

## **GE\_GERICHTE ACJC/235/2007 vom 23. Februar 2007**

GE Cour de justice, 2007-02-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACJC\\_235\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_235_2007)

FR: GE\_GERICHTE ACJC/235/2007 du 23 février 2007

IT: GE\_GERICHTE ACJC/235/2007 del 23 febbraio 2007

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

L'appel a été interjeté dans le délai et selon la forme prescrits par la loi (art. 291, 296 et 300 LPC). Le Tribunal ayant statué en premier ressort dans une cause dont la valeur litigieuse est supérieure à 8'000 fr. (art. 22 LOJ), la Cour dispose d'un plein pouvoir d'examen (art. 291 LPC).

#### **E. 2**

Le premier juge s'est avec raison considéré comme compétent rationae loci et a fait application du droit suisse, compte tenu des élections de for et de droit contenues dans les conditions générales liant les parties.

#### **E. 3**

Celles-ci s'accordent sur le fait qu'aucun mandat de gestion de fortune n'a été confié à l'intimée. La qualification juridique de la relation contractuelle liant l'appelante à l'intimée n'est pas remise en cause; il s'agit d'un contrat de dépôt ouvert, soit un contrat mixte de dépôt et de mandat (TERCIER, Les contrats spéciaux, 3e éd., 2003, n. 5778; GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 4e éd., 2000, p. 163 ss).

#### **E. 4.1**

Celui qui reçoit de son cocontractant l'avis qu'une obligation a été exécutée d'une certaine façon, est soumis à la règle générale découlant de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) et concrétisée à l'art. 6 CO, selon laquelle le silence vaut ratification de l'acte accompli si les circonstances ou la nature spéciale de l'affaire exigent que le cocontractant réagisse en cas de refus ou de désaccord. Le principe vaut notamment en matière bancaire (SJ 2006 I 1 consid. 2.2. p. 3). En effet, la banque a un intérêt digne de protection à clarifier les rapports avec son client, ce qui justifie, en principe, la règle usuelle contenue dans les conditions générales selon laquelle le client doit présenter ses réclamations dans un certain délai (ZR 97/1998 p. 213 ss, consid. 3 p. 222). La solution rencontre l'approbation de la doctrine (LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2002, p. 146-147 n. 70 à 72; GUGGENHEIM, op. cit., p. 127-128). Toutefois, en l'absence d'une réclamation dans le délai fixé par la banque, la présomption de ratification résulte d'un rapport de confiance réciproque entre la banque et son client. Par conséquent, la clause des conditions générales qui impose au client de contester les opérations litigieuses dans un certain délai ne vaut que pour autant que la banque puisse de bonne foi comprendre le silence de l'in-

- 9/17 -

C/15736/2004 téressé comme impliquant son accord aux opérations litigieuses (RSDA 1999, p. 196), étant précisé que la bonne foi de la banque est présumée (SJ 1985 p. 246 consid. 2c p. 250). En outre, la ratification tacite de l'opération suppose que le client ait pris

conscience de ce qui s'est passé, son silence ne lui étant pas opposable s'il n'a pas été renseigné complètement et de manière véridique (LOMBARDINI, ibidem). Hormis les exceptions mentionnées ci-dessus, le client est censé avoir pris connaissance des documents bancaires qui lui sont envoyés par la banque et, s'il ne conteste pas en temps utile une opération non conforme à sa volonté, il est réputé l'avoir ratifiée.

#### E. 4.2

En l'occurrence, la banque a envoyé à l'appelante, à l'adresse de son représentant habilité à recevoir toute la correspondance bancaire, l'avis de crédit du produit de la vente litigieuse, le 23 avril 2003. Il n'est pas contesté que l'avis soit parvenu à l'étude dudit représentant le 25 avril 2003. Les parties ne contestent pas être liées par la clause des conditions générales de la banque relative aux réclamations (art. 12), qui prévoit notamment qu'il incombe au client, en cas de désaccord avec des avis d'opérations de la banque, de réagir dans les dix jours suivant leur expédition, à défaut de quoi elles sont considérées comme acceptées et approuvées (§ 2). L'appelante ne prétend pas que l'avis de crédit litigieux ne serait pas un avis d'opération au sens de cette clause. Elle n'a pourtant émis aucune opposition, ni réserve dans le délai contractuel de dix jours après réception de la communication écrite précitée du 23 avril 2003. En se plaignant pour la première fois auprès de la banque, au plus tôt au début du mois d'août 2003, par téléphone et par l'intermédiaire de S\_\_\_\_\_, et en n'élevant formellement des prétentions à l'encontre de cette dernière que le 4 décembre 2003, l'appelante ne s'est pas conformée au délai conventionnel et est censée avoir ratifié l'opération litigieuse. L'appelante objecte que S\_\_\_\_\_ ne s'est aperçu qu'au début du mois de juillet 2003, soit après avoir étudié les performances du compte et éclairci la situation, que les parts du fonds P\_\_\_\_\_ avaient été vendues le 31 décembre 2002 à son insu. Toutefois, comme l'a relevé avec raison le premier juge, le fait que S\_\_\_\_\_, ayant droit économique du compte, n'ait pas pris connaissance en temps utile de l'avis de crédit du 23 avril 2003, qui est resté auprès de L\_\_\_\_\_, administrateur de la société titulaire du compte, est, en tout état de cause, imputable à l'appelante. De plus, force est de constater que S\_\_\_\_\_ n'a, lui non plus, pas contesté immédiatement l'opération litigieuse. En effet, selon son dire, lorsqu'il a

- 10/17 -

C/15736/2004 contacté la banque au mois de juillet 2003, il s'est borné à interroger une employée au sujet des titres P\_\_\_\_\_, qui a déclaré qu'elle allait se renseigner; puis il est parti en vacances. Ainsi, il ne résulte pas des déclarations de l'intéressé qu'il aurait contesté l'opération litigieuse en temps voulu. En réalité, ce n'est qu'au début du mois d'août 2003, lors d'une conversation téléphonique avec T\_\_\_\_\_, que S\_\_\_\_\_ a fait part, pour la première fois, de sa désapprobation à la banque. Par conséquent, même à supposer que le délai conventionnel de réclamation est parti au moment où c'est S\_\_\_\_\_ qui a pris connaissance de la vente litigieuse, celui-ci a, de toute façon, réagi tardivement en attendant le début d'août 2003 pour émettre une réclamation. Par ailleurs, régulièrement informée de l'état de son compte par l'envoi périodique de la correspondance chez L\_\_\_\_\_, l'appelante ne peut prétendre de bonne foi s'être trouvée dans l'impossibilité de réagir en temps utile, dès l'instant où lui était présenté un avis de crédit, avec mention expresse de sa cause, à savoir une transaction en relation avec le rachat («redemption») des titres P\_\_\_\_\_, conclue le 31 décembre 2002. Ledit avis indiquait également le nombre de titres du fonds concernés par la vente (1'460,7164), le prix nominal obtenu (455,8673000 USD), le montant brut retiré de la transaction (665'892, 84 USD), le montant de la commission et le

montant net mis au crédit du compte de l'appelante (663'395,74 USD, valeur au 31 décembre 2002). L'avis mentionnait aussi que les parts étaient retirées du compte. L'appelante ne peut donc pas se prévaloir du fait qu'elle disposait d'une connaissance insuffisante des faits pour réagir avant le mois d'août 2003.

#### **E. 4.3**

Pour le surplus, force est de constater que la banque était fondée, de bonne foi, à interpréter le silence de l'appelante comme une ratification de l'opération de vente des parts P\_\_\_\_\_. Au contraire, l'administrateur de l'appelante recevait lui-même la correspondance bancaire relative au compte de celle-ci. Exerçant la profession d'avocat à Genève, il était en mesure d'apprécier et de comprendre les documents bancaires envoyés par l'intimée. Par ailleurs, l'ayant droit économique du compte s'entretenait, de manière quasi mensuelle, avec le chargé de clientèle, au sujet des investissements en cours. Il résulte encore du dossier que ni l'administrateur de l'appelante, ni son ayant droit n'ont jamais émis la moindre contestation à propos d'opérations effectuées en relation avec ce compte. Enfin, le texte des conditions générales est parfaitement clair quant aux conséquences de l'absence de contestations des avis et/ou relevés. La banque ne pouvait donc que conclure, vu ce texte exempt d'ambiguïté, que l'absence de contestation valait bien accord à l'opération de la part de la cliente.

- 11/17 -

C/15736/2004 L'appelante soutient encore que la banque ne peut, de bonne foi, se prévaloir de ses conditions générales, et en particulier de l'art. 12, alors qu'elle-même ne les respecte pas, en exécutant des ordres donnés oralement et sans confirmation écrite. Toutefois, à la lecture desdites conditions générales - l'appelante n'ayant pas précisé quelle clause avait été, selon elle, violée par la banque -, la Cour ne distingue pas une clause qui stipulerait que l'exécution d'une instruction donnée oralement et sans confirmation écrite n'est pas valable. Il s'ensuit que le grief tombe à faux. De même, l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.3778/2004 (SJ 2006 I 1), auquel se réfère l'appelante pour contester l'application stricte de la clause d'acceptation figurant à l'art. 12 des conditions générales de l'intimée, ne lui est d'aucun secours. En effet, dans cette décision, le Tribunal fédéral se borne à poser des limites à l'application stricte de la fiction de la réception du courrier, dans le cas bien particulier où le client a choisi l'option «banque restante», ce que l'appelante n'a pas fait en l'espèce. Au contraire, elle se faisait envoyer la correspondance bancaire. La question de la fiction de la réception du courrier ne se pose donc pas dans le cas présent.

#### **E. 4.4**

Enfin, il n'existe pas d'indice concret tendant à démontrer que la banque, ou ses auxiliaires auraient agi sciemment au détriment de leur cliente. L'appelante prétend que C\_\_\_\_\_ avait connaissance de la bonne performance du fonds pour le mois de novembre 2002, lorsqu'il avait appelé S\_\_\_\_\_ le 6 décembre 2002, et qu'il avait monté l'opération litigieuse de toutes pièces, afin de favoriser un tiers avec lequel il entretenait des liens d'ordre amical ou contractuel. Toutefois, ces allégations, qui ne reposent que sur des suppositions, ne sont étayées par aucun élément du dossier, de sorte qu'elles n'ont pas été démontrées, ni même rendues vraisemblables. Au contraire, il est établi, par pièce, que la valeur nette du fonds («net asset value») au 30 novembre 2002 a été communiquée au service des réconciliations de l'intimée par l'administrateur du fonds, par fax reçu par ce service le 10 décembre 2002. En outre, l'appelante ne prétend pas, ni n'a démontré, que C\_\_\_\_\_ aurait contacté

directement, avant cette date, l'administration du fonds pour connaître la valeur des parts. Les autres témoins entendus à ce sujet s'accordent également sur le fait que la performance du fonds pour le mois de novembre 2002 n'était pas connue à la date du 6 décembre 2002. En dernier lieu, l'absence d'indication par la banque du bénéficiaire de la vente « interne » litigieuse s'explique par le souci de celle-ci de préserver le secret bancaire de la personne concernée et ne saurait suffire à établir que la banque a, en violation du principe de la bonne foi, vendu les parts litigieuses sciemment en défaveur de l'appelante et pour favoriser un tiers.

- 12/17 -

C/15736/2004

#### **E. 4.5**

En conclusion, la Cour retient que la vente litigieuse a, en tout état de cause, été tacitement ratifiée et acceptée par l'appelante et que la bonne foi de la banque à cet égard ne peut être remise en cause. L'appelante était, dès lors, forclosée, lorsqu'elle a contesté cette opération en août 2003, si bien qu'elle ne peut plus le faire par le biais de la présente action. Ses prétentions en dommages et intérêts sont donc infondées pour ce motif déjà.

#### **E. 5**

La Cour relève, à titre subsidiaire, que le résultat serait identique si l'appelante avait contesté en temps utile l'opération de vente litigieuse.

#### **E. 5.1**

En effet, la responsabilité de la banque se mesure à l'aune de l'art. 398 CO (LOMBARDINI, op. cit., p. 466). Le mandataire est ainsi responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat. Il ne répond pas du résultat de son activité, mais de l'exécution imparfaite et infidèle qui cause un dommage au mandant (ATF 115 II 62, JdT 1989 I 539 consid. 3a p. 541). D'une manière générale, sa responsabilité est soumise aux mêmes règles que celle du travailleur dans les rapports de travail (art. 398 al. 1 CO). En conséquence, le mandataire doit exécuter avec soin la mission qui lui est confiée et sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes du mandant (art. 321a al. 1 CO). Il doit en outre accomplir le mandat conformément aux instructions reçues (art. 397 CO). Si le mandant ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le mandataire est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable (art. 97 al. 1 CO) (ATF 128 III 22 consid. 2b). Il ressort des principes généraux de l'art. 97 CO, les éléments suivants : il appartient au créancier de prouver son dommage, la violation de l'obligation et le lien de causalité adéquate entre la violation du mandat et le préjudice; cette preuve apportée, la faute du débiteur est alors présumée, de sorte qu'il lui appartient de prouver que le manquement à son obligation n'était ni intentionnel ni négligent (preuve du contraire) (THEVENOZ, Commentaire romand du Code des obligations, n. 54 ss ad art. 97 CO; WERRO, Commentaire romand du Code des obligations, n. 37 ad art. 398 CO). La preuve que le mandataire a mal exécuté son mandat incombe au mandant, qui veut réclamer des dommages-intérêts. Il n'en va autrement que si le mandant refuse entièrement la réception de la prestation fournie en invoquant la mauvaise exécution du mandat. Dans cette dernière hypothèse, il incombe au mandataire d'établir l'exécution parfaite de sa prestation. En revanche, une critique seulement ponctuelle de certains défauts de la prestation fournie ne suffit pas pour renverser

le fardeau de la preuve, tant que le mandant l'accepte comme étant globalement et

- 13/17 -

C/15736/2004 pour l'essentiel conforme au contrat (ATF 128 III 271 consid. 2a/aa, JdT 2003 I 606; SJ 1998 p. 621 consid. 3a, p. 624).

### **E. 5.2**

En l'occurrence, l'appelante reproche à l'intimée d'avoir procédé à la vente de ses parts du fonds P\_\_\_\_\_ en l'absence d'instruction dans ce sens. La critique que l'appelante formule concernant la gestion de son compte bancaire par l'intimée est donc ponctuelle et ne porte pas sur l'ensemble de l'activité de l'intimée, dont elle a accepté une part non négligeable. Il s'ensuit que le fardeau de la preuve de la violation des obligations par la mandataire lui incombe. L'appelante doit, dès lors, prouver, notamment, l'absence d'instruction de vendre les parts du fonds P\_\_\_\_\_, soit un fait négatif. Dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral a précisé que la règle de l'art. 8 CC s'applique en principe également lorsque la preuve porte sur des faits négatifs. Cette exigence est toutefois tempérée par les règles de la bonne foi qui obligent la partie adverse à coopérer à la procédure probatoire, notamment en offrant la preuve du contraire (ATF 106 II 31 consid. 2 et les arrêts cités). L'obligation, faite à la partie adverse, de collaborer à l'administration de la preuve, même si elle découle du principe général de la bonne foi (art. 2 CC), est de nature procédurale, ne touche pas au fardeau de la preuve et n'implique nullement un renversement de celui-ci. C'est dans le cadre de l'appréciation des preuves que le juge se prononcera sur le résultat de la collaboration de la partie adverse ou qu'il tirera les conséquences d'un refus de collaborer à l'administration de la preuve (ATF 119 II 305 consid. 1b/aa p. 306). Par ailleurs, lorsqu'en raison de la nature même du fait à prouver, une preuve stricte est impossible à apporter, le degré de la preuve est réduit à la vraisemblance prépondérante (ATF 130 III 321, SJ 2005 I p. 514 rés. consid. 3.2. et 3.3). En l'espèce, l'appelante ne peut pas apporter une preuve stricte de l'absence d'instruction alléguée, si bien qu'elle doit être admise à rendre les faits qu'elle allègue comme vraisemblables de manière prépondérante.

### **E. 5.3**

L'intimée affirme avoir reçu l'ordre de vendre les titres du fonds P\_\_\_\_\_ de l'appelante de la part de S\_\_\_\_\_, lors d'un entretien téléphonique entre celui-ci et C\_\_\_\_\_ du 6 décembre 2002. Elle a pu démontrer l'existence d'un appel téléphonique à cette date. En revanche, son contenu n'a pas été établi, faute d'enregistrement ou de mémo interne. Toutefois, lors de l'instruction de la cause, C\_\_\_\_\_ a affirmé, sous serment, avoir reçu une telle instruction orale de l'ayant droit de l'appelante, lors de cet entretien, position que la banque a adoptée dès le début de la contestation, puis de manière constante.

- 14/17 -

C/15736/2004 Tel n'est, en revanche, pas le cas de l'appelante et de son ayant droit dont les allégations ont varié. En effet, il résulte de la note interne de la banque du 10 septembre 2003 décrivant le contenu d'une conversation téléphonique datée du même jour entre S\_\_\_\_\_ et M\_\_\_\_\_, que, lors de cet entretien, le premier nommé a déclaré à la banque ne pas se souvenir de l'appel téléphonique du 6 décembre 2002 avec C\_\_\_\_\_. Ce mémo n'a pas été remis en cause par l'appelante et M\_\_\_\_\_ a confirmé sous serment qu'à cette occasion S\_\_\_\_\_ avait contesté l'existence d'un entretien téléphonique avec la banque en décembre 2002. Dans un second temps, lors des probatoires, S\_\_\_\_\_ a changé sa version

des faits, déclarant se souvenir de l'entretien du mois de décembre 2002 et expliquant que la conversation avait porté sur la question de l'achat de parts dans d'autres fonds. Quant à l'appelante, dans sa demande introductive d'instance, elle a adopté une autre position, alléguant que la conversation du 6 décembre 2002 avait eu pour objet les investissements sous dossier de R\_\_\_\_\_ ainsi qu'une mise au point de fin d'année à ce sujet.

#### **E. 5.4**

Par ailleurs, G\_\_\_\_\_ a déclaré que S\_\_\_\_\_ et lui-même avaient évoqué ensemble l'éventualité de vendre les parts du fonds P\_\_\_\_\_, ainsi que de deux autres fonds, au mois de septembre 2002, puis à nouveau au mois de décembre 2002. S\_\_\_\_\_ a lui-même confirmé qu'à cette époque il souhaitait se défaire de parts du fonds P\_\_\_\_\_. Une volonté de vendre ces titres de la part de ce dernier paraît dès lors probable, appréciation d'autant plus justifiée dans les circonstances particulières que le fonds P\_\_\_\_\_ a connu des performances médiocres en 2002. A cet égard, il n'y a pas lieu de revenir sur le fait qu'en novembre 2002, la valeur du fonds a connu une amélioration, dans la mesure où il a déjà été retenu ci-dessus (cf. supra ch. 4.3 in fine), que cette valeur n'était pas connue de la banque avant le

#### **E. 5.5**

Au vu de ce qui précède, il existe de nombreuses circonstances susceptibles de laisser planer des doutes sérieux quant à l'exactitude de la thèse de l'appelante, selon laquelle S\_\_\_\_\_ n'a jamais donné l'instruction à l'intimée de vendre ses parts P\_\_\_\_\_, si bien qu'elle ne saurait être admise comme prouvée, soit comme vraisemblable de manière prépondérante. A l'inverse, la thèse de l'intimée paraît parfaitement plausible. La Cour retient, en conséquence, à l'instar du Tribunal, que l'appelante a bien donné à l'intimée l'ordre de procéder à la vente de ses parts P\_\_\_\_\_.

#### **E. 5.6**

Au demeurant, bien que non-conforme aux documents contractuels, les nombreux ordres téléphoniques donnés par l'appelante et son ayant droit à la banque, en relation avec des fonds du même type que le fonds P\_\_\_\_\_, de caractère spéculatif, n'ont jamais fait l'objet de la moindre contestation de la part des parties, si bien que la remarque de l'appelante, selon laquelle S\_\_\_\_\_ n'était pas habilité à donner des ordres par téléphone pour de telles opérations, est dénuée de tout fondement. La conclusion s'impose d'autant plus qu'en date du 2 octobre 2003, L\_\_\_\_\_ a signé une décharge concernant les instructions données par R\_\_\_\_\_ par téléphone, expliquant que cela correspondait aux relations qui avaient été instaurées avec la banque.

#### **E. 5.7**

En dernier lieu, l'appelante ne saurait fonder ses prétentions sur les règles de conduites pour négociants en valeurs mobilières édictées par l'Association suisse des banquiers, faute pour elle d'avoir démontré l'existence d'un quelconque lien de causalité entre les manquements qu'elle reproche à l'intimée à cet égard et le dommage allégué (cf ATF 4C.270/2006 du 04.01.2007 consid. 5 destiné à la publication). 6. Les prétentions de l'appelante se révèlent, en définitive, infondées en tous points, étant encore relevé que le dommage qu'elle invoque, pour un bénéfice manqué jusqu'au 29 février 2004, ne paraît pas justifié, dans la mesure où elle n'a jamais tenté de réinvestir ses avoirs dans le fonds P\_\_\_\_\_ depuis la vente survenue en décembre 2002, dont elle reconnaît elle-même avoir connu l'existence en été 2003. 7. L'appelante, qui succombe, est condamnée aux dépens d'appel (art. 313 et 176 al. 1 LPC).

Selon les principes consacrés aux art. 102 al. 2 et 478 al. 2 LPC, la cautio judicatum solvi sera dévolue à l'intimée à concurrence des dépens de première instance et d'appel après leur taxation et l'entrée en force du présent arrêt. Les conclusions présentées par l'intimée sur ce point se révèlent, dès lors, superflues.

- 16/17 -

C/15736/2004 8. La valeur litigieuse déterminée en application de l'art. 51 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF) excède manifestement, dans le cas d'espèce, 30'000 fr. (art. 74 LTF) et ouvre donc la voie du recours en matière civile (art. 72 LTF). \* \* \* \* \*

- 17/17 -

C/15736/2004

### **E. 10**

décembre 2002. En outre, peu importe que, selon G\_\_\_\_\_, S\_\_\_\_\_ savait, en décembre 2002, que l'échéance pour vendre lesdites parts était dépassée, dans la mesure où ce dernier a admis qu'il connaissait la pratique des ventes internes au sein de la banque, après l'expiration du délai utile pour le rachat par le fond lui-même. A cela s'ajoute qu'il a été établi par l'instruction de la cause qu'en pratique S\_\_\_\_\_ donnait très régulièrement des instructions relatives aux investissements de l'appelante, par simple appel téléphonique et sans confirmation écrite ultérieure.

- 15/17 -

C/15736/2004

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