

## **GE\_GERICHTE ACJC/1536/2008 vom 16. Dezember 2008**

GE Cour de justice, 2008-12-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACJC\\_1536\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_1536_2008)

FR: GE\_GERICHTE ACJC/1536/2008 du 16 décembre 2008

IT: GE\_GERICHTE ACJC/1536/2008 del 16 dicembre 2008

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

L'appel principal et l'appel incident ont été formés en temps utile et selon la forme prescrite par la loi (art. 296, art. 29 al. 1 et 3, art. 298 al. 1, art. 300 LP).

- 11/24 -

C/13577/2001

Compte tenu de la valeur litigieuse, la cognition de la Cour est complète.

#### **E. 2**

En cas de gestion de fortune par un gérant indépendant qui n'est ni organe ni auxiliaire de la banque auprès de laquelle sont déposés les avoirs gérés, il y a toujours une relation contractuelle entre le client et le gérant. S'y ajoute, normalement, une deuxième relation contractuelle entre le client et la banque. Parfois - mais pas nécessairement - s'y ajoute une troisième relation contractuelle, entre le gérant et la banque. 2.1.1. A l'égard du client, le gérant externe agit sur la base d'un contrat de gestion qui est régi par les règles du mandat (ATF 132 III 460 consid. 4.1 avec références) et dont le contenu et l'étendue se déterminent, en premier lieu, selon les accords entre les parties. Il est constant que le gérant engage sa responsabilité à l'égard du client lorsqu'il gère les avoirs du client d'une façon qui ne s'inscrit pas dans le cadre d'une bonne et fidèle exécution du mandat (art. 398 al. 1 et 2 CO) ou lorsqu'il ne respecte pas les instructions spécifiques du client (art. 397 CO). Suivant les circonstances, soit notamment lorsque les conditions d'une gestion déloyale au sens de l'art. 158 CP sont réalisées, la responsabilité contractuelle du gérant se double d'une responsabilité délictuelle à l'égard du client (art. 41 ss CO). 2.1.2. Normalement, le client dépose ses avoirs en son nom propre auprès de la banque dépositaire et confère au gérant les pouvoirs nécessaires pour agir, à l'égard de la banque, comme son représentant direct (cf. arrêt du Tribunal fédéral du 15 mars 2001, SJ 2001 I 525, consid.2; arrêt du Tribunal fédéral 4C.205/2002 du 9 décembre 2002, consid. 2.2). Il en va autrement lorsque, exceptionnellement, le gérant agit comme représentant indirect du client, après avoir déposé les avoirs du client en son nom propre auprès d'une banque. 2.2.1. En cas de relation bancaire au nom du client, celui-ci est lié à la banque dépositaire par un contrat de compte courant et un contrat de dépôt ouvert, auxquels sont applicables les règles du mandat, ainsi que par des contrats de commission conclus pour l'exécution des ordres passés à la banque par le gérant pour son compte (arrêt du Tribunal fédéral du 15 mars 2001, SJ 2001 I 525, consid.2; arrêt du Tribunal fédéral 4C.205/2002 du 9 décembre 2002, consid. 2.2). Le gérant externe agit à l'égard de la banque en tant que représentant direct du client (arrêts précités). L'étendue des pouvoirs de représentation du gérant externe se détermine par les termes de la communication qui a été faite à la banque (art. 33 al. 3 CO).

- 12/24 -

C/13577/2001 Par conséquent, la banque engage sa responsabilité à l'égard du client lorsqu'elle exécute un ordre du gérant externe qui outrepassé les pouvoirs de représentation tels qu'ils sont connus de la banque. Est controversée, en revanche, la question de savoir si, malgré une procuration large couvrant les ordres du gérant externe, la banque doit au moins avertir le client, en vertu de certains devoirs de diligence découlant de sa relation contractuelle avec lui, lorsqu'elle constate, par exemple, un changement subi du type de gestion pratiquée ou encore des opérations mettant manifestement en danger les intérêts du client (BRETTON-CHEVALLIER, *Le gérant de fortune indépendant*, Zurich 2002, p. 233, plus restrictif : LOMBARDINI, *Droit et pratique de la gestion de fortune*, 3ème éd. 2003, p. 121). 2.2.2. Il n'en va pas de même lorsque le gérant agit à titre fiduciaire pour son client, entrant personnellement en relation contractuelle avec la banque dépositaire. Dans ce cas, la banque n'a des obligations contractuelles qu'à l'égard du gérant (qui est son unique client) même lorsqu'elle sait qu'un tiers (le client du gérant) est l'ayant-droit économique des avoirs déposés chez elle au nom du gérant. Autrement dit, elle n'a aucune obligation contractuelle à l'égard du client du gérant. L'identification de l'ayant-droit économique a pour seul but de lutter contre le blanchiment d'argent, sans pour autant créer un rapport contractuel entre celui-ci et la banque; elle ne déploie aucun effet de droit privé (ATF 132 III 609 consid. 5.3.1). Le secret bancaire est opposable à l'ayant-droit économique et la banque n'a pas à le sauvegarder contre les agissements du titulaire (arrêt du Tribunal fédéral 4C.108/2002 consid. 3c.aa; LOMBARDINI, *Droit bancaire suisse*, Zurich 2002, p. 137 n. 43), par ailleurs choisi par le fiduciaire lui-même. Seule une responsabilité délictuelle (art. 41 ss CO) de la banque pourrait entrer en considération, à l'égard du fiduciaire, si la banque enfreint une disposition pénale destinée à protéger le patrimoine du fiduciaire (cf. GUGGENHEIM, *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 4ème éd. 2000, p. 67). En effet, un comportement n'est illicite, au sens de l'art. 41 al. 1 CO, que s'il viole un devoir légal général, soit parce qu'il porte atteinte à un droit absolu du lésé, soit parce qu'il enfreint une injonction ou interdiction écrite ou non écrite de l'ordre légal destiné à protéger le bien juridique atteint (arrêt du Tribunal fédéral 4C.229/2000 du 27 novembre 2001, publié in SJ 2002 I p. 253, consid. 3a). En cas d'atteinte à des droits purement patrimoniaux, le comportement n'est donc illicite qu'en cas de violation d'une norme qui, de par son but, est destinée à prévenir de telles atteintes au patrimoine du lésé (ATF 119 II 127 consid. 3 = JdT 1994 I 298).

- 13/24 -

C/13577/2001 Ainsi, la banque pourrait être responsable à l'égard du fiduciaire, par exemple, si elle participe (art. 24 et 25 CP), de façon intentionnelle (cf. ATF 133 III 323 consid. 5.2), à un abus de confiance (art. 138 CP) ou à une gestion déloyale (art. 158 CP) commise par le gérant à l'égard du client.

### **E. 2.3**

Enfin, il peut également y avoir une relation contractuelle entre la banque dépositaire et le gérant lorsque - ce qui n'est pas nécessairement le cas - la banque accorde au gérant indépendant des avantages parce qu'il fait déposer auprès d'elle les fonds de ses clients (cf. ATF 132 III 460). Le contrat de collaboration entre le gérant externe et la banque doit être qualifié comme contrat innommé, à la fois mixte et sui generis (arrêt du Tribunal fédéral 4C.447/2004 du 31 mars 2005 consid. 3.2). L'accord de collaboration ne déployant ses

effets qu'entre le gérant et la banque, aucune obligation découlant de cet accord n'est violée lorsque le gérant donne à la banque un ordre qui n'est pas conforme à ses accords avec le client, voire aux instructions reçues de celui-ci.

#### **E. 2.4**

Lorsque le gérant externe exécute mal le contrat de gestion de fortune, il peut en découler un dommage pour le client dont celui-ci peut réclamer la réparation au gérant. Simultanément, le client lésé peut avoir, dans certaines hypothèses, une action contractuelle en réparation du même dommage contre la banque dépositaire; cela suppose toutefois l'existence d'une relation contractuelle entre le client et la banque (cf. supra 2.2.1) Lorsque les agissements du gérant externe constituent simultanément un acte illicite à l'égard du client (art. 41ss CO), soit notamment en cas de réalisation d'une infraction pénale, et qu'une responsabilité délictuelle de la banque dépositaire entre également en considération (cf. supra 2.2.2.), alors le client dispose également de deux actions délictuelles, tant contre le gérant que contre la banque.

#### **E. 2.5**

A la qualité pour agir (ou légitimation active) celui qui peut faire valoir une prétention en tant que titulaire du droit, en son propre nom (HOHL, Procédure civile suisse, tome I, Berne 2001, p. 97 n. 433). Le juge doit vérifier d'office l'existence de cette qualité (HOHL, op. cit., p. 99 n. 446). La question de la légitimation active relève du droit matériel (ATF 130 III 417 consid. 3.1), de sorte qu'elle se détermine selon le droit au fond. Son défaut conduit au rejet de l'action qui intervient indépendamment de la réalisation des éléments objectifs de la prétention litigieuse (ATF 126 III 59 consid. 1a). Condition d'aboutissement de l'action, la légitimation active doit être examinée à

- 14/24 -

C/13577/2001 la clôture de l'instruction, avant le prononcé du jugement, et non pas à l'ouverture d'instance (ATF 133 III 180 consid. 3.4). Dans une action en dommages-intérêts, la légitimation active appartient à la victime immédiate (WERRO; La responsabilité civile, Berne 2005, p. 345, n. 1352). Ceci vaut tant pour la responsabilité délictuelle que pour la responsabilité contractuelle (art. 99 al. 3 CO); en cas de violation contractuelle, le principe de la relativité des contrats ne permet d'ailleurs qu'au cocontractant d'exiger des dommages-intérêts, pour cause de violation du contrat (ATF 123 III 204 consid. 2e). Ainsi, en raison de la relativité des conventions, le gérant de fortune indépendant, qui n'est pas partie à la relation bancaire (dépôt, commission) entre son client et la banque, n'est pas légitimé pour réclamer à celle-ci des dommages-intérêts pour inexécution d'un ordre qu'il lui a donné, en sa qualité de représentant direct de son client (arrêt du Tribunal fédéral 4C.387/2000 du 15 mars 2001 publié in : SJ 2001 I p. 525 consid. 2a). Seule une cession ou subrogation légale peut y déroger (WERRO, op. cit., p. 345, n. 1353 et 1354; cf. aussi arrêt précité du Tribunal fédéral). La cession opère, en effet, la substitution du titulaire d'une créance par un nouveau titulaire (ATF 130 III 248 consid. 3.1) - à condition de déployer valablement ses effets. L'art. 164 al. 1 CO dispose, à cet égard, que le créancier peut céder son droit à un tiers sans le consentement du débiteur, à moins que la cession n'en soit interdite par la loi, la convention ou la nature de l'affaire. 2.6.1. Lorsque plusieurs ont causé ensemble un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer (art. 50 al. 1 CO) et, dans leurs rapports internes, le juge apprécie s'ils ont un droit de recours les uns contre les autres et détermine, le cas échéant, l'étendue de ce recours (art. 50 al. 2 CO). En cette matière, le

juge jouit d'un pouvoir d'appréciation découlant de l'art. 4 CC (ATF 96 II 172 consid. 2; BREHM, Comm. bernois 1998, n. 57 ad art. 50 CO). Il doit, en premier lieu, tenir compte de la gravité de la faute (DESCHENAUX/TERCIER, La responsabilité civile, 2e éd., 1982, n. 29 ad p. 288), mais également des circonstances au sens de l'art. 43 al. 1 CO (BREHM, op. cit., n. 58 ad art. 50 CO). En vertu du renvoi légal prévu par l'art. 51 al. 1 CO, l'art. 50 al. 1 et 2 CO s'applique par analogie lorsque plusieurs responsables répondent du même dommage en vertu de causes différentes qui sont toutefois de même nature (ATF 80 II 247 consid. 5; SCHNYDER, Comm. bâlois 2007, n. 19 ad art. 51 CO, avec référence). Ainsi, le lésé qui a deux actions contractuelles dirigées contre deux cocontractants différents, pour le même dommage, peut exiger de chacun d'entre eux la réparation intégrale de son dommage (solidarité passive du même type; art. 51 al. 1, art. 50 al. 1 CO), puis le juge déterminera si les deux responsables ont un

- 15/24 -

C/13577/2001 droit de recours l'un contre l'autre et détermine, le cas échéant, l'étendue de ce recours (art. 51 al. 1, art. 50 al. 2 CO; ATF précité). En cas de responsabilités de même nature, le dommage est à supporter, dans les rapports récursives entre les deux responsables et en règle générale, de façon égale entre eux; une répartition différente s'impose toutefois lorsque seul l'un de deux responsables contractuelles a effectivement causé le dommage, de façon fautive (alors que l'autre n'est, p. ex., que l'assureur de la victime : SCHNYDER, op. cit., n. 20 ad art 51 CO). L'article 51 CO institue un recours fondé ex jure proprio qui naît directement dans la personne de celui qui paie l'indemnité, l'action récursive prenant naissance au moment du paiement au lésé (ATF 133 III 6 consid. 5.3.3 et 5.4). Il en va de même en cas d'application de l'art. 50 CO, lorsqu'un recours a lieu d'être (art. 50 al. 2 CO). En effet, il n'y a pas de différence fondamentale entre la solidarité dite parfaite, en cas de faute dite commune de deux responsables, et la solidarité dite imparfaite, en cas de fautes ou responsabilités séparées de deux responsables (WERRO, Commentaire romand 2003, n. 8 avant art. 50-51 CO, avec références). 2.6.2. Lorsque, dans le cadre d'une gestion de fortune par un gérant indépendant, le client a été lésé et dispose d'une action en réparation tant contre le gérant que contre la banque dépositaire, il peut choisir librement contre qui il souhaite agir : il y a concours d'actions, ce qui fait bénéficier le lésé des effets d'une solidarité (passive) du gérant et de la banque dépositaire, à son égard (art. 50 al. 1, respectivement art. 51 al. 1 CO). Autrement dit, le lésé peut réclamer la réparation intégrale de son dommage soit au gérant indépendant, soit à la banque dépositaire. En revanche, les rapports internes entre le gérant et la banque sont régis par les art. 51 et 50 CO qui règlent le recours du responsable ayant indemnisé le lésé contre l'autre responsable que le lésé n'a pas recherché.

## **E. 2.7**

En vertu d'une jurisprudence constante, le lésé ne peut pas déroger à l'art. 51 CO en décidant laquelle des personnes responsables supportera en définitive le dommage; dès lors, une cession des droits du lésé à l'un des deux responsables est inopérante (ATF 80 II 247 consid. 5; ATF 115 II 24 consid. 2a; ATF 123 III 327 = JT 2006 I 447 consid. 2.3.2.2; ATF 133 III 6 consid. 5.3.2). Compte tenu de la différence insignifiante entre la solidarité dite parfaite et celle dite imparfaite, la même solution s'impose en cas de fautes séparées fondant toutefois deux responsabilités du même type (art. 51 al. 1 et art. 50 al. 2 CO) et en cas de faute commune (art. 50 al. 1 et 2 CO) : le lésé ne doit pas pouvoir déterminer quel responsable supportera en définitive le dommage (et dans quelle proportion), en cédant à

l'un d'entre eux sa propre prétention contre l'autre responsable. Le Tribunal fédéral a réaffirmé ce principe général dans un arrêt récent en soulignant qu'en vertu de l'art. 50 al. 2 CO, c'est au juge qu'il appartient

- 16/24 -

C/13577/2001 de faire usage de son pouvoir d'appréciation pour déterminer qui doit, en définitive, supporter le poids de la réparation dans les rapports internes; le lésé ne peut pas s'immiscer dans ce processus, notamment par le biais d'une cession de ses droits à un responsable (ATF 133 III 6 consid. 5.3.2). Lorsqu'il y a deux responsabilités de même nature ou une faute commune, le lésé ne peut donc pas céder valablement à l'un des deux responsables sa prétention contre l'autre (ATF 80 II 247 consid. 5, pour le cas de deux responsabilités de même nature), de manière à permettre au responsable cessionnaire d'exiger de l'autre responsable une réparation intégrale du dommage, sans égard à la répartition interne du dommage entre eux, selon l'appréciation du juge (art. 51 al. 1 et 50 al. 2 CO). Cette interdiction de la cession, par la loi ou la nature de l'affaire (art. 164 al. 1 CO), est aussi dans l'intérêt du lésé lorsque le cessionnaire est déjà en faillite au moment de la cession, puisqu'il ne pourrait toucher qu'un dividende de la part du failli tout en perdant sa prétention contre l'autre responsable dont le paiement de l'indemnité intégrale à la masse en faillite profiterait, sans raison valable, à d'autres créanciers du failli.

### **E. 3**

Du cas de la fondation liechtensteinoise Dans le cas d'espèce, la FONDATION a ouvert en son nom propre un compte auprès de l'intimée. C'est donc elle - et non pas l'appelante sur appel principal (ci-après : l'appelante) - qui était en relation contractuelle avec l'intimée sur appel principal (ci-après : l'intimée), de manière à obliger l'intimée - selon l'appelante - à l'informer des agissements dommageables du gérant externe. C'est aussi elle, et non pas l'appelante, qui a subi - prétendument - une diminution involontaire de son patrimoine, du fait des omissions de l'intimée qui, selon l'appelante, relèveraient tant de la violation du contrat que d'un acte illicite. Autrement dit, la victime et lésée des omissions fautives que l'appelante reproche à l'intimée est la FONDATION. Par conséquent, c'est la FONDATION et non pas l'appelante qui a la légitimation active contre l'intimée, en réparation de son prétendu dommage. La FONDATION n'a d'ailleurs jamais cédé à l'appelante ses prétentions (contractuelles et/ou délictuelles) contre l'intimée. Bien au contraire, elle les a cédées à une fiduciaire qui a déjà fait notifier plusieurs commandements de payer à l'intimée. En ce qui concerne le (prétendu) dommage subi par la FONDATION, l'appelante doit donc être déboutée de toutes ses prétentions à l'égard de l'intimée, pour défaut de légitimation active.

- 17/24 -

C/13577/2001

### **E. 4**

Du cas des deux sociétés panaméennes, clientes de l'intimée

#### **E. 4.1**

Les deux sociétés panaméennes ont cédé à l'appelante la totalité de leurs actifs, y compris les comptes ouverts en leur nom auprès de l'intimée. Cette cession globale pourrait comprendre les prétentions contractuelles et/ou délictuelles de ces sociétés contre l'intimée, en réparation de la diminution de leur patrimoine, du fait des omissions fautives que l'appelante reproche à l'intimée. Toutefois, comme dans le cas de la FONDATION, les

lésées sont les deux sociétés puisque c'est leur patrimoine qui a diminué. Par conséquent, la légitimation active de l'appelante pour agir contre l'intimée, en réparation du dommage subi par les deux sociétés, dépend de la cession et de la validité de celle-ci.

#### **E. 4.2**

Or, la diminution du patrimoine des deux sociétés est non seulement due à la prétendue omission de l'intimée d'empêcher la société gérante (dont l'appelante est la masse en faillite) de mal gérer le patrimoine des sociétés panaméennes, mais aussi (et en premier lieu, pourrait-on dire) à la gestion préjudiciable de leurs avoirs, par cette même société gérante. Les sociétés panaméennes ont donc également des actions contractuelles et/ou délictuelles en réparation de leur dommage contre l'appelante. Elles ont d'ailleurs produit les créances correspondantes dans le cadre de la faillite et n'ont retiré leurs productions que contre l'engagement formel de l'appelante de colloquer, à sa place, ses actionnaires et ayants-droit économiques des comptes bancaires mal gérés, cette collocation ayant été accordée en échange de la cession globale de tous les actifs des sociétés panaméennes, à l'appelante. Or, la cession, à l'appelante, des prétentions des sociétés panaméennes contre l'intimée aurait pour conséquence de permettre à l'appelante de réclamer à l'intimée la réparation intégrale du dommage subi par les sociétés lésées, en contournant ainsi les restrictions que la loi (art. 51 al. 1 et 50 al. 2 CO) impose au recours interne entre les parties qui sont toutes deux responsables du dommage subi par les sociétés panaméennes. Selon la jurisprudence, cette cession est donc interdite par la loi, respectivement par la nature de l'affaire.

Par conséquent, l'appelante n'a pas la légitimation active, pour agir contre l'intimée, en réparation du dommage subi par la sociétés panaméennes.

#### **E. 5**

Des relations bancaires au nom de la société gérante elle-même

##### **E. 5.1**

Certains clients ayant utilisé la société gérante non seulement comme gérant de fortune, mais encore comme société-écran, les avoirs de ces clients ont été déposés auprès de l'intimée, au nom de l'appelante (étant précisé que la masse en faillite de la société-écran n'a aucune personnalité juridique distincte de celle-ci).

- 18/24 -

C/13577/2001 C'est ainsi l'appelante elle-même qui est entrée en relation contractuelle avec l'intimée, à l'exclusion de ses clients, de sorte que, concernant ces avoirs, elle pourrait avoir la légitimation active à l'égard de l'intimée, en tant que (prétendue) lésée. En revanche, la responsabilité de l'intimée n'est pas engagée à l'égard des ayants-droit économiques de ces avoirs, sous réserve d'une infraction pénale commise à leur égard, par des organes de l'intimée (art. 41 al. 1 CO et 55 CC; l'intimée ne serait en revanche pas nécessairement responsable des agissements délictuels d'un simple employé, art. 55 CO). Or, en l'absence d'une cession valable, l'appelante ne peut pas réclamer, en lieu et place de ses clients, la réparation du dommage subi par ceux-ci, et une cession ne serait pas valable puisque l'appelante elle-même est coresponsable du même dommage et qu'il ne lui appartient pas de modifier l'éventuel recours interne (art. 99 al. 3, art. 51 al. 1 et art. 50 al. 2 CO), en réclamant de l'intimée le paiement d'une indemnité pleine et entière, sur la base des prétentions - cédées - de ses clients lésés. Sur le plan contractuel, la loi prévoit d'ailleurs même, pour ces cas de représentation indirecte, une cession légale en sens inverse (soit du

représentant indirect à l'ayant-droit économique), ainsi que cela résulte de l'art. 401 al. 1 CO. 5.2.1. Selon la jurisprudence, y compris celle rendue après l'entrée en vigueur de la LBVM (cf. arrêt 4C.205/2002 du 9 décembre 2002, consid. 2.2), la banque qui, sans être au bénéfice d'un mandat de gestion, s'engage uniquement à exécuter des ordres en bourse confiés sporadiquement, n'est pas tenue à une sauvegarde générale des intérêts du mandant. Un devoir général d'information n'existe pas en pareille hypothèse. Le devoir de fidélité n'impose pas non plus à la banque chargée d'exécuter des ordres déterminés de conseiller spontanément le client sur les développements probables des investissements choisis et sur les mesures à prendre pour limiter les risques (ATF 119 II 333 consid. 5 et 7 et les références; sur le devoir d'information des banques, voir aussi l'arrêt 4C. 45/2001 du 31 août 2001, publié in SJ 2002 I 274 ss, consid. 4a et l'arrêt 4C.410/1997 du 23 juin 1998, publié in SJ 1999 I 205 ss, consid. 3b). Ces principes s'imposent encore plus strictement lorsque la gestion est l'œuvre d'un professionnel, indépendant de la banque. Le Tribunal fédéral a ainsi admis qu'en présence d'un gérant externe au bénéfice d'une procuration très large, la banque dépositaire des avoirs n'avait pas à rendre le client attentif aux risques élevés qu'il encourait, ni à requérir son autorisation avant de procéder aux opérations dont la réalisation lui avait été confiée par le gérant (arrêt 4C.205/2002 du 9 décembre 2002, consid. 2.2 ; arrêt 4C.97/1997 du 29 octobre 1997, publié in SJ 1998 p. 198 ss, consid. 6a). Le banquier n'est, en effet, pas le tuteur de son client (arrêt 4C.205/2002 du 9 décembre 2002, consid. 2.2 ; arrêt 4C.24/1993 du 14 décembre 1993, publié in SJ 1994 p. 284 ss, consid. 3b).

- 19/24 -

C/13577/2001 Enfin, ces principes trouvent leur application la plus stricte lorsque le client est lui-même un professionnel de la gestion de fortune et qu'il gère ses propres avoirs, déposés auprès de la banque. Dans ce cas de figure, la banque dépositaire n'a aucun devoir, à son égard, de le mettre en garde contre les risques liés à sa gestion. Par ailleurs, elle n'a aucun devoir, à l'égard de son client, de s'opposer au retrait pur et simple d'une partie ou de la totalité des avoirs déposés au nom de son client lui-même. 5.2.2. En l'espèce, l'appelante n'est que la masse en faillite d'une société spécialisée en gestion de fortune qui a été fondée, animée et gérée par un spécialiste en la matière, ce que l'intimée savait puisqu'il s'agissait de son ancien cadre. Pour les comptes ouverts par la société spécialisée auprès de l'intimée, au nom de la société elle-même, l'intimée n'avait donc aucun devoir (à son égard) de l'empêcher de retirer ses avoirs, ni aucun devoir de l'empêcher de pratiquer une gestion risquée et peut-être aussi assez onéreuse en termes de commissions bancaires, en raison du nombre élevé des transactions décidées par la titulaire des comptes.

### **E. 5.3**

Tout autre est la question de savoir si la responsabilité de l'intimée est néanmoins engagée, pour les pertes subies au nom de l'appelante, pour avoir exécuté des ordres de bourse donnés oralement (par téléphone), puis confirmés par des écrits ne portant qu'une signature au lieu de deux. A cet égard, l'appelante a allégué le défaut d'une deuxième signature sur un nombre indéterminé de confirmations d'ordres, pour contester ainsi en bloc la validité d'un maximum d'ordres donnés; à la suite de la contestation de ces défauts de signature, par l'intimée, elle a offert de les prouver en exigeant de l'intimée la production de l'intégralité des documents y relatifs. Or, l'intimée s'est dite incapable de les produire, pour en avoir perdu la possession en raison de leur ancienneté (plus de 12 ans s'étant écoulés entre la fin de la gestion des comptes et l'ordonnance de production des pièces), ou encore en raison des différentes saisies pénales. Ces arguments sont crédibles, puisque l'intimée n'était pas tenue

de garder les confirmations écrites d'ordres téléphoniques pendant plus de dix ans (art. 962 al. 1 et 2 CO), et qu'une procédure pénale a eu lieu. Il n'y a donc pas lieu de retenir comme avérés les défauts de deuxième signature allégués par l'appelante (art. 186 al. 1 LPC a contrario), et ceci d'autant moins que l'allégation de l'appelante n'était pas précise, au sens de l'art. 126 al. 2 LPC, mais visait autant d'ordres que possible, parmi toutes ses instructions (très nombreuses) données à l'intimée. Par conséquent, l'appelante a échoué dans la preuve, par pièces, des prétendus défauts de deuxième signature. Un témoin a certes déclaré qu'il manquait souvent

- 20/24 -

C/13577/2001 une deuxième signature sur les confirmations d'ordres de bourse, mais on ignore quels ordres étaient concernés, de sorte qu'il est impossible d'établir le dommage en découlant, par hypothèse. Quoiqu'il en soit, même si le défaut d'une deuxième signature sur certains documents écrits était avéré, l'appelante aurait ratifié ses ordres défectueux ultérieurement.

### **E. 5.3.1**

En effet, celui qui reçoit - ou est réputé avoir reçu - de son cocontractant l'avis qu'une obligation a été exécutée d'une certaine façon, est soumis à la règle générale découlant de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC) et concrétisée à l'art. 6 CO, selon laquelle le silence vaut ratification de l'acte accompli si les circonstances exigent que le cocontractant réagisse en cas de refus ou de désaccord (arrêt du Tribunal fédéral 4C.378/2004 du 30 mai 2005 consid. 2.2, avec références). Les conditions générales des banques prévoient habituellement que 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 ou de l'extrait de compte correspondant, faute de quoi l'opération est réputée acceptée. Le Tribunal fédéral a admis la validité d'une telle disposition contractuelle, qui a pour effet que le client qui ne formule pas d'objection dans le délai contre une opération que la banque a effectuée sans instructions perd le droit d'agir en dommages-intérêts (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_262/2008 du 23 septembre 2008, consid. 2.2; arrêt 4C.194/2005 du 28 septembre 2005, consid. 3.2.3 et 3.2.4, reproduit in Pra 2006 n° 119 p. 834 et commenté par SIBBERN et VON DER CRONE, RSDA 78/2006 p. 70, ainsi que par GIOVANOLI, Jurisprudence bancaire et financière 2005-2006 en Suisse (droit privé), in Journée 2006 de droit bancaire et financier, Genève 2007, p. 129 ss, 139-141; cf. aussi ATF 127 III 147 consid. 2c).

### **E. 5.3.2**

En l'espèce, l'appelante a ouvert des comptes en son nom, en acceptant les conditions générales de l'intimée, édition 1985, qui prévoyaient que toute réclamation du client relative à l'exécution ou l'inexécution d'un ordre quelconque ou toute contestation d'un extrait de compte ou de dépôt devait être présentée immédiatement après la réception de l'avis correspondant, mais au plus tard dans le délai fixé par la banque, faute de quoi les dispositions prises par la banque ou l'inexécution éventuelle d'un ordre et les extraits établis par elle étaient considérés comme approuvés. L'appelante recevait elle-même les avis et extraits concernant les comptes et dépôts ouverts en son nom, sans protester contre l'exécution des ordres qui souffraient, prétendument, du défaut d'une deuxième signature. Par conséquent, elle les a ratifiés de façon tacite, si besoin était, selon les principes évoqués ci-dessus. Si elle entendait formuler une objection contre certaines opérations,

- 21/24 -

C/13577/2001 prétendument effectuées par la banque sans instructions valables, alors elle aurait dû le faire au plus tard dans le délai fixé par l'intimée. N'ayant jamais protesté, à la réception des avis d'exécution de ses ordres ou au plus tard à la réception des extraits de comptes et de dépôts, elle a perdu le droit d'agir en dommages-intérêts (arrêt précité du Tribunal fédéral 4A\_262/2008 du 23 septembre 2008, consid. 2.2 et 3.3.1).

#### **E. 5.4**

Dans ces conditions, l'appelante n'a aucune prétention contre l'intimée, en remboursement des pertes qu'elle a subies en raison de sa propre gestion des avoirs déposés en son nom, auprès de l'intimée.

#### **E. 6.1**

Il s'ensuit que toutes les prétentions de l'appelante, en remboursement des diminutions de fortune enregistrées tant sur les comptes et dépôts des sociétés panaméennes et de la fondation liechtensteinoise que sur les comptes et dépôts en son nom propre, sont mal fondées. C'est ainsi à juste titre que le premier juge a débouté l'appelante de toutes ses conclusions y relatives.

6.2.1. Tout jugement doit condamner aux dépens la partie qui succombe (art. 176 al. 1 LPC), les dépens comprenant les frais exposés dans la cause et une indemnité de procédure (art. 181 al. 1 LPC).

Selon l'art. 181 al. 3 LPC, l'indemnité de procédure est fixée en équité par le juge, en tenant compte notamment de l'importance de la cause, de ses difficultés, de l'ampleur de la procédure, et de frais éventuels non prévus à l'art. 181 al. 2 LPC.

La détermination du montant de l'indemnité de procédure relève avant tout de la libre appréciation du juge (CHAIX in : Mélanges en l'honneur Madame le Bâtonnier Dominique Burger, Genève 2008, p. 347 ss, 351; BERTOSSA et alii, Comm. LPC, n. 4 ad art. 181 LPC, avec référence). Les avocats ne sont en effet liés par aucun tarif réglant le montant des honoraires que l'indemnité de procédure doit couvrir. L'art. 181 al. 3 LPC invite le juge à statuer en équité (art. 4 CC) tout en s'inspirant de divers critères (importance et difficulté de la cause, ampleur de la procédure) dont la liste n'est toutefois pas exhaustive. Devant l'incertitude qui résulte malgré tout de l'application de ces divers critères, il est possible de recourir à un pourcentage de la valeur litigieuse, comme il arrive au Tribunal fédéral de l'admettre. On évitera toutefois de recourir à ce mode de calcul dans tous les litiges ayant pour enjeu un montant particulièrement modeste ou au contraire spécialement important (CHAIX, op. cit., p. 354; BERTOSSA et alii, Comm. LPC, loc. cit.).

Si la motivation du montant retenu au titre d'indemnité n'est pas exigée (ATF 111 Ia 1 = SJ 1985 p. 567) il n'en demeure pas moins que la détermination de ce montant doit tenir compte raisonnablement des prestations fournies par l'avocat, de la responsabilité encourue, de la valeur litigieuse et du résultat obtenu, et si le juge entend fonder sa décision sur d'autres critères, il conviendra qu'il s'en

- 22/24 -

C/13577/2001 explique dans son jugement (BERTOSSA et alii, Comm. LPC, n. 5 ad art. 181 LPC).

6.2.2. En l'espèce, la procédure en première instance, introduite en 2001, a impliqué plusieurs échanges d'écritures (toujours plus volumineuses), la production de nombreuses pièces et plusieurs audiences d'enquêtes. Par ailleurs, le montant litigieux, en dernier lieu, était supérieur à 9 millions de francs, et l'intimée a eu gain de cause en première instance. Dans ces conditions, la fixation de l'indemnité de procédure à 25'000 fr. paraît nettement trop modeste, alors que le premier juge ne l'a aucunement motivée. Il y a donc lieu d'annuler le jugement entrepris, sur ce point exclusivement, et de fixer l'indemnité de procédure à un montant plus élevé, tenant raisonnablement compte des critères usuels énumérés ci-dessus.

### **E. 6.3**

Le jugement entrepris est confirmé pour le surplus et l'appelante, qui succombe, est condamnée en tous les dépens d'appel, y compris une (deuxième) indemnité de procédure équitable. Celle-ci est fixée en tenant compte, notamment, de l'issue de la procédure sur appel incident, de l'absence d'enquêtes en deuxième instance et du fait qu'en appel, les parties ont, pour l'essentiel, utilisé les mêmes arguments qu'en première instance, dans le cadre d'un seul échange d'écritures qui sont toutefois volumineuses.

\* \* \* \* \*

- 23/24 -

C/13577/2001

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