

GE_GERICHTE ACJC/688/2015 vom 15. Juni 2015

GE Cour de justice, 2015-06-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_688_2015

FR: GE_GERICHTE ACJC/688/2015 du 15 juin 2015

IT: GE_GERICHTE ACJC/688/2015 del 15 giugno 2015

Erwägungen

E. 12

juillet 2007 et le 17 février 2009, l'expert tient pour réaliste une performance négative de - 25%, tout en indiquant ne pas remettre en cause une impression d'écran Bloomberg faisant ressortir des performances, pour

- 15/27 -

C/14004/2009 la même période, de - 28,5%, - 30,12% et - 30,19% pour les portefeuilles "balanced" CREDIT SUISSE, JULIUS BAER et UBS (réponses 3.26 et 3.27, p. 10);

- L'expert compare l'évolution réelle du portefeuille d'A_____ entre le 12 juillet 2007 (2'997'000 US\$) et le 17 février 2009 (2'346'228 US\$), avec l'évolution théorique entre ces deux dates d'un portefeuille à la composition "défensive" ou "modérée". Selon l'expert, un tel portefeuille théorique aurait subi une baisse globale de 8,88% et, dans l'optique la plus laxiste incluant 10% d'obligations perpétuelles (soit 300'000 US\$), une baisse globale de 15,28%, ce qui aurait dû aboutir – respectivement – à une valeur au 17 février 2009 de 2'731'000 US\$ et de 2'539'000 US\$. En comparant ces deux montants théoriques avec l'état réel du compte au

E. 17

février 2009, la performance du portefeuille de A_____ "aurait dû être nettement meilleure que la performance des mandats "balanced" d'UBS ou CREDIT SUISSE, ceci parce que son profil de risque n'était pas le même comme démontré au point 3.20" (réponses 3.28 et 3.29, p. 10s);

- L'expert estime en conséquence que l'état du portefeuille d'A_____ au 19 février 2009 aurait dû aboutir à un montant inclus dans l'intervalle constitué de ces deux projections (2'731'000 US\$ et 2'539'000 US\$). Par comparaison, il produit des annexes en relation avec deux portefeuilles gérés par ses soins pendant la même période, l'un de profil "défensif" ou "revenu" dont la valeur nette s'est accrue de 2,2%, l'autre au profil de risques "balanced" qui a perdu 14,95% en USD et 18,73% en euros (réponse 3.33, p. 13);

- L'expert juge "désastreux" le résultat des choix des investissements de la BANQUE pour A_____ (réponse 3.32, p. 12). I. L'expert a été entendu le 15 mai 2013. Il a confirmé son rapport, et en particulier qu'un portefeuille "balanced" est différent du portefeuille "modéré" tout en admettant que le portefeuille de type "balanced" peut comprendre 50% d'actions. Interpellé sur ses comparaisons entre l'évolution réelle du portefeuille de la demanderesse entre le 12 juillet et le 17 février et les deux hypothèses qu'il met en œuvre par référence à un portefeuille "défensif" ou "modéré", l'expert confirme qu'à ses yeux le portefeuille d'A_____, tel que reconstitué théoriquement par ses soins au 13 juillet 2007 revêt un profil "défensif" et non "balanced". Il admet au surplus que la performance réelle du portefeuille

est meilleure que celle des profils de type "balanced" retenus par UBS, CREDIT SUISSE et JULIUS BAER, l'expert précisant toutefois que ces portefeuilles "ne sont pas comparables dans la

- 16/27 -

C/14004/2009 mesure où le portefeuille A_____ n'est pas un portefeuille 'balanced' mais ressemble à un portefeuille 'défensif', une affirmation que M_____ "fonde sur la composition du portefeuille" dont il répète qu'il ne le considère pas comme un portefeuille "balanced". L'expert confirme qu'à ses yeux l'obligation perpétuelle est un produit "agressif" qui offre toutefois un meilleur rendement qu'une obligation "classique". Une telle diversification pouvait s'envisager dans le portefeuille du type de celui d'A_____, à hauteur de 10%. J. On notera que la performance réelle du portefeuille d'A_____ entre le 12 juillet 2007 et le 17 février 2009 a consisté en une croissance négative résultant de la différence de valeur des actifs entre ces deux dates (2'997'000 – 2'346'228, soit 650'772 US\$) divisée par la valeur de départ (soit 2'997'000 US\$ au 12 juillet 2007), soit - 21,71%. K. Les parties ont déposé des conclusions motivées après enquêtes. A_____ a réduit ses conclusions relatives à la perte sur le portefeuille pour les porter à 384'772 US\$ (fourchette haute retenue par l'expert), et a conclu au remboursement des frais perçus par la BANQUE à hauteur de 20'738.43 US\$ (montant retenu par K_____) tout comme au paiement d'un montant supplémentaire de 15'000 US\$ valant estimation des rétrocessions perçues par la BANQUE. Ces montants étaient assortis d'intérêts à 5% dès le 17 février 2009, la demanderesse concluant pour le surplus à la condamnation de la BANQUE aux frais de procédure de première instance et d'appel. La défenderesse a conclu pour sa part à un déboutement complet avec suite de frais. La cause a été gardée à juger sur le fond. L. Le jugement querellé a été communiqué par le greffe pour notification aux parties le vendredi 15 novembre 2013 et reçu par A_____ en son domicile élu le lundi

E. 18

décembre 2013, §§ 25 à 33), laquelle tente de justifier le chemin suivi par l'expert, ne sauraient être retenus puisqu'ils reviennent à remettre en cause l'arrêt ACJC/525/2012 du 13 avril 2012, qui ne laisse pourtant aucune marge d'interprétation quant à la démarche qui devait être suivie par l'expert en vue de déterminer un éventuel dommage judiciairement imputable à la défenderesse.

6.3.3 Il ressort des constatations de l'expert (p. 15 supra 1er par.) (i) qu'une performance de – 25% pour un portefeuille "balanced" entre le 12 juillet 2007 et le 17 février 2009 est réaliste et (ii) qu'on ne saurait remettre en cause l'exactitude d'une impression d'écran BLOOMBERG selon laquelle des portefeuilles "balanced" CREDIT SUISSE, JULIUS BAER et UBS pour la même période ont été de - 28,15%, de - 30,12% et de - 30,19% (l'expert ayant en outre lui-même vérifié le chiffre relatif au CREDIT SUISSE): la comparaison de ces chiffres avec la performance effectivement réalisée par la gestion de la BANQUE des avoirs de la demanderesse (à savoir - 21,71%) est ainsi favorable à la défenderesse. Du reste l'expert a admis lors de son audition que la performance effectivement réalisée par le portefeuille de A_____ était meilleure que celle des profils "balanced" adoptés par le CREDIT SUISSE, l'UBS et JULIUS BAER.

Ainsi, la confrontation du résultat du portefeuille administré par la BANQUE – certes en exécution imparfaite du mandat dès lors que sa composition ne respectait pas les limites de catégories d'avoirs théoriques inhérentes au risque de type "balanced" – avec celui d'autres

portefeuilles hypothétiques de type "balanced" n'aboutit pas à constater un dommage juridiquement réparable, puisque les performances concrètement réalisées demeurent, malgré tout, supérieures aux autres. Ce constat tient sans doute pour partie à la baisse généralisée dont ont été victimes tous les marchés financiers (titres bancaires et industriels) – aux dires de l'expert – entre 2008 et 2009, soit au cœur de la période considérée en l'espèce en vue d'apprécier le dommage allégué.

6.4 Le jugement qui a retenu que l'appelante doit être déboutée de ses conclusions en réparation du dommage en rapport avec la violation de l'art. 398 al. 2 CO (perte sur portefeuille), sera par conséquent confirmé. 7. 7.1 A_____ fait grief en outre au Tribunal de ne pas avoir fait droit à sa conclusion en remboursement des frais perçus par la BANQUE, à savoir 20'738.43 US\$. Ce montant ressort du rapport d'analyse établi le 1er juillet 2009 par K_____ et constitue (arrondi à 20'000 US\$) le troisième poste du dommage total de 810'000 US\$ retenu par ledit rapport. D'emblée la Cour relève qu'à ce titre ce poste du dommage était englobé dans l'assignation du 2 juillet 2009 par laquelle A_____ concluait au paiement de 810'000 US\$: contrairement à ce que retient le jugement entrepris (consid. D), il ne procède pas d'une conclusion nouvelle.

- 23/27 -

C/14004/2009

7.2 A teneur de l'art. 394 al. 3 CO, une rémunération est due au mandataire si la convention ou l'usage lui en assure une. A_____ ne conteste pas que cette disposition trouve application dans le mandat de gestion de fortune, mais elle remet en cause le droit de la BANQUE à se prévaloir de l'art. 394 al. 3 CO étant donné l'exécution incorrecte du mandat.

La jurisprudence a eu à trancher la question de savoir dans quelle mesure une mauvaise exécution du mandat privait le mandataire du droit au paiement de ses honoraires. La question – disputée en doctrine – a été longuement analysée par le Tribunal fédéral qui a finalement posé le principe selon lequel le mandataire a droit à des honoraires même en cas d'exécution défectueuse du mandat, à moins que ladite exécution défectueuse ne soit assimilable à une totale inexécution au point de se révéler inutile ou inutilisable (ATF 124 III 423 consid. 4a, repris in arrêt du Tribunal fédéral 4A_168/2008 du 11 juin 2008 consid. 3.6).

7.3 En l'espèce, l'exécution imparfaite du mandat consiste en l'achat par la BANQUE d'une trop grande proportion d'obligations perpétuelles, ce qui a eu pour conséquence que la proportion de ces titres dans le portefeuille de A_____ a dépassé (de 6 à 8%) ce qui est généralement tenu pour admissible à dire d'expert pour une gestion du risque de type "balanced". Or l'activité de la banque ne s'est pas limitée à l'achat des quatre obligations perpétuelles AXA, BNP, LEHMAN et PRUDENTIAL mais a compris également des parts du fonds RUSSEL (ainsi que la revente d'une partie d'entre elles) puis des obligations classiques BANQUE DU LIBAN et REPUBLIQUE DU LIBAN. On peut en outre retenir que l'achat de trois obligations perpétuelles au lieu de quatre en juillet 2007 aurait suffi à rendre l'exécution par la BANQUE de ses obligations compatible avec un portefeuille profilé "balanced" dès lors que la part de ces titres aurait alors été inférieure de 9,5% (ces titres représentaient le 37,97% du total des avoirs au 31 décembre 2007, le quart représentant 9,475%). A cela s'ajoute que lorsqu'elle mit fin au mandat de gestion de la BANQUE le 17 février 2009, la demanderesse a donné l'ordre de vendre l'une des obligations perpétuelles (PRUDENTIAL) tout en conservant les trois autres (AXA, BNP et

LEHMAN).

7.4 Au vu de ces considérations, la Cour retient que l'exécution imparfaite (qui ne consiste pas en l'adoption d'un profil "balanced" contrairement à ce que semble soutenir aujourd'hui encore la demanderesse en dépit de l'arrêt ACJC/525/2012 du 13 avril 2012), telle qu'on peut la reprocher à la BANQUE, ne saurait être assimilée à une inexécution du mandat, ce que vient en outre confirmer le fait que la performance effectivement obtenue par la BANQUE était supérieure à celle d'autres portefeuilles du même type.

Le jugement entrepris sera également confirmé en ce que A_____ a été déboutée de ses conclusions en remboursement des honoraires perçus par la BANQUE.

- 24/27 -

C/14004/2009 8. A_____ reproche encore au premier juge de ne pas avoir accueilli sa conclusion en remboursement par la BANQUE d'un montant supplémentaire de 15'000 US\$ correspondant à l'estimation des rétrocessions prétendument touchées par la BANQUE en relation avec l'acquisition des parts du fonds RUSSEL.

Contrairement au montant précédent, ce poste a certes été évoqué par K_____ dans son rapport d'analyse du 1er juillet 2009, mais il n'a pas été pris en compte dans le montant global de 810'000 US\$ réclamé par l'appelante par assignation du 2 juillet 2009. Ces prétentions ont été émises pour la première fois par la demanderesse dans ses conclusions après enquêtes du 27 septembre 2013, soit alors que la cause avait été renvoyée par la Cour de céans (arrêt ACJC/525/2012 du 13 avril 2012) au premier juge pour complément d'instruction par le biais de la commission d'un expert.

8.1 L'aLPC genevoise prévoit des limites quant à la possibilité d'invoquer des faits nouveaux tout comme de prendre des conclusions nouvelles. En particulier la prise en compte de faits nouveaux met en conflit les principes de la loyauté des débats et de l'économie de procédure avec l'idéal en vertu duquel le juge doit pouvoir statuer sur la base d'un état de fait complet (BERTOSSA & alii, Commentaire aLPC, art. 133 N 1). Le législateur se montre souple à propos des faits nouveaux tant qu'ils sont invoqués dans la phase de l'instruction préalable (art. 121 à 130 aLPC). Après cette phase, la prise en compte de faits nouveaux présuppose que la partie qui s'en prévaut établisse qu'elle n'a pas fautivement tardé à le faire, à défaut de quoi le juge n'entrera pas en matière dès lors que l'administration des preuves sur ce point conduirait à un prolongement injustifié de la procédure (BERTOSSA & alii, op. cit., art. 133 N 2 & art. 134 N 1). De même la prise de conclusions additionnelles, qui revient à élargir le cadre des débats tout en modifiant l'objet du litige, doit se faire dès que possible et en tous les cas avant la clôture des débats ce qui, en aLPC, mène à la prise des conclusions après enquêtes. En d'autres termes, l'objet du litige est définitivement figé à ce stade, et la prise de conclusions nouvelles en appel (du moins en application de l'aLPC) n'est pas possible sous réserve des cas réservés par l'art. 312 aLPC dont aucun n'est réalisé en l'espèce (l'appelante ne s'en prévalant d'ailleurs pas). On notera par ailleurs que l'art. 317 al. 2 CPC relatif à la procédure d'appel ne mènerait pas à un autre résultat dès lors que les conclusions nouvelles ne s'appuient pas sur des faits nouveaux. 8.2 La recevabilité est une question que le juge examine d'office (art. 60 CPC). A cela s'ajoute que l'instance en charge de statuer sur un appel (art. 308ss CPC) de la partie dont les conclusions ont été rejetées par le premier juge n'enfreint pas le principe de l'interdiction de la reformatio in pejus en substituant un dispositif d'irrecevabilité à celui d'un déboutement: en effet, dans cette dernière hypothèse, la décision rendue déploie

autorité de chose matérielle, alors qu'un dispositif

- 25/27 -

C/14004/2009 d'irrecevabilité ne tranche pas le fond et permet à la demanderesse de soumettre sa prétention à un nouveau juge, sous réserve d'objections telles que la prescription.

8.3 En l'espèce, conformément aux principes rappelés ci-dessus sous ch. 8.1., le cadre des débats a été définitivement figé en février 2011 lorsque les parties ont échangé leurs conclusions après enquêtes et que le tribunal a gardé la cause à juger en vue de rendre sa première décision JTPI/5073/2011 du 5 mai 2011. Il ne saurait en outre être question de modifier l'objet du litige après coup à la faveur d'un renvoi de la cause au premier juge, comme ici à la suite de l'arrêt ACJC/525/2012 du 13 avril 2012. La question pourrait certes se poser lorsque surviennent des vrais nova, ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque la demanderesse, qui a toujours agi par l'entremise d'avocats, disposait de toutes les connaissances factuelles nécessaires pour conclure sur ce poste lorsqu'elle a assigné la BANQUE en juillet 2009, sans qu'aucun fait nouveau ne soit survenu depuis lors. Par conséquent, c'est à juste titre que le premier juge n'est pas entré en matière sur le poste de 15'000 US\$. Toutefois, le dispositif du jugement JTPI/15280/2013 querellé – qui déboute purement et simplement la demanderesse de toutes ses conclusions – ne reflète pas correctement cette situation procédurale. Dès lors, la Cour statuant d'office, annulera partiellement le dispositif du premier jugement pour procéder à un constat d'irrecevabilité portant uniquement sur la question soulevée dans le cadre du présent ch. 8. 9. 9.1 La répartition des frais opérée par le premier juge au détriment de A_____ ne saurait être remise en cause étant donné le sort de la cause.

9.2 L'appelante, qui succombe entièrement en appel, sera condamnée aux frais générés par son appel (art. 106 al. 1 CPC). Les frais judiciaires (art. 95 al. 2 CPC) sont fixés à 12'500 fr. et ils sont entièrement compensés par l'avance de frais du même montant, les dépens (art. 95 al. 3 CPC) étant arrêtés à Frs 10'000, TVA et débours inclus (art. 104 CPC, 20 et 21 LaCC ainsi que 85 et 90 RTFMC). * * * * *

- 26/27 -

C/14004/2009 PAR CES MOTIFS, La Chambre civile : A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre le jugement JTPI/15280/2013 rendu le 15 novembre 2013 par le Tribunal de première instance dans la cause C/14004/2009-2. Au fond : Annule partiellement ce jugement. Déclare irrecevable les conclusions d'A_____ en paiement par la B_____ de la somme de 15'000 US\$ avec intérêts à 5% dès le 17 février 2009. Confirme pour le surplus le jugement querellé. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais : Arrête les frais judiciaires de la procédure d'appel à 12'500 fr. Les met à la charge de A_____ et dit qu'ils sont entièrement compensés par l'avance de frais du même montant qu'elle a déjà versée. Condamne A_____ à verser à B_____ la somme de 10'000 fr. au titre de dépens d'appel. Siégeant : Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente; Madame Sylvie DROIN, juge; Monsieur Nicolas JEANDIN, juge suppléant; Madame Audrey MARASCO, greffière.

La présidente Valérie LAEMMEL-JUILLARD

La greffière Audrey MARASCO

- 27/27 -

C/14004/2009

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.