

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.412/2004 /ech

Arrêt du 23 février 2005
Ire Cour civile

Composition
MM. et Mme les Juges Corboz, président, Rottenberg Liatowitsch et Favre.
Greffier: M. Carruzzo.

Parties
les époux X. _____,
demandeurs et recourants, représentés par
Me Dominique Lévy,

contre

Banque A. _____ SA,
défenderesse et intimée, représentée par Me Pierre-André Morand.

Objet
mandat; responsabilité de la banque,

recours en réforme contre l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève du
23 septembre 2004.

Faits:

A.

A.a Le 10 février 1998, les époux X. _____, domiciliés en Israël, ont ouvert un compte numérique, dénommé "M. _____", auprès de la Banque B. _____ SA, devenue ultérieurement la Banque A. _____ SA (ci-après: la Banque), à Genève. Ils ont demandé que la correspondance relative à ce compte leur soit adressée "banque restante". La Banque ne s'est pas vu confier un mandat de gestion. Hormis la faculté qui lui a été accordée de procéder à des dépôts fiduciaires à l'étranger, elle se bornait à exécuter les ordres de ses clients, qui pouvaient lui être donnés par téléphone. Ses conditions générales, signées par les époux X. _____, prévoyaient qu'à défaut de réclamation dans un délai de quatre semaines à compter de la réception des relevés ou des avis d'exécution d'ordres, ceux-ci seraient considérés comme tacitement approuvés par le client.

Dès avril 1998, Y. _____, en raison de sa connaissance de l'hébreu, a été chargé au sein de la Banque du suivi du compte "M. _____".

Le 1er septembre 1998, lors d'un entretien téléphonique, Y. _____ a proposé à sieur X. _____ de faire un placement en "Tax Sale Certificate" des Etats-Unis d'Amérique, soit des reconnaissances de dettes souscrites par des débiteurs américains redevables de l'impôt immobilier et garanties par les immeubles de ceux-ci. Il lui a indiqué que le placement devait durer six mois, lui a fait miroiter un rendement de 6% et a parlé d'une garantie totale de remboursement. sieur X. _____ a accepté cette proposition.

Entre le 2 décembre 1998 et le 8 avril 1999, les époux X. _____ ont acquis, en trois fois, un certain nombre de parts du fonds de placement N. _____. Il leur en a coûté quelque 450'000 US\$. Ces achats ont fait l'objet de trois avis adressés "banque restante" aux intéressés. Le fonds de placement N. _____ est enregistré aux Bahamas et investi en "Tax Sale Certificate". Il ne constituait pas un placement risqué.

En avril 1999, Y. _____ a été licencié par la Banque. Le 16 juin 1999, les époux X. _____ ont clôturé leur compte "M. _____" et fait transférer tous leurs avoirs à la Banque C. _____. Ils ont désigné Y. _____ en qualité de gérant externe.

A.b Le 31 juillet 1999, la cotation du fonds de placement N. _____ a été suspendue en raison d'un manque de liquidités dû à l'insolvabilité du principal débiteur du fonds. Celui-ci est entré en liquidation

volontaire.

A partir du 14 février 2001, dans l'ignorance du montant du dividende de liquidation, la Banque C. _____ a fixé la valeur des parts du fonds de placement N. _____ à zéro.

A.c Par ordonnance du 22 octobre 2002, consécutive à une plainte pénale déposée le 20 juin 2001 par sieur X. _____, le Procureur général du canton de Genève a déclaré Y. _____ coupable de gestion déloyale, pour avoir procédé à l'achat des parts du fonds N. _____, et l'a condamné à quatre mois d'emprisonnement ferme, peine complémentaire à celle de trois ans de réclusion prononcée par la Cour correctionnelle le 9 avril 2002. Suite à l'opposition de Y. _____, le Tribunal de police, statuant par défaut, a confirmé cette peine. Son jugement, rendu le 28 août 2003, a cependant fait l'objet d'une opposition du condamné, si bien que la cause est toujours pendante devant lui.

B.

B.a Par demande du 22 juin 2001, les époux X. _____ ont assigné la Banque en paiement de 262'788 fr., avec intérêts à 5% dès le 8 décembre 1998, de 304'763 fr., avec intérêts à 5% dès le 10 février 1999, et de 212'000 fr., avec intérêts à 5% dès le 8 avril 1999. Ils ont ainsi réclamé le remboursement de la contre-valeur, au 31 août 2000, des sommes en dollars débitées du compte "M. _____" pour l'achat des parts du fonds de placement N. _____ aux trois dates susmentionnées. Selon eux, la Banque avait procédé à cet achat sans être nantie d'instructions ad hoc. Il s'agissait d'une opération particulièrement risquée, étant donné la situation financière de ce fonds, qui leur aurait causé un dommage correspondant au montant versé pour l'achat de ces titres.

La défenderesse a conclu au rejet de la demande. Elle a allégué avoir fidèlement exécuté les ordres de ses clients, lesquels avaient de toute manière accepté tacitement les opérations boursières litigieuses qu'ils n'avaient pas contestées dans le délai de quatre semaines à compter de la réception des avis d'achat en "banque restante". De surcroît, le dommage n'était pas avéré puisque le dividende de liquidation du fonds de placement N. _____ n'était pas encore connu.

B.b Le Tribunal de première instance du canton de Genève a ordonné l'apport de la procédure pénale susmentionnée ainsi qu'un deuxième échange d'écritures dans lequel les parties ont maintenu leurs conclusions. Lors de l'audience de plaidoiries du 10 septembre 2003, le conseil des demandeurs a indiqué que la cause était "en état d'être jugée", tandis que celui de la défenderesse a sollicité l'ouverture d'enquêtes.

Statuant le 17 février 2004, la juridiction saisie a débouté les demandeurs de toutes leurs conclusions. Le Tribunal a considéré, en résumé, que les clients de la Banque avaient expressément donné à celle-ci l'ordre d'acheter pour eux les parts du fonds de placement N. _____ et qu'ils avaient du reste ratifié tacitement les acquisitions litigieuses. Retenant qu'au moment de ces acquisitions, le fonds en question constituait un placement peu risqué, il a, par ailleurs, exclu que la défenderesse ait violé ses obligations de mandataire, notamment son devoir d'information.

B.c Les demandeurs ont interjeté appel aux fins d'obtenir l'annulation de ce jugement et le renvoi de la cause au Tribunal de première instance pour l'ouverture d'enquêtes. Subsidièrement, ils ont invité la juridiction d'appel à procéder elle-même à des enquêtes. Sur le fond, ils ont repris leurs précédentes conclusions.

La défenderesse a conclu à la confirmation du jugement attaqué.

Lors de l'audience de plaidoiries, le conseil de la défenderesse a exposé, sans être démenti, que la liquidation du fonds de placement N. _____ était toujours en cours et que l'on pouvait tabler, en l'état, sur un dividende de 80%.

Par arrêt du 23 septembre 2004, la Cour de justice a confirmé le jugement de première instance "dans le sens des considérants". Pour un motif tiré du droit de procédure civile genevois, elle a estimé que les demandeurs ne pouvaient pas exiger l'administration de preuves en appel, ni requérir le renvoi de la cause au Tribunal de première instance pour complément d'instruction. Sur le fond, la cour cantonale a considéré que les demandeurs avaient ouvert action prématurément dans la mesure où, la liquidation du fonds de placement N. _____ n'étant pas terminée, il n'était pas exclu que ses créanciers soient complètement désintéressés in fine. En d'autres termes, le dommage invoqué n'était que futur et sa survenance incertaine. Les juges d'appel ont encore indiqué que les demandeurs n'avaient pas allégué les faits susceptibles de déterminer le montant de leur préjudice ou, à tout le moins, de le fixer approximativement en appliquant l'art. 42 al. 2 CO. Ils ont constaté enfin que l'acte d'appel, à l'exemple des écritures de première instance des demandeurs, ne renfermait aucune argumentation quant au préjudice que ceux-ci auraient subi.

C.

Parallèlement à un recours de droit public qui a été rejeté, dans la mesure où il était recevable, par arrêt séparé de ce jour, les demandeurs ont déposé un recours en réforme. Ils y reprennent les conclusions condamnatoires qu'ils avaient soumises aux deux juridictions cantonales et sollicitent, à titre subsidiaire, le renvoi de la cause à la Cour de justice pour l'ouverture de toutes mesures probatoires utiles à l'établissement du dommage subi par eux.

La défenderesse propose le rejet du recours en réforme.

Le Tribunal fédéral considère en droit:

1.

1.1 Interjeté par les parties demanderessees qui ont succombé dans leurs conclusions condamnatoires et dirigé contre une décision finale rendue en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur (art. 48 OJ) sur une contestation civile dont la valeur litigieuse dépasse le seuil de 8'000 fr. (art. 46 OJ), le présent recours en réforme est en principe recevable puisqu'il a été déposé en temps utile (art. 54 al. 1 OJ) et dans les formes requises (art. 55 OJ).

1.2 Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral conduit son raisonnement juridique sur la base des faits contenus dans la décision attaquée, à moins que des dispositions fédérales en matière de preuve n'aient été violées, qu'il faille rectifier des constatations reposant sur une inadvertance manifeste (art. 63 al. 2 OJ) ou compléter les constatations de l'autorité cantonale parce que celle-ci n'a pas tenu compte de faits pertinents, régulièrement allégués et clairement établis (art. 64 OJ; ATF 127 III 248 consid. 2c; 126 III 59 consid. 2a).

Ainsi, dans la mesure où les demandeurs présentent un état de fait qui s'écarte de celui contenu dans la décision attaquée ou le complète, il n'est pas possible d'en tenir compte (ATF 127 III 248 consid. 2c). Demeure réservé l'examen du grief tiré de la violation de l'art. 8 CC (cf. consid. 2 ci-après). Pour le surplus, il ne suffit pas d'alléguer un certain nombre de faits non constatés dans la décision attaquée et d'y ajouter la mention "art. 64 OJ" entre parenthèses, comme le font les demandeurs dans leur mémoire de recours, pour obtenir un complètement de l'état de fait. Procéder de la sorte, c'est oublier que l'art. 64 OJ ne confère pas aux parties la faculté de compléter ad libitum les faits constatés par l'autorité cantonale, cette disposition ne s'appliquant que si la décision cantonale ne contient pas les constatations nécessaires à l'application du droit fédéral (Bernard Corboz, Le recours en réforme au Tribunal fédéral, in SJ 2000 II 1 ss, 67), ce que les demandeurs ne démontrent nullement.

2.

Les demandeurs reprochent, en premier lieu, à la cour cantonale d'avoir violé l'art. 8 CC.

2.1 L'art. 8 CC répartit le fardeau de la preuve pour toutes les prétentions fondées sur le droit fédéral et détermine, sur cette base, laquelle des parties doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve (ATF 127 III 519 consid. 2a p. 522; 126 III 189 consid. 2b, 315 consid. 4a). On en déduit également un droit à la preuve et à la contre-preuve (ATF 126 III 315 consid. 4a), à la condition qu'il s'agisse d'établir un fait pertinent (ATF 126 III 315 consid. 4a; 123 III 35 consid. 2b p. 40), qui n'est pas déjà prouvé (ATF 127 III 519 consid. 2a p. 522; 126 III 315 consid. 4a), par une mesure probatoire adéquate (cf. ATF 90 II 224 consid. 4b) qui a été régulièrement offerte selon les règles de la loi de procédure applicable (ATF 126 III 315 consid. 4a; 122 III 219 consid. 3c p. 223). Le juge cantonal enfreint l'art. 8 CC s'il tient pour exactes les allégations non prouvées d'une partie, nonobstant leur contestation par la partie adverse, ou s'il refuse toute administration de preuve sur des faits pertinents en droit. Il viole également le droit fédéral s'il se contente de la simple vraisemblance d'un fait allégué lorsqu'il n'a pas pu acquérir une conviction quant à l'existence de ce fait (cf. ATF 118 II 235 consid. 3c et les références).

2.2

2.2.1 Selon les demandeurs, la Cour de justice aurait refusé d'administrer des preuves sur des faits régulièrement allégués, offerts en preuve et pertinents - en particulier ceux relatifs au dommage que leur aurait causé l'achat des parts du fonds de placement N. _____ - bien qu'elle considérât que ces faits n'avaient pas été prouvés par eux. Un tel refus équivaudrait à une violation de l'art. 8 CC.

Il n'en est rien. En effet, la cour cantonale a estimé que les demandeurs ne pouvaient pas exiger l'administration de preuves en appel, ni requérir le renvoi de la cause au Tribunal de première instance pour complément d'instruction, parce qu'ils avaient renoncé à toutes mesures probatoires devant le premier juge. En d'autres termes, les juges d'appel ont estimé qu'ils n'étaient pas en présence de preuves régulièrement offertes selon la loi de procédure civile genevoise. Cette appréciation ne peut pas être revue par la juridiction fédérale de réforme et les demandeurs ont tenté sans succès de la faire sanctionner par la juridiction constitutionnelle. Partant, l'une des conditions

d'application de l'art. 8 CC - la régularité de l'offre de preuve - fait défaut en l'espèce. Le moyen pris de la violation du droit à la preuve apparaît ainsi dénué de tout fondement.

2.2.2 Les juges d'appel se voient encore reprocher, par les demandeurs, d'avoir tenu pour établis trois faits contestés sans recourir à des mesures probatoires. S'il reposait sur des prémisses avérées, un tel reproche serait effectivement constitutif d'une violation de l'art. 8 CC. Cependant, tel n'est pas le cas.

Premièrement, la Cour de justice, à l'inverse du juge précédent, n'a pas constaté l'existence d'instructions des demandeurs concernant l'achat de parts du fonds de placement N._____. Elle se borne à faire état de cette constatation dans son résumé de l'argumentation du Tribunal de première instance, mais sans épouser l'opinion de celui-ci. De son côté, la cour cantonale constate simplement, dans son arrêt, d'une part, la proposition faite téléphoniquement aux demandeurs par Y._____ d'opérer un placement en "Taxe Sale Certificate" et, d'autre part, le dépôt subséquent en "banque restante" de trois avis concernant l'achat de parts du fonds de placement N._____. Par ailleurs, elle fonde exclusivement le rejet de la demande sur l'absence de preuve du dommage.

Deuxièmement, les juges d'appel n'ont pas retenu l'absence de dommage, comme le soutiennent les demandeurs, mais l'absence de preuve du dommage, ce qui n'est pas la même chose.

Troisièmement, la cour cantonale n'a pas tenu pour établie "l'étendue de ce dommage", pour reprendre les termes utilisés par les demandeurs, puisqu'elle a considéré que l'existence de celui-ci n'avait pas été prouvée.

Le moyen pris de la violation de l'art. 8 CC tombe, dès lors, à faux.

3.

3.1 Les demandeurs se plaignent ensuite de la violation des art. 42 et 43 CO. Ils disent avoir subi un dommage de 426'000 US\$ en capital, qui découlerait directement des débits effectués sans droit sur le compte "M._____" pour l'achat des parts du fonds de placement N._____. Ce dommage se serait matérialisé lorsque, la cotation dudit fonds ayant été suspendue, la Banque C._____ avait fixé la valeur des parts de celui-ci à zéro.

De l'avis des demandeurs, la cour cantonale possédait tous les éléments nécessaires à l'évaluation du dommage. Aussi lui appartenait-il d'ouvrir les enquêtes requises sur les autres éléments d'appréciation concernant l'étendue du dommage, vu le désaccord des parties à ce sujet. A ce défaut, les juges d'appel devaient déterminer équitablement le montant du dommage (art. 42 al. 2 CO) et fixer son mode de réparation (art. 43 CO), par exemple en allouant aux lésés l'intégralité des montants débités de leur compte, moyennant cession à la défenderesse du dividende de liquidation du fonds N._____. En effet, le préjudice surviendrait déjà lors de l'entrée en liquidation et c'est l'auteur du dommage, plutôt que le lésé, qui devrait pâtir de l'incertitude quant au montant du dividende éventuel.

En refusant de fixer l'étendue du dommage et le mode de réparation, la Cour de justice aurait donc violé le droit fédéral, selon les demandeurs.

3.2

3.2.1 Le dommage juridiquement reconnu, qui constitue une notion de droit fédéral (ATF 128 III 22 consid. 2a, 180 consid. 2d p. 184; 127 III 73 consid. 3c, 543 consid. 2b), réside dans la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit; le dommage peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (ATF 129 III 331 consid. 2.1 et les arrêts cités).

En vertu de l'art. 42 al. 2 CO, lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. D'après la jurisprudence, pour que cette disposition soit applicable, il faut que les preuves du dommage fassent défaut ou que leur administration ne puisse être raisonnablement exigée du lésé (ATF 105 II 87 consid. 3 p. 89 et les arrêts cités). L'art. 42 al. 2 CO ne constitue en effet pas une solution de facilité pour le plaideur qui omet d'apporter des preuves ou qui ferait obstacle à leur administration. L'application de cette disposition suppose en outre que la partie à laquelle le fardeau de la preuve incombe fournisse au juge, dans la mesure du possible, tous les éléments permettant l'évaluation ex aequo et bono du montant du dommage (ATF 113 II 323 consid. 9c p. 343; 98 II 34 consid. 2; 97 II 216 consid. 1).

3.2.2 Dans l'arrêt attaqué, la Cour de justice émet notamment les considérations suivantes au sujet

du dommage (consid. 3.2, p. 9):

"D'ailleurs, les appelants n'ont pas allégué les faits susceptibles de déterminer le montant de leur préjudice, ou à tout le moins, de le fixer approximativement selon les réquisits de l'art. 42 al. 2 CO.

Enfin, l'acte d'appel, à l'exemple des écritures de première instance des demandeurs, ne renferme aucune argumentation quant au préjudice que les époux X. _____ auraient subi."

Ces considérations font suite à l'argumentation des juges cantonaux relative à la nature du préjudice invoqué - un dommage futur, selon eux - et à l'incertitude existant quant à sa survenance. On peut s'interroger sur le point de savoir si elles ne revêtent pas un caractère subsidiaire et indépendant, auquel cas le grief examiné serait entièrement irrecevable, puisque les demandeurs ne les ont pas entreprises par le moyen de droit approprié (ATF 115 II 300 consid. 2a p. 302; 111 II 397 consid. 2b, 398 consid. 2b; cf. également ATF 122 III 488 consid. 2; 117 II 432 consid. 2a p. 441).

Quoi qu'il en soit, l'argumentation reproduite ci-dessus relève de la constatation des faits et lie, partant, la juridiction fédérale de réforme (art. 63 al. 2 OJ). Il en découle que les demandeurs n'ont pas satisfait aux exigences minimales posées par la jurisprudence pour que le juge puisse faire application de l'art. 42 al. 2 CO. Le moyen fondé sur la violation de cette disposition ne peut ainsi qu'être rejeté.

Au demeurant, si l'on peut certes discuter, sur le vu de la jurisprudence citée par les demandeurs (ATF 111 II 164 consid. 1), de la pertinence des considérations émises par les juges d'appel au sujet de la détermination d'un dommage dont l'étendue dépend d'un dividende encore incertain, il ne va pas de soi, contrairement à ce que soutiennent les demandeurs, que leur dommage consisterait simplement dans la différence entre les montants débités pour l'achat des parts du fonds de placement N. _____ et le dividende qu'ils toucheront une fois ce fonds liquidé. En effet, si les demandeurs n'avaient pas acquis ces parts-là, leur compte aurait néanmoins été débité d'un montant équivalent pour l'achat des "Taxe Sale Certificate", puisqu'ils avaient accepté la proposition qui leur avait été faite téléphoniquement à cet égard par Y. _____. Ainsi, leur éventuel dommage correspondrait, en réalité, à la différence, supposée positive, entre la valeur de ces titres à la date déterminante et le dividende de liquidation du fonds de placement N. _____. Or, si l'on ne connaît pas encore celui-ci, on ignore tout de celle-là. Il est, par conséquent, impossible d'exclure d'emblée que ces reconnaissances de dette américaines eussent elles-mêmes perdu de leur valeur après la date à laquelle elles seraient entrées dans le portefeuille des demandeurs. On peut d'autant moins le faire que, selon les constatations des juges d'appel, le fonds de placement N. _____, investi en "Taxe Sale Certificate", a rencontré des problèmes de liquidités en raison de l'insolvabilité de son principal débiteur. Toujours est-il qu'il eût appartenu aux demandeurs de fournir tous éclaircissements utiles à ce sujet aux juges genevois, ce qu'ils n'ont pas fait. Il n'apparaît pas, prima facie, que les intéressés eussent été dans l'impossibilité de proposer, sur ce point, l'administration de preuves littérales ou testimoniales, de sorte que le recours à la disposition auxiliaire de l'art. 42 al. 2 CO n'eût pas été justifié dans ce cas.

Cela étant, le grief tiré de la violation des art. 42 et 43 CO ne pourrait qu'être rejeté, à le supposer recevable.

4.

L'existence d'un dommage est une condition sine qua non de toute responsabilité. Les juges d'appel ont considéré que cette condition faisait défaut dans le cas particulier, raison pour laquelle ils n'ont pas examiné la réalisation des autres conditions cumulatives de la responsabilité invoquée. Le présent recours est dès lors sans objet dans la mesure où ses auteurs y font valoir des griefs en rapport avec ces autres conditions, qu'il s'agisse de la violation des devoirs d'information et de fidélité de la Banque (let. C), de la responsabilité pour les auxiliaires (let. D), de la violation des art. 100 et 101 CO (let. E) ou encore de l'abus de droit (let. F).

5.

Les demandeurs, qui succombent, seront condamnés solidairement à payer l'émolument judiciaire (art. 156 al. 1 OJ) et à indemniser la défenderesse (art. 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

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

2.

Un émolument judiciaire de 9'000 fr. est mis à la charge des recourants, solidairement entre eux.

3.

Les recourants sont condamnés solidairement à verser à l'intimée une indemnité de 10'000 fr. à titre de dépens.

4.

Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties et à la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève.

Lausanne, le 23 février 2005

Au nom de la Ire Cour civile
du Tribunal fédéral suisse

Le président: Le greffier: