

## **GE\_GERICHTE ACJC/38/2013 vom 16. Mai 2012**

GE Cour de justice, 2012-05-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACJC\\_38\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_38_2013)

FR: GE\_GERICHTE ACJC/38/2013 du 16 mai 2012

IT: GE\_GERICHTE ACJC/38/2013 del 16 maggio 2012

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC entré en vigueur le 1er janvier 2011 (RS 272), les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision entreprise. S'agissant en l'espèce de la contestation d'une décision communiquée après le 1er janvier 2011, la voie de droit est régie par le CPC. En revanche, dès lors que l'intimée a déposé sa demande en paiement avant le 1er janvier 2011, la procédure devant le Tribunal était soumise au droit en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010, soit la loi de procédure civile genevoise du 10 avril 1987 (ci-après : aLPC; art. 404 al. 1 CPC).

#### **E. 2**

Contre une décision finale rendue dans une cause présentant une valeur litigieuse supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC), la voie de l'appel, écrit et

- 15/34 -

C/21661/2010 motivé, introduit dans un délai de 30 jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC) est ouverte. Observant la forme et le délai prescrits, l'appel est en l'espèce recevable.

#### **E. 2.1**

et 4C.45/2001 du 31 août 2001 consid. 4a, in SJ 2002 I p. 274). Il ne suffisait pas de recueillir simplement le consentement formel de C\_\_\_\_\_ en lui faisant signer l'acte de souscription contenant des avertissements sur le risque de perte totale du capital (ATF 124 III 155 consid. 3d, SJ 1998 p. 689). Le fait que C\_\_\_\_\_ était ressortissant espagnol et résidait en Espagne ne signifie pas encore qu'il connaissait très bien les actions sous-jacentes des sociétés espagnoles, comme le soutient l'appelante, et qu'il pouvait identifier le risque de perte totale du capital. Il s'ensuit que l'appelante a également contrevenu à son obligation contractuelle d'informer s'agissant du titre précité.

#### **E. 2.3**

et 4C.378/2004 du 30 mai 2005 consid. 2.2, in SJ 2006 I p. 1). Au vu de qui précède, C\_\_\_\_\_ disposait, au moment des investissements litigieux, d'une connaissance moyenne en matière de placements; il n'était toutefois pas en mesure de se déterminer par lui-même sur l'opportunité d'un investissement sans des explications appropriées, notamment en ce qui concerne les avantages et les risques de l'investissement. Dans la mesure où c'est l'appelante

- 24/34 -

C/21661/2010 qui proposait des investissements, un devoir d'information et de conseil accru lui incombait. La politique de placement souhaitée par C\_\_\_\_\_ ne visait pas la

conservation du patrimoine, mais la croissance du capital, acceptant des pertes jusqu'à 25% du capital. Cette politique de placement est confirmée par la répartition des instruments financiers du portefeuille de l'intimée - non mise en cause par cette dernière - durant la période pendant laquelle E\_\_\_\_\_ a été sa conseillère. Au moment du départ de cette dernière, la part des investissements alternatifs, parmi lesquels des Hedge Funds, était de l'ordre de 50%. Cette part était toutefois montée jusqu'à environ 90% par le passé. Peu avant le premier investissement litigieux, cette proportion était également de l'ordre de 50% et n'a jamais baissé de façon notable par la suite, soit lors des investissements proposés par H\_\_\_\_\_. Dans la mesure où les Hedge Funds sont des placements, en général, à haut risque visant à dégager des rendements supérieurs à la moyenne (Risques particuliers dans le négoce des titres, Association suisse des banquiers, 2008, no 159), la Cour retient que la politique de placement de l'intimée était, pour une part importante de ses avoirs, orientée vers la recherche de gains substantiels.

### **E. 3**

Il y a lieu d'examiner si les écritures des parties subséquentes à la réponse, déposées en temps utile, sont recevables.

#### **E. 3.1**

L'art. 29 al. 2 Cst confère un véritable droit à la réplique, dans la mesure où toute prise de position doit être communiquée aux parties pour leur permettre de décider si elles veulent ou non faire usage de leur faculté de se déterminer, que cette prise de position contienne ou non des éléments nouveaux (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3; 137 I 195 consid. 2.3.1, SJ 2011 I p. 345; 133 I 10 consid. 4.5, JdT 2008 I p. 368; arrêt du Tribunal fédéral 2D\_77/2010 du 19 juillet 2011 consid. 2.2, SJ 2012 I p. 61). Lorsque l'autorité judiciaire notifie le mémoire, pour information, sans inviter formellement la partie à se déterminer, celle-ci, si elle le juge utile, doit le faire sans tarder et sans en requérir préalablement l'autorisation. Dans le cas contraire, il y a lieu d'admettre qu'elle renonce à se déterminer (ATF 138 III 252 consid. 2.2; 133 I 100 consid. 4.8, JdT 2008 I p. 368; 133 I 98 consid. 2.2, JdT 2007 I p. 379; 132 I 42 consid. 3.3.3, JdT 2008 I p. 110; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_137/2007 du 20 juillet 2007, in RSPC 2007 p. 362).

#### **E. 3.2**

En l'espèce, par courrier du 17 septembre 2012, l'appelante s'est immédiatement déterminée sur la réponse de l'intimée reçue le jour même. Cette réplique est donc recevable. La réplique de l'appelante a été notifiée à l'intimée le 20 septembre 2012 qui s'est déterminée à son sujet par courrier du 21 septembre 2012. Déposé sans délai, il est conforme au principe de l'égalité des armes de déclarer ce courrier également recevable. En revanche, il n'en va pas de même du courrier du 24 septembre 2012 par lequel l'appelante prend position sur le courrier du 21 septembre 2012 de l'intimée. En effet, le droit à la réplique pourrait conduire à un "Stellungnahmenpingpong", la jurisprudence donnant le droit aux parties de se déterminer sur tout élément nouveau (FRATINI, La mise en œuvre du droit à la réplique dans les nouveaux codes de procédure suisses, in Jusletter du 14 novembre 2011, p. 4 <[www.jusletter.ch](http://www.jusletter.ch)>). Laisser la porte ouverte à ce processus contreviendrait manifestement au principe de la célérité. Par conséquent, il y a lieu d'écarter des débats ce courrier.

### **E. 4**

L'instance d'appel revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (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,

- 16/34 -

C/21661/2010 no 121). En vertu de la présomption de l'art. 150 al. 1 CPC, il est admissible dans le cadre de la maxime des débats de considérer comme non contestés les faits retenus dans la décision attaquée s'ils ne sont pas critiqués par l'appelant (TAPPY, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III p. 115 ss, p. 137; REETZ/THEILER, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [éd.], 2010, no 38 ad art. 311 CPC).

## **E. 5**

L'intimée n'ayant pas formé appel joint, seules sont litigieuses les opérations sur les titres suivants : CSO LTD, AUTO-CALL SHARE et DAILY AUTOCALL NOTE.

## **E. 6**

L'appelante soutient que les conclusions en paiement formulées par l'intimée en euros doivent être rejetées faute d'avoir été libellées en dollars américains qui constituait la monnaie de référence de la relation bancaire.

### **E. 6.1**

Vu le siège à l'étranger de l'intimée, il s'agit d'un litige de nature internationale (ATF 135 III 185 consid. 3.1; 134 III 475 consid. 4; 131 III 76 consid. 2.3) pour lequel les Tribunaux genevois sont compétents à raison du lieu (art. 17 aCL) et le droit suisse applicable aux relations contractuelles entre les parties (art. 116 al. 1 LDIP). Selon l'art. 147 al. 3 LDIP, le droit de l'Etat dans lequel le paiement doit être effectué détermine dans quelle monnaie ce paiement doit être fait. Cette disposition vise en particulier l'application de l'art. 84 CO (ATF 125 III 443 consid. 5b). Est décisif, le lieu de paiement convenu par les parties ou déterminé par le droit applicable à la dette, et non le lieu de paiement effectif. Dans le trafic moderne des devises, le lieu de paiement est cependant fixé expressément ou tacitement (DASSER, in Basler Kommentar, 2007, no 14 ad art. 147 LDIP; VISCHER, in Zürcher Kommentar zum IPRG, 2004, nos 15 et 16 ad art. 147 LDIP). Par conséquent, l'art. 84 CO ne s'applique que si la dette est exécutable en Suisse (ACJC/1210/2007 du 12 octobre 2007 consid. 2.1, publié les sites

<<http://ge.ch/justice/bienvenue-sur-les-pages-de-la-jurisprudence-genevoise>> et

<<http://www.commercialarbitration.ch>>; ACJC du 30 janvier 1981 consid. 3c, in SJ 1982 p. 97; WEBER, in Berner Kommentar, 2005, no 323 ad art. 84 CO; SCHRANER, Zürcher Kommentar, 2000, no 192 ad art. 84 CO).

### **E. 6.2**

En tant que droit applicable à la dette, le droit suisse détermine le lieu de paiement. A cet égard, l'art. 74 CO prescrit que le lieu où l'obligation doit être exécutée est déterminé par la volonté expresse ou présumée des parties (al. 1). A défaut de stipulations contraires, le paiement d'une somme d'argent s'opère dans le lieu où le

- 17/34 -

C/21661/2010 créancier est domiciliée à l'époque du paiement (al. 2 ch. 1). Sont également des dettes d'argent, les prétentions en réparation du dommage (WEBER, op. cit., no 94 ad

art. 84 CO). Dans les relations avec les banques, il était d'usage par le passé de retirer l'argent en espèces au guichet de la banque. Bien que d'usage courant depuis longtemps, la monnaie scripturale ne constitue pas un moyen de paiement légal. En lieu et place d'un paiement en espèces, les parties peuvent toutefois convenir, expressément ou tacitement, du transfert du montant sans numéraire sur un compte bancaire. L'ouverture d'un tel compte constitue un indice important en faveur de l'accord du créancier pour un paiement sans numéraire (WEBER, op. cit., nos 83, 99, 101 et 103 ad art. 74 CO). D'ailleurs, en règle générale, le lieu d'exécution d'un paiement se trouve à l'endroit où la banque tient le compte du créancier (arrêt du Tribunal fédéral 4C.81/1996 du 7 novembre 1996 consid. 5b/bb, in SJ 1997 p. 245).

### **E. 6.3**

L'art. 84 CO régit la monnaie de paiement de toutes les dettes d'argent, quelles que soient les causes, contractuelles ou extracontractuelles (ATF 137 III 158 consid. 3.1, in SJ 2011 I p. 155). En vertu de cette disposition, la partie qui fait valoir une prétention qui doit être exprimée en monnaie étrangère a l'obligation de prendre des conclusions dans cette monnaie. Le créancier ne peut faire valoir cette créance qu'en cette monnaie et le juge ne peut admettre cette créance qu'en cette monnaie, puisque le créancier ne peut être condamné à une autre prestation que celle qu'il doit (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_206/2010 du 15 décembre 2010 consid. 4.1, in SJ 2011 I p. 155, non publié à l'ATF 137 III 158). La créance en dommages-intérêts doit être exprimée dans la même valeur que celle dans laquelle la diminution du patrimoine est intervenue (ATF 137 III 158 consid. 3.2, SJ 2011 I p. 155). Ainsi, si des dommages-intérêts réclamés à une banque en raison de la violation de ses obligations contractuelles visent à compenser la perte subie dans une opération boursière portant sur des titres libellés en dollars américains et dont la vente devait apporter un bénéfice dans cette monnaie, la créance en réparation du dommage est due en dollars américains (arrêt du Tribunal fédéral 4C.191/2004 du 7 septembre 2005 consid. 6, in SJ 2005 I p. 174).

### **E. 6.4**

En l'espèce, il n'est pas allégué que les conditions générales liant les parties déterminent le lieu d'exécution. Par conséquent, il n'appartient pas à la Cour de rechercher si tel est le cas (art. 55 al. 1 CPC). Toutefois, l'intimée ayant ouvert un compte dans les livres de l'appelante, les parties ont tacitement convenu que dans leurs rapports contractuels les sommes d'argent dues par l'appelante seraient payées par virement sans numéraire sur le compte de l'intimée. Aucune convention contraire sur ce point n'est alléguée pour le surplus. Il s'ensuit que le lieu de paiement est au siège de la succursale de l'appelante à Genève.

- 18/34 -

C/21661/2010 Par conséquent, le droit suisse en tant que droit du lieu de paiement, en particulier l'art. 84 CO, détermine la monnaie de paiement. L'intimée réclame la réparation du dommage consécutif à la baisse du cours de titres libellés en euros et en dollars américains. Les dommages allégués se sont par conséquent réalisés dans les monnaies respectives de chaque titre. L'intimée était donc fondée à prendre des conclusions en paiement formulées en dollars américains pour la perte subie sur les titres CSO LTD et DAILY AUTOCALL NOTE, et en euros pour celle enregistrée sur le titre AUTO-CALL SHARE. Que la monnaie de référence du compte soit le dollar américain est sans portée,

dès lors qu'il ne s'agit que d'un moyen pour l'estimation globale en une monnaie unique de l'en-semble des avoirs du client de manière à tenir également compte des variations de change sur les actifs libellés en différentes devises. Le moyen de l'appelante tombe à faux sur ce point.

## **E. 7**

L'appelante reproche au premier juge d'avoir retenu que les parties étaient liées par un contrat de conseil en placement au moment où les investissements litigieux ont été réalisés.

### **E. 7.1**

Un contrat de conseil en placement peut exister même en cas d'absence de document écrit (ATF 133 III 97 consid. 7.2, JdT 2008 I p. 84). C'est notamment le cas lorsque la banque recommande au client, même spontanément, certaines dispositions patrimoniales, en particulier des placements de capitaux (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_274/2011 du 3 novembre 2011 consid. 6.3, in SJ 2012 I p. 160, 4C.205/2006 consid. 3.4.1, in SJ 2007 I p. 313 et 4C.410/1997 du 23 juin 1998 consid. 3b, in SJ 1999 I p. 205), ou lorsque une relation de confiance particulière s'est développée entre la banque et son client du fait de la longue durée des relations en vertu de quoi le client peut s'attendre de bonne foi à être conseillé et averti même s'il n'a pas sollicité de conseils (ATF 133 III 97 consid. 7.1.2 et 7.2, JdT 2008 I p. 84; 131 III 377 consid. 4.1.1, SJ 2005 I p. 409; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_525/2011 du 3 février 2012 consid. 3.1, 4A\_271/2011 du 16 août 2011 consid. 3 et 4C.410/1997 du 23 juin 1998 consid. 3b, in SJ 1999 I p. 205).

### **E. 7.2**

En l'espèce, l'intimée était titulaire d'un compte auprès de l'appelante depuis le 28 février 2001. L'interlocutrice de C\_\_\_\_\_ au sein de l'appelante était E\_\_\_\_\_ qui suivait déjà le compte de ce dernier avant l'ouverture de relation bancaire de l'intimée. C\_\_\_\_\_ ne donnait pas d'ordres d'investissement spécifiques, mais s'en remettait à elle. A ce titre, elle proposait des investissements et lui en expliquait les avantages et les inconvénients, y compris les risques encourus. C\_\_\_\_\_ suivait ses recommandations, car il avait confiance en elle. Ces constatations sont fondées sur les déclarations de E\_\_\_\_\_, à la retraite au moment de son audition, que rien ne permet de remettre en cause.

- 19/34 -

C/21661/2010 Par conséquent, la Cour retient que l'appelante, par l'entremise de E\_\_\_\_\_, proposait spontanément dès 1999 des produits d'investissement à C\_\_\_\_\_ à titre personnel, puis en sa qualité de représentant de l'intimée à compter de l'ouverture du compte de cette dernière. Ses propositions étaient assorties d'informations détaillées. En d'autres termes, l'appelante a prodigué des conseils en placement à C\_\_\_\_\_, puis dès février 2001 à l'intimée. Au moment du premier investissement litigieux, soit en janvier 2007, l'appelante procurait des conseils en placement à l'intimée depuis près de six ans. L'intimée suivait ces recommandations en raison de la relation de confiance qui s'était nouée au fil des années depuis que l'appelante conseillait C\_\_\_\_\_ à titre personnel. Par conséquent, au moment du premier investissement litigieux, les parties étaient liées par un contrat de conseil en placement. C'est précisément en raison de l'existence de cette relation de confiance particulière que la nature juridique des relations contractuelles n'a pas été modifiée par le remplacement de E\_\_\_\_\_ par H\_\_\_\_\_. Que C\_\_\_\_\_ ait été moins satisfait des prestations de ce dernier, selon ses dires non contestés par l'appelante sur ce point, n'y

change rien, ce d'autant moins que le mécontentement de C\_\_\_\_\_ est né durant la dernière année des relations entre les parties, après que les investissements litigieux avaient été opérés. Par ailleurs, c'est la banque qui a proposé les titres CSO LTD et AUTO-CALL SHARE à l'intimée. Les courriers, sollicitant des informations sur ces instruments financiers, bien que signés par C\_\_\_\_\_, ne sauraient, en effet, faire illusion, puisqu'il s'agissait à chaque fois de documents dactylographiés, non datés, à la formulation identique hormis la désignation du titre. Il sera retenu qu'il s'agissait donc de formules-types émises par la banque, envoyées au client pour signature lorsque des produits financiers sont proposés par la banque à ce dernier. Cette conclusion est encore confirmée par le libellé anglais du texte des documents, alors que, contrairement à ce que soutient l'appelante, C\_\_\_\_\_ ne maîtrisait pas cette langue. Rien ne permet en effet de mettre en doute la déclaration de E\_\_\_\_\_ sur ce point, qui a été affectée au suivi du compte en raison de ses connaissances linguistiques notamment. Le fait que les documents d'ouverture du compte de l'intimée, le mandat de gestion sur le portefeuille no 7/1\_\_\_\_\_/025 octroyé par l'intimée à la banque et l'ordre de transfert du 16 juin 2009 de l'intimée des titres AUTO-CALL SHARE aient été rédigés en anglais est sans portée, puisque ces documents ont été signés pour l'intimée par F\_\_\_\_\_ LIMITED et G\_\_\_\_\_ LIMITED, dont on ne peut douter qu'il s'agisse d'entités anglophones. Les instructions écrites d'investissement de C\_\_\_\_\_ étaient également rédigées en anglais par E\_\_\_\_\_. En revanche, il est avéré que les profils adressés à l'intimée en banque restante ainsi que les relevés estimatifs étaient rédigés en espagnol et que tant E\_\_\_\_\_ que H\_\_\_\_\_ étaient tous deux hispanophones.

- 20/34 -

C/21661/2010 En ce qui concerne le titre DAILY AUTOCALL NOTE, il est peu vraisemblable que C\_\_\_\_\_ ait eu connaissance de son existence autrement que par l'intermédiaire de la banque et qu'il ait spontanément voulu procéder à un placement dans ce titre sans proposition préalable de celle-ci. En conclusion, compte de tenu de la relation de confiance particulière préexistante entre les parties et du fait que les investissements litigieux ont été proposés par l'appelante, ces investissements ont été opérés sous l'empire d'un contrat de conseil en placement.

## **E. 8**

L'appelante fait grief au Tribunal d'avoir retenu qu'elle avait violé les instructions de l'intimée en acquérant pour son compte les titres DAILY AUTOCALL NOTE pour une somme de 700'000 USD le 22 janvier 2008, sur la base d'un entretien téléphonique du 14 janvier 2008.

### **E. 8.1**

Si le client d'une banque souhaite donner des ordres par téléphone ou télécopie, il doit signer un document duquel il résulte qu'il accepte les risques découlant de l'usage de ces moyens de communications. A défaut d'un tel document, la banque ne peut accepter des ordres donnés de la sorte (LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2008, chap. IV, no 9).

### **E. 8.2**

Par ailleurs, il découle de la maxime des débats - applicable en l'espèce - que le juge est lié par les faits non contestés. Ceux-ci n'ont ainsi pas à être prouvés (art. 192 al. 2 aLPC; art. 150 al. 1 CPC a contrario; ATF 118 Ia 28 consid. 1b; arrêts du Tribunal fédéral 5A\_198/2012 du 24 août 2012 consid. 6.2.2 et du 30 septembre 1991 consid. 3b, in RFJ

1992 p. 67; HOHL, Procédure civile, tome I, 2001, no 767). Le jugement doit se fonder sur les faits pertinents qui n'ont pas été contestés (arrêt du Tribunal fédéral 4P.29/2003 du 25 juin 2004 consid. 2.2.4, in Pra 93 (2004) Nr. 45 p. 233; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 1979, p. 160).

### **E. 8.3**

En l'espèce, il n'est pas contesté que l'intimée a signé une décharge pour les instructions par téléphone. L'intimée a allégué que l'acquisition des titres DAILY AUTOCALL NOTE n'avait pas fait l'objet d'une instruction écrite de sa part, mais qu'il existait une note de conversation téléphonique rédigée par H\_\_\_\_\_ le 14 janvier 2008 consignant l'ordre d'acquérir ces titres pour une somme de 700'000 USD. Selon l'intimée, il ne pouvait en être déduit que l'appelante avait satisfait à son devoir d'information envers sa cliente (cf. demande, ch. 47). L'intimée a, de plus, soutenu que d'après les explications fournies par H\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ avait compris que ce titre ne présentait un risque que pour les intérêts de 11%, qui étaient beaucoup plus élevés que ceux d'un placement fiduciaire et qu'il s'agissait de "l'affaire du siècle" (cf. demande, ch. 49 et 105). Par conséquent, à suivre l'intimée, certaines informations ont été fournies à propos du titre DAILY AUTOCALL NOTE lors dudit entretien téléphonique, sans qu'elle n'allègue ne

- 21/34 -

C/21661/2010 pas avoir donné l'ordre d'acquérir ces titres. Force est d'ailleurs de constater qu'elle ne se plaint que de la violation du devoir d'information et de conseil et non pas de la violation de ses instructions (cf. demande, ch. 107). Par conséquent, dans la mesure où l'intimée n'a pas mis en cause l'existence d'un ordre d'achat de sa part et a uniquement fait valoir un manquement aux devoirs d'information et de conseil, le Tribunal ne pouvait retenir, sans contrevenir à la maxime des débats, que l'appelante avait violé les instructions de l'intimée. Il incombait au premier juge de retenir que l'acquisition de ce titre avait fait l'objet d'un ordre de l'intimée transmis par téléphone et que la banque était autorisée à l'exécuter en vertu de la décharge précitée. La question de savoir si les indications relatives au titre fournies par H\_\_\_\_\_ étaient véridiques et si le conseil d'investir prodigué par ce dernier était exact compte tenu de l'objectif de placement allégué par l'appelante relève de l'appréciation d'une éventuelle violation du devoir d'information et de conseil. Le grief de l'appelante est ainsi fondé.

### **E. 9**

L'appelante conteste avoir violé ses obligations contractuelles envers l'intimée.

#### **E. 9.1**

Dans le contrat de conseil en placement, la banque conseille son client à propos de la gestion de ses avoirs, mais ce dernier décide lui-même des opérations à effectuer (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_274/2011 du 3 novembre 2011 consid. 6.3, in SJ 2012 I p. 160 et 4A\_168/2008 du 11 juin 2008 consid. 2.1, in SJ 2009 I p. 13). Le service que rend la banque comprend un aspect de renseignement et un aspect de conseil (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_274/2011 du 3 novembre 2011 consid. 6.3, in SJ 2012 I p. 160). Le conseiller en placements assume un devoir étendu d'informer son client sur tous les points propres à influencer la décision de son client (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_274/2011 du 3 novembre 2011 consid. 6.3, in SJ 2012 I p. 160), en particulier sur les chances et les risques liés aux placements envisagés (ATF 124 III 155 consid. 3a, in SJ 1998 p. 698; arrêt du Tribunal

4A\_168/2008 du 11 juin 2008 consid. 2.1, in SJ 2009 I p. 13). L'étendue du devoir d'information et de conseil dans le contrat de conseil en placement ne peut être déterminée de façon générale, mais dépend des circonstances concrètes du cas, notamment de la nature de l'opération de placement en question et de l'expérience et des connaissances du client (ATF 124 III 155 consid. 3a, SJ 1998 p. 689; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_525/2011 du 3 février 2012 consid. 3.2 et 4C.205/2006 du 21 février 2007 consid. 3.2, in SJ 2007 I p. 313). Il est du devoir du conseiller de s'informer complètement sur l'état des connaissances du client et de sa disposition de prendre des risques (ATF 124 III 155 consid. 3a, SJ 1998 p. 689; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_140/2011 du 27 juin 2011 consid. 3.1, 4A\_380/2010 du 16 novembre 2010 consid. 6.3 et 4C.68/2007 du 13 juin 2008 consid. 7.1). Un devoir d'information marqué existe lors-

- 22/34 -

C/21661/2010 que la banque recommande au client, même spontanément, le placement en capitaux (arrêt du Tribunal fédéral 4C.205/2006 du 21 février 2007 consid. 3.4.1, in SJ 2007 I p. 313 4C.20/2005 du 21 février 2006 consid. 4.2.2 et 4C.410/1997 du 23 juin 1998 consid. 3b, in SJ 1999 I p. 205). Enfin, l'information doit être exacte, compréhensible et complète (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_274/2011 du 3 novembre 2011 consid. 6.3., in SJ 2012 I p. 16, 4A\_525/2011 du 3 février 2012 consid. 3.2 et 4A\_168/2008 du 11 juin 2008 consid. 2.4, in SJ 2009 I p. 13). Dans le cadre du conseil en placement, on ne peut remplir son devoir d'information simplement en fournissant des brochures au client (EMMENEGGER, Le devoir d'information du banquier, in La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, 2009, p. 67 ss, p. 81). Que le client ait signé une déclaration écrite selon laquelle il l'a lue et comprise n'y change rien (THEVENOZ, Information, mise en garde : risques et responsabilité dans les opérations sur valeurs mobilières, in JDBF 2007, p. 19 ss, p. 41). L'information du client par le mandataire n'est toutefois pas un but en soi, mais sert à compenser le déficit d'information du client (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_140/2011 du 27 juin 2011 consid. 3.1, approuvé par JENTSCH/VON DER CRONE, Informationspflichten der bei der Vermögensverwaltung : Kundenprofil und Risikoaufklärung, RSDA 2011, p. 639 ss).

### **E. 9.2**

Il incombe au client de prouver la mauvaise exécution du contrat par le conseiller en placement (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_168/2008 du 11 juin 2008 consid. 2.7, in SJ 2009 I p. 13). Lorsqu'il s'agit de prouver l'absence d'exécution d'une obligation, cela revient à prouver des faits négatifs. 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 le défendeur à coopérer de façon accrue à l'administration des preuves, notamment en apportant la contre-preuve. Dans le cadre de l'appréciation des preuves, le juge peut tirer les conséquences d'une violation du devoir de collaboration (ATF 137 II 313 consid. 3.5.2.; 133 V 205 consid. 5.5.; 119 II 305 consid. 1b), étant précisé que ce devoir de collaboration n'implique nullement un renversement du fardeau de la preuve (ATF 119 II 305 consid. 1b; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_719/2010 du 6 décembre 2010 consid. 5.2).

### **E. 9.3**

L'art. 11 de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM; RS 954.1) impose lui aussi un devoir d'information au négociant de titres, et son client peut faire valoir, le cas échéant et à l'appui d'une demande de dommages-intérêts élevée contre le

négociant, que ce devoir a été méconnu. L'information doit porter sur les risques que comportent en général les opérations envisagées par le client; elle doit être formulée d'une manière communément intelligible et adaptée à un client présumé peu expérimenté et averti. L'information peut être fournie de manière standardisée avec la remise de notices ou brochures

- 23/34 -

C/21661/2010 d'information. Pour le surplus, le négociant n'a en principe pas à vérifier si une opération déterminée est adaptée aux besoins et à la situation patrimoniale particulière du client (ATF 133 III 97 consid. 5, JdT 2008 I p. 84; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_271/2011 du 16 août 2011 consid. 4). Le négociant en valeur mobilière peut en principe partir de l'idée que chaque client connaît les risques liés à l'achat, la vente et la détention de titres, en particulier le risque de solvabilité et le risque de cours. Ce principe s'applique également aux produits structurés (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_525/2011 du 3 février 2011 consid. 3.3). L'art. 11 constitue un "standard minimal" en matière de devoir d'information qu'il incombe principalement de respecter lors des activités d'Execution only (EMMENEGGER, op. cit., p. 81).

#### **E. 9.4**

Il y a lieu d'examiner, à l'aune des principes exposés ci-dessus, la politique de placement de l'intimée (9.4.1), puis pour chacun des placements litigieux (9.4.2;

##### **E. 9.4.1**

En l'espèce, C\_\_\_\_\_ a exploité une entreprise de commerce de meubles et d'appareils électroménagers avant de prendre sa retraite en 1990. La procédure ne permet toutefois pas d'établir son degré d'instruction. Au début de ses contacts avec E\_\_\_\_\_, il n'avait aucune connaissance en matière d'investissement. En fonction des explications détaillées qu'elle lui fournissait, sur les avantages et les inconvénients du produit, C\_\_\_\_\_ comprenait le risque qu'il encourait pour chaque investissement. Il avait également conscience que l'évolution historique d'un titre ne garantissait pas sa progression future. La documentation relative aux produits financiers, lorsqu'elle était disponible, lui était traduite en espagnol par E\_\_\_\_\_ en ce qui concerne les points essentiels. C\_\_\_\_\_ n'était pas un spécialiste des produits structurés, mais en comprenait les concepts généraux ainsi que les explications fournies. Contrairement à ce qui a été retenu dans les profils de l'intimée établis par l'appelante, C\_\_\_\_\_, qui prenait les décisions d'investissements pour le compte de l'intimée, ne disposait pas d'une connaissance étendue en matière d'investissements alternatifs, puisque cette appréciation ne correspond pas à celle qui avait été retenue par E\_\_\_\_\_ pour l'établissement du profil. En tout état de cause, le contenu des profils adressés en banque restante n'est pas opposable à l'intimée du fait que C\_\_\_\_\_ ne s'y est pas opposé immédiatement, puisque son contenu s'écarte sciemment du réel profil de ce dernier (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_262/2008 du 23 septembre 2008 consid.

##### **E. 9.4.2**

S'agissant de l'investissement dans le titre CSO LTD, qui est un Hedge Fund, l'intimée reproche à l'appelante de ne pas l'avoir mise en garde contre les risques qu'il comportait. Pour sa part, l'appelante se borne à alléguer que l'information sur ce titre a été remise à C\_\_\_\_\_ sans précisions sur son contenu, notamment s'agissant des risques de l'investissement. La banque ne soutient même pas qu'elle aurait informé C\_\_\_\_\_ que ce

titre était de la catégorie des Hedge Funds, la seule dénomination de l'instrument financier n'étant au demeurant pas propre à renseigner un investisseur sur sa nature. A défaut de ces précisions, l'allégation de l'appelante selon laquelle ce Hedge Fund était du même type que ceux précédemment acquis par l'intimée est sans pertinence, puisque encore aurait-il fallu que C\_\_\_\_\_ connaisse la nature et les caractéristiques du titre CSO LTD pour pouvoir procéder à une appréciation comparative. L'appelante a ainsi contrevenu à son devoir de collaboration dans l'instruction des faits de la cause. Par conséquent, dans le cadre de l'appréciation des preuves, la Cour retient que l'appelante n'a pas satisfait à son obligation accrue d'information et de conseil s'agissant de ce titre. Le fait que C\_\_\_\_\_ ait signé l'acte de souscription qui comportait des mises en garde relatives au risque de perte totale de l'investissement n'y change rien. En effet, dès lors que l'information fournie doit notamment être compréhensible, une mise en garde rédigée en anglais ne constituait pas une information adéquate pour C\_\_\_\_\_. En raison du lien de confiance particulier qui existait entre les parties, il ne peut pas être reproché à ce dernier d'avoir signé un document qu'il ne comprenait pas.

- 25/34 -

C/21661/2010

#### **E. 9.4.3**

En ce qui concerne l'investissement dans le titre AUTO-CALL SHARE, l'intimée allègue que l'appelante lui a uniquement indiqué que seuls les intérêts étaient soumis au risque de perte, à l'exclusion du capital. L'appelante se borne à contester que l'intimée n'aurait pas reçu les éclaircissements sur les risques inhérents à cet investissement, renvoyant aux mises en garde contenues dans l'acte de souscription. Comme déjà exposé ci-dessus, dès lors que C\_\_\_\_\_ ne parlait pas l'anglais, sa signature de l'acte de souscription rédigé en anglais ne satisfait pas à l'obligation de fournir des informations qui doivent être compréhensibles. De même, compte tenu du lien de confiance préexistant, il ne peut être reproché à C\_\_\_\_\_ de n'avoir pas cherché à comprendre le contenu de l'acte de souscription. A cela s'ajoute que le titre litigieux est un produit structuré, catégorie d'instruments financiers pour laquelle C\_\_\_\_\_ n'avait pas d'expérience, l'appelante ne soutenant au demeurant pas le contraire. Ainsi, s'agissant d'un investissement risqué, puisqu'il comportait le risque de la perte de la totalité du capital à l'échéance, proposé à un client inexpérimenté en la matière, l'appelante devait clairement informer C\_\_\_\_\_ sur les risques de pertes (ATF 124 III 155 consid. 4a, SJ 1998 p. 689; arrêts du Tribunal fédéral 4C.459/2004 du 2 mai 2005 consid.

#### **E. 9.4.4**

En ce qui concerne le placement dans les titres DAILY AUTOCALL NOTE, l'intimée a allégué avoir compris que le risque portait sur les intérêts de 11% que procurait cet investissement; l'intimée ne souhaitait pas risquer le capital investi, mais désirait conserver des liquidités afin de pouvoir faire face aux éventualités liées à l'âge et à la situation familiale de ses ayants droit. L'appelante, quant à elle, soutient que la documentation de présentation du produit avait été remise à C\_\_\_\_\_, ce que ce dernier a contesté. Point n'est besoin de déterminer si ce document a été remis à C\_\_\_\_\_. En effet, pour les motifs déjà exposés ci-avant, ce document rédigé en anglais n'était pas propre à fournir une information compréhensible sur l'investissement proposé. Outre le fait que C\_\_\_\_\_ avait signé le document intitulé "Structured Notes

C/21661/2010 Agreement" après avoir donné l'ordre à la banque d'acquérir le titre litigieux, il s'agissait d'un produit structuré pour lequel C\_\_\_\_\_ n'avait pas d'expérience et qui comportait un risque de perte du capital. Il incombait donc à l'appelante d'attirer clairement l'attention de C\_\_\_\_\_ sur ce risque; la signature par ce dernier d'un document concernant les risques liés aux produits structurés en général - et non du titre incriminé - ne pouvait satisfaire à l'obligation contractuelle d'information de la banque envers l'intimée. Par conséquent, la banque a violé son obligation contractuelle pour ce titre aussi.

#### **E. 10**

L'art. 97 CO présumant la faute, il appartient à la partie défenderesse d'alléguer et de prouver qu'elle n'a pas commis de faute. En l'espèce, l'appelante n'allègue aucun fait libératoire. Il s'ensuit que les violations contractuelles constatées sont fautives.

#### **E. 11**

L'appelante fait grief au premier juge de n'avoir pas tiré les conséquences de l'absence de protestation de l'intimée, se prévalant de la clause contenue dans les conditions générales aux termes de laquelle, faute de protestation immédiate à réception d'un relevé, les opérations qui y figurent sont réputées ratifiées.

##### **E. 11.1**

Le Tribunal fédéral a admis la validité d'une disposition contractuelle selon laquelle, faute d'avoir été contestés dans le délai d'un mois les relevés de la banque étaient réputés acceptés. Pareille disposition a pour effet que le client qui ne formule pas d'objection dans le délai contre une opération que la banque a effectuée sans instruction perd le droit d'agir en dommages-intérêts (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_482/2009 du 31 août 2010 consid. 3.3.1; 4A\_262/2008 du 23 septembre 2008 consid. 2.2; 4C.194/2005 du 28 septembre 2005 consid. 3.2.3 et 3.2.4, in Pra 2006 p. 834 et 4C.81/2002 du 1er juillet 2002 consid. 4.3). Une ratification tacite déployant ces effets juridiques suppose une connaissance exacte de son objet (GUTZWILLER, Die Genehmigung pflichtwidriger Anlageentscheide der Bank, in RSJ 2002 p. 117 ss, p. 119, 120 et 121). Cette fiction suppose que le client doit être objectivement en mesure de formuler une réclamation (arrêt du Tribunal fédéral 4C.81/2002 du 1er juillet 2002 consid. 4.3). Par ailleurs, la fiction d'acceptation ne produit pas d'effets, si elle conduit à un résultat inéquitable qui heurterait le sentiment de la justice. Tel est le cas lorsque la banque profite de la fiction de la réception du courrier pour agir sciemment au détriment du client (arrêts du Tribunal fédéral 4C.378/2004 du 30 mai 2005 consid. 2.2 et 4C.81/2002 du 1er juillet 2002 consid. 4.3)

##### **E. 11.2**

En l'espèce, les investissements dans les titres litigieux n'ont pas été opérés sans instruction de l'intimée. Cette dernière les a ordonnés alors qu'elle n'avait pas été clairement renseignée sur les risques qu'ils comportaient. Abstraction faite de la question de savoir si la fiction résultant de la clause de banque restante est opposable à l'intimée, le libellé des titres litigieux sur les relevés estimatifs n'était

C/21661/2010 pas propre à fournir à C\_\_\_\_\_ des informations sur les risques encourus. Il s'ensuit que l'absence de protestation de l'intimée n'a pas entraîné la renonciation par cette

dernière à ses prétentions en réparation du dommage.

## **E. 12**

Il y a lieu de rechercher s'il existe une relation de causalité entre les violations des obligations contractuelle d'informer et les dommages.

### **E. 12.1**

Lorsque l'inexécution contractuelle consiste en une omission de renseigner, le client doit prouver que si son conseiller l'avait renseigné, il aurait, selon une forte vraisemblance, pris une décision qui lui aurait permis d'éviter le dommage. Il s'agit d'une causalité hypothétique fondée sur une forte vraisemblance tirée de l'expérience de la vie et du cours ordinaire des choses (ATF 124 III 155 consid. 3d, SJ 1998 p. 689; arrêts du Tribunal fédéral 4A\_168/2008 du 11 juin 2008 consid. 2.7, in SJ 2009 I p. 13 et 4C.68/2007 du 13 juin 2008 consid. 8.1).

### **E. 12.2**

Il convient de déterminer, en l'espèce, pour chacun des investissements litigieux, si l'hypothèse précitée s'est réalisée.

#### **E. 12.2.1**

L'intimée soutient qu'elle n'aurait pas investi dans les titres CSO LTD, si elle avait connu les risques qu'ils comportaient. Comme Hedge Fund, il s'agissait d'un placement à haut risque qui pouvait dégager des rendements supérieurs à la moyenne (cf. supra consid. 9.4.1). Or, l'intimée avait déjà investi en 2002 dans un instrument financier de cette nature et détenait dans son portefeuille des parts de trois Hedge Funds initialement acquis par les époux C \_\_\_\_\_ et D \_\_\_\_\_ en 1996, 1997 et 1998, sur les conseils de E \_\_\_\_\_. Témoignent d'ailleurs de l'importante volatilité de ces titres et, partant, de leur caractère hautement risqué, les importantes plus-values en capital réalisées lors de leur vente, ainsi que leur classification, en 2011, dans les catégories les plus élevées en termes de risques. Il est admis aux débats que pour chaque investissement conseillé par E \_\_\_\_\_, C \_\_\_\_\_ connaissait les risques encourus. Par conséquent, au moment de l'investissement dans le Hedge Fund CSO LTD, C \_\_\_\_\_ était informé du risque que comportait un investissement dans un instrument financier de cette nature. Il est vrai qu'à cet époque C \_\_\_\_\_ était âgé de 71 ans, alors qu'au moment de l'investissement dans un Hedge Fund en 2002 il avait 66 ans. Toutefois, le souci de transférer son patrimoine à ses filles était déjà existant au moment de l'ouverture du compte de l'intimée auprès de l'appelante, ce qui ne l'a pas empêché d'investir dans un Hedge Fund en 2002 et de détenir dans le portefeuille de l'intimée des titres de cette nature. A cela s'ajoute que le portefeuille comprenait, peu avant l'investissement, outre une part d'environ 50% de fonds alternatifs, une proportion non négligeable d'instruments financiers à revenu variable. Par conséquent, la politique de placement de l'intimée au moment de l'investissement litigieux était toujours axée sur la recherche de gains substantiels, impliquant une prise de risque.

- 28/34 -

C/21661/2010 Par conséquent, si l'intimée avait été informée que l'investissement litigieux portait sur un Hedge Fund comportant un risque de perte importante du capital, il n'est pas démontré, même au degré d'une forte vraisemblance, que l'intimée n'aurait pas procédé à l'investissement litigieux. Même si la stratégie de placement du fond était l'exposition concentrée, l'investissement litigieux représentait une part d'environ 6% du portefeuille de

l'intimée, alors qu'elle avait clairement accepté un risque pouvant aller jusqu'à 25%. Contrairement à ce que soutient l'intimée, les premiers symptômes de la crise dite des subprimes sont apparus en juin 2007 et non pas plusieurs mois avant l'investissement litigieux, étant précisé qu'à ce moment les principales instances bancaires et financières internationales n'ont pas anticipé l'ampleur de la crise future (fait notoire : art. 151 CPC; cf. notamment Rapport de la FINMA du 14 décembre 2009 sur la crise des marchés financiers et surveillance des marchés financiers, p. 10; <[http://www.finma.ch/f/aktuell/Documents/Finanzmarktkrise%20und%20Finanzmarktaufsicht\\_Endversion\\_f.pdf](http://www.finma.ch/f/aktuell/Documents/Finanzmarktkrise%20und%20Finanzmarktaufsicht_Endversion_f.pdf)>). Dans la mesure où il n'y avait pas, au moment de l'investissement litigieux, en janvier 2007, de risque perceptible de crise financière, on ne peut retenir que la connaissance du risque de perte du capital aurait dissuadé l'intimée d'acquiescer les titres litigieux. Il s'ensuit que le lien de causalité entre la violation contractuelle et le dommage n'est pas établi. La responsabilité de l'appelante n'est ainsi pas engagée du chef de cet investissement.

### **E. 12.2.2**

L'intimée a acquis les titres AUTO-CALL SHARE le 4 juillet 2007 et il est acquis aux débats que l'appelante a violé ses obligations contractuelles en n'informant pas l'intimée sur les risques liés à cet investissement. A cette époque, le portefeuille de l'intimée était exposé au risque, puisqu'il comportait une part de 35% d'instruments à revenu variable et d'environ 50% d'investissements alternatifs. Ainsi, même si C\_\_\_\_\_ n'était pas familiarisé avec les produits structurés, il demeurait ouvert à une politique de placement comprenant une prise de risque importante. Savoir s'il n'aurait néanmoins pas consenti au placement litigieux compte tenu des informations relatives au marché financier espagnol accessibles aux particuliers est une question qui peut rester indéterminée pour les motifs exposés ci-après (cf. infra consid. 13.3.2).

### **E. 12.2.3**

L'intimée a donné à l'appelante l'ordre d'acquiescer les titres DAILY AUTOCALL NOTE le 14 janvier 2008, alors qu'au 31 décembre 2007, le portefeuille ne comprenait plus que 6,48% d'instruments à revenu variable, l'exposition du portefeuille de l'intimée aux risques des actions ayant ainsi été considérablement réduite. Or, les sous-jacents du titre litigieux étaient des actions et l'investissement à concurrence de 700'000 USD représentait 12,44% de la valeur du portefeuille au 31 décembre 2007. Par conséquent, il ne saurait être retenu, selon l'expérience générale de la vie et le but recherché par C\_\_\_\_\_ s'agissant de sa

- 29/34 -

C/21661/2010 fortune, que l'intimée accepte néanmoins de tripler l'exposition de son portefeuille aux actions, si elle avait su qu'elle encourait le risque d'une perte totale de son investissement. Il est par conséquent établi, au degré de la forte vraisemblance, que l'intimée n'aurait pas consenti à cet investissement si elle avait été dûment informée par l'appelante de ses risques. Il y a ainsi un lien de causalité entre la violation de ses obligations contractuelles par l'appelante et le préjudice subi par l'intimée.

### **E. 13**

Il convient encore de déterminer le montant du dommage.

#### **E. 13.1**

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 137 III 158 consid. 3.2, SJ 2011 I p. 155; 133 III 462 consid. 4.4.2; 132 III 564 consid. 6.2; 131 III 360 consid. 6.1; 129 III 331, JdT 2003 I p. 629). En matière de violation du devoir d'information, le client doit être replacé dans la situation qui serait la sienne s'il n'avait pas été procédé aux opérations litigieuses (ATF 124 III 155 consid. d, SJ 1998 p. 689; arrêt du Tribunal fédéral 4C.251/2000 du 29 novembre 2000 consid. 2c; EMMENEGGER, op. cit., p. 83). Le moment du calcul du dommage fixe le jour de référence auquel la différence entre les deux états du patrimoine doit être calculée (EMMENEGGER, op. cit., p. 84). En matière de responsabilité contractuelle, le créancier dispose, en règle générale, d'un choix alternatif d'estimer le dommage, soit au moment de la violation du contrat, soit lors du prononcé du jugement (ATF 130 III 391 consid. 3.1, JdT 2006 I 131; 122 III 53 consid. 4c; 109 II 474 consid. 3). Il existe des exceptions à cette règle notamment en matière de conseils en placements (EMMENEGGER, op. cit., p. 85). En matière de conseil en placement, c'est le moment de la résiliation du contrat qui est déterminant, puisque l'obligation de conseil prend alors fin, voire le moment où le client aurait pu intervenir contre la violation du contrat (arrêts du Tribunal fédéral 4C.68/2007 du 13 juin 2006 consid. 11.2 et 4C. 296/2006 du 26 septembre 2007 consid. 5.2.2, cités in EMMENEGGER, op. cit., p. 86).

### **E. 13.2**

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

- 30/34 -

C/21661/2010 conclusion qu'un tel dommage est survenu doit s'imposer avec une certaine force (ATF 132 III 379 consid. 3.1, SJ 2006 I p. 472). L'exception de l'art. 42 al. 2 CO à la règle du fardeau de la preuve doit être appliquée de manière restrictive (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2).

### **E. 13.3.1**

En l'espèce, les titres DAILY AUTOCALL NOTE ont été acquis le 22 janvier 2008 pour une somme de 700'000 USD et remboursé le 5 février 2009 à l'intimée à hauteur de 63'209 USD 30. Le dommage qu'il incombe à l'appelante de réparer s'élève ainsi à 636'790 USD 70. L'intérêt compensatoire court en principe dès que le dommage est subi (arrêt du Tribunal fédéral 4C.191/2004 du 7 septembre 2004 consid. 7.2, in SJ 2005 I p. 174), soit en l'occurrence le 5 février 2009. Il s'ensuit que la condamnation prononcée par le Tribunal du chef de ce titre sera confirmée.

### **E. 13.3.2**

En ce qui concerne, les titres AUTO-CALL SHARE, l'appelante soutient que l'intimée n'est pas légitimée à réclamer la réparation du dommage au motif que les titres acquis par l'intimée ont été transférés à I\_\_\_\_\_ INC et que leur remboursement est intervenu en mains de cette dernière. Le moyen de l'appelante tiré du défaut de légitimation active n'est pas

fondé, dès lors que l'intimée réclame le paiement de dommages-intérêts pour violation de règles contractuelles, de telle sorte qu'elle est légitimée à agir contre son cocontractant, soit l'appelante. En revanche, dans la mesure où les titres précités ont été remboursés lorsque l'intimée n'en était plus propriétaire, il y a lieu de déterminer le moment du calcul du dommage. L'intimée a calculé son dommage par la différence entre le montant initialement investi le 4 juillet 2007 et celui remboursé le 25 mai 2010 à l'échéance des titres. Or, à cette date, ceux-ci ne faisaient plus partie du patrimoine de l'intimée, puisqu'elle les avait transférés, le 16 juin 2009, à I\_\_\_\_\_ INC. Par conséquent, la comparaison du patrimoine hypothétique de l'intimée et celui au moment du remboursement du titre n'est pas pertinente. Cela étant, le devoir d'information de l'appelante à l'égard de l'intimée relatif aux titres précités a pris fin avec leur transfert à I\_\_\_\_\_ INC, ce qui équivaut à la résiliation du contrat de conseil en placements pour ces titres. L'appelante n'était donc plus en mesure, le cas échéant, de fournir à l'intimée les informations qui n'avaient pas été communiquées à la souscription des titres et propres à guider celle-ci dans son choix de garder l'investissement litigieux ou d'en demander le rachat par l'appelante. Ainsi, seule la variation de la valeur des titres litigieux durant la période se terminant avec leur transfert à I\_\_\_\_\_ INC peut être prise en considération pour le calcul du dommage. L'évolution de la valeur des titres après

- 31/34 -

C/21661/2010 leur transfert n'entre pas en ligne de compte, puisque l'intimée avait perdu son pouvoir de disposer des titres. Si au moment du transfert des titres leur valeur était inférieure au montant investi, l'intimé aura subi un dommage. En effet, selon un arrêt ancien, fondateur de la notion de dommage sous l'empire du CO, qui n'a jamais été infirmé, il y a dommage dès que le patrimoine lésé est inférieur à ce qu'il serait si le fait générateur de responsabilité ne s'était pas produit (ATF 68 II 137 consid. 3c, JdT 1938 I 621; CHAPPUIS, Le moment du dommage, 2007, n° 762, p. 353-354). En l'espèce, la valeur des titres au moment du transfert n'est ni alléguée, ni établie. Au 19 janvier 2009, leur valeur s'élevait à 99'260 EUR tandis qu'au moment de son remboursement, le 25 mai 2010, elle se montait à 115'757 EUR 40. Bien que la valeur des titres se soit appréciée entre ces deux dates, rien ne permet d'établir, même au degré de la vraisemblance, que la valeur des titres au 16 juin 2009, date de leur transfert à I\_\_\_\_\_ INC, était inférieure au montant remboursé. Une appréciation sur ce point, fondée sur l'évolution de la crise financière espagnole, serait purement conjecturale compte tenu de ses péripéties et de la nature volatile du titre litigieux. Il en va de même d'une évaluation fondée sur le cours des actions sous-jacentes du titre litigieux, qui n'est pas, à l'instar du taux LIBOR (ATF 134 III 224 consid. 5.2), un fait notoire au demeurant. Au vu de ce qui précède, l'intimée n'établit par les éléments nécessaires à l'estimation du dommage, même de façon approximative. Il s'ensuit que l'appel sera admis sur ce point, l'intimée sera déboutée de ses conclusions en réparation du dommage s'agissant de ce titre et le jugement réformé dans ce sens.

#### **E. 14.1**

Lorsque l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de première instance (art. 318 al. 3 CPC). A l'issue du litige, l'intimée n'obtient qu'une partie de ses conclusions en paiement. L'appelante sera ainsi condamnée aux deux tiers des dépens de première instance, dépens qui comprennent dans leur totalité une indemnité de procédure de 60'000 fr. à titre de participation aux honoraires de l'intimée (art. 176 al. 1 et 181 al. 3 aLPC). Les dépens seront compensés pour le surplus.

#### **E. 14.2**

Compte tenu de l'enjeu de l'appel et de son issue, les frais judiciaires d'appel seront mis à la charge des parties pour une moitié chacune (art. 106 al. 2 CPC). Les frais judiciaires d'appel sont arrêtés à 30'000 fr. (art. 105 al. 1 CPC; art. 17 RTFMC) et compensés avec l'avance de 40'000 fr. fournie par l'appelante (art. 111 al. 1 CPC) laquelle reste acquise à l'Etat de Genève à due concurrence. Le solde en 10'000 fr. sera restitué à l'appelante. L'intimée sera condamnée à payer à l'appe-

- 32/34 -

C/21661/2010 lante la somme de 15'000 fr., correspondant à la moitié des frais (art. 111 al. 2 CPC).

#### **E. 14.3**

Pour les mêmes motifs qu'indiqués ci-dessus, les dépens d'appel seront com- pensés (art. 107 al. 3 let. f CPC).

#### **E. 14.4**

Compte tenu de ce qui précède, la libération de la sûreté déposée par l'in- timée sera confirmée. \* \* \* \* \*

- 33/34 -

C/21661/2010 PAR CES MOTIFS, La Chambre civile : A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté par BANQUE A\_\_\_\_\_ (SWITZERLAND) SA contre le jugement JTPI/7035/2012 rendu le 16 mai 2012 par le Tribunal de première instance dans la cause C/21661/2010-2. Au fond : Annule le chiffre 1 lettre a et le chiffre 1 lettre b, ainsi que le chiffre 2 du dispositif du jugement précité et statuant à nouveau sur ces points : Déboute B\_\_\_\_\_ de ses conclusions tendant à la condamnation de BANQUE A\_\_\_\_\_ (SWITZERLAND) SA à lui payer les sommes de 300'346 USD 96 avec intérêts à 5% dès le 1er janvier 2010 et 78'062 EUR 60 avec intérêts à 5% dès le 26 mai 2010. Condamne BANQUE A\_\_\_\_\_ (SWITZERLAND) SA aux deux tiers des dépens de première instance, dépens qui comprennent dans leur totalité une indemnité de 60'000 fr. à titre de participation aux honoraires d'avocat de B\_\_\_\_\_. Compense les dépens de première instance pour le surplus. Confirme le jugement pour le surplus. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais : Arrête les frais judiciaires d'appel à 30'000 fr. et les compense avec l'avance fournie, qui reste acquise à l'Etat de Genève à due concurrence. Met ces frais à la charge des parties pour une moitié chacune. Condamne B\_\_\_\_\_ à payer à BANQUE A\_\_\_\_\_ (SWITZERLAND) SA la somme de 15'000 fr. à ce titre. Ordonne aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de restituer à BANQUE A\_\_\_\_\_ (SWITZERLAND) SA le solde de l'avance de 10'000 fr.

- 34/34 -

C/21661/2010 Dit que les parties conservent à leur charge leurs dépens d'appel. Siégeant : Monsieur Jean-Marc STRUBIN, président; Monsieur Grégory BOVEY et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Madame Barbara SPECKER, greffière.

Le président : Jean-Marc STRUBIN

La greffière : Barbara SPECKER

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 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.