du moyen de recours fondé sur la violation de la LPC.

#### **E. 4**

Le recourant reproche à la décision attaquée d'avoir appliqué de façon arbitraire certaines dispositions du droit fédéral relatif aux fonds de placement étrangers.

Par là, il soulève un moyen tiré de la violation du droit fédéral.

Dès lors qu'est ouverte en l'espèce la voie du recours en réforme, voie que le recourant a d'ailleurs utilisée et où il présente les mêmes arguments, le recours de droit public sur le même thème pour appréciation arbitraire de la loi est irrecevable (art. 84 al. 2 OJ).

#### **E. 5**

Il s'ensuit le rejet, autant qu'il est recevable, de cette branche du recours et, avec elle, le rejet, dans la mesure où il est recevable, du recours tout entier.

Les frais doivent être mis à la charge du recourant qui succombe ( art. 156 al. 1 OJ ). Ce dernier devra en outre verser une indemnité pour les dépens de l'intimée ( art. 159 al. 1 OJ ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.