

## **GE\_GERICHTE ACJC/390/2013 vom 19. Oktober 2012**

GE Cour de justice, 2012-10-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACJC\\_390\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_390_2013)

FR: GE\_GERICHTE ACJC/390/2013 du 19 octobre 2012

IT: GE\_GERICHTE ACJC/390/2013 del 19 ottobre 2012

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

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

#### **E. 1.2**

Les procédures en cours à l'entrée en vigueur du CPC sont régies par l'ancien droit de procédure jusqu'à la clôture de l'instance (art. 404 al. 1 CPC). Le contrôle relatif à la bonne application des règles de procédure faite en première instance

- 11/21 -

N° de procédure doit donc être apprécié selon ce droit (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_8/2012 du 12 avril 2012 consid. 1; 4A\_641/2011 du 27 janvier 2012 consid. 2.2).

#### **E. 2.1**

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

#### **E. 2.2**

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

#### **E. 2.3**

Les pièces nouvelles produites par les parties sont recevables, puisque postérieures à la clôture des débats en première instance (art. 317 al. 1 CPC). Les nouvelles pièces de l'appelant n'apportent toutefois aucun élément pertinent aux débats.

#### **E. 3**

L'intimée demande qu'une substitution de parties soit opérée, en raison de sa fusion avec C\_\_\_\_\_ au Luxembourg.

L'appelant s'y oppose, faisant valoir qu'une telle substitution péjorerait sa situation, car il aurait alors, vu le siège de la Banque à l'étranger, d'importantes difficultés à recouvrer sa créance s'il obtenait gain de cause. Il demande la fourniture de sûretés sur la base de "l'art. 163b al. 3 LFus". Si la substitution devait néanmoins être autorisée, il demande des sûretés en garantie de l'issue du litige sur la base de l'art. 83 al. 3 CPC.

#### **E. 3.1**

Selon l'art. 163b al. 3 LDIP, en cas de fusion d'une société suisse vers l'étranger, comme c'est le cas en l'espèce, les créanciers sont sommés de produire leurs créances par un appel

public en Suisse les informant de la fusion projetée. L'art. 46 de la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion (LFus) est applicable par analogie.

Selon l'art. 45 LFus, les créanciers de l'ensemble des sociétés participant à la scission sont informés par une triple publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) qu'ils peuvent exiger des sûretés s'ils produisent leurs créances.

A teneur de l'art. 46 al. 1 LFus, les sociétés qui participent à la scission garantissent les créances si les créanciers l'exigent dans le délai de deux mois à compter de la publication de l'avis aux créanciers. L'obligation de fournir des sûretés s'éteint si la société prouve que la scission ne compromet pas l'exécution de la créance (al. 2).

### **E. 3.2**

En l'espèce, l'avis aux créanciers de la fusion projetée de la société intimée vers l'étranger a été publié dans la FOSC des 2 \_\_\_\_\_, 3 \_\_\_\_\_ et 4 \_\_\_\_\_

- 12/21 -

N° de procédure novembre 2012, avec l'indication que les créanciers de la société transférante pouvaient exiger des sûretés conformément à l'art. 45 s. LFus, soit jusqu'au 21 janvier 2013.

Il en découle que la demande de fourniture de sûretés de l'appelant, formulée le 28 janvier 2013, est tardive. En tout état de cause, la société reprenante étant une banque luxembourgeoise dont le capital social est de 1 \_\_\_\_\_ EUR, il y aurait lieu de retenir que la fusion ne compromet pas l'exécution hypothétique d'une éventuelle créance.

### **E. 3.3**

Selon l'art. 83 al. 1 CPC, lorsque l'objet litigieux est aliéné en cours d'instance, l'acquéreur peut reprendre le procès en lieu et place de la partie qui se retire. Sur requête de la partie adverse, le juge peut si nécessaire ordonner au reprenant de constituer des sûretés en garantie de l'exécution de la décision (al. 3). La fourniture de sûretés prévue par cette disposition n'entre pas en considération dans les cas de substitution ex lege visés à l'art. 83 al. 4 CPC deuxième hypothèse (JEANDIN, in CPC, Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/ JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY [éd.], 2011, n. 25 ad art. 83 CPC; SCHWANDER, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], SUTTER- SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [éd.], 2ème éd. 2013, n. 37 ad art. 83 CPC).

En l'absence d'aliénation de l'objet du litige, la substitution de partie est subordonnée au consentement de la partie adverse; les dispositions spéciales prévoyant la succession d'un tiers aux droits ou obligations des parties sont réservées (al. 4).

Cette dernière hypothèse recoupe tous les cas de succession à titre universel qui, par définition, ont pour conséquence un changement de légitimation survenant par le seul effet de la loi et sans que la volonté des parties ne joue de rôle. Il s'agit notamment des cas de fusion ou de scission (art. 22 et 52 LFus; JEANDIN, op. cit., n. 28 et 29 ad art. 83 CPC; SCHWANDER, op. cit., n. 41 ad art. 83 CPC).

Selon l'art. 164 LDIP, une société inscrite au Registre du commerce en Suisse ne peut être radiée que si le rapport d'un expert-réviseur agréé atteste que les créanciers ont obtenu des sûretés ou ont été désintéressés conformément à l'art. 46 LFus ou encore qu'ils consentent à la radiation.

La fusion déploie ses effets dès son inscription au Registre du commerce. A cette date, l'ensemble des actifs et passifs de la société transférante sont transférés ex lege à la société reprenante (art. 22 al. 1 LFus).

Les art. 130 et ss et 146 al. 2 de l'ordonnance sur le Registre du commerce (ORC) règlent en outre les conditions de l'inscription en cas de fusion d'une société suisse vers une société étrangère.

- 13/21 -

N° de procédure

### **E. 3.4**

En l'espèce, la fusion intervenue entre l'intimée et la banque étrangère n'avait, à la date où la cause a été gardée à juger par la Cour le 12 février 2013, pas encore été inscrite au Registre du commerce à Genève. Il s'ensuit que cette fusion ne déploie pas ses effets en Suisse en ce qui concerne l'intimée, société transférante.

La demande de substitution de parties de l'intimée doit dès lors être rejetée. La demande de sûretés de l'appelant fondée sur l'art. 83 al. 3 CPC, laquelle devrait en tout état de cause être rejetée puisqu'il s'agirait ici d'un cas de substitution de l'art. 83 al. 4 CPC, devient ainsi sans objet.

### **E. 4**

Le premier juge a retenu que les parties étaient liées par un contrat de conseil en placement, qualification qui n'est à juste titre pas contestée.

#### **E. 4.1**

Dans le contrat de conseil en placements, le client décide lui-même des opérations à effectuer, après avoir obtenu des renseignements et conseils de la banque. Ce pouvoir décisionnel constitue le principal critère de distinction par rapport au contrat de gestion de fortune (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_525/2011 du 3 février 2012 consid. 3.1, publié in PJA 2012 1317; 4A\_168/2008 du 11 juin 2008 consid. 2.1, publié in SJ 2009 I 13). Le client doit supporter seul le risque découlant de sa décision, sachant qu'il ne peut pas se fier sûrement à un conseil concernant un événement futur et incertain (ATF 119 II 333 consid. 7a; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_444/2012 du 10 décembre 2012 consid. 3.2; LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2ème éd., 2008, p. 795 n. 25).

#### **E. 4.2**

Les devoirs et la responsabilité du conseiller en placements sont définis par les règles du mandat au sens des art. 394 ss CO (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_274/2011 du 3 novembre 2011 consid. 6.3; 4A\_168/2008 précité, consid. 2.3; 4C.27/2003 du 26 mai 2003 consid. 3.2.2, publié in SJ 2003 I 597). Le conseiller est responsable envers le client de la bonne et fidèle exécution du contrat (art. 398 al. 2 CO; ATF 124 III 155 consid. 2b). Il a un devoir de diligence et il répond du dommage qu'il cause au client en violant ce devoir intentionnellement ou par négligence (art. 321e CO applicable par le renvoi de l'art. 398 al. 1 CO; ATF 124 III 155 consid. 3).

#### **E. 4.3**

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, le mandataire est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il 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 (ATF 128 III 22 consid. 2b; plus récemment : arrêts du Tribunal fédéral 4A\_90/2011 du 22 juin 2011 consid. 2.2.2; 4A\_168/2008 précité consid. 2.6).

- 14/21 -

N° de procédure

## **E. 5**

L'appelant se plaint d'une violation de l'art. 397 CO, dans la mesure où il n'a pas donné son accord écrit pour effectuer l'investissement litigieux en mai 2006. Il conteste en outre avoir donné des instructions orales concernant cet achat, dont il n'aurait appris l'existence qu'en novembre 2008. L'intimée aurait ainsi violé le contrat de placement en achetant un produit sans son accord écrit ou oral.

### **E. 5.1**

L'art. 397 al. 1 CO prévoit que le mandataire qui a reçu des instructions précises ne peut s'en écarter que si les circonstances ne lui permettent pas de rechercher l'autorisation du mandant et qu'il y a lieu d'admettre que celui-ci l'aurait autorisé s'il avait été au courant de la situation.

### **E. 5.2**

En l'espèce, il n'est pas contesté que le contrat de conseil en placements conclu entre les parties prévoyait que les ordres du client ne pouvaient être donnés que par courrier, fax ou email, l'appelant ayant biffé l'option d'instructions orales. Il n'est pas non plus contesté que l'appelant n'a pas donné d'instructions écrites concernant l'achat contesté.

L'intimée a toutefois allégué que les instructions de placements étaient données oralement par l'appelant à son conseiller, notamment lors de leurs rencontres dans l'appartement de l'appelant à Stockholm.

Il convient donc d'examiner si des instructions orales ont été données par l'appelant à son conseiller pour effectuer l'investissement litigieux et, le cas échéant, si de telles instructions étaient valables.

### **E. 5.3**

Selon l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Pour toutes les prétentions relevant du droit privé fédéral, l'art. 8 CC répartit le fardeau de la preuve - auquel correspond en principe le fardeau de l'allégation (HOHL, Procédure civile, Tome I, n. 786 ss) - et, partant, les conséquences de l'absence de preuve ou d'allégation (ATF 127 III 519 consid. 2a et les références citées). On fonde également sur cette disposition le droit à la preuve, c'est-à-dire la faculté pour une partie d'être admise à apporter la preuve de ses allégués dans les procès civils (ATF 114 II 289 consid. 2a).

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. Ladite obligation est de nature procédurale et est donc exorbitante du droit fédéral - singulièrement de l'art. 8 CC - car elle 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. 1; plus récemment : arrêts du Tribunal fédéral

- 15/21 -

N° de procédure 5P.344/2003 du 8 janvier 2004 consid. 2.2.2; 4C.64/2003 du 18 juillet 2003 consid. 4).

En matière de responsabilité contractuelle, il incombe au client de prouver les faits permettant de constater que les conditions de la responsabilité du mandataire sont réunies, à savoir qu'un contrat a été conclu, que le conseiller l'a mal exécuté, qu'un dommage est survenu et qu'il existe un rapport de causalité entre la mauvaise exécution et le dommage. Le conseiller, pour sa part, pourrait apporter la preuve qu'il n'a pas commis de faute (art. 97 al. 1 CO); il 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 (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_90/2011 précité consid. 2.2.2; 4A\_168/2008 précité consid. 2.7).

#### **E. 5.4**

L'art. 16 al. 1 CO institue une présomption selon laquelle l'exigence de forme est une condition de validité de l'acte juridique (KRAMER/SCHMIDLIN, Berner Kommentar, 1986, nos 25 ss et 35 ad art. 16 CO). Cette présomption peut notamment être renversée par la preuve que le vice ne porte pas sérieusement atteinte au but de protection assigné à l'exigence de forme, respectivement par la preuve que les parties ont après coup renoncé à la réserve formelle, expressément ou de manière tacite - notamment par actes concluants; tel est le cas lorsque les parties exécutent et acceptent sans réserve les prestations contractuelles (ATF 105 II 75 consid. 1; arrêts du Tribunal fédéral 4D\_75/2011 du 9 décembre 2011 consid. 3.2.1; 4A\_554/2009 du 1er avril 2010 consid. 2.2). Cette réglementation s'applique également aux actes juridiques unilatéraux (ATF 128 III 212 consid. 2).

#### **E. 5.5**

Selon l'art. 196 de l'ancienne loi de procédure civile genevoise en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLPC), applicable en première instance, le juge apprécie librement les résultats des mesures probatoires, à moins que la loi ne prescrive le contraire. Cette règle est identique sous l'empire du CPC, à teneur duquel le juge établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées (art. 157 CPC).

#### **E. 5.6**

En l'espèce, l'intimée a allégué en premier lieu avoir reçu des instructions orales pour les deux autres ordres d'achat de produits financiers, soit l'achat d'un produit structuré portant sur les taux de change couronnes suédoises/euros en mars 2005 et l'achat d'obligations des États allemand et suédois en juillet 2008. L'appelant l'a contesté et a soutenu que ses instructions avaient toujours été données par écrit.

Le fait à prouver étant négatif (l'absence d'instructions écrites), il pouvait être attendu de l'appelant qu'il produise la preuve de l'existence des instructions écrites alléguées. Il n'a

toutefois pas été en mesure de le faire et a soutenu n'en avoir pas gardé copie. Il ne conteste pas pour le surplus avoir donné les ordres en question en mars 2005 et juillet 2008.

- 16/21 -

N° de procédure

En outre, il résulte de l'extrait d'une conversation téléphonique enregistrée le

### **E. 10**

L'appelant, qui succombe entièrement en appel, sera condamné aux frais judiciaires d'appel, ceux-ci étant fixés à 20'000 fr., vu la valeur litigieuse de 289'737 EUR (soit 349'035 fr. au taux de change du jour du dépôt de l'appel) et les critères de l'art. 5 RTFMC (art. 17 et 35 RTFMC). Ces frais sont entièrement compensés par l'avance de frais effectuée par l'appelant, qui reste acquise à l'Etat (art. 111 CPC).

L'appelant sera également condamné aux dépens de sa partie adverse, arrêtés à 14'000 fr., débours et TVA compris (art. 95, 104 al. 1, 105 et 106 al. 1 CPC; art. 20, 25 et 26 LaCC; art. 85 al. 1 et 90 RTFMC). \* \* \* \* \*

- 21/21 -

N° de procédure PAR CES MOTIFS, La Chambre civile : A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté par A\_\_\_\_\_ contre le jugement JTPI/14880/2012 rendu le 19 octobre 2012 par le Tribunal de première instance dans la cause C/9854/2010-1. Au fond : Confirme ce jugement. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais : Arrête les frais judiciaires d'appel à 20'000 fr. Les met à la charge d'A\_\_\_\_\_ et les compense avec l'avance de frais de 20'000 fr. effectuée par ce dernier, qui reste acquise à l'Etat. Condamne A\_\_\_\_\_ à payer à B\_\_\_\_\_ 14'000 fr. à titre de dépens d'appel. Siégeant : Madame Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente; Madame Florence KRAUSKOPF, Madame Sylvie DROIN, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

La présidente : Marguerite JACOT-DES-COMBES

La greffière : Nathalie DESCHAMPS

Indication des voies de recours : Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile. Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure à 30'000 fr.

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