



**4A\_610/2017**

**Arrêt du 29 mai 2018**

**Ire Cour de droit civil**

Composition

Mmes les Juges fédérales  
Kiss, Présidente, Klett et Hohl.  
Greffière : Mme Schmidt.

Participants à la procédure

X. \_\_\_\_\_,  
représenté par Me Eric Hess,  
recourant,

*contre*

Z. \_\_\_\_\_,  
représenté par Me Alexandre Troller,  
intimé.

Objet

autorisation d'utiliser un accès à une plateforme financière, obligations contractuelles et responsabilité contractuelle (art. 97 al. 1 CO);

recours contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre civile, du 26 septembre 2017 (C/26925/2013, ACJC/1225/2017).

**Faits :**

**A.**

**A.a.** Z. \_\_\_\_\_ (ci-après: le demandeur) est un courtier indépendant en valeurs mobilières, domicilié à St-Julians (Malte).

Z. \_\_\_\_\_ est au bénéfice d'une convention du 17 juillet 2012 ( *clearing agreement*) avec A. \_\_\_\_\_ N.V. (ci-après: A. \_\_\_\_\_; société étrangère active dans le négoce de valeurs mobilières, dont le siège est à Amsterdam et qui a une représentation à Genève) qui lui permet d'utiliser l'accès de A. \_\_\_\_\_ à la plateforme U. \_\_\_\_\_ pour l'achat et la vente de valeurs mobilières auprès de contreparties de A. \_\_\_\_\_.

A. \_\_\_\_\_ a pour contrepartie la banque B. \_\_\_\_\_, à laquelle elle est liée par un *customer agreement* (art. 105 al. 2 LTF).

La plateforme informatique U. \_\_\_\_\_ permet aux professionnels financiers de surveiller et analyser les transferts de données en temps réel des marchés financiers et des places financières. Elle permet d'acheter et de vendre des titres. Le système " Voice confirmation blotter " (ci-après: VCON) permet de confirmer une transaction en réduisant les risques et les erreurs qui pourraient survenir au travers d'une conversation téléphonique. Le VCON fournit également une plateforme informatique pour acheter et vendre des titres permettant d'exécuter des transactions avec précision.

Pour chaque transaction que Z.\_\_\_\_\_ effectue en utilisant l'accès de A.\_\_\_\_\_ à la plateforme U.\_\_\_\_\_, il perçoit un pourcentage du revenu engendré. Selon l'art. 1.9 de cette convention, il est en revanche uniquement et exclusivement responsable pour toutes les pertes, dettes, dommages, coûts ou dépenses subis ou encourus par A.\_\_\_\_\_, qui découlent ou résultent des transactions effectuées par lui auprès des contreparties ( *counterparties*) par le biais de l'accès à la plateforme U.\_\_\_\_\_.

**A.b.** A la fin de l'année 2012, Z.\_\_\_\_\_ et X.\_\_\_\_\_, domicilié à Freienbach (Schwyz), qui est gérant de fortune et qui est devenu directeur de la société C.\_\_\_\_\_ SA (société active dans la gestion de fortune, sise à...) le 1er avril 2013, ont convenu de collaborer, sans conclure de contrat écrit: le second devait effectuer des transactions pour le premier au travers de l'accès de celui-ci à la plateforme U.\_\_\_\_\_.

Il a été retenu que le premier a mis à disposition du second son compte clearing et son login auprès de la plateforme U.\_\_\_\_\_, qu'il détenait en vertu de la convention ( *clearing agreement*) conclue avec A.\_\_\_\_\_.

Il a été retenu que X.\_\_\_\_\_ devait demander à Z.\_\_\_\_\_ son autorisation avant de passer toute transaction, ce que celui-là conteste en procédure.

**A.c.** Le 23 juillet 2013, X.\_\_\_\_\_ a pris une position (engagement d'acheter un titre) auprès de la banque B.\_\_\_\_\_ (contrepartie de A.\_\_\_\_\_) (ci-après: la banque) pour un montant de 10'000'000 euros en utilisant l'accès à la plateforme U.\_\_\_\_\_ appartenant à Z.\_\_\_\_\_, sans requérir préalablement d'autorisation, ni de ce dernier, ni de A.\_\_\_\_\_. Le trader de la banque avec lequel il a traité l'a invité à accepter son VCON à la fin de la discussion.

Selon X.\_\_\_\_\_, le 23 juillet 2013, Z.\_\_\_\_\_ n'était pas atteignable et celui-ci lui aurait donné oralement un accord préalable lui permettant d'effectuer toutes les opérations qu'il souhaitait, ce qui est contesté.

X.\_\_\_\_\_ n'a pas confirmé l'opération du 23 juillet 2013.

Par courriel du 26 juillet 2013, le trader de la banque a demandé à X.\_\_\_\_\_ de confirmer qu'il ne confirmait pas (" confirm you don't confirm ") l'ordre passé et d'en expliquer les raisons. Ce courriel a été envoyé en copie à diverses personnes auprès de A.\_\_\_\_\_, ainsi qu'à Z.\_\_\_\_\_.

X.\_\_\_\_\_ n'a pas répondu à ce courriel.

Par courriel du même jour, envoyé à plusieurs personnes auprès de A.\_\_\_\_\_, ainsi qu'à X.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_, le trader de la banque a indiqué que A.\_\_\_\_\_ n'avait pas donné d'instructions quant à la position prise le 23 juillet 2013 par X.\_\_\_\_\_ et les invitait à répondre le plus rapidement possible.

Par courrier du 30 juillet 2013, la banque a informé A.\_\_\_\_\_ de ce que la transaction litigieuse n'avait pas été dénoncée dans le délai imparti au 26 juillet 2013 et que la renonciation à celle-ci constituait un cas de violation de l'art. 9.1 du *customer agreement* liant A.\_\_\_\_\_ et la banque. Ayant dû procéder elle-même à la transaction le 26 juillet 2013, la banque se réservait le droit de lui réclamer les dommages-intérêts qu'elle avait subis. Elle a chiffré son dommage à 100'459,60 euros (différence entre le prix d'achat accepté par le défendeur et le prix du marché au jour de la transaction par la banque) et a imparti à A.\_\_\_\_\_ un délai de sept jours pour lui verser ce montant.

A.\_\_\_\_\_ a versé le montant réclamé par la banque.

Z.\_\_\_\_\_, auquel A.\_\_\_\_\_ a réclamé le remboursement de ce montant, s'est exécuté, ne voulant pas perdre son accès à la plateforme U.\_\_\_\_\_.

Il a été retenu, sur la base de sms échangés entre le 27 juillet et le 2 octobre 2013, que X.\_\_\_\_\_ a passé trois transactions avec la banque, dont deux qu'il avait confirmées, la troisième étant la transaction litigieuse non acceptée. X.\_\_\_\_\_ a essayé de trouver une solution pour réunir la somme que lui réclamait Z.\_\_\_\_\_.

**A.d.** Le 31 octobre 2013, sur réquisition de Z.\_\_\_\_\_, un commandement de payer le montant de 124'081 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 12 septembre 2013 a été notifié à X.\_\_\_\_\_. Celui-ci a formé opposition.

## **B.**

**B.a.** Par requête de conciliation du 17 décembre 2013, Z.\_\_\_\_\_ a ouvert une action en paiement contre X.\_\_\_\_\_. La conciliation ayant échoué, le défendeur ne s'étant pas présenté, une autorisation de procéder a été délivrée au requérant le 24 février 2014.

Le 24 mars 2014, Z.\_\_\_\_\_ a déposé sa demande en paiement contre X.\_\_\_\_\_ devant le Tribunal de première instance de Genève. Il a conclu à ce que celui-ci soit condamné à lui payer la

somme de 100'459,60 euros avec intérêts à 5% l'an dès le 12 septembre 2013 et que la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer soit ordonnée.

Selon lui, les parties étaient liées par un contrat de prêt à usage ou un bail à ferme, puisqu'il avait cédé à X. \_\_\_\_\_ l'usage et la jouissance de son droit d'accès (à la plateforme U. \_\_\_\_\_), à la condition que celui-ci lui demande son autorisation avant chaque transaction. X. \_\_\_\_\_ avait ainsi violé cet accord en procédant à la transaction litigieuse du 23 juillet 2013 sans lui demander son autorisation, de sorte qu'il était responsable du dommage subi. Comme la mise à disposition de l'accès avait eu lieu à Genève, dans les bureaux de A. \_\_\_\_\_, le for se trouvait à Genève.

**B.b.** Le défendeur a conclu à l'irrecevabilité de la demande, le for se trouvant à son domicile, à Freienbach (canton de Schwyz). Subsidiairement, il a conclu à son rejet. Selon lui, les parties étaient liées par un contrat de société simple, lequel portait sur l'utilisation de la plateforme et sur le partage des gains résultant des opérations de négoce effectuées. Il a notamment soutenu que l'opération avait été faite par le login de la société C. \_\_\_\_\_ SA, que l'opération consistait en des négociations préalables et que, puisqu'il n'a pas confirmé la position prise par lui, il n'était pas lié.

**B.c.** Dans un premier temps, la procédure a été limitée à la question de la compétence *ratione loci* du Tribunal de première instance de Genève. Par jugement du 9 janvier 2015, le tribunal s'est déclaré compétent à raison du lieu, compétence qui a été confirmée sur appel du défendeur par arrêt de la Cour de justice du 11 septembre 2015, puis par le Tribunal fédéral le 3 mai 2016 (arrêt 4A\_573/2015).

**B.d.** Reprenant l'instruction de la cause, le Tribunal de première instance a, par jugement du 20 janvier 2017, condamné le défendeur à payer au demandeur le montant de 100'459,60 euros avec intérêts à 5% l'an dès le 12 septembre 2013 et a prononcé la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer le montant de 124'081 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 12 septembre 2013 (poursuite n° xxx).

Statuant sur l'appel du défendeur le 26 septembre 2017, la Chambre civile de la Cour de justice l'a rejeté et a confirmé le jugement attaqué.

### **C.**

Contre cet arrêt, qui lui a été notifié le 18 octobre 2017, le défendeur a interjeté un recours en matière civile le 17 novembre 2017, concluant à sa réforme en ce sens, principalement, que la demande est rejetée, subsidiairement, pour le cas où il serait jugé que les parties sont liées par un contrat de société simple, qu'il soit condamné à payer le montant de 50'229,80 euros pour solde de tout compte; plus subsidiairement, il conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de la cause à la cour cantonale.

Il invoque la violation de l'art. 8 CC, de l'art. 97 CO et de l'art. 9 Cst.

L'intimé conclut au rejet du recours et à la confirmation de l'arrêt attaqué.

La cour cantonale se réfère aux considérants de son arrêt.

Les parties ont encore déposé chacune des observations.

L'effet suspensif a été attribué au recours par ordonnance présidentielle du 17 janvier 2018.

### **Considérant en droit :**

#### **1.**

Interjeté en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) par le défendeur qui a succombé dans ses conclusions libératoires (art. 76 al. 1 LTF) et dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF) prise sur appel par le tribunal supérieur du canton (art. 75 LTF) dans le cadre d'une action en responsabilité contractuelle, subsidiairement en partage des pertes d'une société simple, dont la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 fr. (art. 72 al. 1 et 74 al. 1 let. b LTF), le recours en matière civile est recevable au regard de ces dispositions.

#### **2.**

**2.1.** Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été établis de façon manifestement inexacte - ce qui correspond à la notion d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 137 I 58 consid. 4.1.2; 137 II 353 consid. 5.1) - ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

Le Tribunal fédéral se montre réservé en matière de constatations de fait et d'appréciation des preuves, vu le large pouvoir qu'il reconnaît en ce domaine aux autorités cantonales (ATF 120 la 31 consid. 4b; 104 la 381 consid. 9 et les références). Il n'intervient, du chef de l'art. 9 Cst., que si le juge du fait n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans raisons objectives de tenir compte des preuves pertinentes ou a effectué, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables (ATF 137 III 226 consid. 4.2; 136 III 552 consid. 4.2; 134 V 53 consid. 4.3; 133 II 249 consid. 1.4.3; 129 I 8 consid. 2.1).

La critique de l'état de fait retenu est soumise au principe strict de l'allégation énoncé par l'art. 106 al. 2 LTF (ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266 et les références). La partie qui entend attaquer les faits constatés par l'autorité précédente doit expliquer clairement et de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées (ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 p. 18 et les références). Si la critique ne satisfait pas à ces exigences, les allégations relatives à un état de fait qui s'écarterait de celui de la décision attaquée ne pourront pas être prises en considération (ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 p. 18). Les critiques de nature appellatoires sont irrecevables (ATF 130 I 258 consid. 1.3 p. 261 s.).

**2.2.** Sous réserve de la violation des droits constitutionnels (art. 106 al. 2 LTF), le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Il n'est toutefois lié ni par les motifs invoqués par les parties, ni par l'argumentation juridique retenue par l'autorité cantonale; il peut donc admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (ATF 135 III 397 consid. 1.4 et l'arrêt cité).

### **3.**

Les parties ne contestent pas qu'elles ont conclu un accord oral concernant l'utilisation par le défendeur de l'accès appartenant au demandeur à la plateforme U.\_\_\_\_\_.

En l'espèce, la cour cantonale a estimé qu'il n'est pas nécessaire de qualifier juridiquement le contrat pour se prononcer sur la question de savoir si le défendeur a violé ses obligations contractuelles. Ce point n'est à juste titre pas remis en cause (cf. Tercier/Bieri/Carron, Les contrats spéciaux, 5e éd. 2016, n. 254 ss; Bernard Corboz, La réception du contrat par le juge: la qualification, l'interprétation et le complètement, in Le contrat dans tous ses états, 2004, p. 270).

### **4.**

Les parties divergent quant au contenu de leur accord oral.

**4.1.** Aux termes de l'art. 18 al. 1 CO, pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la véritable nature de la convention.

Pour déterminer le contenu d'une clause contractuelle, le juge doit donc rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices. Constituent des indices en ce sens non seulement la teneur des déclarations de volonté - écrites ou orales -, mais encore le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté réelle des parties, qu'il s'agisse de déclarations antérieures à la conclusion du contrat ou de faits postérieurs à celle-ci, en particulier le comportement ultérieur des parties établissant quelles étaient à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes (arrêt 4A\_635/2016 du 22 janvier 2018 consid. 5.2, destiné à la publication; ATF 132 III 268 consid. 2.3.2, 626 consid. 3.1 p. 632; 131 III 606 consid. 4.1).

L'appréciation de ces indices concrets par le juge, selon son expérience générale de la vie, relève du fait. Si le juge parvient à la conclusion que les parties se sont comprises ou, au contraire, qu'elles ne se sont pas comprises, il s'agit de constatations de fait qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), à moins qu'elles ne soient manifestement inexactes (art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF), c'est-à-dire arbitraires au sens de l'art. 9 Cst. (arrêts 4A\_635/2016 déjà cité consid. 5.2; 4A\_262/2017 du 17 janvier 2018 consid. 4.2; 4A\_508/2016 du 16 juin 2017 consid. 6.2 et les arrêts cités; 4A\_98/2016 du 22 août 2016 consid. 5.1).

Il n'y a pas place ici pour une application de la règle sur le fardeau de la preuve de l'art. 8 CC, car si le juge ne parvient pas à déterminer la volonté réelle et commune des parties - parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes - ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat - ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves -, il doit recourir à l'interprétation normative (ou objective), à savoir rechercher leur volonté objective, en déterminant le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune d'elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre (principe de la confiance; arrêts 4A\_635/2016 déjà cité consid. 5.2; 4A\_262/2017 déjà cité consid. 4.2; 4A\_508/2016 déjà cité consid. 6.2 et les arrêts cités;

4A\_98/2016 déjà cité consid. 5.1; sur l'interprétation selon le principe de la confiance, cf. ATF 130 III 417 consid. 3.2 p. 424 et les arrêts cités).

L'art. 8 CC ne joue de rôle que dans l'établissement des circonstances concrètes nécessaires pour l'interprétation de la volonté des parties (subjective ou objective) (arrêt 4A\_635/2016 déjà cité consid. 5.1.1).

**4.2.** Tout d'abord, la cour cantonale a retenu, par interprétation de la volonté subjective des parties, que celles-ci ont convenu que le défendeur était tenu de demander l'autorisation du demandeur avant d'effectuer des opérations par le biais de l'accès de celui-ci à la plateforme U.\_\_\_\_\_, que le défendeur avait bien compris que l'accord préalable du demandeur était nécessaire pour chaque opération.

**4.2.1.** Elle est parvenue à cette appréciation en se basant sur cinq éléments:

Elle a considéré que, premièrement, les déclarations du demandeur ont été constantes - dans le sens de la nécessité d'une autorisation préalable de sa part pour chaque opération -; que, deuxièmement, les déclarations du défendeur sont contradictoires, puisqu'il a d'abord déclaré que toutes les opérations qu'il avait effectuées avaient été autorisées, car il avait agi sur instruction du demandeur, et, ensuite, que le demandeur lui avait donné un accord préalable l'autorisant à effectuer toutes les transactions qu'il souhaitait, sans requérir d'autorisation au cas par cas; que, troisièmement, il ne peut être raisonnablement retenu que le demandeur a pris le risque de laisser le défendeur effectuer toutes les opérations qu'il souhaitait alors qu'il engageait sa responsabilité envers A.\_\_\_\_\_ en cas d'erreur de celui-ci; que, quatrièmement, si le défendeur a dit qu'au moment de prendre la position litigieuse, le demandeur était inatteignable, c'est bien qu'il cherchait à joindre celui-ci pour requérir son autorisation avant de passer cet ordre; que, cinquièmement, il ressort des sms échangés que le défendeur a tenté de réunir des fonds pour rembourser le dommage du demandeur et lui a proposé de travailler pour lui afin de le rembourser, ce qui démontre qu'il était conscient d'avoir violé ses engagements envers lui.

**4.2.2.** Le recourant, qui invoque la violation de l'art. 8 CC sur le fardeau de la preuve, méconnaît que si la cour cantonale est parvenue à déterminer la volonté réelle des parties, il ne saurait être question d'échec de la preuve - et donc d'application de la règle sur le fardeau de la preuve - et que si la cour cantonale n'y était pas parvenue, le juge devrait rechercher la volonté objective, et non pas mettre le fardeau de la preuve de l'échec de la volonté réelle à la charge du demandeur; la règle du fardeau de la preuve de l'art. 8 CC ne concerne que les faits qui doivent servir de base à l'interprétation (subjective ou objective). Dès lors que la cour cantonale est parvenue à un résultat par appréciation des preuves, la question du fardeau de la preuve (art. 8 CC), ne se pose pas.

Le recourant semble également ignorer que le degré de la preuve en matière d'interprétation subjective du contenu d'un contrat est la certitude, le juge devant être convaincu avec certitude de la volonté des parties par appréciation des preuves (art. 157 CPC). Il méconnaît que la preuve peut être apportée par tous les moyens de preuve (art. 168 al. 1 CPC), et non seulement par pièce (i.e. par titre). Ses griefs de violation de l'art. 8 CC doivent donc être rejetés.

Enfin, le recourant méconnaît que le seul grief (recevable) qu'il peut soulever quant à la détermination de la volonté subjective des parties est l'appréciation arbitraire des preuves, qu'il doit satisfaire à cet égard aux exigences de l'art. 106 al. 2 LTF et que le Tribunal fédéral n'intervient que si l'appréciation de la cour cantonale est arbitraire (art. 97 al. 1 LTF et 9 Cst.). Or, à cet égard, le recourant ne démontre nullement en quoi l'appréciation de la cour cantonale serait arbitraire. Il se limite en effet, à soutenir que ses déclarations n'étaient pas contradictoires (ce qui est pourtant le cas puisqu'il a affirmé d'abord que toutes ses transactions avaient été autorisées et ensuite qu'elles avaient été passées sur la base d'une autorisation générale préalable), que la cour cantonale a préféré croire sa partie adverse, sans se prononcer sur sa crédibilité à lui (alors pourtant qu'elle a constaté qu'il avait changé sa version des faits) et que la cour s'était à tort attachée au fait que le demandeur était inatteignable au moment de cette transaction et que lui-même avait postérieurement tenté de réunir la somme réclamée par le défendeur. Ses critiques, appellatoires, sont irrecevables.

En tant qu'il relève que le défendeur n'a pas offert l'audition d'un seul témoin, n'a pas produit un seul courrier ou courriel de demande d'autorisation, que la cour ne s'est pas posée la question de la crédibilité des autorisations données par téléphone et que le demandeur a varié sur la question de la gratuité du contrat, le recourant ne démontre aucun arbitraire.

**4.2.3.** En conclusion, il faut retenir en fait, avec la cour cantonale, que les parties étaient convenues que le défendeur devait demander au demandeur son autorisation avant d'effectuer toute opération par le biais de l'accès de celui-ci à la plateforme U.\_\_\_\_\_.

**4.3.** Ensuite, par surabondance, la cour cantonale a retenu que le défendeur avait encore des obligations accessoires découlant de l'accord oral passé avec le demandeur: il aurait dû informer le demandeur le plus rapidement possible, après avoir pris la position litigieuse sans pouvoir le joindre; il n'a pas infirmé ou confirmé rapidement l'opération à la banque, qui l'avait sollicité dans ce sens, alors qu'il connaissait ou devait connaître le mode opératoire, ayant déjà effectué plusieurs transactions de ce type; enfin, il n'a pas averti immédiatement le demandeur de ce qu'il n'entendait plus acheter les titres en question et de tenter de les revendre, ce qu'il lui incombait de faire.

Le défendeur recourant semble s'en prendre à cette motivation lorsqu'il soutient, sous le titre d'absence de lien de causalité, que ce n'est pas le fait de ne pas avoir demandé l'autorisation du demandeur pour passer l'ordre qui est en lien de causalité avec le dommage, mais que c'est le fait de ne pas l'avoir confirmé qui l'est.

Or, l'accord portant sur l'utilisation de l'accès du demandeur par le défendeur implique juridiquement l'acceptation tacite par le défendeur de toutes les conditions contractuelles et réglementaires auxquelles est soumise l'utilisation de cet accès. En prenant en quelque sorte la place du demandeur pour passer des ordres, le défendeur se soumet tacitement à toutes les obligations auxquelles celui-ci est soumis, soit en particulier celles découlant du *clearing agreement* et du *customer agreement*. Il avait ainsi l'obligation de confirmer l'ordre qu'il avait passé par VCON conformément au *customer agreement*. Lorsque le recourant soutient, sous le titre d'absence de causalité adéquate, que l'obligation de confirmer la transaction par VCON est une obligation prévue par le contrat liant A. \_\_\_\_\_ à la banque, que ce contrat ne le lie pas, il ignore qu'en utilisant cet accès, il a accepté tacitement de se soumettre aux conditions d'utilisation de celui-ci.

## **5.**

Il faut donc examiner désormais si les conditions de l'action en dommages-intérêts pour violation du contrat intentée par le demandeur contre le défendeur et portant sur le montant de 100'459,60 euros sont remplies.

**5.1.** Aux termes de l'art. 97 al. 1 CO, lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable.

Le créancier qui ouvre action en dommages-intérêts en invoquant cette disposition doit donc alléguer et prouver, conformément à l'art. 8 CC, les trois faits constitutifs de cette norme de responsabilité que sont la violation du contrat, le dommage et le rapport de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation contractuelle et le dommage; le créancier supporte ainsi le fardeau de la preuve (art. 8 CC) de ces trois faits pertinents, ce qui signifie que, si le juge ne parvient pas à une conviction, n'est pas à même de déterminer si chacun de ces faits s'est produit ou ne s'est pas produit, il doit statuer au détriment du créancier (ATF 132 III 689 consid. 4.5 p. 701 s.; 129 III 18 consid. 2.6 p. 24; 126 III 189 consid. 2b p. 191 s.). En revanche, il incombe au débiteur de prouver le quatrième fait constitutif, à savoir qu'aucune faute ne lui est imputable ("à moins qu'il ne prouve..."); il supporte ainsi le fardeau de la preuve pour le cas où le juge ne serait convaincu ni de l'existence d'une faute ni de son absence (renversement du fardeau de la preuve).

**5.2.** Premièrement, le demandeur doit prouver la violation du contrat.

**5.2.1.** La violation du contrat comprend l'inexécution d'une obligation, mais aussi la violation positive du contrat ( *positive Vertragsverletzung*), qui est visée par les termes " ne peut l'obtenir qu'imparfaitement " concerne tous les cas de violation du contrat autres que l'inexécution et peut être, selon la doctrine, une exécution défectueuse de l'obligation principale, la violation de devoirs accessoires, la résiliation anticipée du contrat et la violation d'une obligation de s'abstenir (Gauch/Schluép/Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, vol. II, 10e éd. 2014, n. 2619 et 2625 ss; Luc Thévenoz, in *Commentaire romand, Code des obligations I*, 2e éd. 2012, n. 19 ss ad art. 97 CO; Tercier/Pichonnaz, *Le droit des obligations*, 5e éd. 2012, n. 1221).

**5.2.2.** La cour cantonale a considéré qu'en effectuant l'opération litigieuse sans l'accord préalable du demandeur, le défendeur a violé son obligation contractuelle principale et, par surabondance, qu'il a également violé ses obligations accessoires, notamment celle de n'avoir pas infirmé ou confirmé rapidement l'opération à la banque, qui l'avait sollicité dans ce sens, alors qu'il connaissait ou devait connaître le mode opératoire, ayant déjà effectué plusieurs transactions de ce type.

**5.2.3.** Lorsqu'il soutient qu'il n'a pas commis de violation contractuelle, parce que son obligation principale de requérir l'autorisation préalable du demandeur n'a pas été prouvée, le recourant se fonde sur un fait non retenu, comme on vient de le voir (consid. 4.2 ci-dessus).

Pour le reste, même s'il formule des considérations générales sur la distinction entre obligations principales et obligations accessoires, le recourant ne s'en prend pas à la motivation subsidiaire de la cour cantonale relative aux violations de ses devoirs accessoires. Le recourant admet d'ailleurs précisément n'avoir pas confirmé l'ordre, lorsqu'il soutient que ce n'est pas le fait de ne pas avoir demandé l'autorisation pour passer l'ordre qui est en lien de causalité avec le dommage, mais que c'est le fait de ne pas avoir confirmé celui-ci.

Les critiques du recourant en lien avec la violation de la première condition de l'art. 97 al. 1 CO sont ainsi infondées.

**5.3. Deuxièmement, le demandeur doit prouver avoir subi un dommage.**

**5.3.1.** Le dommage ou préjudice comprend toutes les conséquences que l'inexécution ou la violation du contrat ont eues sur le patrimoine du créancier. Il englobe donc aussi le dommage " causé directement à un tiers " dont le créancier répond envers ce tiers et qu'il est tenu de réparer, puisqu'il s'agit là du propre dommage du créancier (ATF 81 II 129 consid. 8a p. 131).

**5.3.2.** La cour cantonale a retenu que A. \_\_\_\_\_ a payé le montant du dommage à la banque, que le demandeur a payé ce montant à A. \_\_\_\_\_ et que le défendeur n'a pas allégué, ni cherché à démontrer que ce dommage n'avait aucun fondement ou était erroné dans sa quotité.

Le fait que le créancier demandeur soit responsable envers A. \_\_\_\_\_, en vertu du *clearing agreement*, qui elle-même est responsable envers la banque de la renonciation à l'ordre en vertu de l'art. 9.1 du *customer agreement*, a entraîné une diminution du patrimoine du demandeur.

Lorsqu'il soutient qu'il n'était pas partie au *customer agreement*, et qu'il ne saurait être amené à devoir réparer un dommage qui découle d'un contrat auquel il n'était pas partie, le recourant méconnaît qu'en obtenant la possibilité d'utiliser l'accès du défendeur à la plateforme U. \_\_\_\_\_, il a accepté tacitement les conditions d'utilisation de cet accès posées tant par A. \_\_\_\_\_ que par la banque, comme on l'a vu (cf. consid. 4.3 ci-dessus). La violation de ses obligations contractuelles a ainsi causé un dommage à la banque (un tiers), dont le demandeur répond envers ce tiers et, partant, que lui, le défendeur, est donc tenu de réparer puisqu'il s'agit d'un dommage propre du demandeur.

**5.4. Troisièmement, il doit exister un rapport de causalité, naturelle et adéquate, entre la violation du contrat et le dommage.**

**5.4.1.** La causalité naturelle entre deux événements est réalisée lorsque, sans le premier, le second ne se serait pas produit; il n'est pas nécessaire que l'événement considéré soit la cause unique ou immédiate du résultat. La constatation de la causalité naturelle relève du fait (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 470; 132 III 715 consid. 2.2 p. 718).

Un fait constitue la cause adéquate d'un résultat s'il est propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit.

La causalité adéquate peut être interrompue par un événement extraordinaire ou exceptionnel auquel on ne pouvait s'attendre - force naturelle, fait du lésé ou d'un tiers -, et qui revêt une importance telle qu'il s'impose comme la cause la plus immédiate du dommage et relègue à l'arrière-plan les autres facteurs ayant contribué à le provoquer - y compris le fait imputable à la partie recherchée (ATF 143 III 242 consid. 3.7; 130 III 182 consid. 5.4 p. 188; 127 III 453 consid. 5d p. 457; 122 IV 17 consid. 2c/bb p. 23; 116 II 519 consid. 4b). La causalité adéquate est une question de droit, que le Tribunal fédéral revoit librement (ATF 143 III 242 consid. 3.7; 123 III 110 consid. 2 p. 111 et 3a p. 112). La preuve des faits justifiant les facteurs interruptifs de la causalité adéquate incombe au débiteur.

**5.4.2.** En ce qui concerne la causalité naturelle, la cour cantonale a retenu que cette condition est remplie: en effet, si le défendeur avait respecté ses obligations contractuelles et n'avait ainsi pas pris la position litigieuse, puisqu'il n'avait pas pu recueillir l'accord préalable du défendeur, celui-ci n'aurait pas dû rembourser à A. \_\_\_\_\_ la perte subie par la banque lors de la revente des titres.

Lorsqu'il soutient que ce n'est pas le fait de ne pas avoir demandé l'autorisation du demandeur pour passer l'ordre qui est causal, mais que c'est le fait de ne pas l'avoir confirmé qui l'est, le recourant méconnaît qu'aucun dommage ne serait survenu s'il avait respecté son obligation de recueillir l'accord préalable du demandeur. En réalité, par cette contestation de la causalité, le recourant tente de contester son obligation de confirmer l'ordre passé par VCON, dont le sort a été scellé ci-dessus (cf. consid. 4.3). La question de savoir si un dommage serait survenu s'il avait confirmé (ou infirmé) l'ordre dans les délais n'a pas été thématifiée et n'est pas pertinente au vu de ce qui précède.

**5.4.3.** En ce qui concerne la causalité adéquate, la cour cantonale a retenu qu'il est conforme au cours ordinaire des choses dans le milieu de la finance, où la valeur des titres fluctue constamment,

qu'en tardant à revendre une position prise trois jours auparavant, le vendeur s'expose à ce que le titre en question perde de sa valeur.

Quant à l'interruption de la causalité adéquate, la cour cantonale a examiné uniquement le grief du défendeur, qui soutenait que l'absence de réaction du demandeur qui a reçu le courriel du 26 juillet 2013 à 16h17 constituerait une faute qui interromprait la causalité adéquate. Elle a considéré que, même si le demandeur avait réagi au courriel reçu le même jour, il n'aurait pas été en mesure d'éviter ou de limiter le dommage, au vu du court intervalle séparant le moment de la réception dudit courriel et celui de la vente des titres par la banque; que, de plus, n'ayant pas été informé de la transaction, le demandeur ne pouvait pas s'attendre à recevoir une communication d'une telle urgence, de sorte qu'il ne peut lui être reproché un manque de diligence et, partant, une faute concomitante de nature à interrompre le lien de causalité adéquate.

Le recourant soutient désormais que le premier courriel du 26 juillet 2013 a été adressé au défendeur et à plusieurs autres personnes de A. \_\_\_\_\_ et que personne n'a réagi, pas même le défendeur qui savait que cette transaction avait été faite " via ses accès ", que s'il avait réagi, il aurait pu éviter le dommage ou à tout le moins le réduire et donc, implicitement, que cette faute de la victime ou de tiers interromprait le lien de causalité adéquate.

Outre qu'il se fonde sur des faits non constatés - que le demandeur avait connaissance de la prise de position qu'il avait passée le 23 juillet 2013 " via ses accès ", que celui-ci devait s'attendre à devoir réagir au sujet d'une transaction faite par lui -, le recourant se limite à contester le fait retenu par la cour que le dommage n'aurait pas pu être évité, en affirmant que la valeur de titres fluctue en quelques minutes et que l'on ne sait pas à quel moment la valeur du titre a fluctué.

En définitive, si au premier chef, il devait non seulement requérir l'autorisation du demandeur pour passer l'ordre, mais aussi passer confirmation dans les trois jours, il ne saurait y avoir interruption de la causalité adéquate du fait que le demandeur aurait dû prendre position à réception du courrier de la banque du 26 juillet, qu'il aurait dû confirmer l'ordre à sa place - faits non retenus -, alors même que l'on ignore si la confirmation aurait empêché le dommage de se produire ou s'il en aurait été réduit.

En ne se conformant pas à ses obligations, le défendeur a causé un dommage au demandeur, lequel est en relation de causalité naturelle et adéquate avec son comportement.

**5.5.** La quatrième condition de la responsabilité contractuelle est la faute, dont le débiteur doit prouver l'absence.

Or, le défendeur ne soutient, ni ne démontre rien à cet égard.

## **6.**

A titre subsidiaire, le défendeur recourant reproche à la cour cantonale d'avoir nié de manière arbitraire (par interprétation subjective) l'existence d'une société simple (art. 530 CO) entre lui et le demandeur (art. 9 Cst.). L'admission d'un tel contrat aurait justifié de partager les pertes par moitié, de sorte qu'il ne devrait que le montant de 50'229,80 euros pour solde de tout compte.

**6.1.** Aux termes de l'art. 530 al. 1 CO, la société simple est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun. La société simple se présente ainsi comme un contrat de durée dont les éléments sont, d'une part, le but commun qui rassemble les efforts des associés et, d'autre part, l'existence d'un apport, c'est-à-dire une prestation que chaque associé doit faire au profit de la société ([ATF 137 III 455](#) consid. 3.1).

En vertu de l'art. 538 al. 2 CO, chaque associé est tenu envers les autres associés du dommage qu'il leur a causé par sa faute, sans pouvoir compenser avec ce dommage les profits qu'il a procurés à la société dans d'autres affaires. Il s'agit là d'une norme de responsabilité contractuelle ordinaire, soumise aux conditions générales de la violation d'une obligation contractuelle, d'un dommage, d'un rapport de causalité et d'une faute. Le fardeau de la preuve de l'absence de faute incombe au débiteur, comme à l'art. 97 CO (arrêt 4C.22/2006 du 5 mai 2006 consid. 7.3.2 in fine; Tercier/Bieri/Carron, op. cit., n. 6961; François Chaix, in Commentaire romand, Code des obligations II, 2e éd. 2017, n. 2 et 6 ad art. 538 CO).

**6.2.** La cour cantonale a adopté une double motivation.

Premièrement, elle a considéré, par interprétation de la volonté subjective des parties, que celles-ci n'entendaient pas unir leurs efforts et faire un apport dans un but commun, malgré les espoirs de profits réciproques, en se basant sur plusieurs éléments de fait.

Deuxièmement, elle a considéré que, même s'il y avait un contrat de société simple, le défendeur répondrait envers son associé du dommage qu'il lui a causé par sa faute, conformément à l'art. 97 CO (art. 538 CO).

**6.3.** Dans un tel cas, lorsque la décision attaquée comporte plusieurs motivations indépendantes, alternatives ou subsidiaires, toutes suffisantes pour sceller le sort de la cause, la partie recourante doit, sous peine d'irrecevabilité, démontrer que chacune d'elles est contraire au droit (ATF 136 III 534 consid. 2 p. 535; 133 IV 119 consid. 6.3 p. 120 s.).

Or, en l'espèce, le défendeur recourant ne s'en prend qu'à la première motivation de la cour cantonale, laissant intacte la seconde, par laquelle est mis à sa charge le dommage causé par la violation de ses obligations principale et accessoire comme on l'a vu au considérant précédent. Il s'ensuit que sa critique est irrecevable.

**7.**

Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté, dans la mesure où il est recevable. Les frais et dépens de la procédure doivent être mis à la charge du recourant (art. 66 al. 1 et 68 al. 1 LTF).

**Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

**2.**

Les frais judiciaires, arrêtés à 5'000 fr., sont mis à la charge du recourant.

**3.**

Le recourant versera à l'intimé une indemnité de 6'000 fr. à titre de dépens.

**4.**

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Cour de justice du canton de Genève, Chambre civile.

Lausanne, le 29 mai 2018

Au nom de la Ire Cour de droit civil  
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : Kiss

La Greffière : Schmidt