

# **GE\_GERICHTE ACJC/1030/2015 vom 2. Oktober 2014**

GE Cour de justice, 2014-10-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACJC\\_1030\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_1030_2015)

FR: GE\_GERICHTE ACJC/1030/2015 du 2 octobre 2014

IT: GE\_GERICHTE ACJC/1030/2015 del 2 ottobre 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

En application de l'art. 404 al. 1 CPC, les procédures en cours à l'entrée en vigueur du CPC le 1er janvier 2011 sont régies par l'ancien droit de procédure jusqu'à la clôture de l'instance. Les recours sont par contre régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision entreprise (art. 405 al. 1 CPC). En l'espèce, la procédure était en cours le 1er janvier 2011 de sorte que le droit de procédure applicable en première instance est l'ancienne Loi de procédure civile genevoise (aLPC), laquelle régit la décision matérielle sur le recours (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_754/2011 du 2 juillet 2012 consid. 2 n.p. in ATF 138 III 520; ATF 138 I 1 c. 2.1). La voie de droit est quant à elle régie par le nouveau droit de procédure.

### **E. 1.2**

Selon l'art. 308 al. 1 let. a CPC, l'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance. Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (al. 2). Tel est le cas en l'espèce. L'appel et l'appel joint ont été formés dans le délai et selon la forme prescrits par la loi (art. 130, 131, 142, 145, 308 al. 1 let. a, 311 al. 1, 313 al. 1 CPC). Ils sont ainsi recevables. L'appel joint répond en particulier aux exigences de motivation prévues par l'art. 311 CPC, contrairement à ce que fait valoir A\_\_\_\_\_. Par souci de simplification, A\_\_\_\_\_ sera désignée ci-après comme "l'appelante" et B\_\_\_\_\_ comme "l'intimé". La Cour revoit la cause avec un pouvoir de cognition complet (art. 55 al. 1, 58 al. 1 et 310 CPC).

- 16/28 -

C/27386/2009

## **E. 2**

L'appelante a produit une pièce nouvelle en appel à savoir le cours des fonds Q\_\_\_\_\_ et R\_\_\_\_\_ au 30 juin 2014.

### **E. 2.1**

Les faits et les moyens de preuve nouveaux sont admissibles en appel aux conditions de l'art. 317 CPC. La Cour examine, en principe, d'office la recevabilité des faits et les moyens de preuve nouveaux en appel (REETZ/HILBER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2ème éd., 2013, n. 26 ad art. 317 CPC). Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Les deux conditions sont cumulatives (JEANDIN, in Code de

procédure civile commenté, 2011, n. 6 ad art. 317 CPC).

### **E. 2.2**

En l'espèce, la pièce nouvelle aurait pu être produite devant le Tribunal, de sorte qu'elle est irrecevable.

### **E. 3**

L'intimé fait valoir que c'est à tort que le Tribunal a retenu que la gestion de l'appelante était conforme au mandat de gestion conservatrice qu'il lui avait conféré. Il n'avait en outre pas ratifié cette gestion. L'appelante fait quant à elle grief au Tribunal d'avoir retenu qu'elle avait manqué à ses obligations en achetant pour le compte de l'intimé, citoyen américain domicilié aux Etats-Unis, des parts de fonds qui n'étaient pas autorisées à la vente à des ressortissants des Etats-Unis ou des personnes domiciliées dans ce pays. En tout état de cause, il n'y avait pas de lien de causalité entre cette violation et le dommage allégué.

#### **E. 3.1**

Dans le mandat de gestion, le gérant s'oblige à gérer, dans les termes du contrat, tout ou partie de la fortune du mandant, en déterminant lui-même les opérations boursières à effectuer, dans les limites fixées par le client. Le mandat de gestion est un mandat au sens des arts. 394 ss CO, au moins en ce qui concerne les devoirs et la responsabilité du gérant (ATF 132 III 460 consid. 4.1 p. 464; 124 III 155 consid. 2b p. 1614; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_90/2011 du 22 juin 2011 consid. 2.2.1). La responsabilité du gérant étant soumise aux règles du mandat, la banque est responsable envers le client de la bonne et fidèle exécution du contrat (art. 398 al. 2 CO; ATF 124 III 155 consid. 2b p. 161). Le gérant a un devoir de diligence et il répond du dommage qu'il cause au client en violant ce devoir intentionnellement ou par négligence (art. 321e CO applicable par le renvoi de l'art. 398 al. 1 CO).

- 17/28 -

C/27386/2009 Si la banque a reçu des instructions précises, elle ne peut s'en écarter qu'aux conditions de l'art. 397 al. 1 CO. Son devoir de diligence doit être déterminé de manière objective. Le gérant doit déployer la diligence due, mais il ne garantit aucun résultat (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_90/2011 du 22 juin 2011 consid. 2.2.2 et réf. citées).

#### **E. 3.2**

En matière contractuelle, les conditions d'une action en responsabilité sont énoncées à l'art. 97 al. 1 CO. Si le client ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, la banque est tenue de réparer le dommage en résultant, à moins qu'elle ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. On discerne donc quatre conditions cumulatives : une violation du contrat (sous la forme de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'une obligation), une faute (qui est présumée), un rapport de causalité (naturelle et adéquate) et un dommage (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_90/2011 du 22 juin 2011 consid. 2.2.2). S'agissant du fardeau de la preuve (art. 8 CC), il incombe au client de prouver les faits permettant de constater que les conditions de la responsabilité de la banque sont réunies, à savoir qu'un contrat a été conclu, que la banque l'a mal exécuté, qu'un dommage est survenu et qu'il existe un rapport de causalité entre la mauvaise exécution et le dommage. La banque, pour sa part, pourrait apporter la preuve qu'elle n'a pas commis de faute (art. 97 al. 1 CO) et elle peut également établir des faits libératoires, par exemple que le client a donné de nouvelles instructions ou qu'il a ratifié après coup les opérations

effectuées (arrêt 4C.18/2004 consid. 1.5 et 1.8). La banque qui allègue que la politique de gestion suivie a changé pendant l'exécution du mandat doit démontrer que le client était d'accord avec la nouvelle politique suivie. A cet effet, produire des relevés démontrant que le client connaissait les opérations effectuées n'est pas forcément suffisant. La banque a le fardeau de la preuve pour démontrer que la politique de gestion suivie correspond à celle demandée par le client. Plus celui-ci est expérimenté et à même de comprendre les relevés qui lui sont présentés, plus la tâche de la banque sera facilitée (LOMBARDINI, Responsabilité de la banque dans le domaine de la gestion de fortune : état de la jurisprudence et questions ouvertes, in SJ 2008 II p. 439). En droit suisse, le principe vaut toutefois que "qui ne dit mot ne consent pas". L'acceptation par le silence est exclue lorsque la banque, contrairement aux instructions de son client, gère la fortune de ce dernier de manière spéculative. Le client qui ne proteste pas à réception de ses relevés de compte ne perd donc pas le droit de se plaindre de la mauvaise gestion de sa banque. Sa passivité peut tout au plus être considérée comme un facteur permettant au juge, sur la base de l'art. 44 al. 1 CO de diminuer l'obligation de réparer de la banque (GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5ème éd., 2014, p. 312).

- 18/28 -

C/27386/2009

### **E. 3.3**

Selon l'art. 18 al. 1 CO, pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention. Le juge doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices; si elle aboutit, cette démarche conduit à une constatation de fait (art. 105 al. 1 LTF; ATF 132 III 268 consid. 2.3.2; 129 III 664 consid. 3.1 p. 667). S'il ne parvient pas à déterminer cette volonté, ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté manifestée par l'autre, le juge doit découvrir quel sens les parties pouvaient ou devaient donner, de bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques (principe de la confiance); il s'agit d'une question de droit (ATF 132 III 268 consid. 2.3.2; 129 III 702 consid. 2.4 p. 707). Cette interprétation objective s'effectue non seulement d'après le texte et le contexte des déclarations, mais également sur le vu des circonstances qui les ont précédées et accompagnées, à l'exclusion des événements postérieurs (ATF 135 III 295 consid. 5.2 p. 302; 132 III 626 consid. 3.1 in fine; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_219/2012 du 30 juillet 2012 consid. 2.5).

### **E. 3.4**

En l'espèce, il a été convenu entre les parties, en janvier 2008, que la gestion des avoirs de l'intimé devrait suivre le profil dit "conservateur" associé à un degré de risque faible et un potentiel limité. Il s'agissait là du deuxième profil le plus prudent, situé juste après celui ne comportant aucune action et associé à des revenus réguliers et juste avant le profil associé à un risque moyen. La proposition d'investissement du 14 décembre 2007 a concrétisé, dans l'optique de l'appelante, ce profil, puisqu'elle est intitulée "profil conservateur". Il ressort cependant de l'expertise ordonnée par le Tribunal que cette proposition ne correspondait pas à un profil de gestion conservateur, mais à un profil dynamique, à savoir plus risqué. L'expert a en outre constaté que, par la suite, la gestion effective du portefeuille n'avait pas

non plus correspondu à un degré de risque faible et un potentiel limité; la plupart des investissements avaient pour but principal la croissance du capital, plus que sa conservation et le rendement d'intérêts. L'accent sur les fonds d'actions et l'absence de positions en obligations attestaient du caractère dynamique de la gestion. Si l'on exceptait le placement dans G\_\_\_\_\_, qui ne figurait pas dans la proposition de décembre 2007, la gestion de A\_\_\_\_\_ correspondait à cette proposition dans sa nature et son style. A cela s'ajoutait le fait que, même en faisant abstraction de la fraude de BERNARD MADOFF, la pondération du fonds G\_\_\_\_\_ n'était pas conforme à un objectif de gestion à faible degré de risque. L'appelante avait placé plus de

- 19/28 -

C/27386/2009 20% des avoirs de l'intimé dans ce fonds. Or, selon l'expert, placer 20% ou plus sur la tête d'un seul gérant dans le cadre d'un portefeuille diversifié représente un risque démesuré. Il résulte de ce qui précède que, dès le début de la relation contractuelle, l'appelante a proposé au client, sous la dénomination gestion "conservatrice", une gestion qui était en réalité "dynamique", à savoir associée à un degré de risque plus élevé. Il ne ressort pas du dossier qu'au moment de la conclusion du contrat, l'intimé ait compris et accepté cette différence entre la dénomination de la gestion et sa concrétisation. Il convient dès lors de déterminer quel sens les parties pouvaient et devaient donner, de bonne foi, à leurs manifestations de volonté, en application du principe de la confiance. A cet égard, l'intimé pouvait s'en tenir à l'intitulé de la proposition de décembre 2007, à savoir que celle-ci reflétait un profil conservateur, soit associé à un degré de risque faible et un potentiel limité, conformément à la formulation des documents contractuels qu'il avait signé. L'intimé est un entrepreneur qui a fait fortune dans le domaine de la vente d'alcools. Il n'a cependant pas de formation particulière en matière d'instruments financiers et aucun élément du dossier ne permet de penser qu'il pouvait et devait comprendre, à la seule lecture de la proposition de décembre 2007, que la gestion proposée par l'appelante était, contrairement à ce qu'elle indiquait, dynamique, à savoir impliquant un degré de risque au-dessus de la moyenne. L'appelante allègue que, par la suite, l'intimé a modifié ses instructions et ratifié sa gestion, ce que celui-ci conteste. Conformément à la jurisprudence précitée, la preuve d'une modification des instructions, voire de la ratification de la gestion non conforme aux instructions initiales, incombe au gestionnaire. Or, cette preuve n'a pas été rapportée. En effet, aucun élément du dossier n'établit que, à un moment ou un autre de la relation contractuelle, l'intimé a souhaité une modification du profil de gestion dans le sens d'une augmentation des risques. L'appelante n'a produit aucun document écrit émanant de l'intimé d'où ressortirait une telle intention. C\_\_\_\_\_, gestionnaire en charge des investissements de l'intimé, a au contraire expressément indiqué lors de son audition par le Tribunal que le profil de l'intimé avait toujours été conservateur. L'instruction de la cause n'a par ailleurs pas permis d'établir la teneur exacte de l'entretien du 22 janvier 2008, à l'issue duquel l'appelante allègue avoir compris que la vision de l'intimé du profil conservateur était en réalité plus proche d'une

- 20/28 -

C/27386/2009 gestion dynamique. En effet, l'appelante n'a établi aucun rapport écrit suite à cette séance, contrairement à ce qu'elle a fait pour les autres entretiens. La lecture des rapports de visite rédigés entre mars 2008 et janvier 2009 confirme ce qui précède. En juin 2008, l'intimé a, à teneur du rapport correspondant, expressément confirmé qu'il convenait de maintenir le cap d'une gestion conservatrice. Le fait que les parties aient convenu

d'augmenter de 5% - 6% à 7% - 10% l'objectif de rentabilité n'est pas décisif. En effet, C\_\_\_\_\_ a confirmé sur ce point que ce nouvel objectif restait compatible avec une gestion conservatrice. Par ailleurs, l'on ne saurait considérer que l'intimé a ratifié la gestion de l'appelante par actes concluants. Il ressort à cet égard de l'expertise que la gestion de l'appelante a toujours suivi, dans l'ensemble, la ligne définie par la proposition de décembre 2007. Or, que ce soit au début de la relation ou par la suite, l'appelante n'a jamais attiré l'attention de l'intimé sur le fait que les risques pris correspondaient à ceux d'un profil dynamique et non à ceux d'un profil conservateur. En l'absence d'indication contraire de la part de l'appelante, l'intimé, qui n'est pas un spécialiste en matière de placements financiers, n'avait par conséquent aucune raison de penser que la ligne qui lui avait été initialement décrite par l'appelante comme étant conservatrice était en réalité plus risquée. Le fait que l'intimé suivait consciencieusement l'évolution de ses investissements et avait des contacts fréquents avec son gestionnaire ne permet pas de retenir qu'il avait des connaissances suffisantes en matière financière pour se rendre compte de l'étendue exacte des risques pris par l'appelante. S'il est vrai qu'il a reçu de la part de C\_\_\_\_\_ des documents relativement sophistiqués concernant ses investissements américains, dont l'appelante n'avait pas la charge, l'on ignore s'il en a effectivement compris la teneur. Le fait qu'il ait demandé à C\_\_\_\_\_ des conseils sur ses autres investissements tend au contraire plutôt à démontrer qu'il ne se considérait pas comme particulièrement bien informé à cet égard. Il ressort d'ailleurs de l'entretien téléphonique et du rapport de visite des 21 et 30 octobre 2008 que l'intimé a expressément indiqué à son gestionnaire que la finance n'était pas "son truc", que la gestion de ses avoirs provoquait beaucoup de stress et qu'il était plus à l'aise dans son domaine industriel. Au vu de ce qui précède, la Cour retiendra que la gestion de l'appelante ne correspondait pas aux instructions données par l'intimé et que celui-ci n'a pas ratifié cette gestion.

#### **E. 4**

Il convient maintenant d'examiner, conformément à ce qui a été exposé sous 3.2 ci-dessus, si les autres conditions de la responsabilité de l'appelante sont réunies, à

- 21/28 -

C/27386/2009 savoir l'existence d'une faute - présumée - de sa part, un rapport de causalité naturelle et adéquate et un dommage.

#### **E. 4.1**

La notion juridique du dommage est commune aux responsabilités contractuelle et délictuelle (art. 99 al. 3 CO; ATF 87 II 290 consid. 4a p. 291) : consistant dans la diminution involontaire de la fortune nette, le dommage correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable - ou la violation du contrat - ne s'était pas produit. Il peut survenir sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 471; 132 III 359 consid. 4 p. 366; 132 III 321 consid. 2.2.1 p. 323/324). Dans plusieurs contestations concernant la responsabilité du gérant de fortune, le Tribunal fédéral a admis que le dommage peut être déterminé par comparaison entre le résultat du portefeuille effectivement en cause et celui d'un portefeuille hypothétique constitué et géré conformément au contrat et pendant la même période (arrêt du Tribunal fédéral 4C.18/2004 du 3 décembre 2004, consid. 2, Pra 2005 n° 73 p. 566). Cette méthode permet de prendre en

considération, à l'avantage du gérant fautif, la perte que le mandant aurait probablement subie aussi avec un gérant consciencieux, par l'effet d'une baisse généralisée des cours dans la période en cause (arrêt du Tribunal fédéral 4C.158/2006 du 10 novembre 2006, consid. 4); cela se justifie car une perte de ce genre ne se trouve pas en lien de causalité avec l'exécution défectueuse du contrat (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_481/2012 du 14 décembre 2012, consid. 3). En particulier, il est admissible, selon le Tribunal fédéral, d'estimer le résultat d'un portefeuille conservateur correctement géré en se référant aux performances enregistrées par un échantillonnage de fonds de placement "CHF - pondérés" de différentes banques sur la période considérée (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_351/2007 du 15 janvier 2006, consid. 3.3.1). Lorsque la gestion n'est pas conservatrice et que des pertes ont été subies, le client peut ainsi démontrer quelle aurait été la situation avec une gestion conservatrice sur la base d'indice (période, titres) relevant d'une telle gestion. En conséquence, le juge pourra réduire l'obligation de réparer calculée sur la base du différentiel purement arithmétique entre une performance conservatrice et une performance non-conservatrice (GUGGENHEIM, op. cit., p. 311). La date à prendre en considération pour la détermination du dommage est celle de la résiliation du mandat (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_351/2007 du 15 janvier 2008 consid. 3.4).

#### **E. 4.2**

Selon l'art. 42 al. 1 CO, la preuve d'un dommage incombe à celui qui en demande réparation. L'art. 42 al. 2 CO prévoit que si le montant exact du

- 22/28 -

C/27386/2009 dommage ne peut pas être établi, le juge le détermine équitablement, en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. Cette dernière disposition tend à instaurer une preuve facilitée en faveur du lésé; néanmoins, elle ne le libère pas de la charge de fournir au juge, dans la mesure où cela est possible et où on peut l'attendre de lui, tous les éléments de fait qui constituent des indices de l'existence du dommage et qui permettent ou facilitent son estimation; elle n'accorde pas au lésé la faculté de formuler sans indications plus précises des prétentions en dommages-intérêts de n'importe quelle ampleur (ATF 131 III 360 consid. 5.1 p. 363/364; voir aussi ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 471).

#### **E. 4.3**

En l'espèce, pour déterminer le montant du dommage, il convient, conformément à la jurisprudence précitée, de comparer le résultat du portefeuille de l'intimé avec celui d'un portefeuille hypothétique constitué et géré conformément au contrat pendant la même période. Cette comparaison doit se faire en tenant compte de la globalité du portefeuille et non pour chaque investissement poste par poste. En effet, il est, en pratique, impossible de savoir, pour chaque poste du portefeuille de l'intimé, quel autre investissement aurait choisi un gestionnaire diligent et quel aurait été le résultat de cet investissement. Le Tribunal a calculé le dommage subi, conformément à la jurisprudence précitée, en se fondant sur la performance moyenne de -14,8% de plusieurs fonds conservateurs en dollars américains sur la période considérée. L'intimé conteste cette méthode, au motif que les objectifs de ces fonds ne sont pas connus, que leur gestion diffère de celle d'un portefeuille individuel et qu'ils sont investis depuis plusieurs années. Selon lui, au lieu d'investir 21% dans G\_\_\_\_\_, un gestionnaire diligent aurait investi 7,5% du portefeuille dans ce fonds et 17,5% en actions américaines. Le Dow Jones ayant perdu 32% sur la période considérée, la perte

qu'aurait subi un portefeuille géré de manière correcte aurait été de USD 314'199.- soit la perte totale des avoirs dans G\_\_\_\_\_ en USD 187'500.- et une perte de USD 126'699.-, soit 32%, sur les 17,5% du portefeuille investis en actions américaines. La proposition de calcul du dommage de l'intimé ne peut être suivie. En effet, la violation contractuelle retenue à charge de l'appelante consiste dans le fait que les choix d'investissements du portefeuille dans son ensemble ne correspondaient pas au profil choisi. Or le calcul proposé par l'intimé ne tient compte que de l'investissement dans le fonds G\_\_\_\_\_, sans prendre en considération les autres investissements. En outre, l'on ne peut considérer sans autre qu'un gérant diligent aurait investi 17,5% en "actions américaines", sans préciser lesquelles, ce d'autant plus que l'un des griefs central de l'intimé à l'encontre de la gestion de l'appelante est la surpondération des actions par rapport à l'ensemble du portefeuille.

- 23/28 -

C/27386/2009 Les objections soulevées par l'intimé à l'égard de la méthode de calcul du dommage utilisée par le Tribunal ne sont pas décisives. Il importe peu de connaître les objectifs exacts des fonds comparatifs, dans la mesure où il n'est pas contesté qu'il s'agit de fonds conservateurs. L'intimé n'indique en outre pas précisément en quoi leur gestion différerait de celle d'un portefeuille individuel, de sorte que cet argument est sans portée. Enfin, il n'explique pas quelle influence sur le calcul du dommage aurait, selon lui, le fait qu'ils sont "investis depuis plusieurs années". L'appelante soutient quant à elle que le dommage devrait être calculé sans tenir compte de l'investissement dans le fonds G\_\_\_\_\_, lequel a été entièrement perdu en raison de l'escroquerie commise par BERNARD MADOFF. Cet argument ne saurait être suivi puisque, comme déjà relevé, le dommage doit être calculé au regard du résultat global du portefeuille. Au demeurant, à supposer que, comme l'allègue l'appelante, l'investissement dans G\_\_\_\_\_ ait été un investissement de type conservateur, rien n'exclut que la performance des fonds conservateurs comparés inclue également un investissement dans des fonds victimes de l'escroquerie MADOFF. L'expert a d'ailleurs chiffré entre 2% et 3% la proportion de parts G\_\_\_\_\_ admissible dans le cadre d'un portefeuille conservateur.

#### **E. 4.4**

L'appelante fait valoir que le montant du dommage n'a pas été établi, dans la mesure où l'intimé n'a ni allégué ni démontré avoir vendu les titres acquis pour son compte par l'appelante. Or la valeur des parts des fonds Q\_\_\_\_\_ et R\_\_\_\_\_ avait évolué à la hausse après la date de la résiliation du mandat. En outre, elle soutient que certains montants seront distribués par les autorités américaines compétentes au titre d'indemnisation aux victimes de l'escroquerie MADOFF à l'issue des opérations de liquidations ad hoc, lesquelles sont encore en cours. La perte subie en relation avec les parts du fonds G\_\_\_\_\_ n'était ainsi actuellement pas déterminable.

##### **E. 4.4.1**

En matière de responsabilité du gérant de fortune, le Tribunal fédéral a, à plusieurs reprises, réaffirmé le principe selon lequel le dommage doit être établi au moment de la résiliation du mandat de gestion. Il a précisé à ce sujet qu'il n'était pas possible de se référer à une durée hypothétique du mandat fondée sur une période de trois à cinq ans, ce qui reviendrait à rendre illusoire la faculté de révoquer un mandat en application de l'art. 404 CO, disposition de droit impératif (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_548/2013 du 31 mars 2013, consid 4.5; 4A\_351/2007 du 15 janvier 2008, consid. 3.2.3; 4C.295/2006 du 30 novembre 2006, consid

5.2.2). Selon LOMBARDINI, cette jurisprudence est erronée. Cet auteur soutient que le client qui veut demander une indemnisation pour mauvaise gestion doit avoir vendu les actifs acquis par la banque. S'il ne fournit pas de renseignement sur le sort de ces actifs, il est présumé les avoir conservés. Dans ce cas, si ceux-ci

- 24/28 -

C/27386/2009 augmentent de valeur suite à la résiliation du mandat, le cours le plus élevé atteint jusqu'à la clôture des débats devant la dernière instance cantonale doit être retenu pour déterminer le préjudice. En cas de baisse de valeur des actifs, le cours à la résiliation du mandat doit être pris en compte, dans la mesure où la décision de conserver les actifs est celle du client et que la banque n'a pas à en supporter les conséquences (LOMBARDINI, op. cit., SJ 2008 II p. 442). Cette conception est critiquée par une partie de la doctrine qui relève qu'elle soulève trop d'incertitudes et ne correspond pas aux principes généraux du droit suisse (GUGGENHEIM, op. cit., p. 310; cf. également CHAPPUIS, La détermination du dommage dans la responsabilité du gérant de fortune, Journée 2008 de droit bancaire et financier, 2009, p. 86).

#### **E. 4.4.2**

En l'espèce, il n'y a pas lieu de déroger à la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle la date déterminante pour le calcul du dommage est celle de la résiliation du mandat soit, in casu, le 30 juin 2009. En tout état de cause, il ne ressort pas du dossier que l'intimé aurait conservé les titres Q\_\_\_\_\_ et R\_\_\_\_\_. Par ailleurs, au moment de la résiliation du mandat, les parts du fonds G\_\_\_\_\_ n'étaient plus négociables, puisque le fonds était en faillite, de sorte que leur valeur était nulle. Elle a d'ailleurs été portée comme telle dans le relevé de compte de l'intimé au 30 juin 2009. Aucun élément du dossier ne permet au demeurant à ce stade de retenir que l'intimé touchera une indemnité à l'issue des opérations de liquidation actuellement en cours aux Etats-Unis. Il n'y a pas lieu par conséquent de réduire l'indemnité due à l'intimé pour cette raison.

#### **E. 5**

Ces principes étant posés, il convient maintenant de les appliquer au cas d'espèce. Il ressort de ce qui précède que l'appelante a violé ses obligations envers l'intimé en n'effectuant pas la gestion conservatrice avec un degré de risque faible dont elle était chargée, mais une gestion "dynamique" avec un degré de risque plus élevé. Une gestion conservatrice aurait, sur la période considérée, provoqué une diminution des actifs de l'intimé de 14,8%, alors que la perte subie par l'intimé du fait de la gestion de l'appelante a été plus élevée. A cet égard, le Tribunal a retenu, sans que cela ne soit contesté par les parties en appel, que le portefeuille de l'intimé avait en février 2008 une valeur de USD 2'449'980.- alors que sa valeur au 30 juin 2009, date de la résiliation du mandat était de USD 1'656'458.-, soit une perte de USD 793'522.-. Un portefeuille correctement géré aurait eu, au 30 juin 2009, une valeur de USD 2'087'383.-, soit USD 2'449'980.- moins 14,8%.

- 25/28 -

C/27386/2009 Le dommage correspond ainsi à la différence entre ce dernier montant et USD 1'656'458.-, à savoir la valeur effective du portefeuille de l'intimé à cette date, soit USD 430'925.-. Ce dommage est bien en relation de causalité naturelle et adéquate avec la violation par l'appelante de ses obligations contractuelles. La faute de celle-ci est présumée et l'appelante n'allègue aucune circonstance de nature à retenir qu'elle n'a pas commis de

faute. Le jugement sera par conséquent réformé en ce sens que l'appelante sera condamnée à payer à l'intimé le montant de USD 430'925.- avec intérêts à 5% l'an dès le 1er juillet 2009.

## **E. 6**

L'intimé prétend en outre à un montant de USD 36'749.- au titre de restitution des commissions prélevées par l'appelante

### **E. 6.1**

Selon la jurisprudence, en cas d'exécution défectueuse du mandat, le mandataire n'a droit à des honoraires que pour l'activité qu'il a accomplie en conformité avec le contrat (ATF 124 III 423 consid. 4a; arrêt du Tribunal fédéral 4C.295/2006 du 30 novembre 2006 consid. 6.2).

### **E. 6.2**

En l'espèce, dans la mesure où un gestionnaire diligent aurait également prélevé des honoraires ou commissions pour son activité, il n'y a pas lieu d'allouer à l'intimé de montant supplémentaire à ce titre, puisqu'il obtient une indemnisation correspondant au résultat de l'activité dont il aurait bénéficié si ses instructions avaient été respectées.

En tout état de cause, l'intimé n'a pas établi le montant exact des commissions perçues par l'appelante, les chiffres qu'il avance, sans les justifier par pièces, étant contestés par celle-ci.

Compte tenu de ce qui précède, il n'y a par ailleurs pas lieu d'examiner la question de savoir si l'appelante a violé ses obligations en investissant une partie des actifs de l'intimé dans des fonds dont la vente aux ressortissants américains n'était pas autorisée et si, cas échéant, cette violation est en lien de causalité avec le dommage subi par l'intimé.

### **E. 7.1**

Le montant et la répartition des frais et dépens effectués par le Tribunal ne sont pas contestés en appel de sorte que les ch. 2 à 4 du jugement seront confirmés.

### **E. 7.2**

Selon l'art. 106 al. 1 CPC, les frais sont mis à la charge de la partie succombante (al. 1). L'art. 106 al. 2 CPC précise que lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause. Cette règle vaut,

- 26/28 -

C/27386/2009 mutatis mutandis, en cas d'appel joint (TAPPY, Code de procédure civile commenté, 2011, n° 23 ad art. 106 CPC).

Compte tenu du fait que les parties succombent toutes deux pour l'essentiel dans leurs appels respectifs, les frais relatifs à ceux-ci seront laissés à charge de chacune d'elles. Les frais judiciaires de l'appel principal seront arrêtés à 12'500 fr. (art 17 et 35 RTFMC), compensés avec l'avance du même montant versée par l'appelante qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). Les frais judiciaires de l'appel joint seront quant à eux arrêtés à 8'000 fr. (art 17 et 35 RTFMC), compensés avec l'avance versée par l'intimé qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). Un montant de 15'000 fr., débours et TVA compris, sera alloué à titre de dépens à l'intimé dans le cadre de l'appel principal, montant calculé en fonction de la valeur litigieuse de l'appel de 425'151 fr. (art. 85 et 90 RTFMC). Les dépens alloués à l'appelante pour l'appel joint seront quant à eux fixés à 6'000

fr., débours et TVA compris, au vu de la valeur litigieuse de 110'998 fr. de l'appel joint (art. 85 et 90 RTFMC). \* \* \* \* \*

- 27/28 -

C/27386/2009 PAR CES MOTIFS, La Chambre civile : A la forme : Déclare recevables l'appel interjeté par A\_\_\_\_\_ et l'appel joint interjeté par B\_\_\_\_\_ contre le jugement JTPI/12043/2014 rendu le 2 octobre 2014 par le Tribunal de première instance dans la cause C/27386/2009-2. Au fond : Annule le ch. 1 du dispositif du jugement querellé et, cela fait, statuant à nouveau : Condamne A\_\_\_\_\_ à verser à B\_\_\_\_\_ la somme de USD 430'925.- avec intérêts à 5% l'an dès le 1er juillet 2009. Confirme le jugement pour le surplus. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais : Arrête à 12'500 fr. les frais judiciaires de l'appel et les laisse à charge de A\_\_\_\_\_. Les compense avec l'avance versée par cette dernière qui reste acquise à l'Etat de Genève. Condamne A\_\_\_\_\_ à verser à B\_\_\_\_\_ 15'000 fr. au titre des dépens d'appel. Arrête à 8'000 fr. les frais judiciaires de l'appel joint et les laisse à charge de B\_\_\_\_\_. Les compense avec l'avance versée par ce dernier, qui reste acquise à l'Etat de Genève. Condamne B\_\_\_\_\_ à verser à A\_\_\_\_\_ 6'000 fr. au titre des dépens d'appel joint. Siégeant : Monsieur Jean-Marc STRUBIN, président; Monsieur Laurent RIEBEN et Madame Fabienne GEISINGER-MARIÉTHOZ, juges; Madame Anne-Lise JAQUIER, greffière.

Le président : Jean-Marc STRUBIN

La greffière : Anne-Lise JAQUIER

- 28/28 -

C/27386/2009

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.

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