

# **BGer 4A\_75/2007 vom 5. Juni 2007**

Bundesgericht, 2007-06-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_75\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_75_2007)

FR: TF 4A\_75/2007 du 5 juin 2007

IT: TF 4A\_75/2007 del 5 giugno 2007

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Comme la décision attaquée a été rendue après l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2007 (RO 2006, 1242), de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110), le recours est régi par le nouveau droit ( art. 132 al. 1 LTF ).

#### **E. 1.1**

Interjeté par la partie qui a succombé dans ses conclusions ( art. 76 al. 1 LTF ) et dirigé contre un jugement final ( art. 90 LTF ) rendu en matière civile ( art. 72 al. 1 LTF ) par une autorité cantonale de dernière instance ( art. 75 LTF ) dans une affaire pécuniaire dont la valeur litigieuse atteint le seuil de 30'000 francs ( art. 74 al. 1 let. b LTF ), le recours en matière civile est en principe recevable, puisqu'il a été déposé dans le délai (art. 46 al. 1 let. a et 100 al. 1 LTF) et la forme ( art. 42 LTF ) prévus par la loi.

#### **E. 1.2**

Les mémoires doivent indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signés ( art. 42 al. 1 LTF ). Les motifs doivent exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit ( art. 42 al. 2 LTF ).

##### **E. 1.2.1**

Le recourant conclut à l'annulation du jugement entrepris et au rejet de la demande. Comme l'autorité cantonale a condamné le recourant et E.\_\_\_\_\_, conjointement et solidairement, à verser à A.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ une certaine somme d'argent, ces conclusions pourraient également concerner E.\_\_\_\_\_, codéfendeur à l'action, qui ne saurait alors être qualifié d'« autre partie à la procédure ». De telles conclusions ne sont toutefois pas recevables, faute de tout intérêt juridiquement protégé du recourant à demander l'annulation de la décision attaquée en ce qu'elle concerne E.\_\_\_\_\_ ( art. 76 LTF ). Il convient donc d'interpréter les conclusions du recourant, dans le sens où seul le rejet de la demande dirigée contre lui est requis.

##### **E. 1.2.2**

La banque C.\_\_\_\_\_ et la banque D.\_\_\_\_\_ sont formellement désignées dans le présent recours comme « autres parties à la procédure ». Aucune conclusion n'est prise en ce qui les concerne et aucun grief ne leur est consacré. Les conclusions du recours, lues parallèlement au dispositif de l'arrêt entrepris, sont significatives: le rejet, par l'autorité cantonale, de la demande en paiement intentée contre la banque C.\_\_\_\_\_ et la banque D.\_\_\_\_\_ n'est pas remis en cause par le recourant. Ces parties l'ont du reste bien compris, puisqu'elles ont renoncé à se déterminer sur le recours, arguant du fait qu'elles n'étaient pas touchées par l'issue de la procédure. Il n'est donc pas entré en matière sur le recours, dans la mesure où il est dirigé contre la banque C.\_\_\_\_\_ et la banque

D.\_\_\_\_\_.

### **E. 1.3**

Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut s'en écarter que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ). Contrairement à l'avis du recourant, la constatation, selon laquelle les employés de la banque C.\_\_\_\_\_ ont préparé les billets et les ont remis au convoyeur, qui les a vérifiés avant de les placer dans les enveloppes prévues à cet effet, n'a pas été établie de façon manifestement inexacte, puisqu'elle résulte de l'appréciation de dépositions concordantes de témoins. Il n'y a donc pas lieu, sur ce point, de procéder à une rectification de l'état de fait. Du point de vue du recourant, cet élément factuel est « important », dans la mesure où les juges précédents ont retenu que les fonds litigieux ont été subtilisés dans son étude. En lien avec cette dernière constatation, le recourant invoque une violation du droit, au sens de l' art. 95 LTF , et fait valoir que la constatation constitue une violation de l' art. 8 CC et qu'elle est arbitraire. Dans la mesure où de tels griefs sont admissibles au regard de l' art. 105 al. 2 LTF , il convient de les examiner.

### **E. 2**

Ainsi, le recourant fait grief à l'autorité cantonale d'avoir violé l' art. 8 CC et d'avoir fait une appréciation arbitraire des preuves, en ayant retenu que la substitution des billets a été opérée lors de la manipulation des billets à son étude.

#### **E. 2.1**

Selon l' art. 8 CC , chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. En l'absence de disposition spéciale contraire ( ATF 130 III 321 consid. 3.1; 128 III 271 consid. 2a/aa), l' art. 8 CC répartit le fardeau de la preuve et détermine laquelle des parties doit supporter les conséquences de l'échec de la preuve ( ATF 131 III 222 consid. 4.3; 130 III 321 consid. 3.1; 129 III 18 consid. 2.6; 127 III 519 consid. 2a). On déduit également de l' art. 8 CC un droit à la preuve et à la contre-preuve ( ATF 129 III 18 consid. 2.6; 126 III 315 consid. 4a). En particulier, le juge enfreint cette disposition s'il se base sur un degré de la preuve erroné ( ATF 132 III 715 consid. 3.1 et les arrêts cités) ou s'il ne donne pas suite aux offres de preuve d'une partie sur des faits pertinents pour l'appréciation juridique de la cause ( ATF 114 II 289 consid. 2a; 133 III 189 consid. 5.2.2). En revanche, l' art. 8 CC ne prescrit pas quelles sont les mesures probatoires à ordonner ( ATF 127 III 519 consid. 2a), ni ne dicte au juge comment il doit forger sa conviction ( ATF 128 III 22 consid. 2d; 127 III 248 consid. 3a). Ainsi, lorsque l'appréciation des preuves convainc le juge qu'un fait est établi à satisfaction de droit ou réfuté, la question de la répartition du fardeau de la preuve ne se pose plus et le grief tiré de la violation de l' art. 8 CC devient sans objet ( ATF 114 II 289 consid. 2a).

Dans le cas d'espèce, l'autorité cantonale n'a pas fait état d'échec de la preuve du fait litigieux et la condition d'application de l' art. 8 CC n'est donc pas réalisée. Contrairement à l'avis du recourant, l'autorité cantonale n'a pas arrêté qu'il n'était pas établi dans quelles circonstances les billets de banque ont été substitués. Elle a au contraire constaté, à l'issue de l'appréciation des preuves, que l'échange des billets est intervenu à l'étude du recourant, tout en laissant ouverte la question portant sur la manière dont l'échange a eu lieu. La règle du droit à la preuve telle que découlant de l' art. 8 CC n'a donc pas été violée.

## **E. 2.2**

S'agissant de la même constatation litigieuse, le recourant considère également que l'autorité cantonale est tombée dans l'arbitraire. En matière d'appréciation des preuves et de constatations de fait, l'autorité tombe dans l'arbitraire lorsqu'elle ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables ( ATF 129 I 8 consid. 2.1).

Contrairement à ce que prétend le recourant, l'autorité cantonale n'a pas fait preuve d'arbitraire, en arrêtant que la substitution des billets a été opérée lors de leur manipulation à l'étude du recourant. Si l'autorité cantonale a relevé que la manière dont la substitution des billets a été opérée n'est pas établie, elle a constaté que la substitution en question n'a pu avoir eu lieu qu'à l'étude du recourant. A cet égard, elle a pris soin de préciser qu'une malversation de l'entreprise de convoyage n'a pas été alléguée. Non seulement le recourant ne prétend pas, dans son recours, avoir allégué un tel fait, mais, en sus, il ne mentionne aucun élément du dossier qui permettrait de l'établir. Il est précisé, à toutes fins utiles, que la non-indication, par l'autorité cantonale, du nom de l'entreprise de convoyage ne saurait être constitutive d'arbitraire. Quant à l'argumentation, consistant à soutenir que le contrôle des billets de banque avant leur transport de Rarogne à Genève n'a pas été effectué, elle ne prend appui sur aucun indice probant. Bien plus, il ressort des constatations du jugement entrepris que les enveloppes contenant les billets de banque ont été ouvertes et contrôlées à l'étude du recourant. Si, à ce moment-là, les billets de banque avaient déjà été remplacés par du papier teinté, ce qu'insinue le recourant, la substitution n'aurait pas pu lui échapper. Sur le vu de l'ensemble de ces éléments, le grief, qui consiste à soutenir que les billets de banque ont pu être substitués lors du transport de la banque C. \_\_\_\_\_ à l'étude du recourant ou lors du transport de retour, est dénué de tout fondement.

## **E. 3**

La cour cantonale a retenu que le recourant était lié à Z. \_\_\_\_\_ par un contrat de mandat. Sur ce point, le recourant fait état d'arbitraire dans la constatation des faits et de violation de l' art. 1 CO en relation avec les art. 394 et 398 CO .

### **E. 3.1**

Le mandataire peut conclure un contrat avec plusieurs mandants, comme tout sujet de droit peut conclure plusieurs contrats, indépendants les uns des autres. Si les contrats ont le même objet, ils sont valables, pour autant que le double mandat ne conduise pas à un conflit d'intérêts (sur l'inadmissibilité de la double représentation, cf. ATF 126 III 361 consid. 3a et les références; cf. aussi Rolf H. Weber, Commentaire bâlois, n. 15 ad art. 398 CO ; Franz Werro, Commentaire romand, n. 29 ad art. 398 CO ).

### **E. 3.2**

Il est établi que l'opération de visualisation de la commission de 2'000'000 fr., qui devait se tenir à l'étude du recourant, intervenait tant dans l'intérêt de l'architecte E. \_\_\_\_\_ que dans celui de Z. \_\_\_\_\_. D'après les constatations de fait - non remises en cause par le recourant -, Z. \_\_\_\_\_ était directement intéressé par cette opération, puisque, en cas de réussite, il percevait une commission. Un conflit d'intérêts entre E. \_\_\_\_\_ et Z. \_\_\_\_\_ n'est pas manifeste et, encore moins, démontré. Le double mandat du recourant est donc valable.

### **E. 3.3**

Lorsque le recourant prétend que l'appréciation des faits et des preuves à laquelle se sont livrés les juges précédents est arbitraire, le grief est insuffisamment motivé et donc inadmissible au regard de l' art. 106 LTF . En particulier, le recourant n'explique pas pour quelle raison l'autorité cantonale aurait dû, sur la base des faits recueillis, aboutir à la conclusion que, compte tenu de l'accord passé entre lui-même et E.\_\_\_\_\_, un autre contrat - au même contenu - ne pouvait être passé avec Z.\_\_\_\_\_. Que le recourant organise, contre rémunération, pour l'architecte E.\_\_\_\_\_ l'opération de visualisation n'exclut par ailleurs pas juridiquement, contrairement à ce que soutient le recourant, qu'il se soit engagé à fournir la même prestation à Z.\_\_\_\_\_.

### **E. 4**

En ayant retenu à son encontre une violation de l'obligation de diligence, le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir fait preuve d'arbitraire et d'avoir enfreint les art. 97, 321e et 398 CO . Si la violation de l'obligation de diligence devait être retenue à son encontre, le recourant prétend que son comportement n'a entraîné aucun préjudice à Z.\_\_\_\_\_. Ses héritiers ne sauraient dès lors valablement prétendre à la réparation du dommage subi. Sous cet angle, il y a donc également violation des art. 321e et 97 CO , applicables par renvoi de l' art. 398 CO .

#### **E. 4.1**

La cour cantonale a considéré que, sur le vu du caractère inhabituel de l'opération, le recourant aurait dû se montrer particulièrement attentif au bon déroulement de l'opération et prendre toutes les précautions possibles pour que la somme de 2'000'000 fr. ne disparaisse pas. Dans la mesure où le « s. » a touché les billets et les a mis dans sa serviette, les faisant ainsi disparaître de la vue des autres personnes présentes, le recourant aurait dû, selon les règles élémentaires de la prudence, vérifier les liasses de billets au moment où celles-ci étaient remises dans les enveloppes du convoyeur de fonds. Cette vérification - opération en soi simple et rapide - se justifiait d'autant plus que le convoyeur a déclaré n'avoir aucune obligation en la matière et que, pour ce motif, il a refusé toute vérification des liasses lorsque le « s. » le lui a proposé. Cette mesure élémentaire aurait aisément permis de constater la disparition des billets lors de la remise des liasses au convoyeur.

#### **E. 4.2**

La partie du grief qui a trait à l'arbitraire dans la constatation des faits et dans l'appréciation des preuves est infondée. Contrairement à ce que prétend le recourant, l'autorité cantonale n'a pas constaté que l'opération de visualisation s'est déroulée de manière conforme à ce qui avait été prévu, puisqu'il a été relevé que la signature des contrats, à Rome, n'a pas été confirmée et que, suite à cet événement, le recourant a décidé de rendre les fonds au convoyeur. Le déroulement de l'opération a donc subi un changement par rapport à ce qui avait été prévu et c'est précisément lors de la remise - imprévue dans la planification - des fonds au convoyeur que le recourant a violé son devoir de diligence. En dépit de ce que soutient à tort le recourant, les considérations de la cour cantonale ne sont pas sur ce point contradictoires. La cour cantonale a relevé que G.\_\_\_\_\_ a aidé le « s. » à déchirer les bandes de papier entourant les liasses et que le « s. » a proposé au convoyeur de vérifier les liasses de billets. Ces constatations de fait ne permettent pas de démontrer que le recourant n'était pas en mesure de vérifier lui-même les billets de banque. Il n'est donc pas insoutenable de ne pas avoir retenu une telle constatation.

### **E. 4.3**

D'après l' art. 398 CO , le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat (al. 2). Sa responsabilité est soumise, d'une manière générale, aux mêmes règles que celle du travailleur dans les rapports de travail (al. 1). L'étendue du devoir de diligence se détermine selon les circonstances de chaque cas en fonction de critères objectifs et consiste dans le respect des règles reconnues et admises ( ATF 117 II 563 consid. 2a et les références). La cour cantonale n'a pas méconnu ces principes, en ayant retenu que, compte tenu de la nature inhabituelle de l'affaire, en particulier après le manquement des financiers italiens qui n'ont pas signé les contrats, le recourant aurait dû se montrer particulièrement prudent, afin de s'assurer que le montant objectivement élevé qu'il détenait pour le compte de ses mandants ne disparaisse pas. Elle a relevé que le contrôle des liasses de billets après que le « s. » ait touché les billets et les ait placés dans une boîte était une mesure élémentaire de prudence. Cette mesure se justifiait d'autant plus que le « s. » a, tout au long de l'opération, gardé l'anonymat.

### **E. 4.4**

Le recourant conteste que Z.\_\_\_\_\_ ait subi un dommage à la suite de la violation du devoir de diligence, si une telle violation devait être retenue. A cet égard, le recourant prétend que la violation du contrat a causé un dommage à E.\_\_\_\_\_ et, par ricochet, à la banque C.\_\_\_\_\_, qui lui a prêté l'argent, objet de l'opération de visualisation. Il omet toutefois de rappeler que Z.\_\_\_\_\_ a fourni la garantie bancaire exigée par la banque C.\_\_\_\_\_ pour le prêt de la somme de 2'000'000 fr., que la banque C.\_\_\_\_\_ a appelé la garantie, dont le montant, payé par la banque D.\_\_\_\_\_, a été débité des avoirs de Z.\_\_\_\_\_, diminuant ainsi la fortune de celui-ci ( ATF 132 III 379 consid. 3.3.2 et les références). Par ailleurs, lorsque le recourant affirme que l'appel en garantie est abusif et que Z.\_\_\_\_\_ a agi de manière contraire aux règles de la bonne foi, il ne prend appui sur aucune constatation de fait, telle que retenue par l'autorité cantonale. Dans ces circonstances, force est de constater que le grief est infondé.

### **E. 5**

Il n'est pas entré en matière sur le recours, en tant qu'il est dirigé contre la banque C.\_\_\_\_\_ et la banque D.\_\_\_\_\_. Dans la mesure toutefois où le recourant a dirigé le recours contre ces deux parties, qui ont été invitées à se déterminer sur le recours et sur la requête d'effet suspensif et qui, à travers de courtes écritures, ont renoncé à se déterminer, il doit les indemniser. Il y a donc lieu d'allouer à la banque C.\_\_\_\_\_ et à la banque D.\_\_\_\_\_ des dépens, dont l'ampleur sera fixée en considération de la faible ampleur du travail effectué par leurs avocats. Le recours dirigé contre A.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ est rejeté. Le recourant doit donc acquitter l'émolument judiciaire et les dépens à allouer à A.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ (art. 66 al. 1 et 68 al. 1 et 2 LTF).

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