

GE_GERICHTE ACJC/999/2014 vom 29. August 2014

GE Cour de justice, 2014-08-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_999_2014

FR: GE_GERICHTE ACJC/999/2014 du 29 août 2014

IT: GE_GERICHTE ACJC/999/2014 del 29 agosto 2014

Erwägungen

E. 1.1

Selon l'art. 308 al. 1 let. a CPC, l'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance. Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (al. 2). Tel est le cas en l'espèce, au regard du dernier état des conclusions de première instance.

E. 1.2

L'appel a été formé dans le délai et selon la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 142, 311 CPC).

E. 1.3

Il convient encore de relever, à titre liminaire, que les parties ne contestent pas, à juste titre, la compétence des tribunaux genevois et l'application du droit suisse à la présente cause.

E. 1.4

La Cour revoit la cause avec un pouvoir d'examen complet (art. 55 al. 1, 58 al. 1 et 310 CPC).

E. 2

L'appelante a produit des pièces nouvelles devant la Cour.

E. 2.1

Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b).

E. 2.2

En l'espèce, les Directives de l'ASB concernant le mandat de gestion de fortune de 2005 (pièce C appelante) produites pour la première fois en appel ne

- 13/28 -

C/20339/2011 constituent manifestement pas des novas proprement dites ("echte nova") et l'appelante n'a ni allégué ni a fortiori démontré avoir été empêchée de les joindre à son chargé de pièces de première instance. En outre, si l'existence de ces directives pourrait à la rigueur être considérée comme un fait notoire, il n'en va pas de même de leur contenu. Par conséquent, ce nouveau moyen de preuve est irrecevable.

E. 3

L'appelante a pris des conclusions nouvelles en appel.

E. 3.1

A teneur de l'art. 317 al. 2 CPC, la demande ne peut être modifiée que si les conditions fixées à l'art. 227 al. 1 CPC sont remplies (let. a) et si la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (let. b). La prise de conclusions nouvelles en appel doit être admise restrictivement, car elle porte atteinte au principe du double degré de juridiction. Les conditions posées par l'art. 317 al. 2 CPC sont cumulatives. Ainsi, la prétention nouvelle ou modifiée doit non seulement relever de la procédure applicable en appel, mais encore - sauf renonciation de la partie adverse à cette autre condition - présenter un lien de connexité avec l'objet de l'appel (art. 227 al. 1 let. a et b CPC). En outre, les conclusions nouvelles ne sont recevables que dans la mesure où elles reposent sur des faits ou moyens de preuves nouveaux, lesquels doivent bien évidemment être recevables en appel en application de l'art. 317 al. 1 CPC (JEANDIN, in Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/ TAPPY (éd.), 2011, nos 10-12 ad art. 317 CPC).

E. 3.2

Devant la Cour, l'appelante a pris pour la première fois des conclusions tendant à l'audition de C _____ et à ce qu'une expertise judiciaire soit ordonnée. Or, ces conclusions nouvelles ne reposent sur aucun fait ou moyen de preuve nouveau, à savoir postérieur au 5 juillet 2013, date à laquelle le Tribunal a gardé la cause à juger. Dès lors, la condition de recevabilité de l'art. 317 al. 2 let. b CPC n'est pas remplie, de sorte que ces nouvelles conclusions sont irrecevables.

E. 4

L'appelante soutient en substance que la responsabilité de l'intimée est engagée relativement aux pertes financières qu'elle a subies à la suite des opérations de change effectuées par D _____ sur son compte ouvert auprès de l'intimée.

E. 4.1

A l'égard de l'intimée, l'appelante était liée par un contrat de compte courant et un contrat de dépôt ouvert, auxquels sont applicables les règles du mandat, ainsi que par des contrats de commission conclus pour l'exécution des ordres passés à la banque par le gérant pour son compte (arrêt du Tribunal fédéral 4C.387/2000 du 15 mars 2001 consid. 2a; arrêt du Tribunal fédéral du 29 octobre 1997 consid. 6a, paru in SJ 1998 p. 198).

E. 4.2

Selon la jurisprudence, y compris celle rendue après l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM) (voir

- 14/28 -

C/20339/2011 p. ex. arrêts du Tribunal fédéral 4C.205/2002 du 9 décembre 2002 consid. 2.2; 4C.366/2004 du 4 novembre 2005 consid. 3.1), la banque qui, sans être au bénéfice d'un mandat de gestion, s'engage uniquement à exécuter des ordres en bourse confiés sporadiquement, n'est pas tenue à une sauvegarde générale des intérêts du mandant. Un devoir général d'information n'existe pas en pareille hypothèse. En principe, la banque ne doit renseigner le client que s'il le demande. Le devoir de fidélité n'impose pas non plus à la banque chargée d'exécuter des ordres déterminés de conseiller spontanément le client sur

les développements probables des investissements choisis et sur les mesures à prendre pour limiter les risques (ATF 119 II 333 consid. 5 et 7; arrêts du Tribunal fédéral 4C.45/2001 du 31 août 2001 consid. 4a, paru in SJ 2002 I 274 et 4C.410/1997 du 23 juin 1998 consid. 3b, paru in SJ 1999 I 205). Ces principes s'imposent encore plus strictement lorsque la gestion a été confiée à un gérant indépendant. Le Tribunal fédéral a ainsi admis que, en présence d'un gérant externe au bénéfice d'une procuration très large, la banque dépositaire des avoirs n'avait pas à rendre le client attentif aux risques élevés qu'il encourait, ni à requérir son autorisation avant de procéder aux opérations dont la réalisation lui avait été confiée par le gérant (arrêt 4C.97/1997 du 29 octobre 1997 consid. 6a, paru in SJ 1998 I 198). En d'autres termes, le banquier n'est pas le tuteur de son client et il doit en principe exécuter les ordres licites qui lui sont donnés (arrêts du Tribunal fédéral 4C.366/2004 précité; 4C.108/2002 du 23 juillet 2002 consid. 2b; 4C.24/1993 du 14 décembre 1993 consid. 3b, paru in SJ 1994 I 284). Il n'y a de devoir d'information que dans des situations exceptionnelles, soit lorsque la banque, en faisant preuve de l'attention requise, a reconnu ou aurait dû reconnaître que le client n'a pas identifié un danger lié au placement, ou lorsqu'un rapport particulier de confiance s'est développé dans le cadre d'une relation d'affaire durable entre le client et la banque, en vertu duquel le premier peut, sur la base des règles de la bonne foi, attendre conseil et mise en garde même s'il n'a rien demandé (arrêt du Tribunal fédéral 4C.366/2004 précité et les références citées).

E. 4.3

En premier lieu, l'appelante soutient que l'intimée ne pouvait penser que les transactions conclues sur son compte par D._____ étaient couvertes par le mandat de gestion et par les pouvoirs octroyés à cette dernière, compte tenu de la nature, de l'intensité et du volume des transactions en question. Selon l'appelante, D._____ n'a pas géré son compte, mais "sauvagement spéculé avec ses avoirs", ce dont l'intimée ne pouvait pas ne pas s'apercevoir, dans la mesure où elle exécutait les transactions litigieuses en se portant contrepartie. L'appelante allègue ainsi que l'intimée ne peut être un tiers de bonne foi au sens de l'art. 34 al. 3 CO.

E. 4.3.1

Les relations entre un client et un gérant externe reposent sur la conclusion d'un contrat de gestion et sont définies par une procuration qui autorise le gérant à accomplir des actes de gestion (BAUEN/ROUILLER, Relations bancaires en Suisse,

- 15/28 -

C/20339/2011 2011, p. 478 ss). Ce dernier peut disposer des pouvoirs les plus étendus. Il est le représentant du titulaire du compte (LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2ème éd., 2008, ch. 126 p. 359). La banque n'est pas obligée de renseigner le représenté sur les conséquences découlant de l'octroi d'un pouvoir de représentation, ni de l'interroger pour connaître le motif pour lequel il donne une procuration ou déterminer si l'octroi d'une procuration générale est justifié compte tenu des rapports juridiques entre représentant et représenté. Le représentant est choisi, surveillé et instruit par le client (LOMBARDINI, op. cit, ch. 140 p. 362). La banque n'a pas l'obligation de surveiller le tiers gérant; elle ne doit pas s'assurer que le client ait connaissance des transactions ordonnées par le gérant; de façon générale, la banque n'est pas responsable des pertes subies par le client du fait des transactions initiées par le gérant tant que celui-ci n'outrepasse pas les pouvoirs communiqués à la banque (LOMBARDINI, op. cit, ch. 114 p. 748). En effet, cette dernière

n'intervient pas dans le rapport contractuel entre tiers gérant et client (LOMBARDINI, op. cit., ch. 111 p. 747); elle n'est pas partie au contrat de gestion dont elle ne prend pas connaissance. Elle n'assume aucune responsabilité pour les fautes contractuelles du gérant (BAUEN/ROUILLER, op. cit., p. 478 ss). Si le tiers gérant dépasse le cadre interne des pouvoirs octroyés mais reste dans le cadre délimité par la procuration communiquée à la banque, cette dernière n'est pas responsable des actes du tiers gérant (DIETZI, Die Verantwortlichkeit der Bank gegenüber einem Kunden für Handlungen eines von diesem eingestzten Vermögensverwalters, in RSDA 1997 n° 69 p. 196). Le client doit faire valoir ses droits vis-à-vis du tiers représentant (LOMBARDINI, op. cit., ch. 147 in fine p. 365). L'octroi des pouvoirs internes, par le client au gérant, résulte du mandat de gestion. Généralement le client signe, à titre de procuration en faveur du gérant, un formulaire de la banque qui décrit de manière très large les pouvoirs conférés. Cette procuration communique à la banque les pouvoirs du gérant, mais elle n'emporte pas l'octroi de pouvoirs internes (BRETTON-CHEVALIER, Le gérant de fortune indépendant, 2002, p. 230). Selon l'art. 33 al. 3 CO, si les pouvoirs ont été portés par le représenté à la connaissance d'un tiers, leur étendue est déterminée envers ce dernier par les termes de la communication qui lui a été faite. La procuration doit cependant être interprétée selon le principe de la confiance, corollaire du principe général de la bonne foi (BIZZOZERO, Situation juridique de la banque relativement à l'activité d'un gérant indépendant, in Journée de droit bancaire et financier, 1996, p. 122). Une attention accrue de la banque n'est pas exigée si le gérant procède à des opérations spéculatives car la stratégie globale de placements n'est pas connue de la banque; il n'appartient par ailleurs pas à celle-ci de déterminer si des opérations sont déraisonnables, car cela dépend de la situation particulière du client, que la banque dépositaire ne connaît pas (BRETTON-CHEVALIER, op. cit., p. 234 s.). Même les auteurs favorables à une responsabilité étendue de la banque pour les actes du tiers gérant admettent que la banque n'est pas tenue d'intervenir

- 16/28 -

C/20339/2011 simplement si des pertes sont subies sur un compte ou que des opérations un peu agressives sont ordonnées (LOMBARDINI, op. cit., ch. 118 p. 749). La banque a l'obligation d'exécuter les ordres qui lui sont donnés par le tiers gérant dans la mesure où ils sont couverts par le mandat conféré à ce dernier. La banque qui refuse d'exécuter un ordre court le risque d'être redevable de dommages-intérêts à l'égard du client. Si elle n'exécute pas les instructions du gérant, elle pourrait être tenue responsable, à l'égard du client, du préjudice que ce dernier a subi de ce fait (LOMBARDINI, op. cit., ch. 104 p. 745 et ch. 117 in fine p. 749). Ainsi, tant que les actes du représentant sont couverts par les pouvoirs qui lui sont octroyés, la banque ne doit pas se demander si ces actes sont dans l'intérêt du représenté. Elle n'est pas tenue d'analyser les transactions effectuées par le représentant pour se demander si elle se trouve dans un cas où elle devrait intervenir. La banque ne doit intervenir que si le représenté agit clairement et volontairement au détriment du représentant et qu'elle perçoit la situation sans aucun doute. Elle doit disposer d'éléments très clairs. Le cas de figure ne se réalisera qu'en des circonstances exceptionnelles. Le fardeau de la preuve quant à la réalisation de ces circonstances incombe au client (LOMBARDINI, op. cit., ch. 146 p. 364). Selon LOMBARDINI, "lorsque la banque se limite à exécuter les ordres du client, elle n'est en principe pas responsable si les opérations financières initiées par le client ont une issue malheureuse et ce même si le client se ruine. Selon une formule désormais consacrée par la jurisprudence, "le banquier n'est pas le

tuteur de son client". En application d'un principe bien établi de notre droit privé des contrats, chaque co-contractant supporte seul les risques que ses choix lui font courir. L'importance des courtages perçus par la banque n'est pas susceptible de modifier cette répartition des risques" (Responsabilité de la banque dans le domaine de la gestion de fortune: état de la jurisprudence et questions ouvertes, SJ II 2008, p. 419 s. et les références citées).

E. 4.3.2

En l'espèce, le contrat de gestion conclu le 15 août 2008 entre l'appelante et D_____ prévoyait expressément que cette dernière pouvait accomplir "tout acte qu'implique la gestion du compte". Il spécifiait que D_____ était autorisée à donner des instructions à l'intimée, pour le compte de l'appelante, pour "la conclusion de toutes opérations de change au comptant et/à terme" et "la conclusion de toutes opérations dites swaps". En signant ce contrat, l'appelante déclarait expressément connaître le caractère spéculatif de certaines opérations autorisées et en assumer totalement et exclusivement les risques et périls. En outre, la procuration signée le 15 août 2008 par l'appelante en faveur de D_____ était très large; elle prévoyait que cette dernière avait "les pouvoirs les plus étendus de gestion et d'administration" et qu'elle était expressément autorisée à accomplir des "opérations financières ou bancaires au comptant ou à terme" ainsi qu'à "contracter des prêts, faire usage de facilités de crédit en compte courant au nom

- 17/28 -

C/20339/2011 et pour le compte du client". Dès lors, l'appelante ne saurait être suivie lorsqu'elle soutient que D_____ n'était pas en droit d'entreprendre "une gestion avec des opérations de change à terme avec effet de levier" et que son consentement à ces transactions ne pouvait être déduit de "circonstances implicites". Par ailleurs, compte tenu de cette large étendue des pouvoirs communiquée à l'intimée par le biais de ladite procuration, cette dernière pouvait légitimement partir du principe que les transactions litigieuses étaient couvertes par les pouvoirs que l'appelante avait octroyés à D_____ (cf. art. 33 al. 3 CO), et ce nonobstant le fait qu'elle n'avait pas connaissance de la teneur du mandat de gestion conféré à D_____. L'intimée n'était en effet pas partie au contrat de gestion conclu le 15 août 2008 entre l'appelante et D_____, n'avait pas connaissance de la teneur de celui-ci et n'est jamais intervenue dans ce rapport contractuel. Elle n'avait pas non plus connaissance de la proposition d'investissement que D_____ avait soumise à l'appelante en janvier 2008, qui comportait des indications sur le profil de cette dernière, le profil de risque et le rendement espéré. A cet égard, il n'est pas contesté que l'intimée ignorait les objectifs de placement et le profil client de l'appelante, et en particulier si celle-ci souhaitait une gestion conservatrice ou spéculative de ses avoirs, ce qui est usuel lorsque la gestion est confiée à un tiers, la banque dépositaire n'intervenant pas dans le rapport contractuel entre tiers gérant et client. Dans ces circonstances, l'intimée n'était pas tenue de se demander si les actes de D_____ étaient dans l'intérêt de l'appelante, ni d'analyser les transactions effectuées par D_____. Elle n'était pas tenue d'intervenir simplement parce que des pertes étaient subies sur le compte de l'appelante ou parce que des opérations de change à terme avec effet de levier étaient ordonnées. En particulier, le fait que D_____ ait procédé à des opérations spéculatives n'exigeait pas une attention accrue de l'intimée, car celle-ci n'avait pas connaissance de la stratégie globale de placements. Il n'appartenait pas à l'intimée de déterminer si les transactions effectuées sur le compte de l'appelante étaient déraisonnables, cette question dépendant de la situation particulière de

l'appelante, dont l'intimée n'avait pas connaissance. Enfin, il résulte du dossier soumis à la Cour de céans que l'appelante avait signé la documentation ad hoc pour bénéficier d'une ligne de crédit auprès de l'intimée, qu'aucun appel de marge n'a été nécessaire concernant le compte de l'appelante, que les opérations de change effectuées par D _____ sur ledit compte ont été bénéficiaires pendant un mois avant que des pertes ne soient subies, qu'à l'époque des faits un nombre élevé de transactions avait lieu en raison de la crise, qu'en période de forte volatilité le marché du FOREX est attractif et que d'autres gérants indépendants auprès de l'intimée utilisaient le marché FOREX de la même manière que D _____. Dans ces circonstances, il ne saurait être considéré que

- 18/28 -

C/20339/2011 l'intimée disposait d'éléments très clairs pour admettre, sans aucun doute, que D _____ agissait clairement et volontairement au détriment de l'appelante. Il résulte de ce qui précède que l'intimée n'avait pas l'obligation d'intervenir, voire de refuser l'exécution des ordres donnés par D _____, et qu'elle n'a donc pas violé les obligations qui lui incombent en la matière.

E. 4.4

En second lieu, l'appelante soutient que l'intimée est responsable à son égard pour avoir violé ses devoirs de diligence et de fidélité, que ce soit en vertu du contrat de mandat les liant (cf. art. 398 al. 2 CO) ou en vertu des obligations incombant à l'intimée en sa qualité de négociante en valeurs mobilières (cf. art. 11 al. 1 lit. b et c LBVM). L'appelante allègue en substance que l'intimée n'a pas fait preuve de la diligence voulue en limitant son rôle à l'exécution des ordres donnés par D _____, sans faire preuve d'esprit critique. Selon elle, l'effort requis de l'intimée pour identifier les problèmes sur le compte de l'appelante, avertir cette dernière et s'assurer que ce qui se passait correspondait à sa volonté et à ses intérêts était insignifiant et conforme à ce que l'on peut attendre d'un mandataire qualifié. L'appelante soutient en outre que l'intimée a violé son devoir de fidélité en participant à une situation de conflit d'intérêts, dans la mesure où D _____ servait d'apporteur d'affaires à l'intimée et était rémunérée par cette dernière pour les transactions effectuées. Selon elle, plus D _____ concluait de transactions et plus celles-ci étaient importantes en volume grâce à l'effet de levier, plus l'exploitation du compte de l'appelante était rentable pour l'intimée. L'appelante allègue que D _____ s'est livrée à du barattage (churning) sur son compte et que cet agissement était également le fait de l'intimée, qui était partie nécessaire à ces transactions dans la mesure où elle en était la contrepartie.

E. 4.4.1

Le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat (art. 398 al. 2 CO). Sa responsabilité peut être engagée si quatre conditions cumulatives sont remplies, soit l'inexécution d'une obligation, une faute du débiteur (qui est présumée selon l'art. 97 CO), un dommage et un rapport de causalité entre l'inexécution et le dommage. A teneur de l'art. 11 al. 1 LBVM, le négociant a envers ses clients: a. un devoir d'information; il les informe en particulier sur les risques liés à un type de transactions donné; b. un devoir de diligence; il assure en particulier la meilleure exécution possible de leurs ordres et veille à ce qu'ils puissent la reconstituer; c. un devoir de loyauté; il veille en particulier à ce qu'ils ne soient pas lésés en raison d'éventuels conflits d'intérêts. La LBVM a pour but d'assurer le bon fonctionnement des marchés en garantissant transparence et égalité de traitement. Elle a cependant également une dimension

C/20339/2011 de droit privé. Ainsi, il est généralement considéré que l'art. 11 LBVM contient des normes contractuelles directement applicables et soustraites à la libre disposition des parties (cf. ACJC/1357/2001 consid. 5.1 et la doctrine citée; cf. ég. LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, op. cit., ch. 49 p. 766). Lorsque la gestion a été confiée à un gérant indépendant, le devoir d'information de la banque dépositaire des avoirs a une portée moindre car, dans cette hypothèse, l'expérience du gérant peut être imputée au client, de sorte que la banque n'aura en principe pas à instruire le client sur les risques des opérations entreprises (cf. ACJC/1357/2001 consid. 5.1 et les références citées). La banque est chargée uniquement de conserver les actifs du client et d'exécuter les ordres que lui donne le tiers gérant. Son activité est une activité "execution only". En conférant un mandat de gestion à un tiers, le client indique qu'il n'est pas intéressé à recevoir des conseils de la banque ou à la faire intervenir dans la gestion de ses avoirs (LOMBARDINI, op. cit., ch. 102 p. 745). En particulier, lorsqu'elle se limite à exécuter les transactions décidées par le client ou son représentant, la banque ne doit pas surveiller l'évolution du portefeuille du client; elle ne doit pas lui formuler de recommandations (LOMBARDINI, Responsabilité de la banque dans le domaine de la gestion de fortune, op. cit., p. 418). Elle ne doit pas mener d'investigations auprès du gérant pour déterminer si des transactions particulières vont à l'encontre des intérêts du client (WATTER, Über die Pflichten der Bank bei externer Vermögensverwaltung, PJA 1998 n° 10, p. 1176). De manière générale, l'art. 11 al. 1 let. a LBVM n'oblige pas la banque à renseigner le client à propos, notamment, du caractère non approprié de certaines transactions (suitability), des risques résultant de l'adoption d'une stratégie de gestion ou de la façon la plus appropriée de donner des ordres (LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, op. cit., ch. 36 p. 761 s.). L'art. 11 LBVM n'oblige pas non plus la banque à avertir le client des risques qu'il encourt en concluant des transactions avec effet de levier (LOMBARDINI, op. cit., ch. 102 p. 745). Il n'exige pas que la banque tienne compte de la situation financière du client ou des objectifs qu'il poursuit (LOMBARDINI, op. cit., ch. 46 p. 765). Cette disposition a principalement pour but de s'assurer que le client comprenne les risques des transactions qu'il décide d'initier; si les transactions sont initiées par un tiers gérant, le problème de l'avertissement ne se pose pas (LOMBARDINI, op. cit., ch. 109 p. 747).

E. 4.4.2

En l'espèce, l'appelante a librement choisi de confier à D_____ la gestion discrétionnaire de ses avoirs déposés auprès de l'intimée. Par conséquent, conformément à la jurisprudence (cf. supra consid. 4.2) et à la doctrine en la matière, l'intimée n'était pas tenue à une sauvegarde générale des intérêts de l'appelante et n'avait aucun devoir général d'information à son égard. L'intimée n'était tenue de renseigner l'appelante que si celle-ci le demandait. Or, l'appelante n'a demandé aucune information à l'intimée avant le 10 octobre 2008, date à laquelle elle s'est rendue dans ses locaux pour obtenir des renseignements concernant son

C/20339/2011 compte, soit trois jours avant de résilier le mandat de D_____. Le devoir de fidélité incombant à l'intimée ne lui imposait pas non plus de conseiller spontanément l'appelante sur les développements probables des investissements choisis et sur les mesures à prendre pour limiter les risques. En particulier, compte tenu de la procuration très large

dont bénéficiait D_____, l'intimée n'avait pas à rendre l'appelante attentive aux risques élevés qu'elle encourait en concluant des opérations de change avec effet de levier. Cela vaut d'autant plus qu'il n'existait entre les parties aucun rapport particulier de confiance développé dans le cadre d'une relation d'affaire durable. En outre, comme elle n'avait pas connaissance du profil client de l'appelante, l'intimée n'avait aucune raison de penser que cette dernière n'avait pas identifié un danger lié aux transactions effectuées par D_____. Lors de l'ouverture de son compte auprès de l'intimée, l'appelante avait attesté avoir reçu la brochure "Risques particuliers dans le commerce de titres", qui comprend notamment une explication détaillée concernant les opérations à terme. En outre, elle avait reçu, signé et accepté les conditions générales applicables aux facilités de crédit qui indiquaient spécifiquement les risques inhérents aux transactions avec effet de levier, soulignant "le risque d'une perte partielle ou totale de l'investissement principal ou de capital", ainsi qu'aux opérations de change à terme, précisant que "ce type d'échanges est semblable aux transactions spéculatives sur instruments financiers, en ce sens qu'ils peuvent atteindre un niveau élevé de levier et des fluctuations de marché importantes". Au vu de ce qui précède, il ne saurait être retenu que l'intimée a violé son devoir de diligence envers l'appelante, tel qu'il découle des dispositions invoquées.

E. 4.4.3

Lorsque la banque exécute pour le compte du client des transactions d'achat ou de vente de choses mobilières ou de papiers-valeurs, banque et client sont en général liés par un contrat de commission au sens de l'art. 425 ss CO (cf. supra consid. 4.1). Les règles du droit du mandat trouvent application aux rapports entre les parties (cf. art. 425 al. 2 CO). Si, en général, la banque agit comme représentante indirecte du client et lui sert d'intermédiaire pour conclure et exécuter une transaction qui est en réalité conclue avec un tiers, elle peut également se porter directement contrepartie du client et devenir elle-même la cocontractante de son client. Tel est le cas si elle est chargée d'acheter ou de vendre "des marchandises, des effets de change ou d'autres papiers-valeurs cotés à la bourse ou sur le marché" (art. 436 al. 1 CO). Se portant contrepartie, la banque est directement engagée vis-à-vis du client et assume des obligations à l'égard de ce dernier (art. 437 CO). La banque commissionnaire qui agit comme contrepartie du client se trouve au milieu d'un conflit d'intérêts potentiel. Pour éviter que ce conflit d'intérêts ne se concrétise, une banque est autorisée à être la contrepartie du client uniquement dans les cas où les actifs objets de

- 21/28 -

C/20339/2011 la transaction sont cotés en bourse et qu'un cours est disponible. La banque doit alors décompter au client le "cours de la bourse ou du marché au temps de l'exécution du mandat" (art. 436 al. 2 CO), afin que le client soit traité de la même façon que si la transaction avait été exécutée en bourse. La banque doit être en mesure de fournir au client tous les éléments qui permettent à ce dernier d'apprécier les cours qui lui sont pratiqués et ces derniers doivent correspondre à la réalité. Que la banque agisse comme représentante indirecte du client ou qu'elle se porte directement contrepartie, ce qui est le cas le plus fréquent, les dispositions du droit du mandat s'appliquent dans les rapports entre les parties (LOMBARDINI, op. cit., ch. 9 p. 719, ch. 12-14 p. 720 s. et ch. 16 p. 721). Il découle des devoirs de diligence et de loyauté prévus par l'art. 11 al. 1 let. b et c LBVM que la banque doit appliquer la best execution des ordres du client, ce qui signifie qu'elle doit faire bénéficier le client du meilleur prix possible et qu'elle doit exécuter les ordres précisément et le plus rapidement possible, en les regroupant si nécessaire avec les ordres d'autres clients

ou les siens propres. La banque ne doit pas volontairement profiter des ordres de ses clients pour obtenir un avantage à son profit (LOMBARDINI, op. cit., ch. 1 p. 777, ch. 5 p. 778 ss et ch. 33 ss p. 728 s.). La banque doit exécuter les opérations aux meilleures conditions possibles. En particulier, elle ne doit pas multiplier les transactions dans le but de générer des courtages, ni faire courir au client des risques disproportionnés, par exemple en se livrant à du churning (moulinage ou barattage en français). Les indices de churning peuvent être l'existence de commissions excessives par rapport aux actifs du client déposés sur le compte, des transactions faites sans réelle stratégie et initiées et clôturées très rapidement (LOMBARDINI, op. cit., ch. 50 p. 814 et les références citées). Selon la Commission fédérale des banques (CFB) (aujourd'hui la FINMA), pour identifier des indices de churning, il faut notamment examiner quels étaient les objectifs de placement convenus avec le client et s'ils ont été tenus, ainsi que si les opérations effectuées étaient nécessaires pour respecter ou atteindre les objectifs de placement et si elles étaient économiquement pertinentes (CFB, Rapport de gestion 2007, p. 86 ss). Pour déterminer si le principe de best execution a été respecté, la banque doit pouvoir reconstituer le cheminement des ordres depuis le moment où ils sont donnés jusqu'au moment où ils sont exécutés (LOMBARDINI, op. cit., ch. 4 p. 778). En l'espèce, il convient de rappeler que l'intimée ne gérait pas elle-même les avoirs de l'appelante, puisque cette dernière en avait confié la gestion discrétionnaire à D_____. Dès lors, l'intimée était uniquement chargée de conserver les avoirs de l'appelante et d'exécuter les ordres que lui donnait D_____ : l'activité de l'intimée était une activité "execution only". Dès lors, l'appelante ne saurait être suivie lorsqu'elle soutient que la gestion de D_____ était également "le fait de

- 22/28 -

C/20339/2011 l'intimée", en particulier concernant le barattage allégué. L'intimée avait uniquement l'obligation d'exécuter correctement et rapidement les ordres reçus de D_____, en application du principe de best execution. En revanche, elle ne devait pas mener d'investigations auprès de D_____ pour déterminer si des transactions particulières allaient à l'encontre des intérêts de l'appelante. En outre, il a été précédemment retenu (cf. supra consid. 4.3.2) qu'en l'absence d'éléments très clairs pour admettre, sans aucun doute, que D_____ agissait clairement et volontairement au détriment de l'appelante, l'intimée n'avait pas d'obligation d'intervenir dans la gestion effectuée par D_____. En particulier, l'intimée ne disposait pas des informations nécessaires pour être à même d'identifier un éventuel barattage de la part de D_____ sur le compte de l'appelante. En effet, le churning se détermine en premier lieu en fonction des objectifs de placement convenus avec le client. Or, l'intimée ignorait quels étaient les objectifs de placement qui avaient été convenus entre D_____ et l'appelante et, partant, s'ils étaient tenus. Ainsi, l'intimée n'était pas en mesure de déterminer si les opérations effectuées par D_____ étaient nécessaires pour respecter ou atteindre les objectifs de placement poursuivis par l'appelante et si elles étaient économiquement pertinentes. Dans ces circonstances, même dans l'hypothèse où D_____ se serait livrée à du barattage sur le compte de l'appelante, un tel agissement ne pourrait être imputé à l'intimée. Par ailleurs, le conflit d'intérêts allégué par l'appelante n'est pas établi. En premier lieu, l'intimée avait le droit de se porter directement contrepartie pour les transactions litigieuses, dans la mesure où l'appelante n'a pas allégué, ni a fortiori démontré, que ce droit aurait été exclu conventionnellement par les parties ou par les règles du marché sur lequel les transactions litigieuses ont été exécutées (cf. LOMBARDINI, op. cit., ch. 14 p. 721). En second lieu, l'appelante n'a pas démontré que l'intimée se serait

portée contrepartie dans des cas où elle n'était pas autorisée à le faire, ou qu'elle lui aurait décompté un autre cours que le cours de la bourse ou du marché au temps de l'exécution du mandat. A cet égard, l'intimée a fourni à l'appelante tous les documents permettant à cette dernière d'apprécier les cours qui lui ont été pratiqués et il n'en résulte pas que ces derniers ne correspondraient pas à la réalité. Enfin, lors de la conclusion du contrat de gestion avec D_____, l'appelante a été expressément informée que celle-ci bénéficierait de rétrocessions de l'intimée sur les commissions prélevées sur son compte, ce qu'elle a accepté en signant le contrat. Il s'ensuit que l'appelante n'a pas démontré ne pas avoir reçu le traitement qu'elle était en droit d'attendre de l'intimée en tant que commissionnaire, ni que cette dernière aurait violé son obligation de sauvegarder les intérêts de sa cliente. Enfin, conformément à ses obligations découlant de l'art. 11 al. 1 let. b et c LBVM, l'intimée a fourni l'ensemble des documents permettant à l'appelante de

- 23/28 -

C/20339/2011 reconstituer le cheminement des ordres litigieux depuis le moment où ils ont été donnés jusqu'au moment où ils ont été exécutés. Pour l'ensemble des opérations effectuées, l'intimée a été en mesure d'établir les devises, les montants des devises, les cours de change appliqués, la décomposition du cours selon les conditions du marché, la marge du client, les points de terme et l'heure d'exécution. Les moyens de preuve figurant au dossier ont ainsi permis la vérification des cours appliqués et il n'en résulte pas que l'intimée n'aurait pas exécuté les ordres reçus de D_____ selon le principe de la best execution, comme l'a constaté à juste titre le Tribunal. Compte tenu de l'ensemble de ce qui précède, il ne saurait être retenu que l'intimée a enfreint son devoir de fidélité et de loyauté envers l'appelante.

E. 5

L'appelante soutient que le Tribunal a violé son droit à la preuve, respectivement son droit d'être entendu, en limitant l'audition de C_____, auteur des deux expertises qu'elle a produites en première instance, à la confirmation de ses expertises, ainsi qu'en ne donnant pas suite à sa requête d'expertise judiciaire.

E. 5.1

La preuve a pour objet des faits pertinents et contestés (art. 150 al. 1 CPC). Toute partie a droit à ce que le tribunal administre les moyens de preuve adéquats proposés régulièrement et en temps utile (art. 152 al. 1 CPC). Le droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., comprend notamment le droit pour l'intéressé d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (HALDY, in Code de procédure civile commenté, BOHNET et alii (éd.), 2011, n° 13 ad art. 53 CPC). Selon la jurisprudence, le juge peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont proposées, il a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (SJ 2010 I 19). Lorsqu'une partie sollicite une expertise judiciaire, le juge peut rejeter une telle offre de preuve sans violer le droit d'être entendu des parties s'il estime soit que l'appel à un expert n'est pas nécessaire parce qu'il dispose de connaissances suffisantes pour juger, soit qu'une expertise ne serait pas de nature à apporter une quelconque lumière, soit encore que la requête d'expertise porte sur un fait non pertinent ou non contesté (SCHWEIZER, in Code de procédure civile commenté, op. cit., n° 4 ad art. 183 CPC). Selon la doctrine et la jurisprudence, l'expertise privée n'a pas de

force probante particulière; elle doit être considérée comme de simples allégations d'une partie (arrêt du Tribunal fédéral 4D_71/2013 du 26 février 2014 consid. 2.5 et les références citées; SCHMID, Kurzkomentar ZPO, 2ème éd., 2014, n° 18 ad art. 183 CPC). Il est possible que l'expert privé, entendu comme témoin, confirme des éléments de fait précis de son rapport (arrêt 4D_71/2013 précité).

- 24/28 -

C/20339/2011

E. 5.2

En l'espèce, l'auteur des deux expertises établies sur mandat de l'appelante, C_____, a été entendu le 13 mai 2013 et a eu la possibilité de confirmer le contenu desdites expertises. Comme il ne revêtait ni la qualité de témoin, faute d'avoir une connaissance directe des faits de la cause, ni celle d'expert au sens de l'art. 183 CPC, son audition ne s'est pas poursuivie, ce à quoi les conseils de l'appelante ne se sont pas opposés. Cependant, cette dernière soutient aujourd'hui que le Tribunal aurait dû permettre à C_____ de s'exprimer sur les points évoqués dans ses rapports, sans se limiter "à la confirmer". Elle ne précise toutefois pas sur quels points le précité aurait dû pouvoir se prononcer, se bornant à affirmer que les expertises en question démontrent que la gestion de son compte a fait l'objet d'un volume de transactions propre à la qualifier de barattage (cf. appel p. 35 ch. 202 et p. 25 ch. 134). Dans ces conditions, son grief est mal fondé, dans la mesure où il n'est pas possible de discerner en quoi une audition plus étendue de l'expert privé aurait été nécessaire ou utile à l'établissement des faits. Par ailleurs, l'appelante ne saurait être suivie lorsqu'elle soutient que le jugement entrepris "ignore purement et simplement le contenu factuel" des expertises privées précitées. Le fait que le Tribunal n'ait pas fait siennes les allégations contenues dans ces expertises, au demeurant contestées par l'intimée, ne signifie pas qu'il n'en a pas examiné la pertinence. A l'issue de l'instruction, il a cependant considéré, à juste titre, que "la seule présence [...] d'opérations hautement spéculatives décidées par le gérant et dans un laps de temps relativement court ne suffit pas à fonder la responsabilité de la banque" (cf. jugement entrepris p. 14). Enfin, l'appelante fait grief au Tribunal de ne pas avoir donné suite à sa requête d'expertise judiciaire, telle qu'elle ressort de sa demande du 20 décembre 2011 (cf. p. 11 ch. 49) et de sa réplique du 28 septembre 2012 (cf. p. 9 ch. 27). Cependant, il résulte de ces écritures que l'appelante s'est limitée à alléguer quelques faits accompagnés de la mention "preuve par expertise", sans prendre de conclusion formelle tendant à ce qu'une expertise judiciaire soit ordonnée, ni a fortiori motiver le but et la nécessité d'une telle expertise. La régularité d'une proposition d'offre de preuve aussi indirecte est très douteuse (cf. art. 152 al. 1 CPC); cette question peut toutefois demeurer ouverte dans la mesure où l'expertise requise portait de toute façon sur un fait non pertinent. Il résulte en effet des circonstances du cas d'espèce que, même dans l'hypothèse où D_____ se serait livrée à du barattage sur le compte de l'appelante, un tel agissement ne pourrait être imputé à l'intimée (cf. supra consid. 4.4.3). Il s'ensuit que le grief de l'appelante tiré de la violation de son droit à la preuve est infondé.

E. 6

L'appelante sollicite le renvoi de la cause au juge de première instance pour le cas où la Cour de céans devait estimer ne pas pouvoir compléter l'état de fait lacunaire du jugement entrepris, ni procéder directement aux actes d'instruction sollicités

- 25/28 -

C/20339/2011 par elle. Elle estime en outre avoir soulevé "divers arguments de droit précis" dans ses écritures de première instance, qui n'auraient pas été examinés par le premier juge, lequel se serait borné, "dans une motivation elliptique", à reprendre quelques principes dégagés d'une ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral, sans traiter ses griefs.

E. 6.1

Selon l'art. 318 al. 1 let. c CPC, l'instance d'appel peut renvoyer la cause à la première instance si un élément de la demande n'a pas été jugé (ch. 1) ou si l'état de fait doit être complété sur des points essentiels (ch. 2). Un tel renvoi demeure l'exception et l'art. 318 al. 1 let. c CPC doit s'interpréter restrictivement (JEANDIN, in Code de procédure civile commenté, op. cit., n° 4 ad art. 318 CPC).

E. 6.2

Il résulte des considérations qui précèdent (cf. supra consid. 5.2) que l'état de fait a été suffisamment établi par le premier juge et que la cause est en état d'être jugée, de sorte que le cas de figure visé par l'art. 318 al. 1 let. c ch. 2 CPC n'est pas réalisé en l'espèce. Par ailleurs, l'appelante n'indique pas quels griefs n'auraient pas été examinés par le premier juge. Or, pour obtenir le renvoi de la cause sur la base de l'art. 318 al. 1 let. c ch. 1 CPC, l'appelante ne saurait se limiter à soutenir de manière toute générale que des arguments de droit soulevés en première instance n'ont pas été examinés par le Tribunal, sans les désigner avec précision. Sa motivation est manifestement insuffisante sur ce point. L'appelante n'indique pas non plus en quoi les arrêts de principe cités par le premier juge ne seraient pas applicables au cas d'espèce. Certes, les principes fondamentaux de la responsabilité de la banque dépositaire en présence d'un gérant de fortune externe découlent de jurisprudences du Tribunal fédéral qui datent de près de dix ans ou plus (cf. supra consid. 4.2). Cependant, ces jurisprudences n'ont fait l'objet d'aucun revirement et ont été confirmées par la doctrine, et ce encore récemment (GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5ème éd., 2014, n° 900 ss). Dès lors, c'est à bon droit que le premier juge a appliqué ces principes au présent litige, sa motivation à cet égard étant au demeurant claire et exhaustive. Il s'ensuit que les conditions d'un renvoi à l'autorité de première instance ne sont pas réalisées in casu.

E. 7

Compte tenu de la valeur litigieuse du présent litige (EUR 550'000 et USD 361'675, soit 1'186'000 fr., voir appel p. 26 ch. 141), les frais judiciaires d'appel seront arrêtés à 20'000 fr. (art. 96 CPC et art. 5, 17 et 35 du Règlement fixant le tarif des greffes en matière civile, RTFMC - E 1 05.10) et mis à la charge de l'appelante, qui succombe dans l'intégralité de ses conclusions (art. 95 al. 1, 104 al. 2, 105 al. 1 et 106 al. 1 CPC). L'avance de frais de 30'000 fr. effectuée par l'appelante restera acquise à l'Etat de Genève à due concurrence (art. 111 al. 1 CPC), le solde lui étant restitué.

- 26/28 -

C/20339/2011 L'appelante sera en outre condamnée à verser à l'intimée, assistée d'un représentant professionnel, un montant de 15'000 fr. à titre de dépens d'appel (art. 95 al. 3 et 105 al. 2 CPC; art. 84, 85 et 90 RTFMC). * * * * *

- 27/28 -

C/20339/2011 PAR CES MOTIFS, La Chambre civile : A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre le jugement JTPI/17210/2013 rendu le 23 décembre

2013 par le Tribunal de première instance dans la cause C/20339/2011-7. Au fond :
Confirme le jugement entrepris. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les
frais : Arrête les frais judiciaires de l'appel à 20'000 fr., les met à la charge de A_____ et
les compense à due concurrence avec l'avance de frais que cette dernière a effectuée,
laquelle reste acquise à l'Etat de Genève. Ordonne la restitution à A_____ du solde de
l'avance de frais en 10'000 fr. Condamne A_____ à verser à B_____, soit pour elle sa
succursale de Genève, la somme de 15'000 fr. à titre de dépens d'appel. Siégeant : Monsieur
Jean-Marc STRUBIN, président; Madame Paola CAMPOMAGNANI et Madame Fabienne
GEISINGER-MARIETHOZ, juges; Madame Anne-Lise JAQUIER, greffière.

Le président : Jean-Marc STRUBIN

La greffière : Anne-Lise JAQUIER

- 28/28 -

C/20339/2011

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.