

GE_GERICHTE ACJC/548/2021 vom 6. Mai 2021

GE Cour de justice, 2021-05-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_548_2021

FR: GE_GERICHTE ACJC/548/2021 du 6 mai 2021

IT: GE_GERICHTE ACJC/548/2021 del 6 maggio 2021

Erwägungen

E. 1.1

Interjetés dans le délai et suivant la forme prescrits par la loi (art. 130, 131, 311 al. 1 CPC) et dirigés contre une décision finale de première instance, qui statue sur des conclusions pécuniaires dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr., (art. 91 al. 1 et 308 al. 2 CPC), les appels sont recevables.

E. 1.2

La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). Elle applique la maxime des débats et le principe de disposition (art. 55 al. 1 et 58 al. 1 CPC).

E. 1.3

Dès lors qu'ils sont dirigés contre le même jugement, reposent sur le même complexe de faits et opposent les mêmes parties, les recours seront traités dans un seul et même arrêt. A_____ sera désigné ci-après comme l'appelant et B_____ SA comme l'intimée.

E. 1.4

L'appelant fait valoir des faits postérieurs au jugement de première instance et réduit ses conclusions en appel.

E. 1.4.1

Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve ne sont pris en compte qu'aux conditions suivantes : ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (lit. b).

S'agissant des vrais nova ("echte Noven"), soit les faits qui se sont produits après la fin des débats principaux de première instance, la condition de nouveauté posée par la lettre b est sans autre réalisée et seule celle d'allégation immédiate doit être examinée. En ce qui concerne les pseudo nova ("unechte Noven"), il appartient au plaideur qui entend les invoquer devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance (ATF 143 III 42 consid. 4.2.1 et les références citées).

En règle générale, les nova doivent être introduits en appel dans le cadre du premier échange d'écritures (arrêts 4A_508/2016 du 16 juin 2017 consid. 4.1, non

- 14/33 -

C/19971/2012 publié aux ATF 143 III 348; 4A_337/2019 du 18 décembre 2019 consid. 4.1.1 et les références citées).

L'art. 317 al. 2 CPC autorise une modification de la demande en appel à la double condition que les conclusions modifiées soient en lien de connexité avec la prétention initiale ou que la partie adverse ait consenti à la modification, d'une part (art. 317 al. 2 let. a et 227 al. 1 CPC), et qu'elles reposent sur des faits ou moyens de preuve nouveaux, d'autre part (art. 317 al. 2 let. b CPC).

Une réduction des conclusions ne constitue pas une conclusion nouvelle au sens de l'art. 317 al. 2 CPC. Elle est donc admissible en tout temps, soit jusqu'aux délibérations (arrêt du Tribunal fédéral 5A_456/2016 du 28 octobre 2016 consid. 4.2.1).

E. 1.4.2

En l'espèce, les pièces nouvelles 19 à 23 produites par l'appelant et les faits y relatifs sont postérieurs à la clôture des débats de première instance. Ils ont été allégués et produits sans retard et sont par conséquent recevables.

La réduction des conclusions de l'appelant est en toute hypothèse recevable. Dans l'hypothèse où l'appel de l'appelant devait être admis en ce qui concerne les investissements dans G_____, il sera tenu compte du remboursement d'une partie de la somme réclamée par l'appelant.

E. 2

L'appelant étant domicilié à l'étranger, la cause est de nature internationale (art. 1 al. 1 LDIP). Comme le contrat liant les parties prévoit que le for est à Genève et que le droit suisse s'applique aux relations entre la banque suisse et le client, il y a lieu d'admettre que les juridictions genevoises sont compétentes *ratione loci* (art. 5 al. 1 LDIP) et que le droit suisse est applicable (art. 116 al. 1 et 2 LDIP), ce que les plaideurs, à juste titre, ne contestent pas.

E. 3

3.1.1 Lorsque le demandeur allègue que des versements ou virements ont été exécutés par la banque en dépit du défaut de légitimation du donneur d'ordre ou à la suite de faux non décelés, le tribunal doit examiner qui, du client ou de la banque, doit supporter le dommage qui en résulte, en procédant en trois étapes (cf. ATF 146 III 387 consid. 3.1). Dans une première étape, sur l'action principale du client en restitution de son avoir non amputé des prélèvements indus (art. 107 al. 1 CO), le tribunal doit examiner si les prélèvements ont été exécutés sur mandat ou sans mandat du client, ce qui présuppose, en cas de représentation du titulaire du compte, de se poser la question des pouvoirs du représentant, respectivement de la ratification des prélèvements par le titulaire (ATF 146 III 326 consid. 4.2). Ce n'est que si les ordres ont été exécutés sans mandat du client que le tribunal doit examiner, dans une deuxième étape, si le dommage est un dommage de la

- 15/33 -

C/19971/2012 banque (système légal) ou si, en raison de la conclusion d'une clause de transfert de risque (Risikotransferklausel), le dommage est à la charge du client (ATF 146 III 326 consid. 4.2). Lorsque les parties ont conclu une clause de transfert de risque, il n'y a pas de troisième étape comme c'est le cas lorsque le système légal s'applique (cf. ATF 146 III 121 consid. 2). C'est dans le cadre de l'examen de la faute grave de la banque, qui est réservée (art. 100 al. 1 CO par analogie), que le tribunal doit ensuite examiner la faute concomitante du client comme facteur d'interruption du lien de causalité adéquate ou de réduction de l'indemnité qui lui est due (ATF 146 III 326 consid. 4.2). Ce n'est enfin que

lorsque le dommage est subi par la banque que le tribunal peut encore devoir examiner (troisième étape) si la banque peut opposer, en compensation, à l'action en restitution de son client, une prétention en dommages- intérêts (art. 97 al. 1 CO) parce que celui-ci aurait fautivement contribué à causer ou à aggraver le dommage en violant ses propres obligations (par exemple, en ne contestant pas dans le délai convenu les opérations irrégulières ou infondées, respectivement en ne consultant pas son dossier de banque restante; ATF 146 III 121 consid. 2; cf. ég. ATF 146 III 387 consid. 3.1). 3.1.2 L'argent figurant sur le compte bancaire ouvert au nom du client est la propriété de la banque, envers laquelle le client n'a qu'une créance en restitution. Lorsque la banque vire de l'argent depuis ce compte à un tiers sur ordre (avec mandat) du client, elle acquiert une créance en remboursement contre celui-ci (art. 402 CO). A l'action en restitution du client, la banque peut donc opposer en compensation une créance en remboursement (ATF 146 III 326 consid. 5.1 et les références citées; 146 III 121 consid. 3.1.1). La prétention en remboursement présuppose que la banque ait correctement exécuté l'ordre qui lui a été donné par le client (ATF 110 II 283 consid. 3a), notamment qu'elle ne se soit pas trompée, lors de son exécution, dans la personne du destinataire ou le numéro de compte indiqués par le client (ATF 126 III 20 consid. 3b/aa). En revanche, lorsque la banque vire de l'argent depuis ce compte à un tiers sans ordre (sans mandat) du client, elle n'acquiert pas de créance en remboursement. A l'action en restitution du client, la banque ne peut donc pas opposer en compensation une créance en remboursement; elle doit contre-passer l'écriture et l'art. 402 CO n'entre pas en considération (ATF 146 III 326 consid. 5.1; 146 III 121 consid. 3.1.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_438/2007 du 29 janvier 2008 consid. 5.1). 3.1.3 Il découle des principes énoncés dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, exposés au considérant qui précède, que l'exécution d'opérations bancaires sans instructions ou ordre du client, telles que l'acquisition de titres ou de devises, ne doit pas être appréciée en application des règles relatives à la gestion d'affaires sans mandat (art. 419 ss), contrairement à ce retiennent quelques arrêts plus

- 16/33 -

C/19971/2012 anciens du Tribunal fédéral (arrêts du Tribunal fédéral 4A_232/2009 du 30 novembre 2009 consid. 5; 4A_262/2008 du 23 septembre 2008 consid. 2.1 4C_326/2003 du 25 mai 2004 consid. 3.5; cf. ég. ACJC/56/2019 du 15 janvier 2019 consid. 3.1.1, WHERLOCK / VON DER CRONE, Anwendbarkeit von Genehmigungsklauseln hinsichtlich unautorisierter Börsengeschäfte, RSDA 2016 p. 105). Du reste, la banque qui exécute des transactions sans ordre du client ne gère pas l'affaire d'autrui mais dispose de sommes dont elle est elle-même propriétaire (cf. GAUTSCHI, Berner Kommentar, n. 12a ad art. 419 CO). La distinction a son importance du point de vue de la détermination de la prétention que la banque peut opposer au client (consid. 5 infra), de l'imputation d'éventuels avantages obtenus dans le cadre de l'exécution d'ordres non autorisés (consid. 6 infra), ainsi que s'agissant du point de départ des intérêts (consid. 9 infra).

E. 3.2

En l'espèce, le Tribunal a retenu que la relation bancaire liant les parties était du type execution only, et que les ordres de transferts à des tiers ainsi que l'achat et la vente de titres de R_____ et de I_____ avaient été effectués sans instruction de la part de l'appelant. Ces opérations n'avaient pas été ratifiées par ce dernier car elles ne figuraient pas sur les relevés qui lui avaient été remis par E_____. L'intimée ne conteste pas que ces opérations aient été effectuées sans instruction de la part de l'appelant, mais elle soutient que celui-ci a ratifié les

opérations effectuées jusqu'à fin 2008 puisque, lors de son audition du 18 mai 2012 devant les autorités pénales, il a indiqué que, jusqu'à fin 2008, l'examen qu'il pouvait faire des documents bancaires de son compte montraient que "les choses étaient en ordre avec les placements [qu'il] voulait". L'argument de l'intimée n'est pas convaincant. En effet, il est établi que E_____ a remis à l'appelant des documents bancaires falsifiés, qui ne reflétaient pas l'état véritable de ses avoirs. Il était dès lors normal que, à la lecture de ces documents falsifiés, l'appelant estime que tout était en ordre, alors même que tel n'était pas le cas. La déclaration à laquelle se réfère l'intimée n'a ainsi pas la portée qu'elle lui prête. Les informations fournies au client par le chargé de relation étaient précisément destinées à lui faire croire que l'état de son compte correspondait à ce qu'il attendait. L'intimée ne prouve pas que, avant la découverte des infractions commises par E_____, les opérations susmentionnées ont été mentionnées dans un document qui a été soumis à l'appelant et approuvé par ses soins.

- 17/33 -

C/19971/2012 Ce n'est qu'en mars 2010, lorsque l'appelant s'est rendu à la banque, qu'il a pu constater l'état réel de son compte. Ces faits ont été confirmés par F_____ et l'intimée n'affirme pas que l'appelant aurait reçu d'autres documents que ceux qui ont été soumis à F_____ ce jour-là. L'on ne saurait donc considérer que l'appelant a eu connaissance des opérations effectuées jusqu'à fin 2008 sur la base des documents qui lui avaient été fournis par le chargé de relation. Par conséquent, toute ratification de ces opérations sur cette base est exclue. Le grief de l'intimée sur ce point doit être rejeté. Dès lors, l'appelant dispose d'une créance en exécution du contrat et non, comme l'a retenu le Tribunal, d'une prétention en dommages et intérêts découlant d'une gestion d'affaires sans mandat, en relation avec les opérations qui ont été exécutés sans ordre, à savoir, comme l'a retenu le Tribunal, les versements effectués au profit de comptes de tiers et l'acquisition des titres R_____ et I_____.

E. 4

Il convient d'examiner, dans la seconde étape, si une clause de transfert de risque a été conclue entre les parties et si elle est opposable à l'appelant.

E. 4.1

La validité d'une clause autorisant la banque à exécuter les instructions lui parvenant par téléphone, télécopie ou e-mail et transférant sur la tête du client les risques qui en découlent doit être examinée par application analogique des art. 100 et 101 al. 3 CO, qui régissent les conventions d'exonération de la responsabilité pour inexécution ou exécution imparfaite du contrat, et ce bien que la clause de transfert de risque ne relève pas de l'inexécution contractuelle au sens des art. 97 ss CO (ATF 146 III 326 consid. 6.1; 132 III 449 consid. 2 112 II 450 consid. 3a p. 455). Par conséquent, si un dol ou une faute grave est imputable à la banque ou à l'un de ses auxiliaires, la clause d'exonération est nulle (art. 100 al. 1 et 101 al. 3 CO; cf. ATF 146 III 326 consid. 6.1; 112 II 450 consid. 3a).

E. 4.2

En l'espèce, il ressort des faits constatés par le Tribunal que les documents d'ouverture de compte signés par l'appelant prévoient un report sur le client du risque lié aux ordres donnés par téléphone.

En l'absence d'ordres donnés par téléphone ou par fax, cette clause ne saurait toutefois s'appliquer au présent litige. Elle serait quoi qu'il en soit inopérante dans la mesure où, comme l'a retenu le Tribunal, la banque devrait se laisser opposer la faute grave commise par son auxiliaire, E _____. À raison, l'intimée ne s'en prévaut pas.

E. 5

Il convient dès lors de déterminer, dans la troisième étape, si l'intimée dispose d'une prétention en dommages-intérêts contre l'appelant qu'elle pourrait opposer à la créance en restitution de celui-ci.

- 18/33 -

C/19971/2012

E. 5.1

Selon la jurisprudence, la banque, qui subit le dommage du fait de l'exécution d'un paiement sans mandat, peut tout au plus demander des dommages-intérêts à son client si celui-ci a fautivement contribué à causer ou à aggraver le dommage qu'elle a ainsi subi (art. 97 al. 1 et/ou art. 41 al. 1 CO; ATF 146 III 121 consid. 5.1; 111 II 263 consid. 1c et 2a; arrêt du Tribunal fédéral 4A_119/2018 du

E. 5.1.1

La responsabilité de l'art. 97 al. 1 CO, qui repose ici sur le rapport juridique noué entre les parties, est soumise à quatre conditions : la violation du contrat, le dommage, le rapport de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation contractuelle et le dommage, ainsi que la faute. Dans le cadre de la prétention compensante de la banque contre le client, le dommage (deuxième condition) est celui subi par la banque et correspond au montant que celle-ci doit payer une seconde fois, au client, en raison des transferts qu'elle a exécutés sans mandat de celui-ci (ATF 146 III 121 consid. 5.1).

Le client viole ses obligations contractuelles (première condition) lorsque, d'une manière ou d'une autre, il contribue à causer le dommage parce qu'il incite la banque à procéder au transfert indu (arrêts du Tribunal fédéral 4A_54/2009 du 20 avril 2009 consid. 1; 4A_438/2007 précité consid. 5.1) ou parce qu'il contribue à aggraver le dommage (arrêts du Tribunal fédéral 4A_119/2018 précité consid. 5.2 et 6; 4A_379/2016 du 15 juin 2016 consid. 3.2.2 et 5.4). Selon la jurisprudence, le client contribue à aggraver le dommage de la banque, notamment en ne contestant pas les écritures irrégulières ou infondées qu'il aurait pu ou dû constater en consultant les relevés de compte qu'il a reçus ou en ne relevant pas, ni ne contrôlant son courrier en banque restante (ATF 146 III 121 consid. 5.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_119/2018 précité consid. 5.2 et 6).

E. 5.1.2

Selon la jurisprudence, par la clause de banque restante, la banque accepte de conserver chez elle, dans le dossier bancaire du client, les avis qu'elle doit lui adresser, mais prévoit que les communications ainsi faites sont opposables à celui-ci comme s'il les avait effectivement reçues (arrêt du Tribunal fédéral 4A_119/2018 précité consid. 6.1.1). Le client qui adopte ce mode de communication est censé avoir reçu immédiatement les avis qui lui sont adressés de cette façon (fiction de réception); il sera traité de la même façon que le client

- 19/33 -

C/19971/2012 qui aura réellement reçu le courrier, quant à la fiction de ratification d'une opération non contestée dans un certain délai (arrêts du Tribunal fédéral 4A_119/2018 précité consid. 6.1.1; 4A_471/2017 du 3 septembre 2018 consid. 4.2.1 et les références citées). En effet, l'option de banque restante n'est pas utilisée dans l'intérêt de la banque mais bien dans celui du client, qui, pour des raisons de discrétion, n'entend pas recevoir les communications que la banque doit lui adresser. En pareil cas, la banque, qui a l'obligation de rendre compte à ses clients des opérations qu'elle accomplit pour ceux-ci, a un intérêt légitime à ce que le destinataire du courrier en banque restante soit traité de la même manière que le client qui a réellement reçu le courrier en ce qui concerne l'obligation, découlant des règles de la bonne foi, de réagir en cas de refus ou de désaccord avec une opération dont il a reçu communication (arrêts du Tribunal fédéral 4A_386/2019 du 26 mai 2020 consid. 4.3.2; 4A_119/2018 précité consid. 6.1.1; 4A_471/2017 précité consid. 4.2.1 et les références citées). Le client qui choisit l'option banque restante prend donc un risque, dont il doit supporter les conséquences s'il se réalise (arrêt du Tribunal fédéral 4A_119/2018 précité consid. 6.1.1; 4A_471/2017 précité consid. 4.2.1 et les références citées).

E. 5.1.3

En vertu de la clause de "réclamation" généralement prévue par les conditions générales des banques, toute réclamation relative à une opération doit être formulée par le client dans un certain délai dès la réception de l'avis d'exécution de l'ordre ou du relevé de compte ou de dépôt, faute de quoi l'opération ou le relevé est réputé ratifié par lui. Une telle clause est valable (arrêts du Tribunal fédéral 4A_161/2020 du 6 juillet 2020 consid. 5.2.1; 4A_119/2018 précité consid. 6.1.2; 4A_471/2017 précité consid. 4.2.2 et les références citées). En effet, les communications de la banque ne servent pas seulement à l'information du client, mais visent aussi à permettre la détection et la correction en temps utile d'écritures erronées, voire d'opérations irrégulières, à un moment où les conséquences financières ne sont peut-être pas encore irrémédiables. Les règles de la bonne foi imposent au client une obligation de diligence relativement à l'examen des communications reçues de la banque et à la contestation des écritures qui lui paraissent irrégulières ou infondées (arrêts du Tribunal fédéral 4A_161/2020 du 6 juillet 2020 consid. 5.2.1; 4A_119/2018 précité consid. 6.1.2 et les références citées). La clause de réclamation – et sa fiction de ratification – est applicable aux clients auxquels les communications sont faites en banque restante (arrêts du Tribunal fédéral 4A_119/2018 précité consid. 6.1.2; 4A_471/2017 précité consid. 4.2.2). S'il n'est pas d'accord avec les opérations non autorisées, le client ne peut pas se contenter d'une réclamation téléphonique auprès de son chargé de relation et attendre le développement de cet investissement non souhaité pour contester les

- 20/33 -

C/19971/2012 opérations plusieurs mois plus tard, lorsque les pertes sont intervenues. Faute de contestation, même s'il n'a pas consciemment voulu ratifier les opérations par son comportement, le client doit se laisser opposer la fiction de ratification (contenue dans les conditions générales), même si le chargé de relation au sein de la banque ne s'était pas tenu à ses instructions (arrêts du Tribunal fédéral 4A_556/2019 du 29 septembre 2020 consid. 5.2; 4A_449/2018 du 25 mars 2018 consid. 4.2; 4A_42/2015 du 9 novembre 2015 consid. 5.2)

E. 5.1.4

Si l'application stricte de la clause de banque restante, entraînant fiction de réception, combinée avec la clause de réclamation, emportant fiction de ratification, conduit à des conséquences choquantes, le tribunal peut exclure celles-ci en se fondant sur les règles de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC; arrêts du Tribunal fédéral 4A_119/2018 précité consid. 6.1.3; 4A_471/2017 précité consid. 4.2.3 et les références citées). Les fictions de réception et de ratification ne sont en effet opposables au client que pour autant que la banque ne commette pas d'abus de droit (art. 2 al. 2 CC). Il y a notamment abus de droit lorsque la banque profite de la fiction de réception du courrier pour agir sciemment au détriment du client, ou lorsqu'après avoir géré un compte pendant plusieurs années conformément aux instructions orales du client, elle s'en écarte intentionnellement alors que rien ne le laissait prévoir (par exemple en cas de contrat de gestion de fortune), ou encore lorsqu'elle sait que le client n'approuve pas les actes communiqués en banque restante (par exemple lorsqu'elle agit sans instructions dans le cadre d'un contrat "execution only" ou de conseil en placements) (arrêts du Tribunal fédéral 4A_449/2018 précité consid. 7; 4A_119/2018 précité consid. 6.1.3; 4A_548/2013 du 31 mars 2014 consid. 3.6). Dans une telle hypothèse, il faut encore examiner si le client a effectivement reçu la documentation conservée en banque restante – par exemple lors d'une rencontre avec son chargé de relations ou parce que celle-ci a été remise à son représentant – et pouvait, ou devait, se rendre compte de l'irrégularité des opérations non autorisées eu égard aux connaissances dont il disposait (arrêts du Tribunal fédéral 4A_161/2020 précité, consid. 5.4.5; 4A_471/2017 précité consid. 4.3.2 in initio). Si tel est le cas, le client doit contester les opérations sous peine de se voir opposer la fiction de ratification figurant dans les conditions générales. Dans une telle hypothèse, la jurisprudence qui permet d'exclure la fiction de ratification en vertu des règles sur l'abus de droit ne trouve en effet pas application (arrêt du Tribunal fédéral 4A_161/2020 précité, consid. 5.4.5; 4A_471/2017 précité, consid. 5.4.5).

E. 5.1.5

Dans l'examen de la prétention en dommages-intérêts de la banque, la faute concomitante de celle-ci ne libère le client qui a fautivement violé ses obligations contractuelles que si cette faute est si grave qu'elle fait apparaître comme lointaines et juridiquement sans importance les violations contractuelles du client

- 21/33 -

C/19971/2012 ayant contribué au dommage, interrompant ainsi le rapport de causalité adéquate entre le dommage et le comportement de l'auteur (ATF 146 III 387 consid. 6.3.1 et les références citées). La faute concomitante du lésé constitue un facteur de réduction de l'indemnité (art. 44 al. 1 CO, par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO) lorsqu'elle n'est pas grave au point d'interrompre le lien de causalité adéquate, mais qu'elle a contribué dans une mesure importante à créer ou à aggraver le dommage alors que l'on aurait pu attendre raisonnablement de tout tiers se trouvant dans la même situation qu'il prenne des mesures de précaution, susceptibles d'écarter ou de réduire le dommage (arrêt du Tribunal fédéral 4A_124/2007 du 23 novembre 2007 consid. 5.4.1). Dans l'examen de de la prétention en dommages-intérêts de la banque, il s'agit d'apprécier la gravité de la faute concomitante de la banque et de ses auxiliaires (art. 101 CO) par rapport à la faute du client (ATF 146 III 387 consid. 6.3.2).

E. 5.1.6

Il incombe à la banque d'apporter la preuve que le client a ratifié les opérations qu'elle a effectuées sans instruction de sa part (arrêts du Tribunal fédéral 4A_41/2016 du 20 juin 2016 consid. 3.5; 4A_90/2011 du 22 juin 2011 consid. 2.2.2; 4C_18/2004 du 11 juin 2008 consid. 1.5 et 1.8).

E. 5.2

En l'espèce, les parties ont convenu d'une clause de banque restante et d'une clause de réclamation stipulant que les contestations relatives aux relevés de compte doivent être adressées à la banque au plus tard un mois après la notification concernée. Le Tribunal a retenu que la clause de poste restante ne pouvait pas être opposée à l'appelant car l'intimée commettait un abus de droit en s'en prévalant. Il était fort probable que E_____ ait dissuadé l'appelant de la consulter. Vu le volume important de la documentation, n'avait pas la possibilité de prendre connaissance en détail des opérations effectuées. Le rapport d'audit produit par l'intimée parvenait à la même conclusion. L'intimée reproche à l'appelant une faute concomitante qui aurait contribué à créer le "dommage". L'appelant aurait dû faire preuve de vigilance et consulter plus régulièrement la documentation de banque restante, ce d'autant plus que l'année 2009 avait été marquée par des pertes massives sur les marchés mondiaux. Au moment de signer le bien trouvé le 9 décembre 2009, il n'avait pas examiné le contenu de sa banque restante, se contenant des déclarations et décomptes officiels de son chargé de relations. Compte tenu des principes exposés plus haut, la question n'est pas de déterminer si une faute concomitante peut être reprochée à l'appelant, mais si l'intimée dispose d'une prétention en dommages et intérêts qu'elle peut opposer à la prétention de l'appelant en exécution du contrat. Il ne s'agit donc pas seulement de

- 22/33 -

C/19971/2012 considérer une éventuelle faute de l'appelant, mais aussi d'examiner s'il peut lui être reproché une violation du contrat, qui serait en lien de causalité avec le préjudice dont pourrait se prévaloir l'intimée. Ce faisant, il faudra tenir compte d'une éventuelle faute concomitante de la banque. En reprochant à l'appelant de n'avoir pas consulté son courrier en banque restante et de n'avoir pas contesté les opérations litigieuses dans le délai contractuel, l'intimée commet, comme l'a souligné le Tribunal, un abus de droit. En effet, les parties étant liées par un contrat execution only, l'intimée devait partir du principe que les opérations effectuées sans ordre du client étaient refusées par celui-ci, comme cela résulte de la jurisprudence précitée. De plus, l'appelant, qui recevait régulièrement des nouvelles de l'état de ses avoirs par l'intermédiaire du chargé de relation de la banque, n'avait aucune raison de demander à consulter des documents supplémentaires. Il n'est en particulier pas allégué qu'il aurait pu se rendre compte du fait que les documents qui lui étaient soumis étaient faux. L'intimée n'avait d'ailleurs jamais requis par le passé de l'appelant qu'il signe un bien-trouvé. A cela s'ajoute qu'il ressort du rapport d'audit commandé par la banque que E_____ a profité de la confiance des clients en leur faisant signer des documents de décharge de la gestion, ainsi que des situations patrimoniales inexactes, dans le but de contourner un concept raisonnable de contrôle. La structure et le volume de la poste restante ne permettaient pas au client de se faire une idée immédiate de la situation; en particulier, elle ne contenait pas une feuille récapitulative comprenant les entrées et les sorties en espèces ou par virement, ainsi que le transfert au niveau des entrées et des sorties de titres. Ces constatations confirment les indications données par l'appelant selon lesquelles E_____ l'a dissuadé de consulter la volumineuse documentation qu'il lui soumettait. L'intimée n'a en tout état de cause pas allégué, ni démontré qu'en faisant preuve

de l'attention qu'elle estime nécessaire, l'appelant aurait été en mesure de réaliser l'existence de transactions non autorisées, ni quelle influence cette découverte le 9 décembre 2009, plutôt qu'en mars 2010, aurait eu sur le cours des choses. Il ressort au contraire des faits constatés par le Tribunal que l'appelante ne conteste pas que la structure et le volume de la poste restante ne permettaient pas au client de se faire une idée immédiate des éventuelles transactions non autorisées. L'appelante n'a d'ailleurs pas offert de preuve démontrant que la poste restante remise à l'appelant le 9 décembre 2009 aurait contenu des relevés exacts concernant les opérations litigieuses et lui aurait donc permis de les identifier.

- 23/33 -

C/19971/2012 L'intimée, à qui incombe le fardeau de la preuve à cet égard, ne démontre dès lors pas les circonstances dont il faudrait tirer que l'exception de l'abus de droit serait inapplicable en l'espèce. Au surplus, elle n'apporte pas la preuve de l'existence d'un lien de causalité entre la violation qu'elle reproche à l'appelant et son préjudice résultant de l'exécution d'ordres non autorisés. Dans ces circonstances, le grief de l'intimée doit être écarté sans qu'il y ait lieu d'apprécier les éventuelles fautes respectives des deux parties. La Cour n'est pas liée par l'arrêt du Handelsgericht zurichois HG160177-O du 13 juin 2019, auquel se réfère l'appelante. Cet arrêt repose quoi qu'il en soit sur une situation factuelle différente, le client n'étant pas parvenu à prouver que les virements litigieux avaient été exécutés sans ordre de sa part (arrêt cité, consid. 4.3.6.3; cf. ég. l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_386/2019 précité consid. 4.5, relatif à la même cause). 6. Le Tribunal a retenu que contrairement à ce que faisait valoir l'intimée, le montant du dommage subi par l'appelant ne pouvait pas être compensé avec les bénéfices engendrés par les opérations sur le marché des changes et les placements fiduciaires, lesquels avaient été bénéficiaires à hauteur de 936'686 USD, qui, selon elle, avaient été opérés sur la base d'un mandat de gestion oral octroyé par l'appelant. En effet, l'offre de preuve n'avait pas porté sur ces investissements de sorte que le Tribunal ne pouvait pas déterminer si ceux-ci avaient été effectués avec ou sans instructions de l'appelant.

L'intimée soutient que les opérations de change effectuées sur le compte de l'appelant n'ont pas été autorisées par celui-ci, de sorte que le bénéfice qui en est résulté doit être imputé sur la somme due à l'appelant.

6.1.1 Dans le cadre de l'action en exécution, le client bancaire réclame la restitution de son avoir, non amputé des prélèvements indus. Contrairement à l'action en responsabilité fondée sur la mauvaise exécution d'un mandat de gestion de fortune, il ne s'agit donc pas de calculer un dommage subi par le client et qui consisterait en une comparaison entre le portefeuille effectif (à la suite de la mauvaise exécution du contrat) et le portefeuille hypothétique (qu'il aurait eu si le contrat avait été géré correctement) (cf. ATF 144 III 155 consid. 2.2.2). Dans son arrêt du 17 février 2020, le Tribunal fédéral examine certes la question sous l'angle de la responsabilité de la banque et d'un éventuel dommage subi par le client, mais il ne retient cette qualification que dans la mesure où elle n'a pas été contestée par la recourante (arrêt du Tribunal fédéral 4A_126/2019 du 17 février 2020, consid. 4 et 6.1.2).

Dès lors, il ne s'agit pas de déterminer s'il faut imputer à la prétention du client d'éventuels bénéfices résultant d'opérations données sans ordre (compensatio lucri cum damno, voir à ce propos les arrêts Tribunal fédéral 4A_436/2016 du 7 février

- 24/33 -

C/19971/2012 2017 consid. 5.2.3; 4A_90/2011 du 22 juin 2011 consid. 2.2.5; 4C_74/2001 du 17 octobre 2001 consid. 4), mais d'identifier les éventuelles prétentions que la banque pourrait opposer à la prétention du client.

6.1.2 Selon l'art. 150 CPC, la preuve a pour objet les faits pertinents et contestés.

A teneur de l'art. 55 CPC, lorsque la maxime des débats est applicable, comme en l'espèce, les parties allèguent les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et produisent les preuves qui s'y rapportent. La maxime des débats repose sur le principe de l'autonomie des parties: il appartient à celles-ci non seulement d'alléguer les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et d'en supporter le fardeau de la preuve, mais aussi de contester les faits allégués par la partie adverse, sans quoi ils seront tenus pour établis (DIETSCHY, Le devoir d'interpellation du tribunal et la maxime inquisitoire sous l'empire du CPC, RSPC 2011, 82). Selon l'art. 222 al. 2 CPC le défendeur est censé exposer quels faits allégués dans la demande sont admis ou contestés. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, la contestation générique et globale n'est pas suffisante et ne peut donc pas avoir pour conséquence d'obliger le demandeur à rapporter la preuve de chacun des postes détaillés dans sa demande. La contestation doit aussi porter sur les faits implicitement allégués par le demandeur. En cas de défaut de la partie supposée se déterminer sur une allégation, autrement dit de silence sur l'allégation en cause, il ressort de l'art. 153 al. 2 CPC que celle-ci est censée être admise (SCHWEIZER, Commentaire romand CPC, n. 13-14, ad art. 150 CPC).

6.2 En l'espèce, l'appelant n'a pas allégué dans sa demande que les opérations de change litigieuses avaient été effectuées sans instructions de sa part.

L'intimée ne l'a pas non plus allégué dans sa réponse. Tout en prétendant que l'appelant avait accepté toutes les opérations effectuées sur son compte, elle a relevé dans la partie en droit qu'il commettait un abus de droit en ne contestant pas les opérations qui s'étaient avérées bénéficiaires.

Ce qui précède ne respecte pas les règles légales sur la précision de la contestation et de l'allégation. Si l'intimée entendait se prévaloir du fait que les opérations de change avaient été faites à l'insu de l'appelant, de sorte que celui-ci était tenu à restitution du bénéfice qu'elles avaient dégagé, il lui aurait incombé de l'alléguer dans sa réponse, ce qu'elle n'a pas fait.

L'intimée a au contraire soutenu que toutes les opérations effectuées par ses soins avaient été faites avec l'accord de l'appelant.

- 25/33 -

C/19971/2012

Dans la mesure où, à l'issue de la phase d'allégation, les allégués des parties concordaient sur le fait que les opérations de change avaient été faites avec l'accord de l'appelant, ce fait devait être considéré comme prouvé.

Les déclarations de l'intimé devant le Tribunal, selon lesquelles il n'avait pas signé d'autorisation individuelle pour chaque opération de change ne sont dès lors pas déterminantes. Cette formulation est au demeurant ambiguë et l'on ne saurait en déduire, au vu de ce qui précède, que l'appelant entendait ce faisant revenir sur les allégations contenues dans sa demande.

En tout état de cause, il convient de relever que, préalablement à la procédure, l'intimée n'a émis aucune réserve relative aux extraits de compte qu'elle a fournis à l'appelant. Elle lui a au contraire demandé à plusieurs reprises de signer des biens- trouvés. Ce faisant, elle a reconnu l'état de ce compte – éventuels bénéfices résultant des opérations de change compris – et ratifié les actes de son chargé de relations. Elle ne saurait désormais affirmer que l'appelant bénéficierait d'un avantage injustifié qu'il devrait lui restituer.

En définitive, le bénéfice résultant des opérations de change ne constitue pas un préjudice pour la banque, car elle n'est pas amenée à payer au client plus que ce qu'elle a reconnu lui devoir en lui soumettant ses relevés de compte et en lui demandant d'en donner quittance.

Le grief de l'intimé sur ce point doit ainsi être rejeté.

Il s'ensuit que les prétentions admises par le Tribunal, portant sur les transferts effectués en faveur de tiers, l'acquisition des titres R_____ et I_____, ainsi que les frais y relatifs, dont les parties ne contestent pas les montants, doivent être confirmées.

E. 7

L'appelant conteste avoir ratifié les investissements dans G_____.

Le Tribunal a retenu que ces investissements étaient expressément mentionnés sur chacun des relevés qui avaient été transmis à l'appelant et qu'il en avait donc pris connaissance avant sa visite à la banque en mars 2010.

L'appelant ne le conteste pas, mais soutient avoir demandé de vendre une partie des parts en question, lesquelles avaient été acquises sans son autorisation. Il prétend en particulier que le rachat de 5'450.23 parts intervenu en juin 2020 démontrerait qu'il avait demandé à vendre ces parts.

Cette présentation des choses diffère des faits allégués par l'appelant en première instance, puisqu'il a soutenu dans sa demande n'avoir découvert les transactions non autorisées qu'en 2010.

- 26/33 -

C/19971/2012

A cela s'ajoute que si l'appelant, comme il le soutient, a donné l'ordre de vendre une partie des parts en question, c'est bien qu'il en connaissait l'existence.

En toute hypothèse, les déclarations de l'appelant, qui ne sont corroborées par aucun ordre écrit, sont insuffisamment précises pour établir qu'il a demandé la vente de ses titres dans le délai d'un mois stipulé dans les conditions d'ouverture du compte de la banque. En effet, il a déclaré qu'il avait demandé à vendre ces titres "probablement dans les derniers mois de l'année 2008". Les déclarations du témoin L_____ sont également trop floues, celui-ci ayant simplement confirmé que lors de leur seconde rencontre, intervenue après le départ du chargé de relations, l'appelant lui avait dit avoir demandé la vente d'une partie de ses parts.

Les pièces nouvelles que l'appelant produit en procédure d'appel indiquent qu'il n'a demandé la vente que d'une partie des parts dont il affirme avoir contesté l'acquisition. De plus, les échanges qu'il produit ne démontrent pas qu'il a contesté ces acquisitions dans le délai d'un mois prévu par les conditions générales, mais tout au plus que l'ordre de vente est intervenu au plus tard en octobre 2009, L_____ ayant confirmé que les demandes de rachat jusqu'à cette date avaient été satisfaites.

Même s'il fallait admettre que l'appelant avait manifesté à temps son désaccord à l'égard du chargé de relations, il résulte de la chronologie des événements qu'il a par la suite préféré attendre de voir comment ce placement allait évoluer avant d'élever des prétentions contre la banque. En particulier, il n'a interpellé la banque ni au moment où "faute de mieux", il aurait accepté de vendre 5'450.23 parts du fonds G_____ fin 2009, ni lorsque le chargé de relations lui a signalé que le produit de la vente de ces parts ne pouvait pas être encaissé. Les déclarations de l'appelant, selon lesquelles il aurait insisté sur la vente de ces parts, ne suffisent pas à infléchir ce constat.

Dans ces circonstances, l'appelant doit se laisser opposer la fiction de ratification contenue dans les conditions d'ouverture du compte.

Ce grief de l'appelant sera par conséquent rejeté.

E. 8

Le Tribunal a considéré que l'appelant ne pouvait pas se prévaloir du fait que sa ratification de l'achat des parts du fonds G_____ serait viciée du fait d'une prétendue illicéité de la distribution de ce fonds en Suisse par l'appelant car les déclarations y relatives étaient contradictoires et l'instruction de la cause n'avait pas porté sur ces faits, vu les allégués formés dans la demande.

L'appelant fait valoir que l'instruction de la cause avait porté sur ces faits puisque L_____ avait été entendu tant par le Tribunal que par le Ministère public en lien avec la question de l'illicéité de la distribution du fonds en Suisse. Cette question était une question de droit, qui devait être traitée d'office par le Tribunal.

- 27/33 -

C/19971/2012

E. 8.1

Aux termes de l'art. 2 al. 4 de la loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (LPCC; RS 951.31), dans sa version en vigueur du 1er janvier 2007 au 28 février 2013 (RO 2006 5379; ci-après LPCC/2007), les placements collectifs étrangers pour lesquels il est fait appel au public en Suisse ou à partir de la Suisse sont soumis aux dispositions de la LPCC qui leur sont directement applicables (art. 119 ss LPCC/2007).

E. 8.1.1

On entend par appel au public au sens de la LPCC/2007 la publicité qui s'adresse au public. Ne peuvent notamment être qualifiés de publicité la publication de prix, de cours et de valeurs d'inventaires par des intermédiaires financiers soumis à une surveillance. La publicité qui s'adresse exclusivement à des investisseurs qualifiés au sens de l'art. 10, al. 3, n'est pas considérée comme un appel au public (art. 3 LPCC/2007)

Ne constitue pas un appel au public la publicité qui s'adresse à un cercle restreint de personnes (ATF 137 II 284 consid. 5.3.2). Le cercle des destinataires peut être restreint aussi bien du point de vue qualitatif, en raison de l'existence de relations préexistantes, que du point de vue quantitatif, si le nombre de destinataires est limité (ATF 137 II 284 consid. 5.3.2 et les références citées; BÖSCH, in Basler Kommentar Kollektivanlagengesetz, 1ère éd. 2009, n. 26 ss ad art. 3 LPCC/2007). La clientèle n'est pas considérée a priori comme un cercle restreint de personnes (Message du Conseil fédéral du 23 septembre 2005 concernant la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux, FF 2005 p. 6035; BÖSCH, op. cit.,

n. 28 ad art. 3 LPCC/2007). Alors que la pratique sous l'ancienne loi du 18 mars 1994 sur les fonds de placement (LFP; RO 1994 2523) admettait que la distribution à moins de vingt personnes ne constituait pas un appel au public, le Tribunal fédéral a renoncé à fixer, sous l'empire de la LPCC/2007, un seuil précis en dessous duquel l'appel est réputé s'adresser à un cercle restreint de personnes (ATF 137 II 284 consid 5.3.2).

E. 8.1.2

La distribution au public de placements collectifs étrangers en Suisse ou à partir de la Suisse requiert l'approbation de l'autorité de surveillance pour les documents tels que le prospectus de vente, les statuts ou le contrat de fonds (art. 120 al. 1 LPCC).

Lorsqu'un placement collectif étranger est distribué au public en Suisse ou à partir de la Suisse, la direction et la société doivent mandater au préalable un représentant chargé de représenter le placement collectif étranger envers les investisseurs et l'autorité de surveillance (art. 123 al. 1 et 124 al. 1 LPCC). En tant que titulaire d'une autorisation, le représentant du fonds étranger est soumis aux devoirs généraux de fidélité, de diligence et d'information prévus à l'art. 20 LPCC/2007 (COMTESSE/FISCHER/STUPP, in Basler Kommentar Kollektivanlagengesetz, 1ère éd. 2009, n. 18 ad art. 124 LPCC/2007). Par ailleurs, le représentant observe les obligations légales d'annoncer, de publier et d'informer

- 28/33 -

C/19971/2012 ainsi que les règles de conduite des organisations professionnelles satisfaisant aux exigences minimales de l'autorité de surveillance. Son identité doit être mentionnée dans toutes les publications (art. 124 al. 2 LPCC).

E. 8.1.3

Toute personne qui viole ses obligations répond envers la société, les investisseurs et les créanciers de la société des dommages causés, à moins qu'elle prouve qu'elle n'a commis aucune faute (art. 145 al. 1 LPCC/2007 i.i.). Peut être rendue responsable notamment toute personne chargée de la fondation, de la direction des affaires, de la gestion de fortune, de la distribution de parts, de la révision ou de la liquidation, notamment auprès d'une banque dépositaire, d'un distributeur ou d'un représentant de placements collectifs étrangers (art. 145 al. 1 let. e, f et g LPCC/2007). L'art. 145 LPCC vise également les personnes qui assument dans les faits les fonctions de distribution ou de représentation sans y être formellement autorisées (faktische Funktionsträger; COMTESSE/FISCHER/STUPP, in Basler Kommentar Kollektivanlagengesetz, 1ère éd. 2009, n. 21 ad art. 124 LPCC/2007).

E. 8.1.4

En ce qui concerne l'allégation, les faits doivent être allégués en principe dans la demande, respectivement dans la réponse pour les faits que doit alléguer le défendeur (art. 221 al. 1 let. d et 222 al. 2 CPC). Ils peuvent l'être dans la réplique et la duplique si un deuxième échange d'écritures est ordonné ou, s'il n'y en a pas, par dictée au procès-verbal lors des débats d'instruction (art. 226 al. 2 CPC) ou à l'ouverture des débats principaux, avant les premières plaidoiries (ATF 144 III 519; 144 III 67 consid. 2). Les exigences quant au contenu des allégués et à leur précision dépendent, d'une part, du droit matériel, soit des faits constitutifs de la norme invoquée et, d'autre part, de la façon dont la partie adverse s'est déterminée en procédure: dans un premier temps, le demandeur doit énoncer les faits concrets justifiant sa prétention de manière suffisamment précise pour que la partie adverse puisse indiquer lesquels elle conteste, voire présenter déjà ses contre-preuves; dans un

second temps, si la partie adverse a contesté des faits, le demandeur est contraint d'exposer de manière plus détaillée le contenu de l'allégation de chacun des faits contestés, de façon à permettre au juge d'administrer les preuves nécessaires pour les élucider et appliquer la règle de droit matériel au cas particulier (ATF 144 III 519 consid. 5.2.1.1; 127 III 365 consid. 2b). Le tribunal applique le droit d'office, mais à la condition que les éléments de fait constitutifs de la disposition en cause aient été suffisamment allégués par les parties. S'il estime que l'allégation est suffisante, le tribunal peut prendre en considération d'autres faits, révélés par l'administration des preuves, s'ils concrétisent l'allégation déjà formulée, de sorte qu'ils sont "couverts" par celle-ci (arrêt du Tribunal fédéral 4A_195/2014 du 27 novembre 2014 consid. 7.1 à 7.3 non publiés in ATF 140 III 602). Si, en revanche, les faits révélés par

- 29/33 -

C/19971/2012 l'administration des preuves n'ont nullement été allégués auparavant – et s'ils ne peuvent pas non plus l'être par la suite, en tant que nova admissibles au sens de l'art. 229 al. 1 CPC –, le tribunal ne peut pas les prendre en considération pour appliquer d'office le droit (ATF 142 III 462 consid. 4.3-4.4). Il convient de se montrer souple et d'admettre la prise en considération des faits exorbitants, lorsqu'ils se situent encore dans le cadre de ce qui a été allégué, c'est-à-dire lorsqu'ils se rattachent aux faits allégués par l'une ou l'autre des parties (note F. Bastons Bulletti, in CPC Online, Newsletter du 14 juillet 2016).

E. 8.2

En l'espèce, il incombait à l'appelant d'alléguer les faits permettant de conclure à l'application de la LPCC/2007 et, plus précisément, à la responsabilité de l'intimée en vertu de cette loi. Or l'appelant n'a pas allégué dans sa demande que le fonds litigieux avait été offert au public en Suisse, ni que l'intimée était dépositaire ou distributrice dudit fonds. L'appelant n'a pas plus allégué quels manquements l'intimée aurait commis au regard des obligations découlant de la LPCC et quelle aurait été l'influence d'un comportement conforme au droit sur le cours des événements. L'appelant a allégué ces éléments dans ses plaidoiries finales; cependant, il ne soutient pas qu'il aurait été empêché de les fournir avant la clôture de la phase d'allégation. Certes, les conditions de la distribution du fonds ont été évoquées dans l'échange d'écritures puisque l'intimée a allégué dans sa réponse qu'elle n'avait pas procédé à la distribution des parts du fonds litigieux, qu'elle n'avait pas participé à sa création et que ce fonds ne faisait pas partie de la liste des fonds qu'elle recommandait. Cela ne dispensait pas l'appelant de modifier sa demande s'il entendait la faire porter sur ce complexe de faits ou à tout le moins de contester les faits allégués par la banque à cet égard. En effet, l'on ne saurait affirmer qu'ils restaient dans le cadre de ce qui était allégué dans la demande, qui tendait à démontrer que le chargé de relations avait exécuté des transactions sans ordre de l'appelant et à imputer la "responsabilité" qui en découle à l'intimée. Vu ce défaut d'allégation, c'est à juste titre que le Tribunal a refusé d'examiner la question de la violation de la LPCC/2007. Contrairement à ce qu'affirme l'appelant, elle ne relève pas uniquement de l'application du droit. Le grief de l'appelant doit dès lors être rejeté.

E. 9

L'appelant soutient que le Tribunal aurait dû lui allouer des intérêts compensatoires, courant dès la date des opérations litigieuses.

E. 9.1

L'intérêt moratoire au sens de l'art. 104 CO doit être distingué de l'intérêt compensatoire (Schadenszins), qui est une composante du dommage réparable dans toute responsabilité et qui résulte du fait que, entre la survenance d'un dommage et sa réparation effective (paiement de l'indemnité), le créancier des dommages-intérêts est privé de cette somme d'argent, ce qui lui cause un

- 30/33 -

C/19971/2012 préjudice additionnel. Comme l'intérêt compensatoire vise à remettre le lésé dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne si la réparation du dommage avait eu lieu immédiatement, il court donc du jour où le dommage est subi. Visant à réparer la même atteinte aux intérêts du créancier, l'intérêt moratoire et l'intérêt compensatoire ne peuvent pas être cumulés pour la même période, ce qui causerait une surindemnisation. (THEVENOZ, Commentaire romand, n. 3 ad art. 104 CO).

Le dommage réparable comprend ainsi les intérêts compensatoires à partir du jour où l'événement dommageable produit des effets économiques et jusqu'au moment du paiement du paiement de la réparation (ATF 131 III 12 consid. 9.1; 122 III 53 consid. 4a). Contrairement aux intérêts moratoires, leur départ n'exige pas d'interpellation du débiteur au sens de l'art. 102 al. 1 CO (ATF 122 III 53 consid. 4a).

L'interpellation est une déclaration, expresse ou par acte concluant, adressée par le créancier au débiteur par laquelle le premier fait comprendre au second qu'il réclame l'exécution de la prestation due (THEVENOZ, in Commentaire romand Code des obligations I, 2e éd., 2012, n. 17 ad art. 102).

E. 9.2

En l'espèce, la prétention de l'appelant est une prétention en exécution du contrat et non une prétention en dommages et intérêts, comme relevé plus haut. L'appelant ne peut dès lors pas faire valoir d'intérêts compensatoires. C'est donc à juste titre que le Tribunal a fixé le point de départ des intérêts au jour du dépôt de la requête de conciliation, le 24 septembre 2012. L'appelant n'allègue en effet pas avoir interpellé l'intimée avant cette date.

E. 10

Le Tribunal a fixé les frais judiciaires de première instance à 53'000 fr. et les a mis à la charge de l'intimée à hauteur de 43'000 fr. et à celle de l'appelant à hauteur de 10'000 fr., au vu de l'issue du litige. Des dépens réduits à 40'000 fr. ont été alloués à l'appelant.

L'intimée fait valoir que cette répartition des frais et dépens est erronée puisque sa partie adverse a eu gain de cause à hauteur d'environ 40% de sa demande, mais qu'elle n'a eu que 19% des frais et dépens à supporter. Un montant maximum de 21'200 fr. de frais et de 19'414 fr. 20 de dépens devait être mis à charge de l'intimée.

E. 10.1

Aux termes de l'art. 106 CPC, les frais – qui comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC) – sont mis à la charge de la partie succombante (al. 1) ou sont répartis selon le sort de la cause, lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause (al. 2).

Selon l'art. 107 al. let. a CPC, le tribunal peut s'écarter des règles générales et répartir les frais selon sa libre appréciation lorsque le demandeur obtient gain de

C/19971/2012

cause sur le principe de ses conclusions mais non sur leur montant, celui-ci étant tributaire de l'appréciation du tribunal ou difficile à chiffrer.

Le principe selon lequel les frais doivent être répartis selon l'issue du procès repose sur l'idée qu'ils doivent être supportés par celui qui les a occasionnés, étant présumé qu'il s'agit de la partie qui succombe (ATF 145 III 153 consid. 3.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_246/2019 du 9 juin 2020 consid. 7.1).

L'art. 106 al. 2 CPC suppose une répartition des frais judiciaires et des dépens en fonction de l'issue du litige comparée avec les conclusions prises par chacune des parties (arrêt du Tribunal fédéral 5A_140/2019 du 5 juillet 2019 consid. 5.1.1). S'agissant de prétentions en argent, un calcul mathématique est concevable (TAPPY, Commentaire romand, n. 34 ad art. 106 CPC), mais l'art. 106 al. 2 CPC accorde au tribunal un large pouvoir d'appréciation en matière de répartition des frais (arrêts du Tribunal fédéral 5D_108/2020 du 28 janvier 2021 consid. 3.1; 5A_190/2019 du 4 février 2020 consid. 4.1.2; 4A_207/2015 du 2 septembre 2015 consid. 3.1). Il résulte des termes "sort de la cause" utilisés à l'art. 106 al. 2 CPC que, dans la répartition des frais, le tribunal peut notamment prendre en considération l'importance de chaque conclusion dans le litige, de même que le fait qu'une partie a obtenu gain de cause sur une question de principe. De surcroît, cette circonstance est expressément prévue par l'art. 107 al. 1 let a CPC dans le cas analogue où la demande est certes admise sur le principe, mais pas pour le montant réclamé (arrêts du Tribunal fédéral 5A_140/2019 du 5 juillet 2019 consid. 5.1.1; 4A_207/2015 du 2 septembre 2015 consid. 3.1).

Le tribunal n'abuse pas de son pouvoir d'appréciation lorsqu'il se base sur la valeur litigieuse, qui n'inclut pas les intérêts (art. 91 al. 1 CPC), pour estimer la mesure dans laquelle une partie a gain de cause (arrêt du Tribunal fédéral 4A_61/2017 du 31 août 2017 consid. 7.2).

Une répartition des frais à hauteur d'un quart à charge du recourant et de trois quarts à celle de l'intimé alors que le premier a obtenu gain de cause à concurrence de 80% de ses prétentions se situe ainsi dans une marge d'approximation qui est compatible avec le principe de la répartition des frais selon l'issue de la procédure au vu de la valeur litigieuse (arrêt du Tribunal fédéral 4A_511/2015 du 9 décembre 2015 consid. 2.2). Le Tribunal fédéral a en revanche considéré qu'il n'était pas soutenable de s'écarter de plus de trois fois de la répartition des frais selon le sort du procès (12% – 88%) et de retenir une répartition dans un rapport de 40% – 60%, du seul fait que des entrepreneurs se trouvaient opposés, en tant que défendeurs, à des non-professionnels (arrêt du Tribunal fédéral 4A_692/2015 du 1er mars 2017 consid. 8.4.3 non publié in ATF 143 III 206).

C/19971/2012

E. 10.2

En l'espèce, l'appelant a conclu, dans sa demande, au paiement de 2'868'905 USD et a obtenu gain de cause à hauteur de 1'160'858.28 USD, soit environ 40% de la somme réclamée. Contrairement à ce que soutient l'intimée, il n'y a pas lieu de tenir compte des intérêts dans ce calcul. D'une part, les intérêts, qui ne sont pas inclus dans le calcul de la

valeur litigieuse, constituent un point accessoire de la prétention invoquée par l'appelant. D'autre part, leur prise en compte aurait pour conséquence que le simple écoulement du temps influencerait la mesure dans laquelle les parties ont gain de cause ou succombent.

Les frais judiciaires ont été répartis à raison d'environ quatre cinquièmes à charge de l'intimée et un cinquième à charge de l'appelant.

Au regard des principes susmentionnés, la répartition des frais et dépens opérée par le Tribunal, tient compte de manière adéquate du fait que l'appelant a eu gain de cause sur le principe de l'action, à savoir l'obligation de la banque de lui rembourser les montants prélevés et investis sans ordres de sa part. Il n'a pas obtenu le plein de ses conclusions, mais le montant de celles-ci était, au regard des éléments de faits dont disposait l'appelant au moment de l'introduction de l'action, difficiles à chiffrer.

Le grief de l'appelant sur ce point doit par conséquent être rejeté.

Le jugement attaqué sera dès lors intégralement confirmé.

E. 11

Les frais judiciaires relatifs aux appels déposés par chacune des parties seront arrêtés à 40'000 fr. (art. 17 et 35 RTFMC) et compensés avec les avances fournies par les parties à hauteur de 20'000 fr. chacune, lesquelles demeurent acquises à l'État de Genève.

Chacune des parties ayant succombé dans son propre appel, lesdits frais seront répartis par moitié.

Pour le même motif, il ne sera pas alloué de dépens d'appel. * * * * *

- 33/33 -

C/19971/2012

PAR CES MOTIFS, La Chambre civile : A la forme : Déclare recevables les appels interjetés le 25 août 2020 par A_____ d'une part, et par B_____ SA d'autre part, contre le jugement JTPI/5625/2020 rendu le 18 mai 2020 par le Tribunal de première instance dans la cause C/19971/2012. Au fond : Confirme le jugement entrepris. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais : Arrête les frais judiciaires d'appel à 40'000 fr., les met à la charge des parties à raison de la moitié chacune et les compense avec les avances de frais payées par les parties, qui restent acquises à l'État de Genève. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens. Siégeant : Monsieur Laurent RIEBEN, président; Monsieur Patrick CHENAUX, Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, juges; Madame Sophie MARTINEZ, greffière

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.

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