

GE_GERICHTE ACJC/1406/2013 vom 8. April 2013

GE Cour de justice, 2013-04-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_1406_2013

FR: GE_GERICHTE ACJC/1406/2013 du 8 avril 2013

IT: GE_GERICHTE ACJC/1406/2013 del 8 aprile 2013

Erwägungen

E. 1.1

L'appel est dirigé contre un jugement notifié aux parties après le 1er janvier 2011, de sorte que la présente cause est régie par le nouveau droit de procédure (art. 405 al. 1 CPC).

E. 1.2

Les procédures en cours à l'entrée en vigueur du CPC sont régies par l'ancien droit de procédure jusqu'à la clôture de l'instance (art. 404 al. 1 CPC). Le contrôle relatif à la bonne application des règles de procédure faite en première instance doit donc être apprécié selon ce droit (arrêts du Tribunal fédéral 4A_8/2012 du 12 avril 2012 consid. 1; 4A_641/2011 du 27 janvier 2012 consid. 2.2).

E. 2.1

L'appel a été interjeté dans le délai de trente jours et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 308 al. 1 let. a, 308 al. 2 et 311 al. 1 CPC). Il est ainsi recevable.

E. 2.2

Les conclusions de première instance portent sur une valeur litigieuse supérieure à 10'000 fr. en capital (art. 91 al. 1 CPC), de sorte que la Cour connaît de la présente cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

E. 3

L'appelante demande préalablement à plaider sur les principes applicables à la procédure d'appel de marge, ressortant en particulier d'un arrêt du Tribunal fédéral du 10 juillet 2007 et d'un arrêt récent de la Cour confirmant ces principes.

Selon l'art. 316 al. 1 CPC, la Cour peut notamment ordonner des débats, si elle estime que l'affaire n'est pas en état d'être tranchée.

En l'espèce, l'appelante a eu l'occasion de s'exprimer largement par écrit, tant en première instance que dans son mémoire d'appel, aussi bien sur les faits de la cause que sur les principes de droit applicables selon elle aux points litigieux. En outre, la Cour, qui applique le droit d'office (art. 57 CPC), a connaissance des arrêts cités par l'appelante.

La cause est dès lors en état d'être jugée, de sorte que la requête de l'appelante tendant à pouvoir plaider sur les questions de droit au centre du présent litige est rejetée.

E. 4

L'appelante reproche au premier juge d'avoir considéré qu'elle avait violé ses obligations contractuelles dans le cadre de la procédure d'appel de marge. Elle soutient qu'elle était en droit de réaliser les positions de l'intimée, dans la mesure où elle a procédé à plusieurs appels de marge, oralement et par écrit, auxquels l'intimée n'avait pas donné suite.

E. 4.1

Le crédit lombard est une ligne de crédit garantie par le nantissement de titres facilement réalisables - ou de tout autre genre de sûretés susceptibles d'être mises en gage -, dont la possession est transférée au créancier (EMCH/RENZ/ARPAGAUS, *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 7ème éd., 2011, n° 968; BAUEN/ROUILLER, *Relations bancaires en Suisse*, 2011, p. 257 s.). L'emprunteur n'obtient du prêteur qu'un pourcentage déterminé de la valeur sur le marché des titres donnés en gage.

- 21/33 -

C/3570/2010 La différence entre le montant du crédit et la valeur marchande des titres nantis constitue la marge de sécurité (arrêt du Tribunal fédéral 4A_450/2010 du 21 décembre 2010 consid. 5.2.1). La garantie pouvant devenir insuffisante suivant l'évolution des cours qui réduit cette marge, les parties peuvent prévoir le droit de la banque d'exiger l'apport de garanties complémentaires dans le délai convenu ou dans un délai approprié (appel de marge; arrêts du Tribunal fédéral 5A_739/2012 du 17 mai 2013 consid. 8.2.3; 4A_444/2012 du 10 décembre 2012 consid. 3.3; 4C.285/1993 du 5 mai 1994 consid. 3b, publié in SJ 1994 p. 729). Si l'emprunteur ne reconstitue pas la marge de sécurité, la banque peut résilier le crédit lombard, liquider le dépôt de garantie et réclamer le remboursement des avances qu'elle a consenties (arrêt du Tribunal fédéral 5A_739/2012 du 17 mai 2013 consid. 8.2.3 et références citées). Les opérations à crédit comportent des risques pour le client et pour la banque. En particulier, la banque peut être tenue de réaliser les actifs du client à un moment particulièrement défavorable et ainsi causer à ce dernier une perte dans le cadre d'une opération qui se serait révélée profitable à terme. Le principal grief que peut faire valoir un client en cas de perte est l'absence de mise en demeure de reconstituer la marge préalablement à la vente de ses actifs (ACJC/842/2013 du 28 juin 2013 consid. 6.1; LOMBARDINI, *Droit bancaire suisse*, 2010, n. 76, 87 et 88). Dans l'arrêt 4C.243/2006 du 10 juillet 2007, le Tribunal fédéral a considéré que la Banque avait violé les termes du contrat, en vendant des titres de son client sans avoir procédé à un appel de marge préalable. Le fait qu'il y avait eu des appels de marge les jours précédents, qui avaient conduit à un apport d'argent ou à la vente de titres, ne dispensait pas la Banque de cette obligation. Il en aurait été autrement que si la vente des titres litigieux avait été une réalisation de garanties "décalée", faisant suite à un appel de marge antérieur; tel n'était toutefois pas le cas dans cette affaire.

E. 4.2

En l'espèce, selon les termes du contrat qui ne prêtent pas à discussion, avant de pouvoir réaliser des titres reçus en garantie, la Banque devait, par un appel de marge, inviter l'intimée à compléter les garanties ou procéder à leur remplacement lorsque celles-ci n'étaient plus suffisantes, dans un délai librement fixé par la Banque. La Banque allègue en premier lieu avoir communiqué oralement un appel de marge au mandataire de l'intimée, le 20 octobre 2008.

Cet allégué, contesté par l'intimée, ne ressort toutefois ni des pièces du dossier ni des témoignages. Le mandataire n'a en outre pas été entendu, les parties ayant renoncé à son audition. De plus, même à supposer qu'un appel de marge ait été communiqué ce jour-là, l'appelante n'a démontré ni le montant sur lequel il portait, ni le délai dans lequel l'intimée était supposée y donner suite.

- 22/33 -

C/3570/2010

Par conséquent, il ne peut être retenu que la Banque aurait, ce jour-là, procédé à un appel de marge valable.

E. 4.3

La Banque soutient ensuite que son courrier du 22 octobre 2008 adressé à l'intimée en banque restante, qui demandait la couverture du dépassement de 2'691'000 fr. dans un délai échéant au 24 octobre 2008, lui est opposable et constituait un appel de marge valable.

Les parties étaient liées par une convention de banque restante. Selon la jurisprudence, lorsqu'une banque accepte de conserver par devers elle les avis qu'elle adresse à ses clients, ses communications sont opposables à ceux-ci comme s'ils les avaient effectivement reçues (ATF 104 II 190 consid. 2a). De même, on doit 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 (arrêts du Tribunal fédéral 4A_262/2008 du 23 septembre 2008 consid. 2.3; 4C.378/2004 du 30 mai 2005 consid. 2.2, reproduit in SJ 2006 I 1; 4C.116/1995 du 9 août 1995 consid. 5b, reproduit in SJ 1996 p. 193). En effet, l'option banque restante n'est pas utilisée dans l'intérêt de la banque mais bien dans celui du client, qui pour des raisons de discrétion n'entend pas recevoir les communications que la banque doit lui adresser. 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 en banque restante soit traité de la même manière que le client qui a réellement reçu le courrier en ce qui concerne l'obligation, découlant des règles de la bonne foi, de réagir en cas de refus ou de désaccord avec une opération dont il a reçu communication. Le client qui choisit l'option banque restante prend donc un risque, dont il doit supporter les conséquences s'il se réalise (arrêt du Tribunal fédéral 4A_262/2008 précité consid. 2.3; 4C.378/2004 précité consid. 2.2, reproduit in SJ 2006 I 1). Cependant, en raison des conséquences 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 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_262/2008 précité consid. 2.3; 4C.378/2004 précité consid. 2.2, reproduit in SJ 2006 I 1). Que les avis de transaction et extraits de compte conservés en banque restante à la demande du client le soient sous forme électronique plutôt que sous forme de documents imprimés jusqu'au moment où le client vient les retirer ne saurait avoir d'incidence sur la date à laquelle ils sont réputés valablement notifiés selon la

- 23/33 -

C/3570/2010 convention de banque restante (arrêt du Tribunal fédéral 4A_262/2008 précité consid. 4.2.2).

E. 4.4

Aux termes de l'art. 2 al. 2 CC, l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. La règle prohibant l'abus de droit permet au juge de corriger les effets de la loi dans certains

cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste. L'existence d'un abus de droit se détermine selon les circonstances concrètes du cas, en s'inspirant des diverses catégories mises en évidence par la jurisprudence et la doctrine. Les cas typiques sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement et l'attitude contradictoire (ATF 135 III 162 consid. 3.3.1; 134 III 52 consid. 2.1; 129 III 493 consid. 5.1 et les arrêts cités). Ainsi, l'exercice d'un droit peut être abusif s'il contredit un comportement antérieur, qui avait suscité des attentes légitimes chez l'autre partie (venire contra factum proprium). Le Tribunal fédéral a admis une telle attitude contradictoire de la part d'une banque dans une affaire où le client, appelé à compléter la marge à la suite des baisses de marché liées aux événements du 11 septembre 2001, avait proposé, lors d'un entretien le 18 septembre 2001, un gage immobilier à titre de garantie. La banque avait alors promis d'examiner cette possibilité et de communiquer sa décision avant de procéder à une éventuelle liquidation des positions; or, le lendemain de l'entrevue, la banque avait fermé les positions, sans avoir respecté sa promesse et donc en contradiction avec son attitude de la veille (arrêt du Tribunal fédéral 4C.410/2004 du 16 mars 2005 consid. 2.4).

E. 4.5

Dans les circonstances du cas d'espèce, il est douteux que l'appel de marge de la Banque a été effectué valablement en "banque restante". En effet, l'obligation pour la Banque de faire un appel de marge implique de contacter le client pour lui permettre, le cas échéant, de donner suite, dans le délai imparti par la Banque, à son appel de fonds, et d'éviter ainsi la liquidation de ses positions. Or, dans le cas présent, la Banque savait que l'intimée ne pourrait pas avoir connaissance de son courrier du 22 octobre 2008 en banque restante, qui lui impartissait un délai au 24 octobre suivant pour remédier au dépassement de son compte, de 2'691'000 fr. Au demeurant, il apparaît que le gestionnaire du compte n'était pas informé de ce courrier, émis par le département du crédit, dont il ne se souvenait pas lors de son audition par le Tribunal. A cela s'ajoute que le gestionnaire de la Banque était en contact régulier, voire même plusieurs fois par jour, avec le mandataire de l'intimée. L'appelante était donc en mesure de lui communiquer oralement le contenu de son courrier et de s'assurer que cette communication importante parvienne à la connaissance de l'intimée le plus rapidement possible.

- 24/33 -

C/3570/2010 L'appel de marge du 22 octobre 2008 n'est ainsi pas opposable à l'intimée s'il a été effectué uniquement en banque restante, puisqu'il n'aurait alors pas été communiqué selon les règles de la bonne foi.

E. 5

Cela étant, il y a lieu d'examiner si cet appel de marge a également été communiqué oralement à l'intimée ou à son mandataire.

E. 5.1

En l'occurrence, aucune note interne de la Banque, qu'elles se rapportent au compte de l'intimée ou à celui de sa sœur, n'indique que l'appelante aurait demandé au mandataire, ou à l'intimée directement, entre le 22 et le 24 octobre 2008, un apport de fonds de 2'691'000 fr., dans un délai échéant au 24 octobre 2008, en les avisant qu'à défaut de se plier à ses

exigences, les positions seraient liquidées.

Les notes internes de la Banque portent principalement sur la situation du compte de la sœur de l'intimée, ainsi que sur la mise à disposition par cette dernière de fonds pour couvrir le déficit de sa sœur. Les témoignages n'ont pas permis d'établir non plus qu'un appel de marge précis aurait été communiqué à l'intimée ou à son mandataire. Le gestionnaire interne et son assistante ont certes indiqué lors de leur audition avoir régulièrement fait état, dans les discussions avec le mandataire, des découverts, qui variaient quasiment tous les jours. Cela ne démontre toutefois pas encore que la Banque aurait demandé clairement un apport correspondant au montant du dépassement dans un délai précis. Par ailleurs, le vendredi 24 octobre 2008, le gestionnaire de l'intimée était en déplacement à l'étranger et inatteignable. Selon les notes de la Banque, plusieurs entretiens téléphoniques ont eu lieu le vendredi 24 octobre 2008, entre l'assistante et le mandataire de l'intimée, entre le remplaçant du gestionnaire absent et le mandataire, entre le remplaçant du gestionnaire absent et l'intimée ou encore entre le remplaçant du gestionnaire absent et la sœur de l'intimée. Il en ressort que le mandataire a été informé par l'assistante de la nouvelle dégradation de la valeur de nantissement "malgré les mesures déjà prises", celles-ci se rapportant au compte de la sœur de l'intimée. Lors d'un appel téléphonique de la sœur de l'intimée des Etats-Unis, le remplaçant du gestionnaire lui a indiqué qu'il ne pouvait pas lui parler, mais qu'il était prêt à l'écouter. Il apparaît que le remplaçant du gestionnaire a également informé l'intimée de la situation de "close out" de son compte. Il a été convenu d'envoyer à l'intimée un tableau récapitulatif de leurs positions en portefeuille converties en yens et de le comparer avec le montant du prêt, "pour savoir de quel montant on parle" et pour une prise de position. L'assistante a en outre indiqué que le gestionnaire et le mandataire devaient s'entretenir le lundi suivant, et qu'une prolongation du délai avait dès lors été octroyée pour l'arrivée de nouveaux fonds. Il ressort enfin d'un courriel de l'assistante au responsable auprès du département de crédit que le gestionnaire devait faire le point de la situation avec le mandataire le lundi suivant.

- 25/33 -

C/3570/2010 Les tableaux récapitulatifs, rédigés en espagnol, envoyés à l'intimée et à son mandataire le 24 octobre 2008 mentionnent le dépassement du compte, en yens, sans leur contrevaletur en dollars. Seul le taux de change est mentionné en haut de la page. Il ne comporte en revanche aucun appel de marge d'un montant précis, ni de délai. L'appelante soutient que, le lundi 27 octobre 2008, le gestionnaire a informé le mandataire de l'intimée que la situation s'était encore détériorée et qu'il convenait de tout vendre, ce à quoi le mandataire aurait donné son accord. La Banque n'a toutefois pas tenté de joindre l'intimée. Il sera revenu sur ce point ci-dessous (cf. consid. 5.2). Sur la base de ce qui précède, il y a lieu de considérer, en premier lieu, que la Banque n'a pas établi, alors que le fardeau de la preuve lui en incombait, avoir clairement communiqué à l'intimée ou à son mandataire un montant précis à titre d'appel de marge. En outre, le gestionnaire et son assistante ont indiqué avoir régulièrement tenu le mandataire informé de la variation de dépassement du compte. Il n'en résulte toutefois pas que la Banque aurait exigé la couverture de ce dépassement dans un délai précis. A cet égard, alors que les notes internes de la Banque relatives au compte de la sœur de l'intimée mentionnent à tout le moins l'évolution de ce compte et les mesures prises, en particulier la vente de certaines positions selon les instructions du 9 octobre 2008 et l'apport de 800'000 USD, il n'en va pas de même concernant le compte de l'intimée, où aucune indication explicite n'est donnée. Il apparaît

donc que les exigences de la Banque, qui auraient été communiquées à l'intimée ou à son mandataire pour éviter la réalisation du portefeuille, demeurent incertaines et confuses. A cet égard, les parties ont renoncé à l'audition du mandataire, qui semble pourtant avoir été l'interlocuteur principal de la Banque durant cette période. Comme l'a retenu le Tribunal, il résulte ainsi du dossier une certaine confusion et un manque de communication, tant au niveau interne à la Banque qu'entre la Banque et sa cliente. Le gestionnaire a au demeurant admis qu'il se trouvait "pris en sandwich" entre le département de crédit et la cliente, lui-même souhaitant éviter la liquidation des positions du client, tout en ayant l'obligation de se plier aux exigences du département de crédit. Cette position inconfortable se reflète dans la manière dont la Banque a géré la situation au moment critique de la turbulence des marchés financiers fin octobre 2008. Par ailleurs, le vendredi 24 octobre, plusieurs contacts téléphoniques ont eu lieu entre le mandataire, l'assistante, le remplaçant du gestionnaire et l'intimée, le gestionnaire de l'intimée étant absent ce jour et inatteignable. Or, en dernier lieu, il a été convenu d'envoyer à l'intimée et à sa sœur un tableau récapitulatif de la situation de leurs comptes respectifs, afin de "prendre une décision". En outre, l'assistante a indiqué lors de son audition que le "délai" (si tant est qu'il puisse être retenu qu'un délai a été valablement fixé en l'espèce) avait été reporté à lundi.

- 26/33 -

C/3570/2010 Il était donc convenu que le gestionnaire habituel fasse le point de la situation avec le mandataire et l'intimée le lundi suivant.

Or, comme déjà indiqué ci-dessus, ce tableau ne comporte aucune indication claire d'un montant que l'intimée aurait dû transférer dans un délai précis.

Ainsi, compte tenu de la conversation téléphonique avec le remplaçant de son gestionnaire, l'intimée pouvait de bonne foi partir du principe que la Banque ne liquiderait pas ses positions avant qu'elle puisse s'entretenir avec son gestionnaire le lundi. La Banque, par son attitude contradictoire et sa communication peu claire, a ainsi laissé entendre que la situation serait examinée le lundi 27 octobre suivant, après le retour du gestionnaire.

Or, la Banque n'a pas tenté de joindre l'intimée le 27 octobre 2008, avant la vente de ses positions. Dans ces circonstances, en vendant les positions de l'intimée le vendredi 24 octobre, puis le lundi 27 octobre 2008, sans d'abord communiquer précisément à l'intimée ses exigences, la Banque a adopté un comportement contradictoire. Au vu de ce qui précède, la Banque ne pouvait pas réaliser de son propre chef les positions de l'intimée. Enfin, il n'est pas établi que l'intimée n'était pas en mesure de reconstituer la marge. Au contraire, elle avait transféré sur le compte de sa sœur, à la demande de la Banque, 400'000 USD pour couvrir partiellement l'appel de marge relatif au compte de sa sœur. De plus, le gestionnaire a affirmé lors de son audition que le mandataire lui avait indiqué que l'intimée aurait eu les moyens de prévenir la détérioration de son portefeuille. Enfin, l'intimée et sa sœur étaient titulaires d'un compte auprès d'une banque tierce sur lequel étaient déposés des titres représentant, en automne 2008, une valeur nette de plus de 6'000'000 USD, après déduction du "pledge giver". Il n'est pas établi que l'intimée et sa sœur n'étaient pas en mesure de disposer à bref délai des fonds nécessaires, en réalisant au besoin une partie de leurs titres.

E. 5.2

La Banque soutient avoir reçu des instructions du mandataire de l'intimée les 24 et 27 octobre 2008 pour procéder à la vente des positions, qu'elle était autorisée à suivre. Or, en

premier lieu, cet allégué, contesté par l'intimée, n'a pas été prouvé, les parties ayant en particulier renoncé à l'audition du mandataire en question. Pour ce motif déjà, la Banque ne peut se retrancher derrière les "instructions" prétendument reçues pour justifier la liquidation du portefeuille. En outre, le 13 octobre 2008, la sœur de l'intimée s'est opposée à l'instruction de vente d'un titre donnée par son mandataire et l'opération a été annulée. Le gestionnaire a par ailleurs indiqué que le mandataire lui avait demandé d'impliquer l'intimée et sa sœur directement dans toutes les démarches et prises de décisions pour trouver des solutions, dès le moment où la détérioration du

- 27/33 -

C/3570/2010 portefeuille des clientes était devenue inquiétante. Il ressort d'ailleurs des notes internes de la Banque que, le 24 octobre 2008, le mandataire a demandé au remplaçant du gestionnaire de contacter l'intimée pour une prise de position. Ainsi, quels qu'aient été les pouvoirs du mandataire par le passé, la Banque avait clairement reçu pour instructions de s'adresser à l'intimée et à sa sœur pour toute prise de décisions concernant la liquidation de leurs positions. Elle ne pouvait donc, dans ces circonstances, s'en tenir aux instructions prétendument reçues du mandataire, sans contacter au préalable sa cliente. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal a retenu à juste titre que la Banque avait violé ses obligations contractuelles. Les griefs de l'appelante à cet égard, infondés, doivent être rejetés. Partant, l'appelante répond du dommage que la vente a causé à l'intimée.

E. 6

Outre la violation du contrat, la responsabilité contractuelle de la Banque suppose la réalisation cumulative de trois autres conditions : une faute (qui est présumée), un rapport de causalité (naturelle et adéquate) et un dommage (ATF 128 III 22 consid. 2b; arrêts du Tribunal fédéral 4A_90/2011 consid. 2.2.2; 4A_168/2008 consid. 2.6). Le fardeau de la preuve des faits permettant de constater que les conditions de la responsabilité sont réalisées incombe au client, tandis que la banque doit apporter la preuve de l'absence de faute (arrêts du Tribunal fédéral 4A_90/2011 consid. 2.2.2; 4A_168/2008 consid. 2.7).

E. 6.1

Le dommage se définit comme la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable ne s'était pas produit (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2; 132 III 564 consid. 6.2; 131 III 360 consid. 6.1; 126 III 388 consid. 11a).

Le montant exact du dommage doit en principe être prouvé par le lésé. Le dommage est considéré comme prouvé lorsque le lésé établit suffisamment de circonstances qui rendent la survenance du dommage vraisemblable et permettent de l'évaluer (ATF 132 III 379 précité consid. 3.1).

L'art. 42 al. 2 CO, applicable également à la responsabilité contractuelle par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO, prévoit que 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. Bien qu'elle tende à instaurer une preuve facilitée en faveur du lésé, cette disposition ne lui accorde cependant pas 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). Le demandeur doit établir de manière suffisante les circonstances qui rendent la survenance du dommage vraisemblable et permettent de l'évaluer. La conclusion

qu'un tel dommage est survenu doit s'imposer avec une certaine force (ATF 132 III 379 consid. 3.1, in SJ 2006 I p. 472). L'exception de l'art. 42 al. 2

- 28/33 -

C/3570/2010 CO à la règle du fardeau de la preuve doit être appliquée de manière restrictive (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2). En matière d'action en responsabilité contre le gestionnaire de fortune, le dommage peut être calculé en confrontant le résultat du portefeuille administré en violation du mandat avec celui d'un portefeuille hypothétique de même ampleur géré pendant la même période conformément aux instructions du contrat (arrêt du Tribunal fédéral 4A_351/2007 du 15 janvier 2008 consid. 2.2.2). Le droit de la responsabilité contractuelle vise à remettre le lésé dans l'état dans lequel il serait si le contrat avait été correctement exécuté. Il convient donc de baser le calcul du dommage sur l'intérêt à l'exécution, en se fondant, pour établir l'état du patrimoine, sur celui qui existerait si le contrat avait été exécuté correctement par la mise en œuvre de la diligence requise (arrêt du Tribunal fédéral 4C.18/2004 du 3 décembre 2004 consid. 2.1). S'il n'est pas possible de déterminer pour combien de temps les parties voulaient se lier ou quel était le terme auquel correspondait le but recherché par les parties, il appartiendra alors au juge, en vertu de son pouvoir d'appréciation, de fixer le moment le plus adéquat (Benoît CHAPPUIS, Le moment du dommage, 2007, n. 768).

E. 6.2

En l'espèce, en ce qui concerne la quotité du dommage, l'intimée a allégué avec précision quelle aurait été la valeur de son portefeuille au 30 janvier 2009, ainsi qu'au 30 janvier 2010, si la Banque n'avait pas vendu ses titres dès le 24 octobre 2008, et quel aurait été le solde de son compte après remboursement du prêt à ces deux échéances. Devant le premier juge, l'appelante a essentiellement critiqué les dates des 30 janvier 2009 et 30 janvier 2010, estimant que celle du 4 novembre 2008 était déterminante, et s'est contentée de contester l'établissement du montant du dommage de manière générale. Le Tribunal a considéré qu'il convenait de fixer le dommage en application de l'art. 42 al. 2 CO en retenant la date du 30 janvier 2009, date la plus proche de la violation du contrat, vu l'échéance du crédit lombard le 4 février 2009. Le premier juge a ainsi retenu les chiffres avancés par l'intimée et reproduits dans la partie EN FAIT ci-dessus (cf. let. I.a.). Il en résulte que la valeur du portefeuille de l'intimée au 30 janvier 2009 aurait été de 13'711'636.47 USD en capital et de 242'827.47 USD en intérêts. Après remboursement du prêt de 1'186'908'000 (sic) JPY en capital et 4'765'835.53 JPY en intérêts, le solde du compte aurait été, après conversion des devises, de 691'538.67 USD. A ce montant s'ajoutaient 101'296.67 USD débités par la Banque d'un autre compte de l'intimée à titre de compensation, soit un dommage total de 792'835.34 USD. Devant la Cour, l'appelante soutient que l'intimée a arrêté le montant de son dommage à une date choisie arbitrairement. Elle estime que la date du 4 novembre 2008 aurait dû être retenue. Pour le surplus, elle se contente une nouvelle fois d'affirmer de manière générale que les allégués de l'intimée et les preuves

- 29/33 -

C/3570/2010 produites concernant le dommage sont insuffisants. Elle ne conteste pas précisément ni les chiffres invoqués par l'intimée, ni le calcul effectué par cette dernière, retenus par le Tribunal. Contrairement à ce que soutient l'appelante, la date retenue par le Tribunal n'est pas arbitraire, mais correspond à la date d'échéance du crédit lombard, la plus proche de la violation du contrat. En effet, l'intimée a manifesté son intention de garder ses

titres, en demandant à la Banque ce qui était attendu d'elle pour éviter la liquidation de ses positions. Il y a donc lieu de retenir que si le contrat avait été exécuté correctement, à savoir si la Banque n'avait pas liquidé les positions de l'intimée, le crédit lombard aurait perduré à tout le moins jusqu'à son échéance, le 4 février 2009. La date du 30 janvier 2009 paraît dès lors adéquate pour comparer quel aurait été le patrimoine de l'intimée à ce moment, si la Banque n'avait pas violé ses obligations. L'appelante ne soutient au demeurant pas qu'il aurait fallu retenir la date précise de l'échéance du crédit lombard, le 4 février 2009. La date du 4 novembre 2008 n'entre pas en ligne de compte, dès lors qu'elle tient compte de la situation financière dans laquelle l'intimée s'est trouvée quelques jours après la violation du contrat par la Banque, mais ne replace pas celle-ci dans la situation qui aurait été la sienne si cette violation n'avait pas eu lieu. A l'instar du premier juge, il y a lieu de considérer que les éléments apportés par l'intimée sont suffisamment précis et convaincants pour déterminer la valeur de son portefeuille au 30 janvier 2009, si les titres n'avaient pas été vendus. Il n'était dès lors pas nécessaire pour l'intimée de requérir une expertise judiciaire, ce d'autant moins que l'appelante n'a pas contesté avec précision, et ne conteste d'ailleurs toujours pas, les chiffres allégués ni le mode de calcul du dommage.

E. 6.3

L'appelante soutient par ailleurs que le Tribunal n'aurait, à tort, pas tenu compte des profits réalisés, qui doivent selon elle être déduits des pertes.

L'appelante se réfère à la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle, en matière de gestion de fortune, les pertes causées par la mauvaise gestion doivent être compensés par les bénéfices occasionnés par cette même gestion (arrêts du Tribunal fédéral 4C.158/2006 du 10 novembre 2006 consid. 4.3; 4C.74/2001 du 17 octobre 2001 consid. 4a cc).

Cette jurisprudence ne peut toutefois être transposée dans le cas particulier, puisque après les ventes litigieuses, le compte de l'intimée était débiteur. L'appelante ne précise d'ailleurs pas quels bénéfices occasionnés par ces ventes auraient dû être pris en compte.

Les griefs de l'appelante, infondés, doivent donc être rejetés.

E. 7

L'appelante soutient que le rapport de causalité adéquate entre la violation du contrat et le dommage invoqué fait défaut. Elle allègue en particulier, d'une part, que l'intimée n'avait pas la volonté de répondre à l'appel de marge et, d'autre part,

- 30/33 -

C/3570/2010 que la crise des marchés financiers en automne 2008 a pu contribuer au dommage, voire interrompre le lien de causalité.

E. 7.1

Constitue la cause adéquate d'un dommage tout fait qui, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, de sorte que la survenance de ce résultat paraît de façon générale favorisée par le fait en question (ATF 129 II consid. 3.3; 123 III 110 consid. 3a, JdT 1997 I p. 791; arrêt du Tribunal fédéral 5C.125/2003 consid. 4.1, in SJ 2004 I p. 410).

La causalité adéquate peut cependant être exclue, c'est-à-dire interrompue, lorsqu'une autre cause concomitante - la force majeure, la faute ou le fait d'un tiers, la faute ou le fait de la victime - constitue une circonstance tout à fait exceptionnelle ou apparaît si extraordinaire

que l'on ne pouvait pas s'y attendre. L'imprévisibilité de l'acte concurrent ne suffit pas en soi à interrompre le rapport de causalité adéquate; il faut encore que cet acte ait une importance telle qu'il s'impose comme la cause la plus probable et la plus immédiate de l'événement considéré, reléguant à l'arrière-plan tous les autres facteurs qui ont contribué à l'amener (ATF 133 V 14 consid. 10.2; 130 III 182 consid. 5.4, 127 III 453 consid. 5d; 123 III 306 consid. 5a). Si la faute concomitante du lésé n'est pas suffisamment grave, cela peut constituer une cause de réduction de l'indemnité (ATF 123 III 306 consid. 5b; STÖCKLI, in Präjudizienbuch zum OR, GAUCH/AEPLI/STÖCKLI, 8ème éd., 2012, n. 15 ad art. 58 CO).

E. 7.2

En l'espèce il est établi que l'intimée disposait d'une fortune nette de plus de 6'000'000 USD auprès d'une banque tierce, après déduction du "pledge giver" grevant le compte. Il n'est pas démontré que l'intimée n'aurait pas pu disposer rapidement de ces fonds. Enfin, le gestionnaire a admis lors de son audition que le mandataire de l'intimée lui avait indiqué qu'elle aurait eu les moyens nécessaires pour éviter la liquidation. Immédiatement après les ventes litigieuses, la Banque a d'ailleurs proposé à l'intimée d'investir à nouveau pour reconstituer son portefeuille. C'est donc dire que la Banque elle-même considérait que l'intimée disposait encore de fonds suffisants. Par conséquent, il doit être tenu pour établi que l'intimée aurait pu donner suite à l'appel de marge si les exigences de la Banque lui avaient été clairement communiquées. Par ailleurs, dans la mesure où la Banque avait liquidé ses positions, on ne pouvait exiger de l'intimée qu'elle reconstitue immédiatement son portefeuille, comme suggéré par la Banque. Au demeurant, immédiatement après les faits litigieux, lorsqu'elle a rencontré les représentants de la Banque mi-novembre 2008, l'intimée a demandé à être replacée dans la situation qui était la sienne avant la liquidation de son portefeuille, ce que la Banque a refusé.

- 31/33 -

C/3570/2010

E. 7.3

Enfin, le préjudice subi est bien en rapport de causalité naturelle et adéquate avec la violation contractuelle de la Banque. En effet, on ne se trouve pas dans une situation où la baisse des marchés financiers aurait de toute façon contribué au dommage, indépendamment de la bonne exécution ou non par la Banque de ses obligations. En effet, si la Banque avait rempli avec diligence ses obligations contractuelles, la liquidation du portefeuille de l'intimée, et par conséquent le préjudice subi, aurait été évitée, l'évolution des marchés financiers n'ayant à cet égard aucune influence. Le grief de l'appelante, infondé, doit donc être rejeté.

E. 8

Il découle de ce qui précède que le jugement querellé doit être confirmé.

Par conséquent, dans la mesure où l'intimée obtient gain de cause sur sa demande principale et où le découvert sur son compte a été causé par la violation des obligations contractuelles de la Banque, les prétentions reconventionnelles de cette dernière ne peuvent qu'être rejetées.

Partant, le jugement querellé sera confirmé sur ce point également.

E. 9

L'appelante demande subsidiairement une réduction des dépens mis à sa charge par le Tribunal, dans la mesure où l'intimée n'a obtenu gain de cause qu'à hauteur d'environ 15% de ses conclusions principales. Elle ne remet pas en cause les dépens sur demande reconventionnelle.

E. 9.1

L'appelante peut faire réapprécier le montant ou la répartition des frais même si les griefs au fond ou sur la recevabilité sont rejetés. Il faut distinguer cette situation de celle d'une nouvelle décision sur les frais de première instance si l'instance d'appel statue à nouveau (art. 318 al. 3 CPC), nouvelle décision qui peut intervenir d'office, mais qui suppose l'admission des griefs d'appel touchant le fond ou la recevabilité (ACJC/1332/2011 du 21 octobre 2011 consid. 7.1). La question des dépens de première instance s'examine en l'occurrence à la lumière des art. 176 à 181 aLPC (cf. consid. 1.2 supra). Tout jugement, même sur incident, doit condamner aux dépens la partie qui succombe (art. 176 al. 1 aLPC). Cependant, la partie qui a obtenu gain de cause peut être condamnée à une partie des dépens, sans préjudice des peines prévues contre les parties, si elle a provoqué des frais inutiles ou si ses conclusions sont exagérées (art. 176 al. 2 aLPC). Le principe de base qui régit la répartition des dépens est celui du résultat ou "Erfolgsprinzip" (ATF 119 Ia 1; BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 6 ad art. 176 aLPC), Les dépens comprennent les frais exposés dans la cause et une indemnité de procédure (art. 181 al. 1 aLPC). Cette dernière est fixée en équité par le juge, en tenant compte notamment de l'importance de la cause, de ses difficultés, de l'ampleur de la procédure et de frais éventuels non prévus (al. 3).

- 32/33 -

C/3570/2010

E. 9.2

En l'espèce, l'appelante ne conteste pas le montant total de l'indemnité de procédure fixée par le premier juge, de 40'000 fr., seule une réduction de la part mise à sa charge étant sollicitée. Elle ne réclame pas non plus une participation de sa partie adverse à ses propres dépens de première instance. L'intimée a formulé en première instance des conclusions à hauteur de 5'191'712 USD en capital. Elle a obtenu gain de cause sur le principe de sa demande et pour 792'835.34 USD, soit environ 15% du montant de ses conclusions. Dans ces conditions et conformément aux principes rappelés ci-dessus, il se justifie de condamner l'appelante à la moitié des dépens de première instance de l'intimée, dont la totalité comprendra une indemnité de procédure de 40'000 fr. valant participation aux honoraires d'avocat de l'intimée. Le chiffre 2 du dispositif du jugement querellé sera donc annulé et modifié en ce sens. Pour le surplus, l'appelante ne sollicite pas de dépens en sa faveur sur demande principale. Il n'y a donc pas lieu de lui en allouer, la présente cause étant régie par la stricte maxime des débats (art. 55 al. 2 CPC).

E. 10

L'appelante, qui succombe pour l'essentiel en appel sauf sur la question secondaire des dépens, sera condamnée aux frais judiciaires d'appel. Dans la mesure où les conclusions principales et reconventionnelles s'opposent, la valeur litigieuse la plus élevée, soit en l'occurrence celle de la demande principale, doit être prise en compte pour calculer les frais

(art. 93 al. 1 CPC; soit 792'835.34 USD = 744'623 fr., au taux de change moyen de 0.93919 du jour du dépôt de l'appel selon le site www.oanda.com/currency/converter). Ceux-ci seront dès lors fixés à 20'000 fr. (art. 17 et 35 RTFMC). Ils sont entièrement compensés par l'avance de frais de 29'000 fr. effectuée par l'appelante. L'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, sera dès lors invité à restituer à l'appelante le surplus de 9'000 fr. (art. 111 CPC).

L'appelante sera également condamnée aux dépens de sa partie adverse, arrêtés à 15'000 fr., débours et TVA compris, compte tenu des critères fixés à l'art. 20 LaCC (art. 95, 104 al. 1, 105 et 106 al. 1 CPC; art. 20 et 21 LaCC; art. 85 al. 1 et 90 Règlement fixant le tarif des frais en matière civile). * * * * *

- 33/33 -

C/3570/2010 PAR CES MOTIFS, La Chambre civile : A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre le jugement JTPI/4878/2013 rendu le 8 avril 2013 par le Tribunal de première instance dans la cause C/3570/2010-1. Au fond : Annule le chiffre 2 du dispositif de ce jugement et, statuant à nouveau : Condamne A_____ à la moitié des dépens de première instance, dont la totalité comprendra une indemnité de procédure de 40'000 fr. valant participation aux honoraires d'avocat de B_____. Confirme le jugement querellé pour le surplus. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais : Arrête les frais judiciaires d'appel à 20'000 fr., les met à la charge de A_____ et les compense avec l'avance de frais de 29'000 fr. effectuée par cette dernière. Invite en conséquence l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, à restituer à A_____ le surplus de 9'000 fr. Condamne A_____ à verser à B_____ 15'000 fr. à titre de dépens d'appel. Siégeant : Madame Florence KRAUSKOPF, présidente; Madame Marguerite JACOT-DES-COMBES, Madame Sylvie DROIN, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

La présidente : Florence KRAUSKOPF

La greffière : Nathalie DESCHAMPS

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 à 30'000 fr.

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