

GE_GERICHTE ACJC/1167/2013 vom 27. September 2013

GE Cour de justice, 2013-09-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_1167_2013

FR: GE_GERICHTE ACJC/1167/2013 du 27 septembre 2013

IT: GE_GERICHTE ACJC/1167/2013 del 27 settembre 2013

Erwägungen

E. 1.1

Aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC, entré en vigueur le 1er 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 une décision notifiée après le 1er janvier 2011, la présente procédure d'appel est régie par le nouveau droit de procédure. En revanche, la procédure de première instance, qui a débuté en 2010, reste régie par l'ancien droit de procédure (art. 404 al. 1 CPC), soit par l'ancienne Loi genevoise de procédure civile du 10 avril 1987 (ci-après : aLPC).

E. 1.2

L'appel est recevable pour avoir été interjeté dans les délai et forme utiles (art. 130, 131 et 311 al. 1 CPC), par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), à l'encontre d'une décision finale (art. 308 al. 1 let. a CPC) qui statue sur des conclusions pécuniaires dont la valeur litigieuse est, compte tenu de la

- 18/43 -

C/30704/2010 quotité des prétentions demeurées litigieuses en première instance, supérieure à 10'000 fr. (art. 91 al. 1 et 308 al. 2 CPC).

E. 1.3

Tel est également le cas du mémoire de réponse déposé par l'intimée (art. 312 CPC) ainsi que des observations formulées par les parties dans leurs écritures de réplique et de duplique (art. 316 al. 2 CPC; ATF 138 III 252 consid. 2.2 in limine).

E. 1.3.1

supra, de sorte qu'une offre de preuve introduite tardivement devant la Cour n'est pas admissible (JEANDIN, op. cit., n° 3 ad art. 317).

E. 1.4

L'appelante a allégué, devant la Cour, un certains nombre de faits, dont sa partie adverse soutient que trente-cinq d'entre eux seraient nouveaux et, partant, irrecevables. Aux termes de l'art. 317 al. 1 CPC, qui régit de manière complète et autonome l'admission d'allégations et d'offres de preuve nouvelles en appel (ATF 138 III 625 consid. 2.2), de tels faits et moyens probatoires ne sont pris en considération que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient l'être devant la première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Il appartient au plaideur qui entend invoquer des nova improprement dits en appel de démontrer la réalisation des conditions - strictes - posées par l'art. 317 CPC, en exposant les motifs pour lesquels il n'a pas été en mesure d'introduire l'allégation et/ou l'offre de preuve concernée devant le

tribunal (arrêt du Tribunal fédéral 5A_739/2013 du 17 mai 2013 consid. 9.2.2).

E. 1.4.1

Les faits référencés aux paragraphes nos 7, 137 et 139 de la réplique sont énoncés pour la première fois devant la Cour. Dans la mesure où l'appelante n'expose pas les raisons pour lesquelles elle aurait été empêchée d'alléguer, en première instance, avoir été reçue seule - et non accompagnée par C_____ - lors de l'ouverture de son compte (§ 7), respectivement de se prononcer devant le Tribunal plutôt qu'en appel sur certains éléments soulevés par la banque dans son mémoire de réponse à la demande (§ 137 et 139), ces faits sont irrecevables.

E. 1.4.2

Aux allégués nos 4, 7 et 8 de la partie EN DROIT de son mémoire d'appel, l'appelante expose avoir commis une erreur de plume en admettant, devant le premier juge, avoir été l'auteure du courriel de confirmation adressé en anglais à D_____ le 21 novembre 2006 (cf. lettres B.e in fine et D.aa EN FAIT). Cette - nouvelle - explication ne convainc pas. En effet, l'intéressée a clairement exposé au Tribunal que le gestionnaire de son compte ne pouvait ignorer, en relation notamment avec les messages échangés antérieurement aux virements litigieux, qu'elle s'exprimait en anglais uniquement, contrairement à son ex-époux qui utilisait la langue française; à titre d'exemple, elle a indiqué être l'auteure du message électronique litigieux. L'appelante tente ainsi, au moyen d'une nouvelle

- 19/43 -

C/30704/2010 justification, de modifier l'état de fait qu'elle a présenté au premier juge. Les éléments factuels précités sont donc également irrecevables.

E. 1.4.3

Les allégués nos 146, 149, 151 et 153 de la réplique se rapportent à une argumentation soulevée par l'intimée, pour la première fois, dans son mémoire de réponse à l'appel (étant précisé que ces arguments reposent sur des pièces produites par l'appelante à l'appui de ses conclusions après enquêtes devant le premier juge). Cette dernière a donc fait preuve de diligence en s'exprimant à leur sujet dans sa réplique. Les allégués précités seront ainsi pris en considération.

E. 1.4.4

Tel sera également le cas des faits énoncés aux paragraphes nos 5 et 8 de la partie EN DROIT de l'appel ainsi que nos 15, 36, 74, 111, 123, 124, 133 et 135 de la réplique, ceux-ci concernant, soit des éléments dont l'appelante s'est déjà prévalu en première instance, soit se réfèrent à divers témoignages et pièce (document référencé sous cote 37 de la demanderesse) qui figurent au dossier, soit encore consistent dans de simples appréciations, de sorte que les allégués y relatifs ne sauraient être qualifiés de nouveaux.

E. 1.4.5

Les faits énumérés aux paragraphes nos 58, 59, 67, 68, 84, 85, 98 et 116 de la réplique sont également recevables, puisque, bien que non allégués explicitement devant le Tribunal, ils sont inhérents à la version des faits exposée par l'appelante en première instance. En effet, l'intéressée s'est prévalu devant le Tribunal du fait que C_____ avait fait procéder à un changement d'adresse la concernant, de sorte que l'interception - alléguée devant la Cour - de son courrier par le précité ne saurait être qualifiée de fait nouvellement introduit en

appel.

E. 1.4.6

Il en va de même des allégués de l'appelante contestant être l'auteure, respectivement avoir eu connaissance, de l'ensemble des courriels transmis à D_____ au mois de janvier 2007, puis entre les mois de mars 2007 et de février 2008, l'intéressée s'étant toujours prévalu du fait qu'elle s'adressait au gestionnaire en anglais uniquement et avoir ignoré les agissements de C_____ jusqu'au mois de juin 2008; les allégués nos 64, 65, 83, 86, 88, 89, 92 et 93 de la partie EN FAIT ainsi que n° 27 de la partie EN DROIT de la réplique précisent donc uniquement la version présentée par l'appelante au premier juge.

E. 1.4.7

Au vu de ce qui précède, seuls les faits - nouveaux - allégués aux nos 4, 7 et 8 de la partie EN DROIT du mémoire d'appel ainsi qu'aux nos 7, 137 et 139 de la réplique seront déclarés irrecevables.

E. 1.5

La Chambre de céans revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

E. 2

La Cour est compétente pour statuer sur le litige - de caractère international, compte tenu du domicile français de l'appelante (arrêt du Tribunal fédéral

- 20/43 -

C/30704/2010 4A_699/2012 du 27 mai 2013 consid. 2; ATF 137 III 481 consid. 2.1) - qui lui est soumis (art. 17 de la Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dans sa teneur au 16 septembre 1988, disposition qui demeure applicable en application de l'art. 63 § 1 nCL [RS 0.275.11]), qu'elle tranchera au regard du droit suisse (art. 116 al. 1 LDIP).

E. 3

L'appelante sollicite l'administration de diverses mesures probatoires devant la Cour.

E. 3.1

Se prévalant, en premier lieu, d'une violation de son droit d'être entendue - recte : droit à la preuve - par le premier juge, elle requiert la production par l'intimée de l'ensemble des courriels échangés entre ses employés et C_____ en relation avec le compte n° 1_____, pour la période allant du 27 décembre 2005 à ce jour. En substance, elle fait valoir que les documents produits par sa partie adverse en première instance seraient incomplets; la mesure sollicitée doit, de son point de vue, permettre de confirmer, respectivement infirmer, la responsabilité de l'intimée, en particulier la négligence grave, voire l'éventuelle complicité, de D_____.

E. 3.1.1

L'art. 8 CC confère un droit à la preuve au justiciable qui offre d'établir un fait pertinent pour l'appréciation juridique de la cause et propose une mesure probatoire adéquate, conformément aux prescriptions prévues par la loi de procédure applicable (arrêt du Tribunal fédéral 4A_390/2012 du 13 novembre 2012 consid. 2.2; 133 III 295 consid. 7.1 = JdT 2008 I 160). La Cour est tenue d'examiner la régularité des allégations et offres de preuve introduites par une partie en première instance à la lumière de l'ancien droit

cantonal, lorsque cette législation était applicable devant le Tribunal (arrêt du Tribunal fédéral 4A_390/2012 précité consid. 2.5). L'ancien droit de procédure civile genevois prohibait la preuve investigatoire. Les éléments qu'une partie souhaitait établir en requérant de sa partie adverse la production de pièces devaient donc être précis et non porter sur des complexes de faits vagues et généraux (ELAN VISSON, Droit à la production de pièces et "discovery", Droit fédéral, droits cantonaux de Vaud, Genève, Zurich et droit anglais, thèse, Zurich, 1997, p. 100). L'administration d'un moyen probatoire peut toujours être refusée, lorsque l'autorité parvient à se forger une conviction sur la base des preuves déjà recueillies et estime la mesure requise impropre à modifier son appréciation (arrêt du Tribunal

- 21/43 -

C/30704/2010 fédéral 4A_390/2012 précité, consid. 2.2; ATF 134 I 140 consid. 5.3 = JdT 2009 I 303; 133 III 295 précité).

E. 3.1.2

En l'espèce, l'appelante a requis - et obtenu - en première instance, la production par l'intimée de courriels échangés entre ses employés et C_____ en relation avec le compte bancaire litigieux, demande qu'elle a réitérée à l'issue des enquêtes ordonnées par le Tribunal. Si elle a motivé la première de ces demandes par le fait qu'elle souhaitait prouver la réalité de certains allégués énumérés par ses soins, elle n'a, en revanche, pas exposé, dans le cadre de la seconde, les éléments - précis - qui auraient, de son point de vue, pu être encore établis au moyen de la mesure probatoire sollicitée, se contentant d'indiquer que les pièces produites par l'intimée auraient été incomplètes. L'argumentation présentée au Tribunal étant seule déterminante pour statuer sur le grief présentement examiné, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur les - brèves - explications complémentaires fournies à ce sujet par l'appelante devant la Cour. La preuve investigatoire - destinée à pallier les carences des parties dans l'allégation des faits pertinents, respectivement à suppléer l'absence d'éléments probants -, étant proscrite par l'aLPC, c'est ainsi à juste titre que le premier juge a débouté l'appelante de ses conclusions à cet égard. C'est également à bon escient, au regard des divers éléments recueillis par ses soins, qu'il a estimé disposer de suffisamment d'indications pour statuer sur les prétentions dont il était saisi. Le raisonnement du Tribunal ne consacrant aucune violation du droit à la preuve, il n'y a pas lieu de donner suite à l'offre de mesure probatoire - identique - formulée par l'intéressée devant la Cour.

E. 3.2

L'appelante requiert, en second lieu et pour la première fois en appel, la tenue d'une audience de "confrontation" entre elle-même et D_____ ainsi que la production par l'intimée de l'ensemble des "communications" échangées entre ses employés et C_____ se rapportant au compte bancaire personnel de ce dernier, pour la période allant du 1er novembre 2006 à ce jour. En ce qui concerne cette dernière mesure probatoire, elle soutient ne pas avoir été en mesure de la requérir devant le premier juge, au motif qu'elle "partait de l'idée que l'intimée se conformerait à l'ordonnance de preuves et de production de pièces du Tribunal".

E. 3.2.1

L'instance d'appel peut administrer des preuves (art. 316 al. 3 CPC), lorsqu'elle estime opportun de renouveler leur administration ou de donner suite à une offre que l'instance inférieure a refusé d'accueillir, de procéder à l'administra-

- 22/43 -

C/30704/2010 tion d'un moyen nouveau ou d'instruire à raison de conclusions et/ou de faits nouveaux (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; JEANDIN, in CPC, Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY [éd.], 2011, n° 5 ad art. 316 CPC). Cette administration ne peut toutefois intervenir que dans les limites tracées par l'art. 317 al. 1 CPC, dont la teneur a été rappelée au considérant

E. 3.2.2

En l'espèce, l'appelante n'a, à aucun moment entre le 20 janvier 2012 - jour de l'audition de D_____ - et le 14 juin 2012 - date à laquelle le Tribunal a gardé la cause à juger -, sollicité du Tribunal qu'il procède à l'administration des preuves énoncées supra. Dans la mesure où elle n'expose pas les raisons qui l'auraient empêchée de solliciter, en première instance, la tenue d'une audience de "confrontation" et où la banque a produit les pièces requises par le premier juge le 30 avril 2012 sans que l'appelante ne requiert, dans ses écritures après enquêtes, la production des "communications" se rapportant au compte de C_____, les mesures probatoires sollicitées sont nouvelles. Il ne sera donc pas entré en matière à leur sujet.

E. 4

L'appelante fait grief au premier juge de l'avoir déboutée de sa demande de paiement, par l'intimée, de sommes équivalant aux cinq débits opérés sur son compte entre les mois de mars 2007 et de février 2008. Statuer sur le bien-fondé de ces prétentions implique de déterminer, successivement, si l'intimée était autorisée à donner suite à des instructions transmises par voie de courriels, le cas échéant, si la banque a respecté ses obligations de diligence dans le cadre de l'exécution des opérations litigieuses, et, dans l'hypothèse où tel n'aurait pas été le cas, si l'appelante a fait part de son désaccord au sujet de ces débits dans le délai prescrit, enfin si, comme le soutient l'intimée, une faute concomitante peut être imputée à l'appelante.

E. 4.1

Les parties s'opposent, dans un premier temps, sur l'existence d'un accord ayant autorisé l'intimée à exécuter des instructions transmises par courriels.

E. 4.1.1

La banque est tenue d'exécuter les instructions que lui transmet un client titulaire d'un compte ouvert auprès d'elle (LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, 2e éd., 2008 p. 425 n° 1). La loi ne soumet pas la validité de ces ordres au respect de la forme écrite (LOMBARDINI, op. cit., p. 425 n° 2 in limine).

- 23/43 -

C/30704/2010 Cette exigence résulte toutefois des conditions générales édictées par la plupart des banques (ibidem); si le client souhaite transmettre ses instructions par d'autres moyens de communication - téléphone, télécopie, etc. -, il signera alors un document stipulant qu'il accepte les risques inhérents à cette pratique; à défaut, la banque ne donnera pas suite à ces demandes (LOMBARDINI, op. cit., p. 427 n° 9). L'établissement bancaire n'en demeure

pas moins habilité - même en l'absence d'accord contractuel préalable - à exécuter des instructions transmises sous d'autres formes que celles convenues entre les parties, par exemple par voie de courriels électroniques. Il assumera toutefois les risques résultant de ce mode de procéder, à moins que le client ne les ait expressément acceptés (LOMBARDINI, op. cit., p. 428 n° 13 et note infrapaginale n° 21; GIOVANOLI, Jurisprudence bancaire et financière 2005-2006 en Suisse (droit privé), in Journée 2006 de droit bancaire et financier, p. 157 in limine).

E. 4.1.2

En présence d'un litige sur l'existence ou la portée d'une convention, le juge doit s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties (interprétation subjective; art. 18 al. 1 CO; arrêt du Tribunal fédéral 4A_656/2012 du 1er mai 2013 consid. 2.4; ATF 135 III 410 consid. 3.2). Cette volonté s'établit, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, parmi lesquels figurent les circonstances survenues antérieurement, simultanément ou postérieurement à la conclusion du contrat, par exemple le comportement des parties (arrêts du Tribunal fédéral 4A_436/2012 du 3 décembre 2012 consid. 3.1 et 4A_98/2012 du 3 juillet 2012 consid. 3.2; ATF 129 III 675 consid. 2.3 = JdT 2004 I 66). Ces principes sont également applicables lorsque l'accord objet de l'interprétation a été conclu par actes concluants; l'intention des parties résulte alors essentiellement de leurs agissements respectifs, principale manifestation de volonté discernable (WINIGER, Commentaire romand, CO I, 2ème éd., 2012, n° 48 s. ad art. 18 CO).

E. 4.1.3

En l'espèce, la documentation signée par les parties ne précise pas la forme que devaient, respectivement pouvaient, revêtir les instructions transmises à l'intimée. En effet, le contrat d'ouverture de compte et les conditions relatives aux opérations de paiement édictées par la banque sont muets à cet égard. Quant à l'art. 1 CG - qui traite de l'examen de la légitimation du client -, il ne conditionne pas la vérification de l'identité de celui-là à l'existence d'un document muni d'une signature originale. En ce qui concerne l'art. 4 CG, il régit exclusivement le transfert de risques inhérents à d'éventuelles erreurs de transmission provenant de l'emploi de la poste, du téléphone, de courriels, de télécopies, etc., sans autoriser, ni prohiber, l'exécution d'ordres sous ces diverses formes. Enfin, les spécimens de signatures complétés par l'appelante ne comprennent aucune clause qui empor-

- 24/43 -

C/30704/2010 serait limitation à des instructions écrites et signées de manière originale; cela est, au demeurant, conforme à la finalité de ces documents, puisqu'ils permettent de vérifier la conformité de la signature apposée par un client avec celle figurant sur tous documents (originaux, télécopies, etc.) envoyés à la banque. Du point de vue de l'appelante, l'absence de documentation contractuelle autorisant l'utilisation de courriels comme moyens de communication pour donner des instructions devait contraindre l'intimée à ne donner suite qu'aux ordres de virement munis de sa signature originale; elle se prévaut, à cet égard, d'une décision rendue par le Tribunal fédéral le 2 mai 2006 (cause 4C.315/2005), laquelle confirmerait - de son point de vue - la nécessité, pour une banque qui entend donner suite à des ordres de virement autres que ceux munis d'une signature originale, de disposer d'un document - signé par le client - l'y autorisant. Sa thèse ne trouve toutefois assise ni dans une disposition légale, ni dans l'arrêt 4C.315/2005 précité; en effet, la Haute

Cour n'a pas, dans cette décision, tranché la problématique des ordres de virement sans signature originale, jugeant fondée l'argumentation subsidiaire sur laquelle reposait l'arrêt cantonal entrepris. On distingue par ailleurs mal les motifs pour lesquels banque et client ne pourraient pas, à défaut de clause réglementant la forme que doivent revêtir les instructions, s'accorder - par actes concluants - sur la passation d'ordres transmis par courriels, en raison de la simple absence d'un formulaire, étant rappelé que la finalité de ce type de document consiste, pour l'essentiel, à faire supporter au client le risque inhérent à une éventuelle erreur d'identification. Il convient donc de déterminer si les agissements des parties tout au long de leur relation contractuelle dénotent une réelle et commune intention d'autoriser l'intimée à exécuter des instructions transmises par messages électroniques. Tel est le cas en l'occurrence. En effet, les parties ont, antérieurement à l'exécution des cinq ordres litigieux, régulièrement communiqué par courriels. Ainsi, l'appelante s'est présentée à D_____ par message électronique, le 31 octobre 2006; le gestionnaire précité a également utilisé ce mode de communication pour transmettre à l'intéressée divers documents (clôture de son ancien compte et formulaire autorisant l'intimée à procéder à des placements fiduciaires), que cette dernière a retournés signés au précité. Par ailleurs, l'appelante a, par courriel du 21 novembre 2006, confirmé à la banque la demande de C_____ tendant à ce qu'une somme de 135'000 Euros, versée par erreur sur son ancien compte, soit créditée sur celui portant le n° 1_____. Cette instruction, conjuguée au fait que l'intimée y a donné suite, permet de retenir que les parties se sont accordées non seulement sur l'utilisation du courriel pour communiquer mais également sur la transmission d'instructions par

- 25/43 -

C/30704/2010 voie électronique. Pour cette raison d'ailleurs, l'appelante a requis de l'intimée, au moyen d'un courriel daté du 13 juin 2008, qu'elle procède à un virement de 45'000 Euros en faveur de son père. Compte tenu de l'interprétation subjective de la volonté des parties à laquelle il a été procédé supra, la Cour parvient à la conclusion - sans qu'il ne soit nécessaire de déterminer si l'appelante est ou non l'auteur des courriels adressés à D_____ depuis son adresse de messagerie personnelle au mois de janvier 2007 - qu'il était dans leur réelle et commune intention d'autoriser l'exécution d'ordres transmis à l'intimée par voie de messages électroniques.

E. 4.2

Les parties s'opposent, dans un deuxième temps, sur la violation par l'intimée de son devoir de diligence dans le cadre de l'exécution des cinq ordres de paiement litigieux. Par souci de clarté, leurs - nombreux - arguments respectifs seront énoncés et traités au cours des développements exposés ci-après.

E. 4.2.1

Les opérations de virement concernées par la présente procédure trouvent leur fondement dans le contrat de giro bancaire qu'ont, notamment, conclu les parties, lequel est soumis aux règles du mandat; un ordre de paiement donné dans le cadre d'un tel contrat constitue une instruction du mandant à l'égard du mandataire (arrêts du Tribunal fédéral 4A_59/2009 du 7 septembre 2009 consid. 5.3.2. et 4C.383/2006 du 27 février 2007 consid. 3.2; ATF 126 III 20 consid. 3a/aa = JdT 2000 I 227).

E. 4.2.2

Le client qui assigne une banque en justice en vue d'obtenir la restitution des avoirs qu'il y a déposés exerce une action en exécution du contrat (ATF 132 III 449 consid. 2) et non en paiement de dommages-intérêts (art. 97 al. 1 CO; ATF 112 II 450 consid. 3a). De manière générale, l'établissement bancaire est redevable à son client - dans la mesure des modalités convenues - de tout ou partie de l'avoir disponible confié (ATF 132 III 449 précité). Lorsqu'elle opère un virement depuis le compte de son client, la banque transfère son propre argent (le premier disposant uniquement d'une créance à l'égard de la seconde à concurrence des sommes déposées); si elle agit en exécution d'un ordre de son client, elle acquiert une créance en remboursement du montant débité à l'égard de ce dernier, au titre de frais relatifs à l'exécution régulière du mandat (art. 402 CO); tel n'est, en revanche, pas le cas, si l'instruction à laquelle elle donne suite émane d'un tiers non autorisé. Dans cette hypothèse, l'organisme bancaire supporte le risque du paiement indu et est alors tenu de payer - indépendamment de la commission d'une faute - une seconde fois à son client la somme concernée

- 26/43 -

C/30704/2010 en exécution du contrat (arrêts du Tribunal fédéral 4A_398/2009 du 23 février 2010 consid. 5.1.1 et 4A_54/2009 du 20 avril 2009 consid. 1; ATF 132 III 449 précité).

E. 4.2.3

Les conditions générales édictées par les banques comprennent toutefois généralement une clause selon laquelle le préjudice qu'elles subissent du chef de défauts de légitimation ou de falsifications non décelés est reporté sur le client (arrêts du Tribunal fédéral 4A_398/2009 précité, consid. 5.1.2 et 4A_54/2009 précité; ATF 132 III 449 précité également). L'opposabilité d'une clause de ce type à la banque en relation avec les ordres de virement qu'elle a opérés dépend du degré de la faute qui lui est - éventuellement - imputable dans le cadre de l'exécution des opérations dommageables. Elle est ainsi exclue en cas de dol ou de négligence grave commise par la banque (art. 100 al. 1 CO applicable par analogie), envisageable dans l'hypothèse d'une faute légère (art. 101 al. 2 CO applicable par analogie) imputable aux organes de l'établissement - aspect sur lequel le juge doit se prononcer en faisant usage de son pouvoir d'appréciation (art. 4 CC) - et admissible (art. 101 al. 3 CO applicable par analogie également) en cas de négligence légère commise par un employé (arrêts du Tribunal fédéral 4A_398/2009 et 4A_54/2009 précités; ATF 132 III 449 précité également). Constitue une faute grave, la violation de règles élémentaires de prudence dont le respect se serait imposé à toute personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances (arrêt du Tribunal fédéral 4A_398/2009 précité, consid. 6.1; ATF 128 III 76 consid. 1b; 119 II 443 consid. 2a). Commet, en revanche, une négligence légère la personne qui n'adopte pas le comportement auquel on pourrait s'attendre - inadvertance, manque de diligence peu important, etc. (THEVENOZ, Commentaire romand, CO I, 2e éd., 2012, n° 15 ad art. 100 CO) -, sans toutefois que sa faute - non excusable - puisse être qualifiée de grave (arrêt du Tribunal fédéral 4A_398/2009 précité). Le juge apprécie (art. 4 CC) les agissements de l'auteur négligent en se référant à la diligence que l'autre partie était en droit d'attendre, en vertu, notamment, des clauses du contrat et des usages professionnels (arrêt du Tribunal fédéral 4A_438/2007 du 29 janvier 2008 consid. 5.3; THEVENOZ, *ibidem*).

E. 4.2.4

En général, la banque n'est tenue de vérifier l'authenticité des ordres qui lui sont adressés que selon les modalités convenues entre les parties ou, le cas échéant, spécifiées par la loi (arrêts du Tribunal fédéral 4A_389/2009 et 4A_438/2007 précités; ATF 132 III 449 précité également). Elle n'a pas à prendre de mesures extraordinaires, incompatibles avec une liquidation rapide des opérations. Bien qu'elle doive compter avec l'existence de faux, elle n'a pas à les présumer systématiquement (arrêt du Tribunal fédéral 4A_438/2007 précité). Elle procédera cependant à des vérifications supplémentaires s'il existe des indices sérieux

- 27/43 -

C/30704/2010 de falsification ou que l'ordre ne porte pas sur une opération, soit prévue par le contrat, soit habituellement demandée, ou encore lorsque des circonstances particulières suscitent le doute (arrêts du Tribunal fédéral 4A_389/2009 précité, consid. 6.1 et 4A_438/2007 précité; ATF 132 III 449 consid. 2).

E. 4.2.5

En l'espèce, il convient, en premier lieu, de déterminer si les instructions querellées - et leur confirmation selon les modalités énoncées dans la partie EN FAIT - émanaient de C_____, comme le soutient l'appelante, ou de cette dernière, thèse avancée par l'intimée. D'après la banque, les éléments suivants figurant au dossier étaient son point de vue : la cliente n'a pas contesté être l'auteure de certains des courriels adressés depuis son adresse de messagerie internet entre les mois de mars 2007 et de février 2008, ni avoir pris connaissance des réponses qui y avaient été apportées par D_____; antérieurement à l'introduction de la présente procédure, elle lui avait uniquement reproché l'exécution de quatre, et non de cinq, ordres de paiement (cf. à cet égard lettre C.eb EN FAIT); aucune des procédures civiles initiées à l'encontre de C_____ à compter de l'été 2008 ne se référaient, respectivement concernaient, les sommes prétendument spoliées par ce dernier; enfin, le dépôt de plainte pénale par l'appelante était intervenu tardivement, soit trois ans seulement après la fin des agissements concernés. Cette argumentation ne convainc pas. En effet, bien que l'appelante n'ait pas contesté avoir adressé, respectivement réceptionné, chacun des courriels auxquels se réfère l'intimée avant son écriture de réplique, elle a toutefois toujours nié avoir eu connaissance de l'ensemble des opérations effectuées sur son compte - et des divers courriels échangés en relation avec celles-ci - entre les mois de mars 2007 et de février 2008. Ses dénégations sont crédibles. En effet, l'intéressée a multiplié ses interventions auprès de la banque à compter du mois de juin 2008, époque à laquelle elle a appris les événements litigieux; le simple fait qu'elle a initialement réclamé le remboursement de quatre virements plutôt que de cinq n'est, de ce point de vue, pas déterminant. Par ailleurs, les personnes qui ont entouré l'appelante à la période précitée, soit I_____ et J_____ - dont les déclarations sont probantes, en l'absence d'éléments concrets permettant de douter de leur impartialité (arrêt du Tribunal fédéral 4A_181/2012 du 10 septembre 2012 consid. 3, paru in RSPC 2013 p. 25 n° 1257) -, ont constaté l'état d'affliction dans lequel elle se trouvait. C_____ a, en outre, confié à I_____ avoir utilisé à des fins peu amènes l'argent de son épouse. Enfin, on distingue mal pour quelles autres raisons que celles avancées par l'appelante C_____ aurait, à l'époque des faits litigieux, fait procéder au changement d'adresse de cette dernière auprès de la Poste française.

- 28/43 -

C/30704/2010 Le fait que l'intéressée n'a pas requis de son époux, dans le cadre des diverses actions civiles intentées à son encontre, le remboursement des avoirs concernés,

respectivement qu'elle a déposé plainte pénale trois ans après la fin des événements litigieux, est impropre à remettre en question cette appréciation, la présente procédure ayant précisément pour objet de déterminer si le dommage consécutif aux agissements de C_____ doit être supporté par l'une et/ou l'autre partie, le cas échéant dans quelles proportions. Partant, la Cour retient, à l'instar du premier juge, que les ordres de paiement litigieux émanaient de C_____ et non de l'appelante.

E. 4.2.6

Il ressort des considérations qui précèdent que l'intimée, en procédant aux cinq virements litigieux, a exécuté les instructions d'un tiers non autorisé. En adoptant l'art. 1 CG, les parties ont toutefois convenu de reporter le dommage correspondant - soit le préjudice subi par la banque, puisque celle-ci serait, en raison de la mauvaise exécution de son mandat (art. 402 al. 1 CO a contrario), tenue de restituer à l'appelante les sommes concernées - sur la cliente. Le raisonnement du Tribunal selon lequel la clause précitée ne peut être qualifiée d'insolite - de sorte qu'elle lie valablement les parties - n'ayant pas été contesté devant la Cour, cet aspect sera tenu pour acquis (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_69/2011 du 27 février 2012 consid. 2.3). Le transfert du dommage n'est cependant efficient, aux termes de l'art. 1 CG, que pour autant que la banque ait vérifié l'authenticité des ordres qui lui ont été signifiés "avec toute la diligence usuelle en affaires". Du point de vue de l'appelante, la clause précitée ne lui serait pas opposable (art. 100 al. 1 CO applicable par analogie), sa partie adverse ayant commis, dans le cadre de l'exécution de chacune des cinq opérations litigieuses, une faute grave en ne procédant pas aux vérifications qui s'imposaient, malgré la présence de nombreux éléments insolites (en particulier : absence de "régularisation" de la situation par D_____ auprès de C_____ , alors que celui-là avait envisagé d'y procéder [cf. courriel du 2 novembre 2006; lettre B.e EN FAIT], omission qui permettrait d'envisager une éventuelle complicité du gestionnaire; absence de possibilité pour D_____ et son assistante d'identifier sa voix au téléphone, ces employés l'ayant rencontrée, pour la première fois, au mois de juin 2008; nombreux débits opérés depuis un compte ouvert à des fins de dépôt; virements systématiquement effectués au profit de C_____ , lequel transférait ensuite les montants concernés en Espagne, au su de D_____ , chargé de la gestion des comptes des deux époux; langue utilisée dans les courriels ainsi qu'emploi de formules introductives et de politesses similaires à celles usitées par C_____ ; contenu parfois technique des messages [alors qu'elle ne disposerait d'aucune

- 29/43 -

C/30704/2010 connaissance particulière dans le domaine bancaire]; similitude des deux signatures apposées sur les fax de confirmation adressés à la banque, "indice manifeste" qu'il se serait agi d'un "collage de sa signature"; absence d'indication du numéro d'expéditeur sur ces deux fax; envoi de l'une de ces télécopies depuis l'Angleterre au moyen de l'appareil de transmission de son ex-époux). L'intimée conteste, quant à elle, principalement, tout manquement à ses incom- bances; subsidiairement, si une faute devait lui être imputée, celle-ci, commise par ses employés et non par ses organes, devrait être qualifiée de légère, de sorte que le transfert de dommage stipulé à l'art. 1 CG demeurerait opérant (art. 101 al. 3 CO par analogie). Statuer sur l'opposabilité de la clause précitée à l'appelante implique de déterminer, successivement, l'étendue des vérifications (selon les modalités convenues entre les parties ou complémentaires) auxquelles devait procéder l'intimée (cf. consid. 4.2.6.1 infra), puis le type de mesures d'identification qui s'imposaient

à la banque dans le cas particulier (cf. consid. 4.2.6.2 ci-dessous); il conviendra ensuite d'examiner si l'intimée s'est conformée à ces exigences (cf. consid. 4.2.6.3 infra).

E. 4.2.6.1

L'étendue des vérifications auxquelles devait procéder l'intimée dépend de l'existence - vérifications supplémentaires à celles convenues à l'art. 1 CG -, respectivement de l'absence - vérifications limitées à l'art. 1 CG -, de circonstances suscitant le doute et/ou d'indices sérieux de falsification. Statuer à cet égard implique de se replacer dans le contexte qui prévalait à l'époque des faits litigieux. Or, à cette période, la banque ignorait le stratagème orchestré par C_____. L'éventuelle complicité de D_____ - suggérée par l'appelante - ne trouve aucune assise dans le dossier. Quant à la régularisation de la situation à laquelle le gestionnaire a fait allusion en s'adressant à C_____ le 2 novembre 2006, elle concernait exclusivement le statut éventuel de conseiller en placement de l'époux. Reste à déterminer si l'intimée devait néanmoins éprouver des doutes au sujet de l'identité du donneur d'ordres. La Cour relève, en premier lieu, que l'ensemble des courriels adressés à D_____ entre les mois de mars 2007 et de février 2008 - période concernée par les débits querellés - provenait de l'adresse de messagerie de l'appelante. Dans la mesure où il était arrivé à C_____ de contacter, en automne 2006, le gestionnaire précité au sujet du compte de son épouse par l'intermédiaire de son adresse internet personnelle (cf. lettre B.e EN FAIT), D_____ ne pouvait être amené à penser, en l'absence de circonstances tout à fait particulières, que le sus-désigné rédigeait, en

- 30/43 -

C/30704/2010 réalité, des messages au nom de son ex-épouse. L'appelante ayant, par ailleurs, simplement indiqué au gestionnaire qu'il était plus aisé pour elle de s'exprimer en anglais ("easier for me to write in English"), la rédaction de courriels en français - lesquels comportaient, au demeurant, des fautes d'orthographe et de syntaxe - n'était pas de nature à susciter le doute; certains des messages litigieux ont, de surcroît, été écrits dans la première de ces langues. L'emploi de termes bancaires techniques n'était pas davantage de nature à éveiller des soupçons; en effet, il ne ressort pas de la procédure que la cliente aurait fait part à l'intimée de son absence - totale - alléguée de connaissances dans le domaine bancaire; en tout état, l'intéressée aurait pu, de manière plausible, faire appel à des tiers, y compris son époux, pour l'aider dans la rédaction de tels courriels. L'utilisation, dans certains messages, de formules de politesse ("Monsieur D_____ bonjour"; "Sincères salutations") similaires à celles employées par C_____ n'avait pas à être relevée par D_____; en effet, il ne saurait être exigé d'une banque qu'elle compare la teneur des formules de politesse usitées par ses différents clients et/ou les conjoints de ces derniers lorsqu'ils s'adressent à elle (cf. à cet égard arrêt du Tribunal fédéral 4A_438/2007 précité, consid. 5.5, dans le cadre de laquelle la Haute Cour a estimé qu'une banque n'avait en principe pas à comparer le libellé d'un ordre de paiement émanant d'un client avec celui d'ordres plus anciens avant de les exécuter). Il n'était pas non plus a priori exclu que l'appelante utilise, par écrit, les mêmes formules de politesse que son époux en français. L'absence d'indication d'un numéro de fax sur les deux documents retournés à l'intimée pour confirmer les troisième et cinquième paiements litigieux (cf. lettre B.ld et B.nd EN FAIT) n'était pas davantage de nature à éveiller les soupçons. En effet, si une omission de ce type peut s'avérer problématique dans l'hypothèse où une télécopie est adressée à la banque afin d'obtenir un virement - l'identité de l'expéditeur de l'ordre ne pouvant alors être vérifiée (arrêt du Tribunal fédéral 4C.315/2005 précité, consid. 6.3) - tel n'est pas le cas lorsque, comme en l'occurrence, les

fax ont été transmis à la demande de l'intimée, en vue de confirmer des instructions précédemment données par courriels. Quant aux signatures apposées sur ces documents - que la Cour a examinées - elles se distinguent par de légères différences de calligraphie et sont, de surcroît, de taille différente; partant, l'hypothèse d'un "collage" - avancée par l'appelante - était d'emblée exclue. Enfin, le fait qu'une cliente expédie un fax depuis un pays étranger au moyen de l'appareil de transmission de son époux n'a rien d'insolite. S'agissant, ensuite, du principe du débit des montants litigieux, il ne présentait, en soi, aucun caractère exorbitant, l'appelante n'ayant nullement laissé entendre au gestionnaire que les fonds déposés ne pouvaient être utilisés à d'autres fins qu'à celles de placements (arrêt du Tribunal fédéral 4C.357/2000 du 8 mai 2001 consid. 4c in fine). On ne discerne pas non plus le motif pour lequel le fait que le bénéficiaire des versements querellés était C_____ aurait dû, en tant que tel,

- 31/43 -

C/30704/2010 inciter l'intimée à éprouver des doutes sur la validité des ordres concernés, étant souligné qu'une banque n'est généralement pas tenue de se préoccuper des rapports juridiques de base entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, n'ayant habituellement pas une connaissance suffisante des intentions et des dispositions du mandant (arrêt du Tribunal fédéral 4A_301/2007 du 31 octobre 2007 consid. 2.1; ATF 124 III 253 consid. 3c = JdT 1999 I 289); en tout état, l'absence de réaction de l'appelante aux avis de débits successifs que lui a adressés l'intimée - la banque ignorant, à cette époque, le stratagème orchestré par C_____ - était de nature à conforter cette dernière dans la régularité des transferts opérés en faveur de l'époux. En revanche, la quotité sur laquelle portait le premier virement querellé (50'000 Euros, soit 25% environ du capital de l'appelante), conjuguée au caractère inhabituel de cette demande - le montant concerné se démarquait nettement de l'unique opération similaire effectuée précédemment (6'000 USD ayant été transférés à C_____ au mois de janvier 2007; cf. lettre B.fb EN FAIT) - devaient inciter l'intimée à faire preuve d'une diligence accrue au sujet de cette première demande. Tel n'était, par contre, plus le cas pour les ordres suivants, puisque les sommes qu'ils concernaient étaient inférieures ou équivalentes au montant articulé supra et que l'absence de réaction de l'appelante aux avis de débits successifs adressés par l'intimée était de nature à conforter cette dernière dans la régularité de ces opérations. Au vu des considérations qui précèdent, la Cour parvient à la conclusion que la banque était tenue de procéder à des vérifications selon les modalités convenues à l'art. 1 CG en relation avec l'exécution des deuxième, troisième, quatrième et cinquième virements litigieux et à des vérifications supplémentaires s'agissant du premier ordre querellé.

E. 4.2.6.2

D'après l'art. 1 CG, l'intimée était tenue de vérifier "avec toute la diligence usuelle en affaires" la légitimation de l'auteur des instructions qui lui étaient signifiées. Selon la pratique générale appliquée par la banque en matière de vérification d'instructions, l'intimée ne se contentait pas, à réception d'un ordre de paiement par courriel, des indications (désignation de l'auteur, adresse mentionnée, etc.) énoncées dans ce message. Elle s'enquerrait, avant d'y donner suite, de la validité de l'instruction en procédant à des vérifications par téléphone et/ou par fax; en relation avec ce dernier mode de confirmation, elle s'assurait, par ailleurs, de la conformité de la signature apposée sur la télécopie avec celle figurant sur les spécimens en sa possession.

C/30704/2010 Ces mesures de précaution sont compatibles avec la notion de diligence usuelle en affaires ancrée à l'art. 1 CG (cf. à cet égard arrêt du Tribunal fédéral 4A_387/2007 précité, consid. 5.4, dans lequel la Haute Cour a jugé qu'en cas de différences objectives présentées par des signatures - situation qui nécessite de procéder à des vérifications plus étendues que celles convenues par les parties - le fait de contacter par téléphone le donneur d'ordre figurant sur la demande de virement constitue une mesure appropriée). L'intimée était donc tenue de procéder, en relation avec les deuxième, troisième, quatrième et cinquième virements litigieux à des vérifications du type de celles énoncées supra et, en ce qui concerne le premier ordre litigieux, à des vérifications supplémentaires.

E. 4.2.6.3

Reste à examiner, en relation avec chacune des cinq opérations querellées, si la banque s'est conformée à ces exigences. En ce qui concerne le premier ordre de paiement (50'000 Euros), il ressort de la procédure (cf. lettre B.j EN FAIT) que l'intimée n'a procédé à aucune vérification, quelle qu'elle soit, avant d'y donner suite; cette omission constitue une faute d'autant plus grave que la banque était tenue, au regard de ce qui a été exposé supra, de faire preuve d'une diligence plus étendue que celle stipulée dans ses conditions générales. La clause de report (art. 1 CG) du dommage subi par la banque sur l'appelante ne saurait donc être opposée à cette dernière (art. 100 al. 1 CO applicable par analogie) en ce qui concerne ce premier virement. S'agissant des quatre autres opérations litigieuses, la Cour constate que seules trois d'entre elles ont fait l'objet de vérifications - dont l'existence est établie, compte tenu tant des pièces versées à la procédure que des déclarations de D_____, qu'il n'y a pas lieu de mettre en doute au regard des éléments figurant au dossier - antérieurement à leur exécution. En effet, l'intimée ne s'est assurée de l'authenticité du quatrième ordre de paiement (50'000 Euros) - par téléphone (la problématique de l'interlocuteur de la banque sera examinée infra) - qu'après avoir donné suite à la demande de débit concernée (cf. à cet égard lettre B.mf EN FAIT). Ce faisant, elle a violé le devoir que lui imposait l'art. 1 CG de vérifier de manière diligente l'identification de tout donneur d'ordre. Or, l'appelante, non impliquée dans l'opération de contrôle et d'exécution de cette instruction, devait pouvoir compter, au vu du risque financier reporté sur sa personne, sur le strict respect par sa partie adverse de l'art. 1 CG. Tel n'ayant pas été le cas, l'intimée n'était pas habilitée à reporter sur la cliente le préjudice correspondant subi par ses soins. S'agissant, enfin, des deuxième (10'560 Euros), troisième (40'000 Euros) et cinquième (48'000 Euros) ordres de paiement, la banque s'est assurée de la légi-

C/30704/2010 timation de leur auteur en procédant à des vérifications, soit par téléphone, soit en exigeant une confirmation par fax - éventuellement par courrier original pour l'une des demandes (cf. à cet égard lettre B.ld EN FAIT) - munie d'une signature, dont la conformité a été vérifiée avec les spécimens à disposition de la banque. En prenant des mesures de ce type, l'intimée a agi conformément aux prescriptions édictées à l'art. 1 CG. On peut, certes, s'interroger sur le fait de savoir si l'absence de possibilité d'identification de la voix de l'interlocutrice à laquelle D_____ ou ses assistants se sont adressés au téléphone - le gestionnaire n'ayant, à l'époque des faits litigieux, pas encore rencontré l'appelante - revêt un caractère fautif. Cette question peut cependant demeurer indécise. En

effet, quand bien même un manquement de ce type devrait être retenu, il devrait être qualifié de léger, l'appréciation de la banque selon laquelle les opérations litigieuses correspondaient à la volonté de la cliente ayant été systématiquement confortée par l'absence de réaction de cette dernière aux avis de débits qui lui étaient adressés. Dans la mesure où cette faute - légère - aurait été commise par des employés - et non des organes - de l'intimée et où il n'est ni allégué, ni établi, que cette négligence procéderait de carences dans l'organisation de la banque (THEVENOZ, op. cit., n° 38 ad art. 101 CO), l'art. 1 CG serait demeuré opposable à l'appelante (art. 101 al. 3 CO). Au vu de ce qui précède, c'est à tort que l'intimée a reporté sur l'appelante le dommage qu'elle a personnellement subi en procédant à l'exécution des premier (50'000 Euros) et quatrième (50'000 Euros) virements litigieux.

E. 4.3

L'intimée se prévaut cependant du fait que sa partie adverse n'aurait pas contesté les transferts querellés dans le délai fixé par ses conditions générales (soit immédiatement, mais au plus tard dans le délai fixé par la banque) - sa première réclamation datant du 20 juin 2008 -, de sorte qu'elle serait réputée y avoir consenti.

E. 4.3.1

Invoquant, en premier lieu, les art. 3 et 7 1ère phrase CG, elle estime que sa partie adverse devait réagir après l'envoi des premier et quatrième (notamment) avis de débits. La cliente était, par ailleurs, demeurée passive après avoir reçu, par courriel du 10 octobre 2007, un relevé de son compte (cf. à cet égard lettre B.ma EN FAIT).

E. 4.3.1.1

La clause incluse dans des conditions générales stipulant que "les communications de la banque sont réputées faites dès qu'elles sont envoyées à la dernière adresse indiquée par le client" - d'une teneur identique à l'art. 3 CG - instaure une fiction en faveur de la première selon laquelle les documents concernés ont véritablement atteint le second. Le risque d'une communication ne parvenant pas au client est ainsi transféré sur ce dernier (GUGGENHEIM, Les

- 34/43 -

C/30704/2010 contrats de la pratique bancaire suisse, 4e éd., 2000, p. 126 et les références doctrinales citées par cet auteur aux notes infrapaginales n° 95 et n° 96). Selon la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en matière de conventions de banque restantes - lesquelles instaurent une fiction de réception par le client de son courrier, conservé à la banque, dont il est réputé avoir pris immédiatement naissance -, le juge conserve, en raison des conséquences choquantes que pourrait avoir dans certaines circonstances l'application stricte de cette fiction, la faculté d'apprécier le cas en équité, notamment en cas d'abus de droit (arrêt du Tribunal fédéral 4A_262/2008 du 23 septembre 2008 consid. 2.3 et les références citées; ATF 110 Ib 368, paru in SJ 1985 p. 246; LOMBARDINI, p. 108 n° 352; GUGGENHEIM, op. cit., p. 126). L'art. 2 al. 2 CC permet au juge de corriger - d'office pour autant que les éléments factuels soient réunis - les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit créerait une injustice manifeste (arrêt du Tribunal fédéral 4A_474/2007 du 28 mars 2008 consid. 4.1; ATF 134 III 52 consid. 2.1 = JdT 2008 I 307).

E. 4.3.1.2

Les conditions générales édictées par les banques comprennent usuellement une disposition - jugée valable par le Tribunal fédéral - (d'une teneur similaire à l'art. 7 1ère phrase CG) selon laquelle toute réclamation relative à une opération doit être formulée par le client au plus tard dans un certain délai - généralement un mois - après la réception de l'avis de transaction correspondant, faute de quoi l'opération est réputée acceptée (arrêts du Tribunal fédéral 4A_262/2008 du 23 septembre 2008 consid. 2.2 et 4C.194/2005 du 28 septembre 2005 consid. 3.2.3 et 3.2.4, reproduit in Pra 2006 n° 119 p. 834; ATF 127 III 147 consid. 2c).

E. 4.3.1.3

En l'espèce, il est établi que l'appelante n'a reçu aucun des cinq avis de débit - sur lesquels ne figure aucune indication du délai de contestation - qui lui ont été adressés par l'intimée entre les mois de mars 2007 et de février 2008, C_____ ayant fait procéder, à son insu, à la déviation de son courrier. Il a également été jugé au considérant 4.2.5 que l'intéressée n'avait ni reçu, ni eu connaissance, de l'ensemble des courriels envoyés par C_____ depuis son adresse internet à D_____ et des réponses de ce dernier, durant la période précitée; le relevé de compte auquel se réfère l'intimée - adressé par courriel le 10 octobre 2007 et sur lequel est stipulé un délai de contestation d'un mois - a donc été requis et réceptionné par l'ex-époux de l'appelante. D'après les éléments figurant au dossier, cette dernière a appris le 20 juin 2008 le stratagème orchestré par C_____, ce dont elle a immédiatement informé la banque par téléphone, sollicitant, à cette occasion, le remboursement des sommes virées au profit de son ex-époux (cf. lettre C.ab EN FAIT). Le 10 juillet 2008, soit

- 35/43 -

C/30704/2010 dix jours après que l'intimée lui a remis l'ensemble des correspondances échangées entre D_____ et son ex-époux, la cliente s'est plainte auprès de la banque de l'exécution, notamment, des premier et quatrième virements litigieux. Une application stricte - et conjuguée - des art. 3 et 7 1ère phrase CG conduirait à retenir que l'appelante est réputée avoir reçu les avis de débit adressés par l'intimée au fur et à mesure de leur envoi et, à défaut de réaction immédiate suivant leur réception, avoir tacitement consenti à ces opérations. La Cour tient pour inéquitable, dans le cas d'espèce, le résultat créé par la fiction de réception ancrée à l'art. 3 CG. Son application revient, en effet, à faire supporter à l'appelante des conséquences identiques à celles prévalant dans le cadre de conventions de banque restante. Or, s'il appert légitime que le client qui opte pour une convention de ce type assume les risques y relatifs (fictions de réception et, partant, de prise de connaissance immédiate), il en va différemment pour l'appelante, laquelle a, selon les termes clairs du contrat la liant à l'intimée, choisi de recevoir sa correspondance bancaire à domicile (cf. lettre B.ca EN FAIT). De surcroît, une fiction d'acceptation (art. 7 1ère phrase CG) ne peut, par essence, être opposable à un client que dans l'hypothèse où ce dernier a été en mesure d'acquiescer, d'une manière ou d'une autre, aux informations le concernant. Ainsi en va-t-il du client qui opte pour une convention de banque restante, sa correspondance étant conservée à son intention par la banque. Tel n'est, en revanche, pas le cas pour la personne qui, à l'instar de l'appelante, n'a jamais pu prendre connaissance d'un courrier - au sujet duquel elle n'avait pas à envisager d'aller le consulter à la banque, puisqu'il devait lui être expédié - en raison du fait qu'il ne lui est pas parvenu. Par ailleurs, le libellé de l'art. 7 1ère phrase CG apparaît, dans l'hypothèse présentement concernée - soit l'absence de réception d'un courrier expédié -, contradictoire avec le texte de l'art. 3 CG. En effet, si la première de ces clauses prévoit que la computation du délai de réclamation débute à la date de

réception des avis bancaires, la seconde tend, quant à elle, à faire fi d'une réception effective. Enfin, la fiction de réception (art. 3 CG) entraînerait, in casu, l'acceptation tacite par l'appelante (art. 7 1ère phrase CG) non de son propre dommage (par exemple, opération fiduciaire exécutée par la banque qui aurait dépassé le cadre du mandat confié [art. 398 al. 2 CO]) mais du préjudice personnellement subi par l'intimée consécutivement aux agissements illicites de C_____. Un tel résultat serait d'autant plus inéquitable que la banque a, par son attitude négligente, contribué à créer son dommage en omettant de procéder à de quelconques vérifications avant

- 36/43 -

C/30704/2010 d'exécuter les premier et quatrième ordres de virement litigieux (arrêt du Tribunal 4C.81/2002 du 1er juillet 2002 consid. 4.3). Au vu de ce qui précède, la Cour parvient à la conclusion qu'une application stricte de la fiction instaurée par l'art. 3 CG serait de nature à créer, dans la présente affaire, une injustice manifeste. Il n'en sera, ainsi, pas tenu compte. En s'opposant le 20 juin 2008 par téléphone, puis le 10 juillet 2008 par écrit, aux opérations litigieuses, l'appelante a donc formé réclamation dans le délai utile, au sens de l'art. 7 1ère phrase CG.

E. 4.3.2

L'intimée se prévaut, en second lieu, de l'art. 7 2ème phrase CG, clause stipulant que si la banque n'envoie pas l'avis que le client doit s'attendre à recevoir, la réclamation doit être faite dès le moment où ce dernier aurait dû, normalement, recevoir un tel avis par courrier ordinaire. Du point de vue de l'intimée, l'appelante était censée, indépendamment de la notification des cinq ordres de transferts litigieux, recevoir des avis relatifs aux placements fiduciaires successifs opérés depuis son compte bancaire et "devait s'inquiéter si tel n'était pas le cas". Dans la mesure où le document intitulé "autorisation générale pour placements fiduciaires" signé par l'appelante le 29 janvier 2007 ne contient aucune indication relative à l'envoi d'avis consécutifs à l'exécution de transactions et où il ne ressort pas de la procédure que l'intimée aurait, entre le mois de mars 2007 et le 20 juin 2008 (date à laquelle l'appelante a appris les faits litigieux), adressé à sa cliente de tels avis - le décompte du 10 octobre 2007 ayant été requis et réceptionné par C_____ uniquement -, l'appelante ne pouvait s'attendre à recevoir des documents de ce type. A titre superfétatoire, la Cour relève qu'une application stricte de l'art. 7 2ème phrase CG reviendrait à faire supporter à l'appelante des conséquences similaires à celles prévalant dans le cadre de conventions de banque restante, de sorte qu'il n'y aurait pas lieu de l'appliquer au cas d'espèce, pour les mêmes raisons que celles exposées supra.

E. 4.3.3

L'argumentation de l'intimée tombe ainsi à faux.

E. 4.4

Enfin, la banque s'oppose aux prétentions de sa partie adverse en invoquant la commission d'une faute concomitante (art. 44 al. 1 CO) par cette dernière. De son point de vue, l'appelante aurait fait preuve d'une négligence grave en ayant rendu possible l'accès à son ordinateur ainsi qu'à sa boîte de messagerie à C_____, alors qu'elle savait depuis l'année 2005 - selon les données exposées

- 37/43 -

C/30704/2010 dans sa plainte pénale - que son ex-époux avait "fai[t] des choses malhonnêtes dans sa vie professionnelle"(cf. lettre C.fc EN FAIT).

E. 4.4.1

Seul peut se prévaloir de l'art. 44 al. 1 CO le débiteur redevable de dommages-intérêts, que ceux-ci soient d'ordre délictuel ou contractuel (art. 99 al. 3 CO; arrêt du Tribunal fédéral 4A_258/2012 du 8 avril 2013 consid. 7.1; ATF 131 III 511 consid. 5; 112 II 450 consid. 4). La banque tenue de restituer diverses sommes à son client en exécution du contrat qui les a liés ne s'acquitte pas de dommages-intérêts, mais supporte le préjudice qu'elle subit personnellement (arrêt du Tribunal fédéral 4A_438/2007 du 29 janvier 2008 consid. 6.2). Elle demeure toutefois habilitée à exciper, en compensation, de prétentions en dommages-intérêts qu'elle pourrait formuler du chef de la commission par son cocontractant, soit d'une faute contractuelle (art. 97 al. 1 CO), soit d'un acte illicite (art. 41 CO; arrêt du Tribunal fédéral 4A_258/2012 et ATF 112 II 450 précités).

E. 4.4.2

En l'espèce, l'hypothèse d'un acte illicite commis par l'appelante peut être exclue, puisque cette dernière n'a pas, d'une manière ou d'une autre, incité la banque à procéder aux transferts indus que constituent les premier et quatrième virements litigieux. Il ne ressort pas non plus de la procédure que l'intéressée aurait violé des dispositions du contrat qui la liait à l'intimée, étant souligné que les griefs énoncés par la banque sont étrangers à la relation entre les parties. Cela scelle le sort du grief.

E. 4.5

En conclusion, la banque sera condamnée à restituer à l'appelante les sommes de 50'000 Euros avec intérêts moratoires à 5% l'an (LOMBARDINI, op. cit., p. 426 n°7) dès le 6 mars 2007 (premier débit) ainsi que de 50'000 Euros avec suite d'intérêts à compter du 12 novembre 2007 (quatrième débit), dates auxquelles l'intimée a reporté à tort son préjudice sur sa partie adverse (arrêt du Tribunal fédéral 4A_54/2009 précité, consid. 5).

E. 5

L'appelante requiert en outre le paiement de divers dommages inhérents au refus de l'intimée de lui restituer les sommes précitées (soit 9'671,09 Euros au titre de gains manqués, 10'920 fr. 90 d'honoraires facturés par son conseil pour l'activité déployée antérieurement au dépôt de la demande et 1'150,20 Euros au titre de frais de déplacement et d'hébergement à Genève; cf. à cet égard lettre D.ab EN FAIT).

E. 5.1

En vertu de l'art. 103 al. 1 CO, le débiteur en demeure est redevable - en complément de l'exécution de la prestation qu'il est tenu d'accomplir - de dommages-intérêts dits de retard (THEVENOZ, op. cit., n° 1 et n° 15 ad art. 103 CO).

- 38/43 -

C/30704/2010 Le créancier peut ainsi prétendre - pour autant qu'il ait interpellé sa partie adverse (art. 102 al. 1 CO), éventuellement que cette sommation apparaissait d'emblée inutile (arrêt du Tribunal fédéral 4A_11 /2013 du 16 mai 2013 consid. 5 et les références citées) - à être indemnisé de l'ensemble du préjudice que lui cause le retard du débiteur (THEVENOZ, op. cit., n° 5 ad art. 103 CO), tel que la privation de la possibilité de placer son argent à un taux d'intérêt supérieur à celui de l'intérêt moratoire (soit 5%; ATF 123 III

241 consid. 4 = JdT 1998 I 290; arrêt du Tribunal du fédéral du 21 janvier 1993 consid. 5, paru in SJ 1993 p. 321; THEVENOZ, *ibidem*) et/ou les dépenses nécessaires pour obtenir l'exécution de la prestation en souffrance (frais de voyage permettant de recouvrer une dette quérable, honoraires d'un avocat pour l'activité extrajudiciaire - justifiée et nécessaire - déployée, etc. [THEVENOZ, *ibidem*]). Il appartient au créancier de prouver l'existence et la quotité du dommage - sous réserve de sa fixation en équité, lorsque son montant exact ne peut pas être établi (art. 42 al. 2 CO applicable par le renvoi de l'art. 99 al. 3 CO, les prétentions concernées consistant dans des dommages-intérêts; arrêt du Tribunal fédéral 4A_481/2012 du 14 décembre 2012 consid. 4; ATF 133 III 462 consid. 4.4.2) - dont il se prévaut.

E. 5.2

Les créances en dommages-intérêts doivent être exprimées dans une valeur identique (art. 84 CO) à celle dans laquelle la diminution du patrimoine est intervenue (ATF 137 III 158 consid. 3.2, SJ 2011 I p. 155); à défaut, la demande correspondante doit être rejetée (ATF 137 III 158 précité, consid. 4).

E. 5.3

Dans la présente affaire, la banque a toujours refusé de restituer à sa partie adverse les sommes équivalant aux premier et quatrième débits opérés sur son compte. Ce faisant, elle s'est trouvée en demeure d'exécuter le contrat qui la liait à sa cliente. Compte tenu de la position - persistante - adoptée par l'intimée, l'appelante n'avait pas à interpellier formellement la banque en relation avec ses prétentions fondées sur l'art. 103 CO, une telle interpellation apparaissant d'emblée inutile. Le principe de versement de dommages-intérêts dits de retard en faveur de l'appelante doit donc être admis. Dans la mesure où la condamnation de l'intimée a été assortie du paiement d'intérêts moratoires à 5% l'an (art. 104 CO), soit un taux d'intérêts supérieur à celui auquel la cliente allègue qu'elle aurait pu placer les deux montants concernés (rendements oscillant entre 0,705% et 4,732%; cf. lettre D.ab EN FAIT), l'appelante ne subit aucun dommage du chef de la demeure de sa partie adverse. L'indemnisation requise par l'appelante des frais d'avocat qu'elle a encourus avant procès doit, quant à elle, être rejetée. En effet, cette prétention a été exprimée en

- 39/43 -

C/30704/2010 monnaie suisse et non en Euros, valeur dans laquelle la diminution du patrimoine de la cliente - qui vit en France et s'est acquittée d'une provision de 2'000 Euros en faveur de son avocat - est intervenue. En tout état, les notes d'honoraires produites ne détaillent pas l'activité extrajudiciaire accomplie, de sorte qu'il ne peut être statué sur la quotité des dépenses - éventuellement - justifiées, inhérentes à l'intervention de ce conseil; une fixation du dommage en équité (art. 42 al. 2 CO) est, par ailleurs, exclue, puisque la quotité du préjudice pouvait être établie par la production de documents idoines. Quant aux frais de déplacement et d'hébergement encourus par l'appelante pour se rendre à divers entretiens dans les locaux de l'intimée ainsi qu'en l'étude de son conseil, ceux-ci seront admis à concurrence de 211 Euros, prix du billet d'avion acheté par l'intéressée le 19 novembre 2009; l'appelante n'établit pas, alors qu'elle aurait été en mesure de le faire, les autres dépenses qu'elle allègue en relation avec ce poste du dommage (absence de production de tickets attestant de frais de carburant, de péages d'autoroute et d'hôtel).

E. 5.4

Au vu de ce qui précède, l'intimée sera condamnée à payer à sa partie adverse, en application de l'art. 103 CO, une somme de 211 Euros avec suite d'intérêts à 5% dès le 19 novembre 2009.

E. 6

Le chiffre 1 du dispositif du jugement attaqué sera donc annulé, et l'intimée condamnée à s'acquitter des sommes énoncées aux considérant 4.5 et 5.4 supra.

E. 7

Les parties sollicitent leur condamnation respective au paiement des frais de première et de deuxième instances. L'appelante critique, par ailleurs, la quotité de l'indemnité de procédure (20'000 fr.) fixée par le premier juge.

E. 7.1

Aux termes de l'art. 318 al. 3 CPC, si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance. La Cour examine l'application de l'ancien droit cantonal de procédure par le premier juge au regard de ce dernier droit (arrêt du Tribunal fédéral 4A_8/2012 du

E. 7.2

A l'issue de la présente procédure, l'appelante obtient gain de cause sur le principe de la condamnation de l'intimée, à concurrence de la moitié de ses prétentions environ (100'211 Euros alloués par la Cour sur les 209'381,29 Euros et 10'920 fr. 20 réclamés devant le Tribunal). Elle sera donc condamnée au tiers des dépens de première instance, y compris une indemnité de procédure dont le tiers représente 5'000 fr. (5% de la valeur litigieuse devant le premier juge = 13'100 fr. environ [218'000 Euros environ au total x un taux de conversion moyen de 1 fr. 20]), majorés de 1'900 fr. pour tenir compte des mesures probatoires diligentes par le Tribunal ainsi que des deux échanges d'écritures intervenus entre les parties = 15'000 fr.). L'intimée sera, quant à elle, condamnée aux deux tiers des dépens, y compris une indemnité de procédure dont les deux tiers représentent 10'000 fr. Le chiffre 2 du dispositif attaqué sera donc annulé et modifié en ce sens.

E. 7.3

Les frais judiciaires de deuxième instance seront fixés à 21'000 fr. (art. 95, 104 al. 1 et 105 CPC; art. 35 cum art. 17 du Règlement fixant le tarif des greffes en matière civile [ci-après : RTFMC]) - somme de 1'000 fr. supérieure au montant de l'avance de frais requis de l'appelante, mais dont cette dernière, qui plaide au bénéfice de l'assistance judiciaire, a été dispensée du paiement - et les dépens de chacun des avocats arrêtés à 9'000 fr., débours et TVA compris (art. 95 CPC; art. 85 al. 1 et 90 RTFMC). L'appelante ayant obtenu gain de cause sur le principe de la condamnation de l'intimée, à concurrence de la moitié de ses prétentions environ (art. 106 al. 2 CPC), les frais judiciaires précités seront mis à la charge de la cliente à concurrence de 7'000 fr. (21'000 fr. x 1/3) - émoluments qui sera provisoirement supporté par l'Etat (art. 118 al. 1 let. b CPC) - et de la banque, à hauteur de 14'000 fr. (21'000 fr. x 2/3). Il sera rappelé que les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont tenus au remboursement des frais judiciaires mis à la charge de l'Etat dans la mesure de l'art. 123 CPC.

C/30704/2010 Enfin, l'appelante s'acquittera de dépens de 3'000 fr. (9'000 fr. x 1/3) au profit de sa partie adverse et l'intimée de 6'000 fr. (9'000 fr. x 2/3) en faveur de son ancienne cliente. * * * * *

- 42/43 -

C/30704/2010 PAR CES MOTIFS, La Chambre civile : A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre le jugement JTPI/12970/2012 rendu le 20 septembre 2012 par le Tribunal de première instance dans la cause C/30704/2010-2. Déclare irrecevables les allégués de fait référencés aux paragraphes nos 4, 7 et 8 de la partie EN DROIT du mémoire d'appel ainsi qu'aux paragraphes nos 7, 137 et 139 de la réplique. Au fond : Annule le jugement entrepris et statuant à nouveau : Condamne B_____ SA à verser à A_____ 50'000 Euros avec intérêts à 5% dès le 6 mars 2007, 50'000 Euros avec intérêts à 5% dès le 12 novembre 2007 ainsi que 211 Euros avec intérêts à 5% dès le 19 novembre 2009. Condamne A_____ au tiers des dépens de première instance, lesquels comprennent une indemnité de procédure dont le tiers représente 5'000 fr., valant participation aux honoraires du conseil de B_____ SA. Condamne B_____ SA aux deux tiers des dépens de première instance, lesquels comprennent une indemnité de procédure dont les deux tiers représentent 10'000 fr., valant participation aux honoraires du conseil de A_____ . Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais d'appel : Arrête les frais judiciaires de l'appel à 21'000 fr. Met ces frais à la charge de A_____ à raison de 7'000 fr., part que l'Etat de Genève supportera provisoirement, et à la charge de B_____ SA à hauteur de 14'000 fr. Condamne en conséquence B_____ SA à verser aux Services financiers du Pouvoir judiciaire 14'000 fr. Condamne A_____ à verser à B_____ SA 3'000 fr. au titre de dépens d'appel. Condamne B_____ SA à verser à A_____ 6'000 fr. au titre de dépens d'appel.

- 43/43 -

C/30704/2010 Siégeant : Monsieur Jean-Marc STRUBIN, président; Monsieur Grégory BOVEY et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Madame Barbara SPECKER, greffière.

Le président : Jean-Marc STRUBIN

La greffière : Barbara SPECKER

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.

E. 12

avril 2012, consid. 1; TAPPY, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée, in JdT 2010 III 39; FREI/ WILLISEGGER, in Basler Kommentar, ZPO, 2010, n° 15 ad art. 405). En procédure civile genevoise, la répartition des frais et dépens était régie par le principe dit du résultat ("Erfolgsprinzip"; art. 176 al. 1 aLPC); les frais et dépens étaient donc mis à la charge des parties dans la mesure où elles succombaient (arrêts du Tribunal fédéral 4P.3/2003 du 14 mars 2003 consid. 2.3;

5P.55/2000 du 18 avril 2000 consid. 2b). Les dépens comprenaient tant les frais exposés dans la cause qu'une indemnité de procédure (art. 181 al. 1 aLPC). Celle-ci était fixée en équité par le juge, en tenant

- 40/43 -

C/30704/2010 compte notamment de l'importance de l'affaire, de ses difficultés et de l'ampleur de la procédure (art. 181 al. 3 aLPC). Pour les causes pécuniaires, l'indemnité pouvait être fonction de la valeur litigieuse (généralement entre 5% et 10% du montant litigieux; CHAIX, L'indemnité de procédure au sens de l'art. 181 de la Loi de procédure civile genevoise (LPC), in Défis de l'avocat au XXIe siècle, Mélanges en l'honneur de Madame le bâtonnier Dominique BURGER, 2008, p. 352). L'ampleur du travail fourni et le temps consacré par le mandataire professionnel devaient également être pris en considération (arrêt du Tribunal fédéral 4P.116/2006 du 6 juillet 2006 consid. 3.3).

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