

# **GE\_GERICHTE ACJC/167/2016 vom 15. Februar 2016**

GE Cour de justice, 2016-02-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACJC\\_167\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_167_2016)

FR: GE\_GERICHTE ACJC/167/2016 du 15 février 2016

IT: GE\_GERICHTE ACJC/167/2016 del 15 febbraio 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

L'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC). Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC), ce qui est le cas en l'espèce.

L'appel a en outre été déposé dans le délai prescrit et dans la forme requise par la loi (art. 311 al. 1 CPC). Il est ainsi recevable.

### **E. 1.2**

La Cour dispose d'un plein pouvoir d'examen, tant en fait qu'en droit (art. 310 CPC; HOHL, Procédure civile, tome II, 2010, nos 2314 et 2416; RETORNAZ, L'appel et le recours, in Procédure civile suisse, 2010, p. 349 ss).

### **E. 2**

L'appelant fait valoir que le Tribunal a violé son droit d'être entendu en n'ordonnant pas, sans motivation, l'expertise qu'il avait requise. Il allègue à cet égard que, contrairement à ce qui ressort du jugement querellé, il n'a pas renoncé à une expertise lors des plaidoiries finales.

### **E. 2.1**

La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) le droit pour le justiciable de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision. L'autorité a l'obligation, sous l'angle du droit d'être entendu, de donner suite aux offres de preuves présentées en temps utile et dans les formes requises, à moins qu'elles ne soient manifestement inaptes à apporter la preuve ou qu'il s'agisse de prouver un fait sans pertinence (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_403/2007 du 25 octobre 2007 consid. 3.1; 2C\_545/2014 du 9 janvier 2015 consid. 3.1; 5A\_272/2015 du 7 juillet 2015 consid. 2.2.1).

- 16/23 -

C/1031/2012 En procédure de première instance, la non-pertinence d'un moyen de preuve ne doit être admise qu'avec retenue et, dans le doute, doit être niée (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_313/2013 du 11 octobre 2013 consid. 5).

### **E. 2.2**

L'expertise est un moyen de preuve (art. 168 aL. 1 let. d et 183 al. 1 CPC). Une expertise est imposée par l'art. 8 CC, lorsque le juge n'est pas à même de résoudre, à la lumière de ses propres connaissances, la question qui lui est soumise. Un tribunal qui ne dispose pas lui-même des connaissances nécessaires à la compréhension des faits viole ainsi le droit à la preuve de la partie qui en a la charge, s'il ne met pas en œuvre l'expertise requise à temps et

selon les formes prescrites (ATF 117 II 231 consid. 2b; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_146/2015 du 19 août 2015 consid. 4.2; 4A\_52/2008 du 29 avril 2008 consid. 3.4).

### E. 3

Avant de déterminer si l'expertise litigieuse est nécessaire pour trancher le litige, il convient de définir les obligations des intimées à l'encontre de l'appelant.

Le Tribunal a considéré que la relation contractuelle entre l'appelant et C\_\_\_\_\_ était une relation de type "execution only" soumise aux dispositions relatives au contrat de commission, qui renvoient au mandat. L'appelant était par ailleurs lié à B\_\_\_\_\_ par un contrat de gestion de fortune.

Les considérants du Tribunal à cet égard ne sont remis en cause par aucune des parties en appel et peuvent être confirmés. 3.1.1 Dans le simple dépôt bancaire, la banque s'engage uniquement à exécuter les instructions ponctuelles d'un investisseur et ne se charge pas d'un mandat de gestion. Cette activité est qualifiée par la doctrine d'activité execution only (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. 418). Lorsque la banque exécute pour le compte du client des transactions d'achat ou de vente de choses mobilières ou de papiers-valeurs, banque et client sont en général liés par un contrat de commission au sens de l'art. 425 ss CO. Les règles du droit du mandat trouvent application aux rapports entre les parties (cf. art. 425 al. 2 CO), en particulier s'agissant du devoir de diligence et de fidélité de la banque (arrêt du Tribunal fédéral 4C.410/1997 du 23 juin 1998, SJ 1999 I 205 consid. 3 a). Dans le cadre d'une relation de type execution only, la banque n'est pas tenue à une sauvegarde générale des intérêts de son client. Elle ne doit en principe fournir des renseignements que si son client le lui demande. L'étendue du devoir d'information se détermine d'après les connaissances et l'expérience du client, qui n'a pas besoin d'être informé s'il connaît déjà les risques liés aux placements qu'il opère; s'il apparaît qu'il n'a pas connaissance des risques auxquels il s'expose, la

- 17/23 -

C/1031/2012 banque doit l'y rendre attentif. L'étendue de ce devoir s'apprécie plus sévèrement lorsque le client spéculé non seulement avec ses propres avoirs mais aussi avec des crédits ouverts par la banque (ATF 133 III 97 consid. 7.1.1 p. 102; 119 II 333 consid. 5a p. 335). La banque est tenue de rendre des comptes au client sur la façon dont elle exécute ses activités. Cela implique notamment l'obligation de renseigner le client sur les modalités d'exécution de ses ordres, les frais liés à ceux-ci ou le versement de rétrocessions par la banque (LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2008, n. 14, p. 326). 3.1.2 La banque commissionnaire a le droit de recevoir la commission convenue (art. 432 al. 1 CO). Au-delà de cette rémunération, elle ne doit être ni enrichie, ni appauvrie par l'exécution du mandat (LOMBARDINI, op. cit., n. 5, p. 718). 3.1.3 Selon l'art. 398 al. 1 CO, le mandataire doit exécuter avec soin la mission qui lui est confiée et sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de son cocontractant (art. 321a al. 1 CO, applicable par renvoi de l'art. 398 al. 1 CO). Il est responsable envers son client de la bonne et fidèle exécution du mandat (art. 398 al. 2 CO; ATF 124 III 155 consid. 2b). Le mandataire est ainsi tenu d'agir comme le ferait une personne raisonnable et diligente dans des circonstances semblables (WERRO, Commentaire romand, 2012, n. 14, ad art. 398 CO). 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). 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).

- 18/23 -

C/1031/2012 3.2.1 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; 124 III 155 consid. 2b; 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 (art. 398 al. 2 CO; ATF 124 III 155 consid. 2b p. 161). Si le gérant a reçu des instructions précises, il 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). Le gestionnaire de fortune a un devoir particulier d'information envers ses clients, qui trouve sa source dans la bonne et fidèle exécution du mandat requise par l'art. 398 al. 2 CO. Le client doit ainsi être renseigné sur les risques des investissements qu'il envisage, conseillé au besoin de manière appropriée quant aux différentes possibilités de placement et prévenu contre la prise de décisions inconsidérées, cela en fonction du niveau propre de connaissances du client et de la nature des placements entrant en considération. Il incombe ainsi au mandataire de s'informer, en questionnant son client, sur le niveau de connaissances de ce dernier et sur sa tolérance au risque (ATF 124 III 155 consid. 3a). Les obligations du mandataire sont d'autant plus strictes lorsqu'il s'agit d'affaires à option ou d'opérations à terme, lesquelles sont, selon l'expérience, hautement spéculatives et en conséquence risquées (ATF 124 III 155 consid. 3a); arrêt du Tribunal fédéral 4A\_380/2010 du 16 novembre 2010 consid. 2.1). 3.2.2 Selon l'article 101 al. 1 CO, celui qui, même d'une manière licite, confie à des auxiliaires, tels que des travailleurs, le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation, est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent dans l'accomplissement de leur travail.

### **E. 3.3**

Tant la banque dépositaire que le gérant de fortune doivent s'abstenir de toute démarche qui pourrait nuire aux intérêts de leur client. Est notamment prohibé le "churning" (moulinage ou barattage en français). Le gérant de fortune ne peut en particulier pas entreprendre des placements inutiles dans le seul but de débiter à son client des commissions pour les

transactions effectuées. Il ne peut ainsi effectuer, dans le portefeuille du client, des mouvements qui ne se justifient nullement au vu des intérêts de celui-ci mais qui ont pour but unique de fonder des commissions (arrêt du Tribunal fédéral 4C.149/1998 du 28 juillet 1998 consid. 3b), SJ 1999 I 126).

- 19/23 -

C/1031/2012 Il ne doit pas multiplier les transactions dans le but de générer des courtages, ni faire courir au client des risques disproportionnés, par exemple en se livrant à du churning. Les indices de churning peuvent être l'existence de commissions excessives par rapport aux actifs du client déposés sur le compte, des transactions faites sans réelle stratégie et initiées et clôturées très rapidement (LOMBARDINI, op. cit, ch. 50 p. 814 et les références citées). Selon la Commission fédérale des banques (CFB) (aujourd'hui la FINMA), pour identifier des indices de churning, il faut notamment examiner quels étaient les objectifs de placement convenus avec le client et s'ils ont été tenus, ainsi que si les opérations effectuées étaient nécessaires pour respecter ou atteindre les objectifs de placement et si elles étaient économiquement pertinentes (CFB, Rapport de gestion 2007, p. 86 ss).

#### **E. 3.4**

En l'espèce, l'appelant fait valoir qu'il a maintenu, à l'issue de la procédure de première instance, ses conclusions visant à ce qu'une expertise soit ordonnée pour démontrer d'une part ses allégations selon lesquelles les extraits de compte de C\_\_\_\_\_ accessibles en ligne étaient incompréhensibles et peu fiables et, d'autre part, celles selon lesquelles D\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ avaient violé leur devoir de diligence dans gestion de ses avoirs, ce qui lui avait causé un dommage. Il est en particulier nécessaire, selon lui, de déterminer la cause de la baisse de valeur subie par son portefeuille. Contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, il ne ressort pas du procès-verbal de l'audience de plaidoiries finales du 6 février 2015 que A\_\_\_\_\_ a renoncé à demander une expertise. Ce procès-verbal indique uniquement que le conseil de celui-ci a plaidé et persisté dans ses conclusions. Or, en dernier lieu, l'appelant avait précisé par courrier qu'il maintenait sa demande d'expertise sur les points précités. Il n'est par ailleurs pas contesté que l'expertise a été requise en temps utile et sous la forme prévue par la loi. La demande d'expertise porte en outre sur des questions pertinentes au regard des obligations des intimées et des conséquences d'éventuelles violations de celles-ci. Le Tribunal l'a d'ailleurs relevé puisqu'il a considéré qu'il n'était pas établi que D\_\_\_\_\_ n'avait pas les compétences requises et que B\_\_\_\_\_ n'avait pas violé ses obligations. Le Tribunal ne pouvait cependant pas retenir ce qui précède sans avoir donné préalablement la possibilité à l'appelant de faire administrer la preuve qu'il proposait à l'appui de ses allégations. Cette preuve était adéquate en ce sens que la question de savoir si l'activité de gestion effectuée par D\_\_\_\_\_ pour A\_\_\_\_\_, centrée sur le trading et les opérations sur produits dérivés, s'est exercée de manière conforme aux règles de

- 20/23 -

C/1031/2012 l'art de sa profession comporte un aspect technique. Les éléments qui figurent au dossier en l'état ne permettent pas de la résoudre sans autre investigation. A cet égard, plusieurs indices permettent de penser qu'il ne peut pas être exclu d'emblée que D\_\_\_\_\_ ait effectivement manqué à ses obligations de gérant de fortune. En premier lieu, il a fait l'objet d'une procédure pénale pour abus de confiance et gestion déloyale dans le cadre de laquelle il a reconnu avoir détourné l'argent de plusieurs de ses clients au cours de la même période

que celle pendant laquelle les faits de la présente cause se sont déroulés. D\_\_\_\_\_ a mis ces manquements sur le compte de la maladie psychiatrique dont il souffrait (bi-polarité). Or, au vu de la teneur bizarre des courriels qu'il a écrits à A\_\_\_\_\_ entre le printemps 2008 et l'hiver 2009, l'on peut se demander quelle était la stratégie de gestion suivie, voire même s'il en avait une. Enfin, c'est à juste titre que l'appelant relève le nombre particulièrement important d'opérations effectuées sur son compte au cours de la période considéré.

Q\_\_\_\_\_, employé de C\_\_\_\_\_, a d'ailleurs indiqué sur ce point qu'il s'était inquiété du volume important de transactions effectuées par D\_\_\_\_\_ en matière de produits dérivés et que le mécanisme d'alerte de la banque s'était, selon ses souvenirs, activé dans ce cas. Seule une expertise est à même de déterminer si la fréquence des transactions effectuées est excessive et constitue un indice de barattage ou si elle est justifiée par la stratégie suivie, étant rappelé sur ce point que, comme cela ressort des enquêtes, le trading tel que pratiqué par D\_\_\_\_\_ impliquait un nombre de transaction supérieur aux autres stratégies de gestion. La question de savoir si D\_\_\_\_\_ a violé ses obligations dans le cadre de la gestion de la fortune de l'appelant est pertinente en dépit du fait que ce dernier n'est pas partie à la procédure. En effet, cette violation pourrait, suivant les circonstances, être imputable à B\_\_\_\_\_, en application de l'art. 101 CO, en tant qu'elle était son employeur dès le 28 octobre 2008. Par ailleurs, l'expertise devra également porter sur la question de savoir si C\_\_\_\_\_, qui avait une obligation de rendre compte de son activité à l'appelant, l'a respectée par le biais de la mise à disposition des informations accessibles en ligne à l'appelant ou par d'autres moyens. Ce dernier allègue notamment à cet égard que les informations disponibles n'étaient ni claires, ni fiables; au regard de la technicité des opérations concernées, un avis d'expert est nécessaire sur ce point également.

- 21/23 -

C/1031/2012 Compte tenu de ce qui précède il convient d'annuler le jugement querellé et de renvoyer la cause au Tribunal afin qu'il ordonne l'expertise sollicitée par l'appelant au point III de ses conclusions d'appel.

#### **E. 4.1**

La cause étant renvoyée au Tribunal de première instance pour nouvelle décision, aucune des parties n'obtient, en l'état, gain de cause sur le fond. L'issue du litige ne pouvant être déterminée, les frais et dépens de première instance seront réservés, leur sort devant être tranché dans le jugement à prononcer après le présent arrêt de renvoi.

#### **E. 4.2**

Les frais d'appel seront mis à charge des intimées, qui succombent sur le principe de l'expertise (art. 106 al. 1 CPC). Les frais judiciaires seront arrêtés à 5'000 fr. (art. 24 RTFMC) et compensés à hauteur de ce montant avec l'avance en 23'870 fr. versée par l'appelant, dont le solde lui sera restitué. Les intimées seront condamnées solidairement à verser ce montant à l'appelant. Elles seront en outre condamnées solidairement à lui verser 5'000 fr., TVA et débours inclus à titre de dépens (art. 85, 87 et 90 RTFMC). \* \* \* \* \*

- 22/23 -

C/1031/2012 PAR CES MOTIFS, La Chambre civile : A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté par A\_\_\_\_\_ contre le jugement JTPI/4735/2015 rendu le 29 avril 2015 par le Tribunal de première instance dans la cause C/1031/2012-2. Au fond : L'admet. Annule ledit jugement. Renvoie la cause au Tribunal de première instance pour instruction

complémentaire au sens des considérants et nouvelle décision. Sur les frais : Arrête les frais judiciaires à 5'000 fr. et les compense à hauteur de ce montant avec l'avance versée, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève. Invite les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer à A\_\_\_\_\_ le solde de l'avance de frais en 18'870 fr. Condamne solidairement B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ à payer à A\_\_\_\_\_ 5'000 fr. au titre des frais judiciaires. Les condamne en outre solidairement à lui payer 5'000 fr. à titre de dépens. 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

- 23/23 -

C/1031/2012

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.