



POUVOIR JUDICIAIRE

C/10708/2008

ACJC/402/2011

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile
statuant par voie de procédure ordinaire

AUDIENCE DU VENDREDI 18 MARS 2011

Entre

X. _____, domicilié _____, appelant d'un jugement rendu par la 19^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 11 mars 2010, comparant par Me Marc Beguin, avocat, en l'étude duquel il fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

Z. _____ SA, ayant son siège social _____, intimée, comparant par Me Michel Bergmann, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 22.03.2011.

EN FAIT

- A. Par jugement du 11 mars 2010, le Tribunal de première instance a rejeté la demande d'indemnisation formulée par X. _____ à l'encontre de Z. _____ SA pour violation du devoir d'information de la banque dans le cadre d'un placement litigieux ordonné par le client. En substance, le premier juge a considéré que la violation d'un devoir d'information à charge de la banque, subsidiairement une responsabilité fondée sur la confiance, ne pouvaient être retenues à l'encontre de Z. _____ SA dans l'opération d'acquisition d'un nombre important d'actions de la société américaine N. _____ en dépit de la nature volatile et risquée de ce genre d'investissement. La réclamation de X. _____ a ainsi été rejetée, le Tribunal l'ayant condamné aux dépens de la cause comprenant une indemnité de procédure de 25'000 fr. valant participation aux honoraires d'avocat du conseil de Z. _____ SA.
- B. A l'encontre de ce jugement notifié le 12 mars 2010, X. _____ interjette appel par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 21 avril 2010. A l'appui de son appel, X. _____ fait d'abord grief au Tribunal d'avoir nié l'existence d'un contrat de conseil en placement qui obligeait Z. _____ SA à une diligence particulière dans le choix et l'exécution des placements effectués pour le compte de son client. Il soutient ensuite que, devrait-on nier l'existence d'un contrat de conseil en placement et considéré que l'opération litigieuse s'intégrait dans une activité «*execution only*», qu'Z. _____ SA avait néanmoins violé son devoir d'information en ne rendant pas attentif son client sur les risques liés à cet investissement volatile. X. _____ invoque enfin à l'encontre d'Z. _____ SA une responsabilité fondée sur la confiance pour avoir fait naître des attentes illégitimes en relation avec l'investissement litigieux. X. _____ conclut ainsi à la condamnation d'Z. _____ SA à lui verser la somme de 442'372 fr. (contre-valeur de USD 360'000.- au taux de 1.22881 au 28 juin 2007), avec intérêts à 5% dès le 2 août 2006, et la somme de 9'113 fr. 80 (contre-valeur de USD 48'520.60, sous imputation de USD 39'820.-, au taux de 1.04737 au 14 mai 2008), avec intérêts à 5% dès le 14 mai 2008. Il conclut également au prononcé de la mainlevée, à concurrence des montants précités, de l'opposition formée par Z. _____ SA au commandement de payer, poursuite no 29809, notifié le 3 mai 2007, le tout avec suite de dépens.
- C. Par mémoire du 18 juin 2010, Z. _____ SA s'est opposée à l'appel et a conclu à la confirmation du jugement entrepris. Z. _____ SA a nié l'existence d'un contrat de conseil en placement dès lors que l'activité de la banque relevait d'une *execution only* et a considéré qu'elle n'avait pas violé un quelconque devoir d'information en ne rendant pas attentif X. _____ sur les risques de l'opération qu'il souhaitait réaliser. De même, la responsabilité fondée sur la confiance ne

pouvait être retenue compte tenu de la nature des relations entre X. _____ et la banque.

D. Il ressort de la procédure les faits pertinents suivants :

a. X. _____ est citoyen espagnol né le *** 1937, domicilié en A. _____ et actif dans le domaine de l'import-export. Depuis 30 ou 40 ans, X. _____ investit régulièrement en bourse, de son propre chef et sans gestionnaire ou conseiller. Il affirme être inexpérimenté en matière d'investissements boursiers, spécialement dans le domaine des opérations sur option et des marchés hors-bourse.

b. En date du *** 2004, X. _____ a ouvert une relation bancaire no 1... auprès de Z. _____ SA à Genève (ci-après : Z. _____ SA). Ont ainsi été créés un compte de dépôt de titres ainsi que quatre comptes courants, respectivement en francs suisses, euros, dollars US et livres sterling. Dans le cadre de cette relation bancaire, X. _____ n'a pas confié de mandat de gestion ni de mandat de conseil en placement à Z. _____ SA.

c. Parmi les formulaires d'ouverture de comptes, X. _____ a signé une clause banque restante. Il a également souscrit au service *e-banking* proposé par Z. _____ SA, ce qui lui permettait, depuis son propre ordinateur, d'effectuer lui-même des opérations boursières.

d. Z. _____ SA a indiqué avoir remis à X. _____, peu après l'ouverture de sa relation, une brochure intitulée «*Risques particuliers dans le négoce de titres*», au contenu identique à celle de l'ASB (Association Suisse des Banquiers), faisant référence à l'art. 11 LBVM ainsi qu'à la directive ASB du 22 janvier 1997 «*Règles de conduite pour négociants en valeurs mobilières applicables à l'exécution d'opérations sur titres*». X. _____ a contesté avoir reçu cette brochure.

e. En date du 16 mai 2006, X. _____ a, de sa propre initiative, donné ordre à Z. _____ SA d'acquérir, par débit du compte-dépôt, 50'000'000 actions de la société N. _____ (ci-après : N. _____), d'un montant nominal unitaire de USD 0.0001. L'investissement s'est ainsi élevé à un montant total de USD 5'000.-.

f. N. _____ est une société américaine enregistrée dans l'Etat de Floride et active dans le domaine du divertissement. Ses actions sont traitées sur le marché dit «*over the counter*» ou «OTC», réservé au marché de titres de sociétés ne pouvant être cotées sur une bourse ordinaire et n'étant dès lors pas soumis aux mêmes régulations ou à la même surveillance qu'une bourse ordinaire. Selon le rapport annuel 2007 de N. _____, librement accessible sur Internet et consulté par X. _____, l'acquisition des titres de cette société est considérée comme spéculative et présente un haut degré de risque. Ce rapport indique également que N. _____

ayant subi d'importantes pertes d'exploitation lors d'exercices précédents, le cours de l'action a considérablement varié.

g. En date du 17 mai 2006, soit le lendemain de l'acquisition, Z. _____ SA a adressé à X. _____ un courrier intitulé «*Distribution gratuite de certificats d'option*» qui énonçait pour l'essentiel ce qui suit :

«Nous vous informons que N. _____ a décidé de distribuer à ses actionnaires de nouveaux certificats d'option liés («restricted») N. _____

Pour chaque action N. _____ détenue, les actionnaires recevront gratuitement un nouveau certificat d'option lié N. _____, pour autant qu'ils renvoient le formulaire-réponse Z. _____ SA au plus tard le 22 mai 2006 et la procuration «Stock and Bond Power».

Les certificats d'option peuvent être exercés du 25 mai au 25 juillet 2006. 1 certificat d'option détenu vous donnera le droit d'acquérir 40 actions ordinaires liées N. _____ au cours de clôture le jour de réception de votre ordre, avec une réduction de 40%.

(...)».

La banque a indiqué avoir relayé cette information reçue de N. _____ concernant la restructuration de son capital.

h. En date du 18 mai 2006, X. _____ a renvoyé à Z. _____ SA, dûment remplis et signés, le formulaire d'acceptation et la procuration. X. _____ indiquait vouloir bénéficier de la distribution gratuite de 50'000'000 certificats d'option N. _____. Il a précisé par la suite ne pas avoir lu cette documentation au regard de la faible importance du montant investi.

i. En date du 5 juillet 2006, Z. _____ SA a adressé à X. _____ un avis concernant cet investissement faisant état d'un «*blocage par suite d'un reverse split annoncé (consolidation d'actions)*». Cet avis apportait également les précisions suivantes : «*les titres resteront bloqués jusqu'à nouvel ordre afin d'éviter le risque d'une vente d'un nombre d'actions trop élevé. La date effective de cette transaction n'a pas encore été fixée. Toutefois, la société l'annoncera à court terme. Si vous désirez vendre vos titres, veuillez contacter auparavant votre conseiller à la clientèle*».

Un *reverse split* consiste en un regroupement d'actions, soit en une opération par laquelle plusieurs titres sont regroupés.

j. En date du 12 juillet 2006, Z. _____ SA a adressé à X. _____ «un avis d'échéance du droit d'option» qui précisait :

«Conformément aux modalités d'émission, les certificats d'option susmentionnés (50'000'000 warrants) arriveront à échéance le 25 juillet 2006. Les conditions d'exercice sont fixées comme suit :

Type d'option : CALL (American)

Valeur sous-jacente : Actions N. _____
Rapport d'exercice : 1 : 40
Droit d'option : 1 certificat d'option donne le droit d'acquérir 40 actions N. _____, lesquelles restent bloquées pour 1 année.
Prix d'exercice : Cours demandé en bourse de la date de dénouement moins 40% de rabais par action N. _____
Négoce : Les certificats d'option ne sont pas négociables.
Frais : L'exercice des options est soumis au timbre fédéral de négociation.
Cours du 7.7.06 : Action RVM0 : 0.0001 USD
Si vous désirez exercer le droit d'option, vous voudrez bien nous retourner l'ordre jusqu'au 20 juillet 2006.
Passé ce délai, nous sortirons tous les certificats d'option qui seront dans votre dépôt sans autre avis».

Selon cette communication, les 50'000'000 certificats d'option souscrits par X. _____ lui donnaient le droit d'acquérir 2'000'000'000 nouvelles actions N. _____ (50'000'000 x 40) au prix correspondant au cours du marché à la date de dénouement avec une réduction de 40%.

k. En date du 14 juillet 2006, X. _____ a retourné à Z. _____ SA le formulaire signé pour l'exercice du droit d'option sans toutefois indiquer le nombre d'actions qu'il souhaitait acquérir.

Le conseiller de la banque chargé de la relation bancaire, B. _____, a alors contacté X. _____ par téléphone en date du 18 juillet 2006 afin que ce dernier lui précise le nombre d'actions qu'il souhaitait souscrire. X. _____ lui a indiqué vouloir acquérir la totalité des actions proposées en relation avec ses certificats d'option, soit 2'000'000'000 nouvelles actions N. _____.

l. Z. _____ SA a reçu l'ordre d'exercer le droit d'option de X. _____ en date du 18 juillet 2006. Ce jour, le cours le plus bas de l'action N. _____ était de USD 0.0003. Le prix total de l'opération s'est ainsi élevé à USD 360'000.-, soit 2'000'000'000 x 0.0003 x 60 % (USD 0.00018.- par action compte tenu du rabais de 40%). Cette somme de USD 360'000.- a été débitée du compte de X. _____ en date du 28 juillet 2006.

m. En date du 19 juillet 2006, suite à l'avis du 5 juillet 2006, Z. _____ SA a adressé à X. _____ un nouvel avis selon lequel le *reverse split* annoncé le 5 juillet 2006 avait effectivement eu lieu, de sorte que ses 50'000'000 actions initiales avaient été regroupées en 2'500'000 nouveaux titres.

n. Par courrier du 3 août 2006, X. _____ a contesté l'opération du 28 juillet 2006, soit l'achat de titres N. _____ pour USD 360'000.- indiquant n'avoir jamais accepté de payer une telle somme pour l'acquisition de ces actions qui devaient, selon lui, faire l'objet d'une attribution gratuite.

Un échange de courriers entre les parties s'en est alors suivi courant août 2006, dans lesquels X. _____ alléguait que le manque de clarté des courriers d'Z. _____ SA l'avait amené à conclure cette transaction qu'il ne souhaitait pas. Z. _____ SA a nié toute responsabilité dans cet investissement dans la mesure où elle s'était contentée de transmettre les offres émanant de la société N. _____ concernant un placement instruit uniquement par le client.

o. Les positions de X. _____ étant débitrices au sein de la banque et ses comptes présentant un dépassement, Z. _____ SA lui a notifié un appel de marge (position de crédit en dépassement) les 4 et 14 août 2006, demande qui n'a pas été honorée par le client. En date du 16 août 2006, Z. _____ SA a alors réalisé les 2'500'000 actions N. _____ (correspondant à celles acquises initialement en mai 2006).

p. Par la suite, d'autres *reverse splits* (consolidation d'actions) furent décidés par la société N. _____, entraînant la réduction du nombre d'actions N. _____ détenues par X. _____ de 2'000'000'000 à 10'000'000, puis à 5'000 et enfin à une seule action.

q. En date du 3 juillet 2007, X. _____ a fait notifier un commandement de payer à Z. _____ SA pour les montants de 442'372 fr., contrevaletur de USD 360'000.- au 28 juin 2007, plus intérêts à 5% dès le 2 août 2006, et 40'000 fr. plus intérêts à 5% dès le 28 juin 2007. Z. _____ SA a fait opposition à cette poursuite.

r. X. _____ a également entrepris des démarches aux Etats-Unis afin de trouver une solution avec la société N. _____ et ses ayants droit économiques, C. _____ et D. _____, actionnaires majoritaires de la société. Les parties sont parvenues à un accord conclu en date du 2 août 2007, par lequel N. _____ s'engageait à réattribuer à X. _____ les 2'000'000'000 d'actions qu'il possédait avant les opérations de *reverse split*. N. _____ s'engageait également à lui payer la somme de USD 360'000.-, avec intérêts à 15% par année, ainsi que ses frais d'avocat, le tout avec un plafond de USD 500'000.-. Ce montant devait être payé prioritairement par le biais de la vente, par N. _____, des actions détenues par X. _____. Si le produit de cette vente ne suffisait pas à régler le montant dû, N. _____ s'engageait à payer la différence de ses propres deniers. D. _____, l'actionnaire majoritaire de N. _____, se portait en outre caution de la bonne exécution de cet accord.

s. Dans le cadre de cette transaction, N. _____ s'est acquittée d'une somme de USD 39'820.-. Selon le conseil américain de X. _____, ni N. _____ ni D. _____ ne semblent prêts à honorer les termes de cet accord. X. _____ a précisé que le montant total des honoraires versés à ses avocats américains s'élève à USD 48'521.60.-. Il a indiqué que la société N. _____ connaît aujourd'hui une situation financière désastreuse et ne représente plus aucune valeur.

- E.** En date du 14 mai 2008, X. _____ a introduit une demande en paiement auprès du Tribunal de première instance de Genève concluant à la condamnation de Z. _____ SA de lui payer la somme de 442'372 fr., contrevalueur en francs suisses de USD 360'000.- au taux de 1.22881 du 28 juin 2007, avec intérêts à 5% dès le 2 août 2006, et la somme de 9'113 fr. 80, contrevalueur en francs suisses de USD 48'521.60.- sous déduction de USD 39'820.-, au taux de 1.04737 du 14 mai 2008, avec intérêts à 5% dès le 14 mai 2008. Il a en outre sollicité la mainlevée définitive, à due concurrence, de l'opposition formée par Z. _____ SA au commandement de payer no 29809 notifié le 3 juillet 2007 ainsi que la condamnation de la banque aux dépens.

A l'appui de sa demande, X. _____ a exposé que Z. _____ SA avait violé son devoir d'information, fondé sur la relation contractuelle, subsidiairement sur le rapport de confiance créé, en ne l'informant pas sur les caractéristiques de cet investissement dont il n'avait pas compris les aspects dans des domaines relevant notamment du coût d'acquisition des actions N. _____, des possibilités de revente des titres ou de leur valeur potentielle.

- F.** Par mémoire réponse du 5 janvier 2009, Z. _____ SA a conclu au déboutement de X. _____, avec suite de dépens. Elle a indiqué que la relation entre les parties étant de type *execution only*, la banque devait se limiter à exécuter les ordres de placement donnés par X. _____ et n'était pas soumise à un devoir général d'information à l'égard de ce dernier. Par ailleurs, Z. _____ SA a souligné que X. _____ était un investisseur expérimenté ayant acquis de sa propre initiative des actions N. _____ sur un marché particulièrement risqué et volatile. Elle a en outre contesté l'existence du dommage allégué.
- G.** Suite à un incident de production de pièces, le Tribunal de première instance, par ordonnance du 25 août 2009, a ordonné à Z. _____ SA de produire les documents originaux reçus de la société N. _____ relatifs à la distribution gratuite d'options et à l'exercice de ces options, ayant donné lieu aux courriers adressés par la banque à X. _____ en date des 17 mai et 12 juillet 2006.
- H.** Entendu en comparution personnelle des parties, X. _____ a reconnu avoir acheté les titres N. _____ de sa propre initiative, en consultant le marché OTC sur Internet. Il ne s'est intéressé ni à l'historique, ni aux activités de cette société compte tenu du faible montant investi (USD 5'000.-).

X. _____ a reconnu avoir une certaine connaissance du marché OTC, bien que ne maîtrisant les émissions d'actions sur certificats d'option, et a confirmé avoir acheté des actions ACT Gateway Distributors Ltd sur le marché OTC, par le biais d'Internet.

- I. Entendu en qualité de témoin, le responsable de la relation B. _____ a indiqué avoir adressé à X. _____, après les formalités d'ouverture du compte, la brochure «*Risques particuliers dans le négoce de titres*». Il a précisé que X. _____ avait souhaité conclure un contrat e-banking et qu'il lui était apparu comme un homme expérimenté et maîtrisant le marché des options, notamment sur le Nasdaq. B. _____ a indiqué que le client donnait des instructions ciblées d'investissement, lui-même ne disposant d'aucun pouvoir d'initiative. A réception du formulaire de souscription des nouvelles actions N. _____, X. _____ n'ayant pas rempli le nombre d'actions qu'il souhaitait acquérir, B. _____ lui avait téléphoné et le client lui avait alors indiqué vouloir acquérir la totalité des actions N. _____ auxquelles pouvaient donner droit ses certificats d'option, ayant par la suite réitéré cette instruction.
- J. Par jugement du 11 mars 2010, le Tribunal de première instance a rejeté la réclamation de X. _____. Jugeant que l'activité de Z. _____ SA répondait à une activité *execution only*, le premier juge a retenu que la banque n'avait pas violé l'article 11 LBVM lié au devoir d'information du banquier ou du négociant en titres, que X. _____ connaissait les caractéristiques de l'investissement qu'il souhaitait réaliser et que la banque n'avait pas un devoir de le déconseiller d'effectuer cet investissement au regard de sa volatilité. Le Tribunal a nié également une responsabilité fondée sur la confiance dans la mesure où les rapports contractuels avaient été de courte durée avant les faits litigieux et limités à une simple exécution par la banque des ordres données par le client.
- K. Les arguments des parties seront repris dans la mesure utile.

EN DROIT

1. Aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (RS 272), les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision entreprise. S'agissant en l'espèce d'un appel dirigé contre un jugement notifié aux parties avant le 1^{er} janvier 2011, la présente cause est régie par l'ancien droit de procédure.
- 1.1 L'appel est recevable pour avoir été déposé selon la forme et dans le délai prescrits par la loi (art. 30 al. 1 lit. a LPC; art. 296 et 300 LPC). Le Tribunal ayant statué en premier ressort, la Cour revoit la cause avec plein pouvoir d'examen (art. 22, 24 LOJ; art. 291 LPC).

-
2. L'appelant invoque tout d'abord la violation d'une obligation de diligence découlant d'un contrat de conseil en placement conclu avec la banque. L'intimée conteste la conclusion d'un tel contrat.

2.1 Dans le domaine de la gestion de fortune au sens large du terme, il existe trois types de relations contractuelles entre la banque et son client :

- dans le cadre d'une activité *execution only*, la banque se limite à exécuter les opérations décidées par le client ou un tiers gérant;
- dans le cadre d'un *conseil en placement*, la banque recommande au client d'acheter ou de vendre des instruments financiers ou des valeurs mobilières, le client donnant lui-même finalement les ordres;
- dans le cadre d'un *mandat de gestion*, la banque décide des transactions à exécuter sur le compte du client et exécute elle-même ces opérations (LOMBARDINI, Responsabilité de la banque dans le domaine de la gestion de fortune : état de la jurisprudence et questions ouvertes in SJ 2008 II 415; Tribunal fédéral, arrêt du 23 juillet 2002, 4C.108/2002, c. 2a).

La jurisprudence reconnaît aujourd'hui qu'un conseil donné par une banque à son client peut être l'objet d'un contrat de conseil en placement et, dès lors, être directement source d'une responsabilité contractuelle (LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2^e éd., p. 790, no 7; SJ 2007 I 313; Tribunal fédéral, arrêt du 11 juin 2008, 4A.168/2008; arrêt du 29 mars 2006, 4C.394/2005; arrêt du 30 novembre 2006, 4C.295/2006). Des conseils ou avis donnés par la banque dans le cadre d'une opération d'investissement relèvent ainsi généralement d'un contrat de conseil en placement conclu par actes concluants et soumis aux règles du mandat (SJ 2007 I 313, 316). En particulier, la banque et son client sont liés par un contrat de conseil en placement lorsque (i) le client sollicite un conseil de la banque afin de décider s'il va ou non effectuer une transaction, et que la banque prodigue le conseil demandé tout en reconnaissant l'importance de celui-ci pour la décision que le client va prendre, (ii) la banque suggère de procéder ou de ne pas procéder de façon concrète à certaines opérations, en sachant que le client se fiera à son avis (LOMBARDINI, loc. cit., p. 791, no 9).

Selon la jurisprudence, la banque doit fournir à son client une information véridique et complète chaque fois que, dans un cas concret, le client souhaite information et conseil qui lui sont fournis par la banque professionnellement compétente. De plus, un devoir d'information marqué existe dans l'hypothèse où la banque recommande au client, même spontanément, certaines dispositions patrimoniales, en particulier des placements de capitaux (SJ 1999 I 205; SJ 2007 I 313, 316; Tribunal fédéral, arrêt du 21 février 2006, 4C.20/2005 consid. 4.2.3).

Il n'y a en revanche pas de contrat de conseil en placement lorsque le client instruit simplement la banque d'exécuter une opération qu'il a lui-même décidée ou lorsque le client et la banque se contentent d'échanger des avis généraux sur l'évolution des marchés ou de certains actifs (LOMBARDINI, loc. cit., p. 792 no 15).

2.2 On cherche en vain dans le dossier des indices permettant de retenir la conclusion, par actes nécessairement concluants, d'un contrat de conseil en placement portant sur l'investissement incriminé. Il ressort des débats que, dans la relation conclue avec l'appelant, l'intimée se limitait à exécuter les instructions données par son client, notamment par téléphone, étant précisé que ce dernier initiait également des opérations par le biais de la plateforme e-banking. Dans le cadre des instructions ciblées communiquées à la banque, l'appelant a, de sa propre initiative, décidé d'acquérir 50'000'000 actions N._____ en mai 2006, sans solliciter ou recevoir de conseils, avis ou recommandations de la banque relatifs à cet investissement. On ne saurait donc retenir la conclusion d'un contrat de conseil en placement portant sur l'acquisition d'actions N._____ instruite par le client.

Les communications que la banque a, par la suite, adressées à l'appelant en relation avec cet investissement s'inscrivaient dans l'exécution de l'obligation de diligence de la banque de transmettre à son client toute information ou offre reçue de N._____ liée, en l'espèce, à la structure de son capital. La banque s'est ainsi limitée à transmettre les informations reçues de la société américaine, en relation avec l'investissement décidé par le client, et la transmission de ces informations ne saurait faire naître la conclusion d'un contrat de conseil en placement. C'est ainsi à juste titre que le Tribunal a nié la conclusion d'un tel contrat et ce premier moyen de l'appelant sera rejeté.

- 3.** L'appelant soutient que, même si les relations avec la banque relèvent du mandat *execution only*, Z. _____ SA a violé ses obligations à son égard en ne l'informant pas de façon appropriée sur les risques de l'investissement entrepris.

3.1 Lorsque la banque agit dans le cadre d'une activité *execution only*, elle est liée au client par un contrat de commission au sens des art. 425ss CO. La banque doit alors exécuter les ordres reçus en respectant les instructions du client concernant le type de transaction et l'instrument financier concerné. Elle n'est pas autorisée à entreprendre des actes de gestion sans instructions de son client, et n'est pas non plus tenue de surveiller l'évolution du portefeuille de ce dernier, ni de lui formuler des recommandations (LOMBARDINI, Responsabilité de la banque dans le domaine de la gestion de fortune : état de la jurisprudence et questions ouvertes *in* SJ 2008 II 415).

La banque qui, sans être au bénéfice d'un mandat de gestion, s'engage uniquement à exécuter les instructions ponctuelles de son mandant n'est pas tenue à une sauvegarde générale des intérêts du mandant; la banque ne doit en principe renseigner son client que s'il le demande; l'étendue du devoir d'information se détermine d'après les connaissances et l'expérience du mandant, lequel n'a pas besoin d'être informé s'il connaît déjà les risques liés au placement qu'il opère; s'il apparaît qu'il n'a pas connaissance des risques qu'il court, la banque doit l'y rendre attentif (Jurisprudence civile en droit bancaire et financier 2007 et 2008 in Journée 2008 de droit bancaire et financier, 2009 p. 161; ATF 133 III 197 consid. 7.7.1; ATF 133 III 377 consid. 4.4.1; ATF 119 II 333 consid. 5a et les références citées; SJ 1999 I 205 consid. 3b; Tribunal Fédéral, arrêt du 2 avril 2007, 4C.385/2006 consid. 2.1). Dans cette situation, le devoir d'information n'existe que dans des situations exceptionnelles, soit lorsque la banque, en faisant preuve de l'attention requise, a reconnu ou dû reconnaître que le client n'a pas identifié un danger lié au placement, soit qu'un rapport particulier de confiance s'est développé dans le cadre d'une relation d'affaires durable entre le client et la banque, en vertu duquel le client peut, sur la base de la bonne foi, attendre conseil et mise en garde même s'il ne formule pas de demande en ce sens (TF arrêt du 2 avril 2007, 4C.385/206 consid. 2.2 et les références citées; SJ 2000 II 274 consid. 4a; SJ 1999 I 205 consid. 3b).

3.2 Les devoirs d'information et de conseil de la banque sont des notions à géométrie variable dont le Tribunal fédéral a été appelé à préciser les contours à diverses reprises ces dernières années (ATF 133 III 97, 102 consid. 7 = SJ 2007 I 252; 119 II 33 consid. 5 et 7; SJ 1999 I 205 consid. 3; SJ 2007 313 consid. 3.2 et 3.3). Il résulte de cette jurisprudence que l'objet et l'étendue du devoir d'information dépendent de la nature des prestations fournies par la banque et des circonstances du cas, notamment de l'expérience et des connaissances de son client. Ce devoir d'information résulte des obligations de diligence et de fidélité ancrées dans les règles du mandat (art. 398 al. 2 CO), du principe de la confiance (art. 2 CC), ou encore de l'art. 11 de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM).

Sous le titre «*Règles de conduite*», l'art. 11 al. 1 LBVM prévoit que le négociant en valeurs mobilières a, envers ses clients, (i) un devoir d'information (il les informe en particulier sur les risques liés à un type de transaction donnée), (ii) un devoir de diligence (il assure en particulier la meilleure exécution possible de leurs ordres et veille à ce qu'ils puissent la reconstituer) et (iii) un devoir de loyauté (il veille en particulier à ce qu'ils ne soient pas lésés en raison d'éventuels conflits d'intérêts). Dans l'accomplissement de ces devoirs, il sera tenu compte de l'expérience des clients et de l'état de leurs connaissances dans les domaines concernés (art. 11 al. 2 LBVM). Le Tribunal fédéral a précisé la portée de l'article 11 LBVM (ATF 133 III 97, 100; SJ 2007 I 313, 315) en indiquant que, s'agissant

du contenu de l'information, l'art. 11 al. 1 lit. a LBVM oblige le négociant à informer les clients des risques liés à un type de transaction donnée. L'information doit ainsi porter sur la structure du risque propre à certains types de transaction, et non sur les risques spécifiques liés à une transaction concrète portant sur une valeur mobilière (ATF 133 II 97, consid. 5.3 et les réf. cités; SJ 2007 I 313, 315; cf. article 3 al. 3 des Règles de conduite pour les négociants en valeurs mobilières applicables pour l'exécution d'opérations sur titres, Directives de l'Association Suisse des Banquiers du 22 janvier 1997). En tous les cas, la banque doit tenir compte de l'expérience et des connaissances de son client, comme le précise l'art. 11 al. 2 LBVM.

3.3 La Cour relève tout d'abord qu'Z. _____ SA n'avait aucun devoir de mettre en garde l'appelant sur l'acquisition d'actions N. _____ à laquelle ce dernier a souhaité procéder le 16 mai 2006, ce que l'appelant ne tente d'ailleurs pas d'alléguer. Le client investissait régulièrement en bourse depuis 30 ou 40 ans et connaissait le marché OTC, puisqu'il avait déjà procédé à des opérations sur ce marché, notamment en achetant des actions ACT GATEWAY DISTRIBUTORS LTD. Le 16 mai 2006, l'appelant a ainsi acquis 50'000'000 actions N. _____, de sa propre initiative, par le biais de la plateforme e-banking, démontrant qu'il n'avait pas besoin des informations et conseils de la banque au regard de cet investissement.

3.4 Le client reproche en réalité à la banque une défaillance d'information concernant la procédure d'acquisition des certificats d'option et de souscription des nouvelles actions N. _____. Il soutient que les communications transmises par la banque concernant ces opérations de restructuration du capital avaient un contenu abscons et mettaient en œuvre des mécanismes qu'il ne maîtrisait pas, ce qui obligeait la banque à le renseigner sur les risques qu'il pouvait encourir.

3.4.1 La communication transmise par la banque à l'appelant le 17 mai 2006 présente un contenu clair. Il est précisé que chaque action N. _____ donne droit gratuitement à un certificat d'option N. _____ qui, s'il est exercé dans un délai déterminé, donne le droit d'acquérir 40 actions ordinaires N. _____ au cours du marché avec une réduction de 40%. Ainsi, si l'option consentie aux actionnaires de N. _____ se faisait gratuitement, l'exercice de cette option, permettant l'acquisition de nouvelles actions de la société, s'effectuait à un prix déterminé dans l'offre. Le texte de la communication du 17 mai 2006 était ainsi clair, même pour un profane, et on ne voit pas l'interprétation différente que pouvait en donner son destinataire. Entendu en audience de comparution personnelle, l'appelant a indiqué qu'il pensait que la souscription d'actions nouvelles s'effectuerait de façon gratuite, considérant qu'il s'agissait d'une sorte de bonus donné par la société. Une telle interprétation est contraire au texte clair de la communication du 17 mai 2006 qui fait état d'un prix d'exercice de l'option concédée (gratuitement)

aux actionnaires de N._____ et précise sans ambiguïté que, dans l'hypothèse où le bénéficiaire de l'option souhaiterait exercer cette dernière, cet exercice doit être effectué à un prix déterminé.

3.4.2 La communication adressée par la banque à l'appelant le 12 juillet 2006 présente également un contenu clair. La communication se réfère aux options concédés aux actionnaires de N._____ (ayant favorablement répondu à l'offre du 17 mai 2006) et précise que les certificats d'option ainsi souscrits arriveront à échéance le 25 juillet 2006. Les conditions d'exercice de ces certificats d'option sont clairement définies dans la communication («*Les conditions d'exercice sont fixées comme suit : ...*»). Il est notamment précisé qu'un certificat d'option donne le droit d'acquérir 40 actions N._____ (conformément à l'offre du 17 mai 2006) qui resteront bloquées pendant une année. En cas d'exercice, le prix d'acquisition de ces actions N._____ s'effectue au «*cours demandé en bourse à la date de dénouement*» accompagné d'un rabais de 40% par action. Là également, le texte de l'offre est très clair et on ne voit pas l'interprétation différente que pouvait en donner son destinataire. En particulier, le prix d'exercice des options, déjà communiqué dans l'offre du 17 mai 2006, est réitéré dans l'offre du 12 juillet 2006 qui précise que, en cas d'exercice de l'option, l'acquisition des titres s'effectuera à un prix déterminé (cours de bourse accompagné d'un rabais de 40%). La Cour ne peut donc suivre l'appelant lorsqu'il soutient que l'acquisition des nouvelles actions, consécutive à l'exercice du droit d'option, devait s'effectuer de façon gratuite. L'appelant a ainsi instruit la banque, le 18 juillet 2006, d'acquérir le nombre d'actions N._____ que lui permettait de souscrire le certificat d'option remis suite à l'offre du 17 mai 2006, soit 40 nouvelles actions N._____ pour un certificat d'actions. C'est ainsi 2'000'000'000 actions N._____ qui ont été souscrites compte tenu de 50'000'000 certificats d'actions que le client avait souhaité recevoir gratuitement. L'acquisition de ces 2'000'000'000 actions N._____ s'est effectuée au prix d'exercice indiqué dans les offres des 17 mai 2006 et 12 juillet 2006, soit au cours du jour, avec un rabais de 40%. Cette acquisition s'est ainsi effectuée au prix de USD 360'000.- (2'000'000'000 X 0,0003 X 60 %).

3.4.3 Les communications de la banque relatives à la consolidation d'actions (reverse split), adressées au client les 5 et 19 juillet 2006, ont également un contenu clair. L'avis du 5 juillet 2006 annonce un prochain regroupement d'actions qui est devenu effectif le 19 juillet 2006.

La communication adressée par la banque au client le 19 juillet 2006 est également claire. Elle se réfère à un «*reverse split*» dans une proportion de 20 :1 et précise que les 50'000'000 actions N._____ initialement acquises par X. _____ sont transformées («*en vertu et au lieu de*») en 2'500'000 actions N._____.

3.4.4 Ainsi, les textes des communications des 17 mai, 5, 12 et 19 juillet 2006 étaient clairs quant à leur contenu, même pour un profane, avec un libellé formulé de façon suffisamment concise et claire pour être compris sans effort de la part du destinataire. On conçoit dès lors mal les informations complémentaires que la banque aurait dû donner à son client sur cet investissement qu'il avait souhaité effectuer de son propre chef. Compte tenu du comportement de l'appelant, de ses interventions régulières sur le marché boursier, de son expérience dans les opérations qu'il initiait sans assistance et conseil, la banque ne disposait d'aucun indice lui permettant de considérer que le client n'avait pas compris une opération de souscription de nouvelles actions énoncée clairement dans la communication relative à cette opération. La banque ne pouvait évidemment fixer à l'avance le coût de cette opération pour son client, puisque ce coût dépendait à la fois du nombre d'options que souhaitait exercer l'appelant, ainsi que du cours de l'action au jour de cet exercice. Le prix était toutefois déterminé de façon précise, puisqu'il était retenu que les nouvelles actions N._____, souscrites en cas d'exercice de l'option, étaient acquises au cours du jour avec une réduction de 40%. On ne conçoit pas que l'appelant, qui intervenait sur le marché boursier depuis 30 ou 40 ans et connaissait le marché OTC, n'ait pas prêté attention au texte clair de ces communications pour avoir cru faussement que l'acquisition des nouvelles actions N._____ s'effectuerait de façon gratuite. Un tel comportement n'est certainement pas imputable à la banque, qui n'est pas en mesure de vérifier si ses clients prennent ou non le temps de lire les informations qui leur sont envoyées et cela d'autant moins que les informations en question tenaient sur quelques lignes et étaient formulées de façon claire dans les communications adressées au client.

L'appelant ne peut donc invoquer à l'encontre de la banque la violation d'un devoir d'information lié à l'investissement décidé par le client.

3.5 Au rang des griefs formulés à l'encontre de la banque, le client lui reproche de ne pas l'avoir déconseillé d'acquérir un nombre important d'actions N._____ au vu du type de société et de la nature volatile et risquée de ce genre d'investissement. Ce grief est sans consistance.

Il a été rappelé que, s'agissant de son contenu, l'information doit porter sur la structure de risque propre à certains types de transactions et non sur les risques spécifiques à une transaction concrète portant sur une valeur mobilière (ATF 133 III 100 consid. 5.3 et les références citées; SJ 2007 I 313, 315).

En l'espèce, la banque n'avait pas à renseigner l'appelant sur les risques liés à une opération d'acquisition sur le marché OTC compte tenu de l'expérience reconnue du client. Les débats ont démontré que l'appelant effectuait des opérations d'investissement depuis 30 ou 40 ans sur la bourse et qu'il n'avait jamais mandaté, dans le cadre de ces investissements, de gestionnaire ou de conseiller.

L'opération de l'acquisition N. _____ n'était en outre pas la seule transaction opérée par l'appelant sur le marché OTC et il existait suffisamment d'informations publiquement disponibles permettant au client de réaliser qu'il s'agissait d'un investissement risqué. De plus, l'article 11 LBVM ne contraint pas la banque à informer le client sur l'évolution du titre concerné. Cette disposition peut certes fonder une obligation de renseignement répété lorsqu'au cours d'une relation le client entreprend de nouvelles opérations présentant une structure de risque différente (URS ROTH, Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Zurich 2000, no 90, ad art. 11 LBVM). En revanche, comme cela a été indiqué, l'art. 11 LBVM ne s'applique pas aux risques liés à une opération spécifique portant sur un titre individuel. Il n'oblige pas non plus le négociant en valeurs mobilières à suivre l'évolution de tous les titres qu'il détient en dépôt pour en informer leur détenteur respectif. D'une manière générale, on ne saurait raisonnablement attendre d'une banque, en sa seule qualité de dépositaire, qu'elle surveille tous les titres de l'ensemble de ses clients et émette, le cas échéant, des recommandations de vente ou d'achat (Tribunal fédéral, arrêt du 21 février 2007 dans la cause 4C.205/2006 consid. 3.5.2). C'est donc à tort que l'appelant soutient que la banque devait le renseigner sur l'évolution du titre N. _____ et, partant, lui déconseiller de souscrire les nouvelles actions N. _____.

4. L'appelant entend également fonder sa demande d'indemnisation par la mise en œuvre de la responsabilité de Z. _____ SA fondée sur la confiance.

4.1 La jurisprudence a dégagé une source de responsabilité sui generis, fondée sur la confiance (ATF 120 II 331; ATF 121 III 350; ATF 124 III 297; SJ 1999 I 113; SJ 1999 I 205; WERRO, Code des Obligations I, Commentaire Romand, 2003, nos 64 à 66 ad. art. 41 CO; MORIN, Définition de la responsabilité fondée sur la confiance au regard de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, SJ 2000 II 161 et ss).

La jurisprudence a mis l'accent sur le caractère strict des conditions de la responsabilité fondée sur la confiance. Cette responsabilité suppose que, dans son comportement, le responsable ait suscité chez un tiers un espoir légitime qu'il a ensuite déçu de manière contraire à la bonne foi. Elle exige dans tous les cas une relation particulière (Sonderverbindung), soit un rapport spécial de confiance et de fidélité. En outre, il faut qu'en raison du comportement du responsable, qui doit être propre à éveiller des attentes suffisamment concrètes et déterminées du lésé, ce dernier ait pris des dispositions qui lui sont préjudiciables.

4.2 A juste titre, le premier juge a considéré qu'un rapport spécial de confiance ne pouvait s'être noué entre la banque et son client. Les relations contractuelles ne présentaient aucune intensité puisqu'elles s'inscrivaient dans une relation «*execution only*» dans laquelle le client ne sollicitait pas les conseils de la banque et donnait lui-même des instructions ciblées, intervenant fréquemment par le biais

de son ordinateur et du programme e-banking. Le rapport spécial de confiance ne peut également naître de la durée de la relation puisque cette dernière a été ouverte en novembre 2004 et que les faits litigieux se sont produits entre mai et juillet 2006. Faute d'établir une «Sonderverbindung», l'appelant ne peut invoquer ce chef de responsabilité.

5. Le jugement entrepris sera intégralement confirmé avec suite de dépens.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par X. _____ contre le jugement JTPI/2625/2010 rendu le 11 mars 2010 par le Tribunal de première instance dans la cause C/10708/2008-19.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Condamne X. _____ aux dépens d'appel, lesquels comprennent une indemnité de procédure de 10'000 fr. valant participation aux honoraires d'avocat de Z. _____ SA.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur François CHAIX, président; Monsieur Jean RUFFIEUX, juge; Monsieur Guy STANISLAS, juge suppléant; Madame Carmen FRAGA, greffière.

Le président :

François CHAIX

La greffière :

Carmen FRAGA

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.