



POUVOIR JUDICIAIRE

C/15365/2009

ACJC/1177/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 27 SEPTEMBRE 2013

Entre

1. **A**_____, aujourd'hui radiée, représentée par son curateur **D**_____, avocat, _____,

2. **B**_____, domicilié _____,

appelants et intimés d'un jugement rendu par la 14^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 13 décembre 2012, comparant tous deux par Mes Grégoire Mangeat et Me Fabien Aepli, avocats, 20, rue du Marché, case postale 3465, 1211 Genève 3, en l'étude desquels ils font élection de domicile,

et

C_____, sise _____, intimée, comparant par Mes Vincent Jeanneret et Louis Burrus, avocats, 15bis, rue des Alpes, case postale 2088, 1211 Genève 1, en l'étude desquels elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 2 octobre 2013.

EN FAIT

- A.** Par jugement du 13 décembre 2012, communiqué pour notification aux parties le jour-même, le Tribunal de première instance a condamné C_____ à verser à A_____, représentée par son curateur, la somme de 270'530 USD avec intérêts à 5% l'an dès le 29 juillet 2005 (ch. 1), condamné C_____ à verser à B_____ la somme de 53'284 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 15 septembre 2008 (ch. 2), condamné C_____ aux trois quarts des dépens, lesquels trois quarts comprenaient une indemnité de procédure de 50'000 fr. à titre de participation aux honoraires du conseil de A_____ et de B_____ (ch. 3) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).
- B. a.** Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 29 janvier 2013, C_____ appelle de ce jugement, dont elle sollicite l'annulation.

Principalement, C_____ conclut à la constatation de l'absence de qualité pour agir de A_____ et à l'irrecevabilité des conclusions prises par celles-ci à son encontre, ainsi qu'au rejet des conclusions prises par B_____, avec suite de frais et dépens.

Subsidiairement, C_____ conclut au déboutement tant de A_____ que de B_____ de toutes leurs conclusions, avec suite de dépens. Plus subsidiairement, elle conclut à la réduction des dépens de première instance mis à sa charge à 1/5^{ème} du total desdits dépens et, "si mieux n'aime", au renvoi de la cause au Tribunal de première instance pour nouvelle décision dans le sens des considérants, les frais judiciaires et dépens d'appel étant dans chaque cas mis à la charge de A_____ et de B_____.

A l'appui de son appel, C_____ produit un bordereau de pièces nouvelles comprenant une copie de l'édition 1998 de ses conditions générales (pièce 42), et un modèle de conditions générales de l'Association suisse des banquiers du 19 janvier 1966 (pièce 43).

- b.** Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 29 janvier 2013, A_____ et B_____ appellent également du jugement susvisé, dont ils sollicitent l'annulation des chiffres 1 et 3 du dispositif.

Principalement, ils concluent à la condamnation de C_____ à payer à A_____ la somme de USD 1'497'162.90 plus intérêts à 5% dès le 24 décembre 2002, à la condamnation de C_____ en tous les frais et à la confirmation du jugement entrepris pour le surplus.

- c.** Dans son écriture de réponse, C_____ conclut principalement à la constatation de l'absence de qualité pour recourir de A_____, à l'irrecevabilité des

conclusions d'appel de celle-ci et au rejet des conclusions d'appel de B_____. Subsidairement, C_____ conclut au déboutement de A_____ et de B_____ de toutes leurs conclusions d'appel.

Dans leur écriture de réponse, A_____ et B_____ concluent au rejet de l'appel formé par C_____ et à la condamnation de celle-ci en tous les frais.

d. Les parties ont persisté dans leurs conclusions par courriers de réplique des 3 mai, 13 mai et 23 mai, 12 juin, 17 juin et 20 juin 2013.

Par courrier séparé de son conseil du 30 avril 2013, C_____ a produit une traduction française de ses conditions générales édition 1998 (pièce 42bis).

e. Les parties ont été informées de la mise en délibération de la cause par courrier du greffe de la Cour de justice du 23 avril 2013.

C. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure :

a. B_____, ressortissant algérien né en 1954, titulaire d'un passeport diplomatique, est l'un des représentants et négociateurs politiques de la cause sahraouie (Front Polisario / Sahara occidental) de par le monde, notamment dans l'enceinte des Nations-Unies.

Il est titulaire d'un visa américain de type B1 depuis 1980.

b. B_____ était client de la banque C_____, respectivement des anciennes entités E_____ et F_____ avant leur fusion survenue en 1998.

En mars 1994, B_____ a notamment ouvert en son propre nom auprès de F_____ un compte n. 1_____.

La correspondance y relative devait lui être adressée en banque restante. Dans le cadre de cette relation, B_____ a indiqué être né le 10 octobre 1951 et être domicilié en Algérie.

c. Au mois d'avril 1999, B_____ a constitué avec l'aide de C_____ une fondation de droit liechtensteinois intitulée A_____, dont il était le bénéficiaire.

Dans cette optique, B_____ et la banque ont signé divers documents contractuels, dont un contrat de mandat prévoyant notamment que C_____ devait mettre à disposition une de ses filiales comme membre du conseil de la fondation. Cette dernière était tenue d'observer les instructions du mandant, de demander autant que possible des instructions au mandant, et, en cas d'impossibilité faute de temps ou pour tout autre raison, d'agir dans le sens de ce qu'elle considérait être le meilleur intérêt du mandant.

Selon les explications données par B_____ à la banque, le patrimoine qui allait être confié à la fondation appartenait à lui-même ainsi qu'à deux associés domiciliés à la même adresse que lui en Algérie.

d. Dès sa constitution, A_____ a ouvert auprès de C_____ une relation bancaire n. 2_____, de compte courant et de dépôt, avec plusieurs rubriques libellées en CHF, USD et GBP, ainsi qu'un dossier titres.

Dans le cadre de cette relation, les parties ont notamment convenu que la correspondance devait être retenue à la banque, les communications étant ainsi considérées comme étant parvenues au client en bonne et due forme. C_____ a par ailleurs été autorisée à donner des informations concernant les relations bancaires de la fondation à B_____.

Un mandat de gestion a été confié à C_____ dans le cadre de la relation susvisée, mandat qui a été résilié par le conseil de fondation le 22 février 2000. Un pouvoir de gérance a par la suite été confié à B_____. Dans un formulaire A rempli en mars 2002, A_____ a désigné B_____, domicilié en Algérie, comme ayant droit économique des avoirs déposés en son nom. Au sein de C_____, le compte n. 2_____ (ex-F_____) de A_____ et le compte personnel n. 1_____ de B_____ n'ont pas été regroupés sous la responsabilité d'un même gestionnaire.

e. Les contrats conclus par C_____ avec B_____ et A_____ contenaient des clauses d'élection du droit suisse et de prorogation de for en faveur des tribunaux genevois.

Dans leur édition 2000, les conditions générales de C_____ prévoyaient qu'à défaut de réclamation ou de contestation présentée dans un certain délai, les dispositions prises par la banque, l'inexécution éventuelle d'un ordre et les extraits établis seraient considérés comme approuvés. Aucun exemplaire de ces conditions contresigné par B_____ ou par les représentants de A_____ n'a été versé à la procédure.

f. Entre 1999 et 2002, B_____ et A_____ ont investi de manière importante dans les titres d'une vingtaine de sociétés américaines cotées en bourse.

A diverses reprises entre 1995 et 2001, B_____ a chargé C_____ de transférer des liquidités de son compte personnel pour les mettre à sa disposition auprès de d'établissements bancaires à New York ou à Madrid.

Entre 1999 et 2003, B_____ a eu des contacts téléphoniques ou des entretiens avec la banque en lien avec son compte personnel en date des 18 février 2000, 1er mars 2000, 25 mai 2001, 7 février 2002 puis du 3 juillet 2003.

Durant cette même période, B_____ a rencontré ou a eu des contacts téléphoniques avec les gestionnaires du compte de A_____ en date des 16 décembre 1999, 15 février 2000, 1er mars 2000, 21 juillet 2000, puis fin juillet 2003.

g. En novembre 1999, les autorités fiscales américaines (Internal Revenue Service, ci-après IRS) ont rendu public un projet de réglementation concernant l'impôt à la source des revenus américains. Il y est notamment question de la création d'un statut d'intermédiaire agréé, le "Qualified Intermediary" (ci-après QI), que les banques non-américaines devaient revêtir si elles désiraient à l'avenir proposer à leurs clients d'investir dans des titres américains.

Ce système consiste à faire supporter à un tiers, l'intermédiaire agréé, les exigences d'identification imparties à l'autorité américaine en charge de la perception de l'impôt à la source. Il poursuit un double objectif, soit de prohiber l'investissement dans des titres américains par des contribuables américains non déclarés aux autorités fiscales américaines, et de permettre le dégrèvement direct de l'impôt américain à la source en faveur de citoyens non américains.

Dans ce système, toujours en vigueur dans son principe, les banques désirant bénéficier du statut "QI" s'engagent envers l'IRS à exécuter les prestations suivantes s'agissant de leurs clients :

- classification des clients en catégories "US-Persons" et "non-US Persons";
- classification des clients bénéficiaires économiques et intermédiaires;
- classification des clients selon la retenue à la source applicable;
- assurer l'échange d'informations avec le Service américain de l'impôt à la source;
- classification des titres en catégories des titres américains et non américains.

Les autorités américaines ont fixé l'entrée en vigueur de cette nouvelle réglementation au 1er janvier 2001, en octroyant toutefois aux banques une période d'adaptation jusqu'à fin décembre 2002. L'IRS a en effet accepté de renoncer à l'audit portant sur l'exercice 2001 s'il résultait de l'audit effectué sur l'exercice 2002 que l'établissement "QI" s'était, pour l'essentiel, conformé aux prescriptions "QI".

h. La place financière suisse a participé à ce programme. L'Association Suisse des Banquiers (ci-après ASB) a rencontré les autorités américaines à diverses reprises. Elle a adressé les premières circulaires à ses membres le 7 avril 2000.

ha. Dans le cadre de sa circulaire no 6971 du 7 avril 2000, l'ASB préconisait aux établissements souhaitant bénéficier du statut "QI" de procéder de la manière suivante :

-
- concernant les clients qu'elle avait pu identifier comme étant américains, la banque bénéficiant du statut "QI" devait les informer de ce qu'elle ne pourrait détenir ou acquérir des titres américains que s'ils étaient disposés à révéler leur identité à l'IRS, faute de quoi les prescriptions de l'impôt à la source s'appliqueraient; elle devait en conséquence recommander aux clients refusant de s'identifier envers l'IRS de se séparer des titres en question.
 - pour les clients qu'elle n'avait pas répertoriés comme étant américains, la banque devait les contacter pour déterminer s'ils avaient une éventuelle obligation fiscale aux Etats-Unis, cela en raison de la définition fiscale des "US Persons", l'assujettissement fiscal d'une personne ne se fondant pas sur le seul domicile, mais également sur la nationalité, la détention d'une "green card" ou la résidence d'une certaine durée sur sol américain.

hb. Une annexe 1 à cette circulaire, intitulée "US Quellensteuern : Neue Regulations per 1. Januar 2001, Qualified Intermediary" contient une présentation générale de cette nouvelle réglementation, ainsi que des implications qu'elle entraîne pour les établissements désirant bénéficier du statut d'intermédiaire agréé, notamment en regard des conflits de prescriptions légales qu'implique ce statut avec l'obligation du secret bancaire. Diverses hypothèses y sont traitées, et pour chacune d'entre elles, des mesures et marches à suivre sont proposées.

- La section 6.04 traite des obligations d'information de la banque "QI" à l'égard des autorités américaines, notamment en regard de son obligation liée au secret bancaire imposée par le droit suisse, lorsqu'elle sait, ou apprend après coup, que son client est une "US Person".

Dans cette hypothèse, il est notamment conseillé à une banque "QI", soumise au secret bancaire, lorsqu'elle sait que le titulaire est une "US Person", d'inviter ce client à autoriser la transmission de son identité au fisc américain, puis, si le client s'y refuse, de l'autoriser à vendre les titres américains. Enfin, si la banque n'obtient l'accord du client ni sur la transmission de ses coordonnées, ni sur la vente de ses titres américains, et si la banque est juridiquement en mesure de procéder à la vente des titres sans cet accord, il lui appartient de procéder à cette vente avant une certaine échéance, qui était en l'occurrence fixée au 31 décembre 2002 (Sec. 6.04 (A) ch. 6).

Il s'agit dans ce cas de figure, d'une part, d'éviter au client le prélèvement de l'impôt de l'ordre de 30%, tant sur les revenus intérêts et dividendes que sur le produit de vente des titres américains et, d'autre part, d'éviter à la banque d'être contrainte de divulguer l'identité de son client "US Person" en violation de son obligation liée au secret bancaire que lui impose le droit suisse.

-
- La section 5 concerne les exigences en matière de documentation des comptes, détaillant les documents que doit détenir la banque "QI" pour présumer que son client peut être retenu comme "foreign status" au sens du droit fiscal américain, et donc bénéficiaire du dégrèvement de l'impôt à la source.

Elle contient notamment l'engagement de la banque "QI" d'agir au mieux pour obtenir les documents requis, puis traite sous sections 5.10 et 5.13 des obligations de la banque "QI", notamment des présomptions qu'elle doit appliquer au client concerné, dans l'hypothèse où elle n'a pas été en mesure de réunir la documentation requise. La banque "QI" doit ainsi, lorsqu'elle ne dispose pas des documents requis, définis sous sections 5.02 à 5.09, attestant du "foreign status" du client, appliquer diverses présomptions jusqu'à ce qu'elle soit en possession de la documentation valable.

En application de ces règles de présomption, applicables aux personnes physiques comme aux véhicules transparents (cf. section 5.07), la banque "QI" doit, pour les comptes insuffisamment documentés, prélever un impôt à la source de 30% sur les dividendes et intérêts des titres US, récupérable par les personnes non assujetties audit impôt auprès des autorités fiscales américaines; elle n'a en revanche aucune obligation d'information ni de prélèvement d'impôt sur le produit de la vente des titres US lorsque ces paiements sont effectués hors des Etats-Unis, ou sur des comptes gérés hors des Etats-Unis [section 5.13 (C) (ii)].

hc. Dans le cadre d'une circulaire no 6999 du 24 août 2000, l'ASB a informé ses membres des règles complémentaires émises par les autorités américaines s'agissant des comptes détenus par des structures de placement. Il en résulte notamment que les fondations de droit liechtensteinois sont traitées en droit fiscal américain comme des trusts simples, et dès lors considérées comme des véhicules transparents ("flow-through entities").

En septembre 2002, les autorités américaines ont précisé que les comptes ouverts antérieurement au 1er janvier 2001 seraient considérés comme non documentés, à moins qu'ils ne soient munis de certains documents spécifiques exigés. La circulaire émise à ce titre par l'ASB a été transmise à ses membres le 29 novembre 2002. Ainsi, s'agissant de comptes détenus par des véhicules transparents tels qu'une fondation, la banque "QI" avait des obligations supplémentaires de documentation et de divulgation : lorsqu'une fondation détenait des avoirs en qualité d'intermédiaire, ses organes devaient remplir de la documentation concernant le bénéficiaire économique de la structure.

i. Au mois de novembre 2002, les gestionnaires du compte de A_____ ont commencé à éprouver des doutes sur le fait que B_____ devait être considéré comme une "US Person" au sens de la réglementation "QI".

Fin novembre 2002, C_____ a tenté, sans succès de joindre A_____ et B_____ en vue d'obtenir la documentation requise dans le cadre de cette réglementation.

Par courrier adressé le 21 novembre 2002 à A_____ à l'adresse de son siège, C_____ a constaté n'avoir reçu en retour aucun des documents "QI" demandés, en dépit de ses requêtes préalables. Elle a invité la fondation à lui transmettre les documents requis en vue d'éviter la vente des titres américains, insistant sur le fait que si elle devait ne pas recevoir ces documents d'ici au 29 novembre 2002, elle se considérerait comme instruite de procéder à la vente des titres américains avant fin décembre 2002.

Le 22 novembre 2002, C_____ a adressé un courrier à B_____ à son adresse en Algérie, l'intimant de contacter son gestionnaire le plus rapidement possible.

Entre le 12 et 13 décembre 2002, le gestionnaire du compte de A_____, a tenté de joindre téléphoniquement B_____ à maintes reprises, à différents moments de la journée, aux trois numéros indiqués dans la documentation bancaire. Ses essais ont été vains. Il a par ailleurs fait appel au service téléphonique des renseignements internationaux à quatre reprises, apprenant que B_____ n'était pas domicilié à l'adresse indiquée en Algérie, sans toutefois obtenir de renseignements lui permettant de contacter son client. Il a également tenté d'obtenir des coordonnées en relation avec un numéro de fax américain présent au dossier, sans succès.

j. N'ayant pas obtenu les documents requis, C_____ a procédé à la vente des titres américains des différentes rubriques du compte de A_____ en date des 19, 20 et 24 décembre 2002.

La vente de ces titres a été réalisée pour un montant total de USD 1'630'065.60, qui a été crédité sur le compte de A_____. Aucune vente n'a été opérée sur le compte personnel de B_____.

k. Le 3 juillet 2003, B_____ a rencontré dans les locaux de C_____ à Genève le gestionnaire de son compte personnel.

Ce gestionnaire lui a fait signer de nouveaux documents bancaires, soit notamment un document relatif à l'impôt à la source US des personnes physiques, contenant des informations relatives à la nationalité et à l'adresse du client, ainsi qu'un questionnaire en vue de déterminer le statut de "US Person" ou "Non-US Person" dans le cadre de l'impôt à la source US, contenant diverses questions en relation avec la nationalité américaine, la titularité d'un permis de séjour aux Etats-Unis, un séjour prolongé dans cet Etat et tout autre élément relatif à l'assujettissement du titulaire aux Etats-Unis. B_____ a indiqué être de

nationalité algérienne, être domicilié à l'adresse déjà indiquée en Algérie et a répondu par la négative à l'ensemble des questions posées en relation avec la qualité de "US Person".

l. Le 15 juillet 2003, les services internes de C_____ ont relevé qu'il était apparu, suite aux procédures d'identification menées dans le cadre des accords "QI", que les deux relations bancaires faisaient intervenir B_____ comme client final. Ils ont indiqué avoir constaté que ce dernier avait déclaré des années de naissance différentes dans le cadre des différents documents d'ouverture de compte, qu'il ne se préoccupait que de son compte personnel lors de ses entretiens dans les locaux de la banque, qu'il semblait privilégier les contacts téléphoniques pour le compte de A_____ et qu'il tenait à conserver des gestionnaires différents pour les deux comptes.

Sur la base de ces éléments, C_____ a décidé de bloquer les comptes de A_____ en attendant des éclaircissements de la situation.

Le 28 juillet 2003, ayant appris que B_____ était très actif au sein du Front Polisario, C_____ a décidé de bloquer également le compte personnel de celui-ci, dans l'attente de précisions sur son identité, sa date de naissance et la nature exacte de ses activités.

m. Fin juillet 2003, B_____ s'est entretenu par téléphone avec le gestionnaire du compte de A_____, qui lui a appris la vente des titres américains détenus par celle-ci.

B_____ a rencontré ce gestionnaire le 7 août 2003. Celui-ci lui a expliqué la réglementation "QI" et les conséquences pour lui de l'impôt à la source si les titres avaient été conservés. Le gestionnaire a précisé que les procédures y relatives n'étaient pas en vigueur lors de sa dernière visite en été 2000, et qu'en raison des doutes que la banque avait eus en regard des diverses instructions communiquées par fax des Etats-Unis, du numéro de téléphone portable américain indiqué et de l'absence des documents requis, celle-ci avait procédé à la vente des titres américains.

B_____ a fait part de son incompréhension, reprochant à la banque d'avoir vendu ces titres à un moment particulièrement défavorable. Il n'a en revanche pas ordonné le rachat de ces titres, ni n'a exprimé le souhait d'y procéder. Désireux de connaître les raisons pour lesquelles la banque ne l'avait pas contacté, le gestionnaire lui a expliqué que celle-ci avait tenté de l'atteindre par téléphone et par courrier en banque restante, lequel ne figurait toutefois pas au dossier. Le gestionnaire lui a remis un exemple du courrier-type contenant la dernière sommation de fournir les documents requis adressée par la banque le 27 novembre 2002.

n. Par courrier du 19 septembre 2003 adressé à C_____, B_____ a reproché à la banque la vente de titres américains de A_____, considérant que cette vente avait porté préjudice aux intérêts de celle-ci.

Dans sa réponse du 16 mars 2004, C_____ lui a expliqué qu'au regard des répercussions des nouvelles dispositions fiscales américaines sur les dépôts-titres détenus par des "US Persons", soit des personnes de nationalité américaine, détentrices d'une "Green Card" ou séjournant plus de 183 jours aux Etats-Unis, la vente des titres américains s'imposait pour toutes les personnes n'ayant pu confirmer par écrit avant le 31 décembre 2002 qu'elles n'appartenaient à aucune des catégories visées. Précisant que ces mesures s'appliquaient également aux bénéficiaires économiques des structures telles que les fondations de famille de droit liechtensteinois, elle a indiqué avoir tenté de le joindre à maintes reprises, sans succès, aux trois numéros de téléphone en sa possession, puis avoir fondé sa décision de vendre les titres au regard des différents indices révélant des liens avec les Etats-Unis, tels un numéro de téléphone portable, des instructions communiquées par fax et des décomptes de cartes de crédit faisant ressortir une présence dans cet Etat, et enfin la nature même du portefeuille révélant une proximité avec le marché américain.

Le 21 avril 2004, B_____ a contesté les explications données par la banque, exposant qu'au regard de sa nationalité algérienne et de son visa diplomatique, les éléments avancés par la banque n'étaient pas suffisants pour justifier la vente forcée de ses titres.

o. Lors d'entretiens menés les 7 octobre 2004 et 28 février 2005, la banque a signifié à B_____ sa volonté de mettre un terme aux relations bancaires.

En vue de la clôture des deux comptes, C_____ a soumis à B_____ les documents suivants pour signature :

- concernant le compte personnel n. 1_____, une instruction de vendre l'ensemble des titres et de solder le compte;
- concernant le compte n. 2_____ de la fondation, une instruction de dissoudre A_____ et de solder le compte.

B_____ a signé ces documents le 28 février 2005. Il résulte des notes internes prises par son interlocuteur que B_____ a accepté de donner les instructions de clôture, même s'il ne comprenait pas la décision de la banque.

En exécution de ces instructions, le Conseil de A_____ a adopté deux résolutions en date du 3 mars 2005, l'une relative à la distribution de sa fortune au bénéficiaire B_____, la seconde constatant l'absence de fortune de la fondation après distribution et décidant par conséquent la dissolution et liquidation de celle-ci.

p. Par courrier de son conseil adressé à C_____ le 29 juillet 2005, B_____ a fait valoir des prétentions en dommages-intérêts et sollicité la transmission de divers documents.

Le 4 octobre 2005, C_____ a transmis certains documents concernant le compte privé de B_____ et indiqué qu'elle entrerait en matière, s'agissant du compte de A_____, dès que le conseil de B_____ aurait justifié de ses pouvoirs de représenter cette fondation.

q. N'ayant pu obtenir les attestations requises auprès des anciens organes de A_____, B_____ a entrepris des démarches auprès des autorités liechtensteinoises en vue de permettre à A_____ de faire valoir ses droits.

Le 31 octobre 2006, B_____ a saisi les tribunaux liechtensteinois d'une requête en désignation d'un curateur, en vue de permettre à A_____ de faire valoir ses prétentions envers C_____, voire à l'encontre des anciens membres du conseil de la fondation.

Sa demande a été rejetée en première instance par décision du 2 avril 2007. Statuant sur recours par arrêt rendu le 5 juillet 2007, l'Obergericht de Vaduz (Liechtenstein) a partiellement fait droit à cette demande, en ordonnant la désignation d'un curateur pour que A_____ puisse faire valoir ses prétentions à l'encontre de la seule C_____, à l'exclusion des anciens membres du conseil de fondation.

Un recours en révision interjeté par les anciens membres du Conseil de fondation a été déclaré irrecevable le 10 janvier 2008.

r. D_____, avocat au Liechtenstein, a été désigné le 15 septembre 2008 en qualité de curateur de A_____ pour faire les démarches nécessaires à faire valoir les prétentions de la fondation à l'égard de C_____.

La constitution du conseil genevois de B_____ en vue de faire valoir les prétentions de A_____ a été validée par décision du Landgericht de Vaduz (Liechtenstein) le 18 novembre 2008. La procuration y relative a été signée par le curateur de la fondation le 2 décembre 2008.

Les frais judiciaires et honoraires d'avocat encourus par B_____ dans le cadre des procédures en désignation d'un curateur pour A_____ s'élèvent à 25'284 fr. 03 au total.

Les frais liés à l'activité déployée par le curateur D_____ s'élèvent à 28'000 fr.

s. En février 2007, B_____ avait déposé plainte pénale pour gestion déloyale à l'encontre de C_____ et du gestionnaire du compte de A_____.

La plainte a été classée sans suite le 19 septembre 2007, motif pris de l'absence de prévention pénale suffisante, ainsi que du caractère civil du litige opposant les parties.

Sur recours de B_____, la décision de classement a été confirmée par ordonnance de la Chambre d'accusation du 4 juin 2008, puis par arrêt du Tribunal fédéral du 7 octobre 2008.

t. Le 13 juillet 2009, B_____ et A_____, représentée par le curateur désigné par les tribunaux liechtensteinois, ont assigné C_____ par devant le Tribunal de première instance, sollicitant la réparation du préjudice qu'ils exposaient avoir subi en raison de la vente forcée des titres américains à un moment inopportun, ainsi que de la radiation de A_____ en contravention des obligations de fidélité de la banque.

A l'appui de leurs conclusions, B_____ et A_____ ont notamment produit un document intitulé "Evolution du portefeuille", qui fait état de l'évolution suivante de la valeur des titres américains vendus en décembre 2002 :

- valeur d'achat : 4'992'380,00 USD;
- valeur au 30 juin 2003 : 1'820'303,52 USD;
- valeur au 28 février 2005 : 3'127'228,57 USD.

Il résulte par ailleurs de l'analyse financière exécutée par la police judiciaire dans le cadre de la procédure pénale initiée par B_____ qu'au 31 juillet 2003, la valeur de rachat des titres vendus en décembre 2002 s'élevait à 1'900'595,68 USD.

u. C_____ s'est opposée à la demande susvisée, au motif notamment que A_____ serait dénuée de qualité pour agir. Elle a également contesté tout manquement à ses obligations de diligence et de fidélité, ainsi que le montant et l'existence même du dommage invoqué par les demandeurs.

v. Au cours des enquêtes ordonnées par le Tribunal, plusieurs employés de C_____ ont été entendus comme témoins.

Interrogés sur les raisons pour lesquelles C_____ avait décidé de procéder à la vente forcée des titres, l'un d'eux a notamment expliqué qu'il avait été procédé à ces ventes non pas tant en raison du doute sur la qualité de "US Person" du bénéficiaire que de l'absence de la documentation nécessaire à la date butoir. Un autre employé a déclaré qu'en l'absence d'indication, et quand bien même le client n'était pas formellement considéré comme une "US Person", C_____ avait dû appliquer la réglementation dans la mesure où elle avait des doutes sur cette qualification.

Le premier de ces employés a précisé que C_____ aurait été tenue, si elle n'avait pas vendu les titres avant fin 2002, de délivrer les noms de leurs titulaires et de prélever les taxes que ce soit sur les intérêts et dividendes ou sur le produit de la vente des titres.

w. En dernier lieu, A_____ et B_____ ont conclu devant le Tribunal à la condamnation de C_____ à verser à la première la somme de 1'497'162,90 USD, avec intérêts à 5% l'an dès le 16 décembre 2002, et au second la somme de 53'284,03 USD, avec intérêts à 5% l'an dès le 15 septembre 2008.

Le Tribunal a gardé la cause à juger à l'issue de l'audience du 20 septembre 2012.

- D.** Dans le jugement entrepris, le Tribunal a considéré en substance que la décision des autorités judiciaires du Liechtenstein de désigner à A_____ radiée un curateur aux fins de la représenter pour faire valoir ses droits à l'égard de C_____ n'apparaissait pas contraire à l'ordre public suisse, de sorte qu'il convenait d'admettre la qualité pour agir de celle-ci.

Sur le fond, C_____ ne pouvait pas se prévaloir des directives émises par l'administration américaine pour justifier la vente des titres américains de A_____ sans instruction de cette dernière. Au vu de ces directives, il lui incombait de conserver les titres détenus par le client et de prélever l'impôt à la source sur les seuls intérêts et dividendes, puisqu'aucune obligation de transmettre l'identité du titulaire ni de prélever cet impôt sur la totalité du produit de réalisation des titres concernés ne lui était imposée. En omettant d'opter pour la solution la moins dommageable aux intérêts de son client, C_____ avait manqué à ses obligations de diligence et de fidélité envers A_____.

En raison de la vente de ses titres, A_____ n'avait pas pu bénéficier de l'évolution favorable de leur valeur. C_____ répondait ainsi de la différence de valeur des titres entre le moment de la vente opérée en décembre 2002, soit 1'630'065,60 USD, et la valeur de ces titres à fin juillet 2003, lorsque la fondation avait eu connaissance de cette transaction et n'avait rien entrepris pour racheter ces titres. Cette valeur était alors de 1'900'595,60 USD selon l'analyse financière effectuée par la police judiciaire dans le cadre de la procédure pénale. En conséquence, C_____ devait être condamnée au versement d'une somme de 270'530 USD (1'900'595,60 USD - 1'630'065,60 USD), portant intérêt dès la mise en demeure intervenue le 29 juillet 2005.

C_____ ne pouvait par ailleurs se prévaloir des clauses de fiction d'acceptation et de ratification contenues dans l'édition 2000 de ses conditions générales pour faire échec aux prétentions des demandeurs, dans la mesure où ces clauses, rédigées postérieurement à la conclusion de la relation bancaire nouée en 1999 et non

contresignées par les titulaires, n'avaient pas été valablement intégrées aux relations contractuelles.

Enfin, C_____ avait amené B_____ à signer les instructions tendant à vendre l'ensemble des titres, à radier la fondation et à solder les comptes sans qu'il n'en saisisse la portée ni les raisons. Or, il existait un possible conflit entre l'intérêt de celui-ci à faire perdurer la fondation en vue de faire valoir ses prétentions en dommages-intérêts à l'encontre de la banque et l'intérêt de la banque de voir la fondation rapidement radiée. C_____ avait manqué à ses devoirs de diligence et fidélité en exécutant les instructions de clôture sans avertir son client des risques y relatifs ni du conflit d'intérêts qui pouvait en résulter. Elle était ainsi tenue de réparer le dommage lié aux frais des procédures à Vaduz et à l'activité du curateur, totalisant 53'284 fr., dès lors que de tels frais auraient pu être évités si la banque avait respecté son devoir d'information et si A_____ n'avait pas été radiée.

- E. L'argumentation juridique des parties en appel sera examinée ci-dessous, dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. **1.1** Le jugement entrepris ayant été communiqué après le 1er janvier 2011, les voies de droit sont régies par le nouveau droit de procédure (art. 405 al. 1 CPC).

Déterminée par les dernières conclusions prises en première instance, la valeur litigieuse est en l'espèce supérieure à 10'000 fr. Cette valeur ouvre la voie de l'appel (art. 308 al. 2 CPC).

- 1.2** Interjetés dans le délai de trente jours et suivant la forme prescrite par la loi, les appels émanant des parties sont recevables (art. 130, 131, 311 al. 1 CPC).

Dirigés contre le même jugement et comportant des liens étroits, il se justifie de les joindre et de les traiter dans un seul arrêt (art. 125 let. c CPC). Par simplification et pour respecter le rôle procédural de chaque partie en première instance, B_____ et A_____ seront désignés en qualité de demandeurs et C_____ en qualité de défenderesse.

- 1.3** La recevabilité des échanges d'écritures subséquents des parties devant la Cour, admissible au regard de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral (cf. ATF 138 I 484 consid. 2.3, arrêts du Tribunal fédéral 5A_777/2011 du 7 février 2012 et 2C_560/2012 du 2 janvier 2013), n'est en l'espèce pas contestée, à l'exception d'un dernier échange de courriers n'apportant pas d'éléments nouveaux en fait ou en droit. L'ensemble de ces écritures peut dès lors être

considéré comme recevable et leur contenu sera examiné dans la mesure utile ci-dessous.

2. Les conclusions, les faits et les moyens de preuve nouveaux sont admissibles en appel aux conditions de l'art. 317 CPC et la Cour de céans examine, en principe, d'office leur recevabilité (REETZ/HILBER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, n. 26 ad art. 317).

2.1 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Les deux conditions sont cumulatives (JEANDIN, in Code de procédure civile commenté, 2011, n. 6 ad art. 317).

Il appartient au plaideur qui entend invoquer des *novas* improprement dits devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance. Dans le système du CPC, cette diligence suppose qu'au stade de la première instance déjà, chaque partie expose l'état de fait de manière soigneuse et complète et qu'elle amène tous les éléments propres à établir les faits jugés importants (arrêt du Tribunal fédéral 4A_334/2012 du 16 octobre 2012 consid. 3.1, SJ 2013 I 311, avec réf.).

2.2 En l'espèce, la défenderesse produit à l'appui de son appel des pièces nouvelles comprenant un exemplaire de ses conditions générales édition 1998 (pièce 42), la traduction de celles-ci (pièce 42bis) et un modèle de conditions générales de l'Association suisse des banquiers du 19 janvier 1966 (pièce 43).

La défenderesse n'expose pas de manière convaincante les raisons pour lesquelles elle n'aurait pas été en mesure de produire ces pièces devant le premier juge, étant observé que deux de celles-ci émanent de la défenderesse elle-même et que toutes ont été établies à une date bien antérieure à l'issue de la procédure de première instance. Le seul fait que le Tribunal ait en définitive jugé inapplicables les conditions générales alors produites par la défenderesse (édition 2000) ne justifie pas que celle-ci soit autorisée à produire pour la première fois en appel des pièces antérieures, en vertu desquelles les conditions susvisées seraient par hypothèse applicables. A supposer que tel soit le cas, la diligence requise de la défenderesse lui imposait de produire d'emblée de telles pièces devant le premier juge, conformément aux principes rappelés ci-dessus.

Par conséquent, les pièces nouvelles produites par la défenderesse seront déclarées irrecevables et leur contenu sera ignoré.

-
3. **3.1** La défenderesse conteste tout d'abord la capacité pour ester en justice de la fondation demanderesse, représentée par son curateur. Cette question étant susceptible de sceller la majeure partie du litige, il convient de l'examiner en priorité.

3.1.1 Selon l'art. 154 al. 1 LDIP, les sociétés - y compris les fondations, conformément à l'art. 150 al. 1 LDIP (BETSCHART, Die Besteuerung der liechtensteinischen Familienstiftung - dargestellt anhand der Zürcher Praxis, successio 2008, p. 322) - sont régies par le droit en vertu duquel elles sont organisées si elles répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit ou, dans le cas où ces prescriptions n'existent pas, si elles se sont organisées selon le droit de cet Etat (théorie de l'incorporation; cf. ATF 135 III consid. 4.1.2; ATF 117 II 494 consid 4b).

Le droit ainsi désigné est applicable notamment à la jouissance et à l'exercice des droits civils (art. 155 let. c LDIP) ainsi qu'au pouvoir de représentation des personnes agissant pour la société (art. 155 let. i LDIP), sous réserve des art. 156 à 161 LDIP, lesquels ne sont pas pertinents en l'espèce.

Les fondations de famille sont valables au regard du droit liechtensteinois, sans restriction particulière (JAKOB, Das Stiftungsrecht der Schweiz im Europa des dritten Jahrtausends, SJZ 2008, p. 539).

3.1.2 Aux termes de l'art. 17 LDIP, l'application de dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse. Cette disposition institue la réserve dite négative de l'ordre public suisse. Elle permet au juge de ne pas appliquer exceptionnellement un droit matériel étranger qui aurait pour résultat de heurter de façon insupportable les mœurs et le sentiment du droit en Suisse (ATF 129 III 250 consid. 3.4.2 et les arrêts cités). Quant à l'art. 18 LDIP qui touche à l'aspect positif de l'ordre public, il réserve les lois suisses d'application immédiate, c'est-à-dire, en règle générale, des dispositions impératives qui répondent le plus souvent à des intérêts essentiels d'ordre social, politique ou économique (sur ces deux dispositions: cf. ATF 117 II 494, consid. 7).

De façon générale, la réserve de l'ordre public doit permettre au juge de ne pas apporter la protection de la justice suisse à des situations qui heurtent de manière choquante les principes les plus essentiels de l'ordre juridique, tel qu'il est conçu en Suisse. En obligeant le juge suisse à appliquer une loi étrangère, le droit international privé suisse accepte nécessairement que cette loi puisse diverger du droit suisse. Il ne saurait donc être question d'en appeler à l'ordre public suisse chaque fois que la loi étrangère diffère, même sensiblement, du droit fédéral. La règle est au contraire l'application de la loi étrangère désignée par le droit

international privé suisse (ATF 128 III 201 consid. 1b; 125 III 443 consid. 3d; 119 II 264 consid. 3b; 117 II 494 consid. 7).

La prohibition de la constitution de fidéicommiss de famille, ancrée à l'art. 335 al. 2 CC, n'est pas une loi d'application immédiate au sens de l'art. 18 LDIP pouvant paralyser l'application d'une loi étrangère qui déclare licite, contrairement au droit suisse, la création de fondations de famille dites d'entretien (ATF 135 III 614 consid. 4.3).

3.1.3 Il est admis qu'un jugement étranger puisse déployer des effets indépendamment de toute reconnaissance ou exequatur en Suisse, notamment lorsqu'il peut avoir valeur de titre et servir ainsi de moyen de preuve. Ainsi, le liquidateur d'une société, l'administrateur d'une succession ou le commissaire à un concordat, nommé à l'étranger par une décision de justice, pourra l'invoquer en Suisse en vue d'établir sa qualité lui permettant d'agir devant un tribunal suisse (DUTOIT, Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4ème éd. (2005), n. 2 ad art. 25 LDIP).

3.2 En l'espèce, le Tribunal a correctement retenu que la fondation demanderesse avait été organisée selon le droit liechtensteinois et qu'elle disposait alors de la personnalité juridique en vertu de ce droit (art. 110 al. 1 Personen- und Gesellschaftsrecht du 20 janvier 1926, RS/Li 216.0; ci-après: PGR/Li), avant d'être dissoute et liquidée par résolution prise par son conseil le 3 mars 2005.

Le Tribunal a ensuite retenu qu'au terme de la procédure initiée par le demandeur, les autorités judiciaires liechtensteinoises avaient désigné à la fondation demanderesse un curateur en application de l'article 141 PGR/Li, qui permettait au juge de désigner un curateur à une personne morale dissoute aux fins de la représenter dans le cadre d'une procédure judiciaire. S'il est exact que le texte de cette disposition ne prévoit en réalité la faculté de désigner un tel curateur qu'à une entité dissoute à l'encontre de laquelle des prétentions juridiques sont élevées, comme l'observe la défenderesse ("*Wird ein Rechtsanspruch gegen eine gelöschte oder sonst beendigte Verbandsperson geltend gemacht, [...]*"), il apparaît cependant que les tribunaux liechtensteinois ont précisément écarté l'application de la disposition susvisée pour ce motif (arrêt de l'Obergericht de Vaduz du 2 avril 2007, p. 15 : "*Art. 141 PGR stelle ausschliesslich auf die Geltendmachung von Ansprüchen gegen eine aufgelöste Verbandsperson ab. Darum gehe es im gegenständlichen Fall gerade nicht.*") et ordonné une curatelle de représentation par application analogique de l'art. 277 ch. 2 du code civil liechtensteinois (décision du Landgericht de Vaduz du 15 septembre 2008, p. 1 : "*Hinsichtlich der Stiftung wird eine Kollisionskuratel nach § 277 Ziff. 2 ABGB angeordnet*"), comme le relèvent les demandeurs.

Dès lors, si la base légale de droit liechtensteinois dont le Tribunal a retenu l'application peut paraître erronée, il n'apparaît en revanche pas que la nomination d'un curateur à la fondation demanderesse procéderait d'une application insoutenable de ce même droit, ni qu'elle limiterait la capacité d'ester en justice du curateur aux seules prétentions dirigées contre l'entité radiée. Avec les demandeurs, la Cour observe que cette nomination a été précisément ordonnée aux fins de faire valoir les prétentions de la fondation radiée contre la défenderesse. Il n'y a pas lieu de mettre en doute le bien-fondé de cette décision au regard du droit liechtensteinois.

Contrairement à ce que soutient la défenderesse, il n'y a non plus lieu d'admettre que la prise en compte de cette décision heurterait l'ordre public suisse. S'il est vrai que la nomination d'un représentant à une personne morale dissoute en vue de compléter les actes de liquidation postérieurement à la dissolution est une institution inconnue du droit suisse, le Tribunal a correctement relevé qu'une telle institution est également connue en droit autrichien (art. 37 al. 3 du Privatstiftungsgesetz autrichien) et qu'elle ne diffère pas fondamentalement, dans son résultat, de la possibilité d'obtenir la réinscription provisoire d'une personne morale radiée afin de mener à terme une procédure judiciaire, telle que prévue à l'article 164 de l'Ordonnance fédérale sur le Registre du Commerce (RS 221.411). Il n'y a dès lors pas lieu de retenir que cette institution heurterait de façon insupportable les mœurs et le sentiment du droit en Suisse, au sens des dispositions et principes rappelés ci-dessus.

Enfin, il découle des principes rappelés sous ch. 3.1.3 ci-dessus qu'il n'est pas nécessaire au curateur de la fondation demanderesse d'obtenir préalablement la reconnaissance formelle de la décision le nommant dans ses fonctions aux fins de représenter celle-ci en justice, ladite décision valant titre de preuve quant à son pouvoir de représentation.

Par conséquent, c'est à bon droit que le Tribunal a admis la capacité d'ester en justice de la fondation demanderesse, représentée par son curateur, et l'appel de la défenderesse sera rejeté sur ce point.

- 4. 4.1** La défenderesse reproche ensuite au Tribunal de ne pas avoir admis que les demandeurs avaient tacitement approuvé la vente des titres litigieux, conformément au texte de ses conditions générales.

4.1.1 Le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté (art. 1 al. 1 CO). Cette manifestation peut être expresse ou tacite (al. 2).

Lorsque, comme c'est usuel en matière bancaire, des règles sont stipulées dans des conditions générales, la validité du contrat est soumise aux règles ordinaires

régissant de tels contrats d'adhésion. Il faut en particulier que les conditions générales aient été intégrées à un contrat conclu par les parties, que celles-ci n'y aient pas dérogé par une clause spéciale, que le constituant ait eu la possibilité d'en prendre connaissance et que ces conditions ne renferment pas une clause peu claire ou inusuelle (ATF 120 II 443, SJ 1994 p. 637 s.; ATF 109 II 452; 108 II 416).

Le droit suisse n'impose aucune forme particulière pour que l'incorporation de conditions générales soit valable – à l'exception des prorogations de for dérogeant au for naturel de la partie adhérente, question qui n'est pas litigieuse en l'espèce. Il est de jurisprudence constante que celui qui signe un texte comportant une référence expresse à des conditions générales est lié au même titre que celui qui appose sa signature sur le texte même des conditions générales. Il importe peu à cet égard qu'il ait réellement lu les conditions générales en question (ATF 119 II 443 consid. 1.a et les références citées).

L'exigence du respect de l'autonomie de la volonté suppose que les conditions générales aient été accessibles lors de la conclusion du contrat, ou que la volonté du co-contractant ait couvert ces conditions alors même qu'elles ne seraient envoyées que plus tard. Lorsque des conditions générales n'étaient pas accessibles lors de la conclusion du contrat et que le co-contractant ne s'est pas déclaré d'accord par avance avec des conditions générales envoyées ultérieurement, les conditions sont réputées ne pas faire partie du contrat. Il en serait ainsi de conditions jointes à une facture envoyée postérieurement à la conclusion du contrat, ou de toutes autres conditions qui ne seraient pas accessibles aisément à l'époque de cette conclusion (DESSEMONTET, *in* Commentaire romand, Code des obligations I, n. 43 et 45 ad art. 1 CO).

4.1.2 Celui qui se prévaut de l'application de conditions générales doit prouver l'intégration au contrat (art. 8 CC).

Garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend en particulier le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 135 II 286 consid. 5.1; 135 I 187 consid. 2.20; 129 II 497 consid. 2.2).

4.2 En l'espèce, la défenderesse invoque l'application de ses conditions générales, qui, dans leur édition 2000, prévoyaient notamment qu'à défaut de réclamation ou de contestation présentée dans un certain délai, les dispositions prises par elle-même, l'inexécution éventuelle d'un ordre et les extraits établis seraient considérés comme approuvés. La défenderesse en déduit que la fondation demanderesse

aurait approuvé les ventes de titres litigieuses, faute d'avoir contesté à temps les relevés y relatifs.

4.2.1 Comme relevé par le Tribunal, la défenderesse ne produit toutefois aucun exemplaire desdites conditions générales contresigné par le demandeur ou par un autre représentant de la fondation demanderesse. Établies postérieurement à l'ouverture de la relation contractuelle avec la demanderesse, les conditions en question ne pouvaient être accessibles à celle-ci lors de cette ouverture, soit en avril 1999. Les allégations de la défenderesse selon lesquelles la demanderesse aurait accepté par avance l'application des conditions générales en question, notamment dans le cadre de l'édition précédente de ses conditions générales ou d'un autre document renvoyant à ces dernières, ne peuvent être considérées comme établies, dès lors que le contenu desdites précédentes conditions générales ou d'un tel document, non allégué ni produit devant le premier juge, n'est pas recevable en appel (cf. consid. 2 ci-dessus). Pour les mêmes motifs, c'est en vain que la défenderesse soutient que ses précédentes conditions générales, par hypothèse accessibles à la demanderesse lors de la conclusion du contrat, contenaient des clauses identiques à celle dont elle se prévaut, la teneur desdites clauses ne pouvant plus être vérifiée à ce stade.

Il s'ensuit que l'adhésion de la fondation demanderesse aux conditions générales dont se prévaut la défenderesse ne peut être retenue et que, conformément aux principes rappelés ci-dessus, de telles conditions générales sont réputées ne pas faire partie de la relation contractuelle.

4.2.2 Conformément aux dispositions et principes rappelés ci-dessus, il incombait à la défenderesse de se prévaloir d'emblée des dispositions contractuelles sur lesquelles elle entendait fonder sa défense, ainsi que de fournir les éléments justifiant de leur applicabilité. La défenderesse, qui était représentée par un conseil, ne conteste notamment pas avoir eu la possibilité de produire devant le premier juge toute pièce qu'elle estimait utile, ce qu'elle a effectivement fait, ainsi que de faire entendre des témoins susceptibles de confirmer la teneur des accords conclus entre les parties. Aucune violation du droit d'être entendu de la défenderesse ne peut être retenue dans ces conditions.

Contrairement à ce que soutient la défenderesse, aucune règle ni principe de procédure ne contraignait le Tribunal, dans une cause régie par la maxime des débats comme *in casu*, à suppléer à ses éventuelles carences procédurales, en l'invitant par exemple à produire une édition antérieure de ses conditions générales afin de vérifier l'applicabilité des clauses dont elle se prévalait. Le droit de procédure alors applicable - dont l'autorité de seconde instance revoit l'application au regard de ce même droit (art. 404 al. 1 CPC; TAPPY, *Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée*, in JdT 2010 III 11, p. 39) - prévoyait expressément qu'il incombait aux

parties d'alléguer les faits utiles (art. 126 aLPC), puis de les prouver (art. 186 aLPC), sous peine d'échouer dans leur action ou dans leur défense (cf. BERTOSSA et al., Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 2 et 3 ad art. 206).

Les conditions générales invoquées par la défenderesse ne lui étant d'aucun secours, ses conclusions en appel ne peuvent être admises pour ce motif.

- 5. 5.1** La défenderesse conteste ensuite avoir manqué à ses obligations en procédant à la vente spontanée des titres américains détenus sur le compte de la fondation demanderesse.

5.1.1 Lorsqu'un client ouvre un compte auprès d'une banque et qu'il lui confie des fonds et la charge de divers placements, il noue avec celle-ci un rapport juridique complexe comprenant des éléments caractéristiques d'un compte-courant (pour le décompte des opérations), d'un dépôt irrégulier (pour les fonds remis), d'un mandat (au moins pour la gestion administrative des titres) et d'une commission (pour l'achat ou la vente de titres au nom de la banque) (ATF 131 III 377 consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 4A_303/2012 du 30 octobre 2012 consid. 2.1).

Le contrat de giro bancaire avec convention de compte-courant est soumis aux dispositions du mandat proprement dit (art. 394 ss CO; ATF 124 III 253 consid. 3b p. 256). Le contrat de commission, sauf dérogation expresse, suit également les règles du mandat (art. 425 al. 2 CO). Considérés dans leur ensemble, les rapports entre la banque et le client sont "teintés" par les règles sur le mandat (BRETTON-CHEVALIER, Le gérant de fortune indépendant, 2002, p. 120).

Le mandataire est en particulier responsable de la bonne et fidèle exécution du mandat (art. 398 al. 2 CO).

5.1.2 Lorsque la banque agit sans mandat de gestion, dans le cadre d'une activité dite "execution only", elle doit exécuter les ordres reçus en respectant les instructions du client concernant le type de transaction et l'instrument financier concerné. Elle n'est pas autorisée à entreprendre des actes de gestion sans instructions de son client, et n'est pas non plus tenue de surveiller l'évolution du portefeuille de ce dernier, ni de lui formuler des recommandations (LOMBARDINI, Responsabilité de la banque dans le domaine de la gestion de fortune : état de la jurisprudence et questions ouvertes in SJ 2008 II 415).

Les instructions sont des manifestations de volonté sujettes à réception, au moyen desquelles le mandant indique au mandataire, pendant l'exécution ou au moment de la conclusion du contrat, comment les services doivent être exécutés. D'après l'art. 397 al. 1 CO, les instructions sont en principe contraignantes. Le mandataire ne peut s'en écarter que dans des circonstances précises, ainsi si la sauvegarde des

intérêts du mandant commande la prise sans instruction de mesures urgentes (art. 397 al. 1 *in fine* CO), si les instructions sont illicites ou contraires aux moeurs ou si elles sont déraisonnables (arrêt du Tribunal fédéral 4C.295/2006 du 30 novembre 2006, consid. 4.2).

5.1.3 Sous le titre «Règles de conduite», l'art. 11 al. 1 de la Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, entrée en vigueur le 1er février 1997 (LBVM, RS 954.1), prévoit que le négociant en valeurs mobilières a, envers ses clients, (i) un devoir d'information (en particulier sur les risques liés à un type de transaction donnée), (ii) un devoir de diligence (assurer la meilleure exécution possible des ordres et veiller à ce que les clients puissent la reconstituer) et (iii) un devoir de loyauté (veiller notamment à ce que les clients ne soient pas lésés en raison d'éventuels conflits d'intérêts). Dans l'accomplissement de ces devoirs, il doit être tenu compte de l'expérience des clients et de l'état de leurs connaissances dans les domaines concernés (art. 11 al. 2 LBVM). Ces dispositions concrétisent les obligations générales inhérentes au mandat et incombant au mandataire.

Le Tribunal fédéral a précisé la portée de ces dispositions en indiquant que, s'agissant du contenu de l'information, l'art. 11 al. 1 lit. a LBVM oblige le négociant à informer les clients des risques liés à un type de transaction en général. L'information doit ainsi porter sur la structure du risque propre à certains types de transaction, et non sur les risques spécifiques liés à une transaction concrète portant sur une valeur mobilière (ATF 133 II 97, consid. 5.3 et les réf. cités; SJ 2007 I 313, 315; cf. article 3 al. 3 des Règles de conduite pour les négociants en valeurs mobilières applicables pour l'exécution d'opérations sur titres, Directives de l'Association Suisse des Banquiers du 22 janvier 1997).

5.2 En l'espèce, il n'est pas contesté que la vente des titres litigieux a eu lieu alors que la défenderesse n'avait plus pour mandat de gérer le compte de la fondation demanderesse. L'éventuelle responsabilité de la défenderesse doit dès lors être appréciée au regard des seuls principes rappelés ci-dessus.

Il n'est pas non plus contesté que la vente de titres litigieuse a été exécutée en dehors de toute instruction en ce sens de la demanderesse ou de ses représentants. Il convient donc d'examiner si, comme le soutient la défenderesse, la sauvegarde des intérêts de la demanderesse commandait que cette vente soit opérée sans délai et sans instruction de sa part, au regard notamment de la réglementation "QI" et des directives d'application émises par l'ASB.

5.2.1 Comme le Tribunal, la Cour constate que la section 6.04 de la réglementation "QI" à laquelle se réfère la défenderesse, selon laquelle la banque bénéficiant du statut "QI" était chargée de vendre les titres américains de ses clients avant le 31 décembre 2002 si elle n'obtenait pas l'accord des clients concernés ni sur la transmission de ses coordonnées, ni sur la vente des titres

américains, n'était expressément applicable qu'aux cas où la banque avait pu identifier, sur la base de la documentation pertinente, que les clients en question répondaient à la définition de "US Persons" au sens de la réglementation "QI".

Or, en l'espèce, il est constant que la défenderesse n'a pas été en mesure de déterminer avec certitude, avant l'échéance susvisée, si la fondation demanderesse et l'ayant-droit économique désigné de son compte, soit le demandeur B_____, possédaient la qualité de "US Person" au sens de la réglementation susvisée. Malgré les relances de la défenderesse, ceux-ci n'avaient en effet pas rempli la documentation adéquate et la défenderesse ne pouvait qu'éprouver des doutes sur cette question. Les dispositions susvisées de la section 6.04 n'étaient dès lors pas applicables à la situation que rencontrait la défenderesse.

On relèvera également que selon ces dispositions, la banque "QI" ne devait procéder à la vente des titres sans l'accord du titulaire de compte que si elle était juridiquement en mesure de le faire, ce qui paraît en l'espèce douteux au regard des règles de droit civil (art. 398 al. 2, art. 483 CO).

Comme l'a justement relevé le Tribunal, dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, la banque "QI" ne parvenait pas à obtenir du titulaire du compte et de l'ayant-droit économique la documentation requise permettant de déterminer précisément si ceux-ci répondaient ou non à la définition de "US Person" au sens de la réglementation "QI", ladite banque devait uniquement appliquer les présomptions prévues par les sections 5.10 à 5.13 de cette réglementation, en vertu desquelles elle devait prélever un impôt à la source de 30% sur les dividendes et intérêts générés par les titres américains, récupérable par les personnes non assujetties audit impôt auprès des autorités fiscales américaines. La banque "QI" n'avait dans cette hypothèse pas d'autre obligation que de tenter d'obtenir de ses clients la documentation requise, notamment aucune obligation de renseigner spontanément les autorités américaines ni de prélever un impôt sur le produit de la vente des titres américains lorsque ces paiements étaient effectués hors des Etats-Unis, ou sur des comptes gérés hors des Etats-Unis.

Dans ces conditions, la Cour considère comme le Tribunal que la défenderesse ne peut pas se prévaloir de la réglementation "QI" pour justifier la vente forcée des titres opérée sur le compte de la fondation demanderesse au mois de décembre 2002. La défenderesse n'était tenue que de prélever un impôt à la source sur le produit et les intérêts de ces titres, ce qui aurait de toute évidence été davantage conforme à l'intérêt de la fondation demanderesse; la défenderesse ne conteste d'ailleurs pas ce dernier point sur le principe. Ainsi, il faut admettre que la défenderesse a manqué à ses obligations de diligence et de fidélité en procédant sans l'accord de la demanderesse à la vente des titres litigieux, alors que l'intérêt de celle-ci ne le commandait pas.

5.2.2 C'est en vain que la défenderesse soutient aujourd'hui que la vente des titres était inévitable lorsque ceux-ci étaient détenus par le biais d'un véhicule transparent au sens de la réglementation "QI", dont faisaient partie les fondations de droit liechtensteinois telles que la demanderesse. A teneur de la procédure, les circulaires de l'ASB auxquelles se réfère la défenderesse ont uniquement précisé que les banques soumises à la réglementation "QI" étaient en pareil cas soumises à des obligations complémentaires de documentation et, le cas échéant, de divulgation, les renseignements devant alors être obtenus et les conditions vérifiées non seulement à l'égard du titulaire du compte, mais également à l'endroit de son ayant-droit économique désigné. Au surplus, la section 5.07 de la réglementation précisait expressément que les présomptions prévues aux sections 5.10 à 5.13 s'appliquaient aussi bien aux personnes physiques qu'aux véhicules transparents.

S'il est vrai que des extraits de l'annexe à la circulaire de l'ASB du 24 août 2000 auquel se réfère la défenderesse énoncent qu'à chaque fois que le titulaire d'un compte contenant des titres américains était un intermédiaire au sens de la loi fiscale américaine, l'obligation de divulguer l'identité de cet intermédiaire et de l'ayant-droit économique était impérative, et ce indépendamment du fait que ledit ayant-droit économique fût ou non considéré comme "US Person", les paragraphes suivant ces extraits précisent que la divulgation ne pouvait être entreprise qu'avec l'accord explicite des détenteurs de compte (directs et indirects); en l'absence d'un tel accord, il était recommandé de consulter le client et/ou un conseil spécialisé pour résoudre la situation. Aucune vente spontanée des titres américains détenus n'était préconisée afin d'éviter l'obligation de divulgation, même lorsque les titres étaient détenus par un intermédiaire. Il n'était pas non plus dérogé à la condition prévue par la réglementation "QI" selon laquelle une vente forcée ne devait intervenir que pour autant que la banque soit juridiquement en mesure d'y procéder.

5.2.3 Au vu de l'ensemble de ce qui précède, la Cour retient que la défenderesse a manqué à ses obligations de diligence et de fidélité en procédant sans instruction à la vente des titres américains de la fondation demanderesse, alors qu'elle n'y était pas contrainte.

Point n'est besoin de vérifier si, comme l'a retenu le Tribunal, la défenderesse aurait en outre procédé à la vente litigieuse dans le but de présenter un bilan favorable aux autorités américaines dans le cadre du premier audit prévu par la réglementation "QI", privilégiant par là ses propres intérêts au détriment de ceux des demandeurs et contrevenant à l'obligation de loyauté que lui imposaient l'article 11 al. 1 lit. c LBVM et les règles sur le mandat.

- 6. 6.1** La défenderesse ne conteste pas l'existence d'un lien de causalité entre les manquements établis ci-dessus et le dommage allégué par la fondation

demanderesse, ni ne se prévaut d'une quelconque absence de faute propre. Elle conteste en revanche tant le principe que l'étendue du dommage allégué par la demanderesse.

La fondation demanderesse reproche pour sa part au premier juge de ne pas avoir apprécié correctement le montant de son dommage.

6.1.1 Selon la jurisprudence, la notion juridique du dommage est commune aux responsabilités contractuelle et délictuelle (art. 99 al. 3 CO). Consistant dans la diminution involontaire de la fortune nette, le dommage correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable - ou la violation du contrat - ne s'était pas produit. Il peut survenir 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 137 III 158 consid. 3.2, SJ 2011 I p. 155; 133 III 462 consid. 4.4.2; 132 III 564 consid. 6.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_481/2012, du 14 décembre 2012 consid. 3 et 4).

En matière bancaire, en l'absence de mandat de gestion, le dommage résulte souvent d'une opération non autorisée ou non instruite par le mandant. Ainsi, en cas de vente indue de titres du client, le dommage peut résider dans la diminution de la fortune nette du client que représente la différence entre le produit de réalisation des titres et leur valeur sur le marché au moment déterminant. Il convient de relever qu'en évaluant le dommage de cette manière, le client est remis dans la situation qui aurait été la sienne si l'opération litigieuse n'avait pas eu lieu; c'est donc une application de la théorie de l'intérêt négatif (BENSAHEL et al., Certains aspects du dommage dans la gestion de fortune, SJ 2008 II 333 ss, p. 337).

6.1.2 Le "moment" de calcul du dommage fixe le jour de référence auquel la différence entre les deux états du patrimoine doit être calculée (EMMENEGGER, Le devoir d'information du banquier, in La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, 2009, p. 67ss, p. 84). En règle générale, si un dommage se produit déjà au moment de l'exécution et qu'il augmente par la suite, la jurisprudence donne au créancier le choix de calculer le dommage au moment où le jugement se prononçant sur l'obligation de réparer est rendu. Même si on s'en tient en principe au moment de l'exécution, le créancier a ainsi la faculté, par exemple, de faire valoir des plus-values jusqu'à la reddition du jugement (ATF 130 III 391 consid. 3.1, JdT 2006 I 131; 122 III 53 consid. 4c, JdT 1996 I 590; 109 II 474 consid. 3, JdT 1984 I 485).

Il existe de nombreuses exceptions à cette règle, notamment en matière de placements bancaires. Ceci est dû à plusieurs raisons, notamment au fait que lors de la violation de l'obligation contractuelle, l'auteur de celle-ci ne fait que créer

une cause pour une variation ultérieure du patrimoine. Lors des développements ultérieurs, il n'existe alors pas de moment "naturel" servant à déterminer le dommage, car celui-ci varie en fonction de la dynamique du marché des papiers-valeurs. A un moment donné, la différence entre l'état actuel du patrimoine et l'état du patrimoine si la violation d'obligations contractuelles n'avait pas eu lieu pourra être plus grande, à un autre elle sera plus petite (cf. EMMENEGGER, *op. cit.*, p. 85).

En la matière, le Tribunal fédéral opère avec différents moments. Dans des cas de gestion de fortune ou de conseils en placement violant des obligations contractuelles, il s'est plusieurs fois basé sur le moment de la résiliation du contrat (arrêts du Tribunal fédéral 4C.68/2007 du 13 juin 2008 consid. 11.2; 4A_351/2007 du 15 janvier 2008 consid. 3.2.3 et 3.4; 4C.18/2004 du 3 décembre 2004 consid. 1.2, cités in EMMENEGGER, *op. cit.*, p. 86; plus récemment: arrêt 4A_481/2012 cité, consid. 3). Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral a admis la manière de procéder de la Cour de céans, qui avait fixé la fin de la période de calcul de la différence au moment auquel la cliente avait pu intervenir contre la violation du contrat, étant précisé que la relation contractuelle avait été poursuivie et que la cliente avait conservé dans son portefeuille une partie des actions acquises en violation du contrat (arrêt du Tribunal fédéral 4C.295/2006 du 30 novembre 2006 consid. 5.2.2, cités in EMMENEGGER, *op. cit.*, p. 86).

Une analyse de la jurisprudence actuelle par la doctrine montre aussi que le Tribunal fédéral veut, dans l'ensemble, conserver une flexibilité complète pour le calcul du dommage (EMMENEGGER, *op. cit.*, p. 86, avec réf.). Dans les cas de mandat où il n'est pas possible de déterminer pour combien de temps les parties voulaient se lier ni quel était le terme auquel correspondait le but recherché par celles-ci, un auteur relève notamment qu'il appartient alors au juge, en vertu de son pouvoir d'appréciation, de fixer le moment le plus adéquat. Le juge doit tenir compte de toutes les circonstances, étant rappelé dans ce cadre que la question de la causalité hypothétique relève du calcul du dommage et non de la question de la causalité (CHAPPUIS, *Le moment du dommage*, Fribourg 2007, n. 768, p. 356 s.).

Après une analyse de l'avis de l'auteur susvisé, ainsi que des solutions consacrées par le droit français et les juridictions anglo-américaines, un autre auteur considère que retenir comme moment déterminant celui où naît l'obligation faite au créancier de minimiser le dommage lui semble être la règle la plus appropriée. A bien des égards, les solutions retenues par le législateur helvétique et par la doctrine sont en effet guidées par le devoir fait au créancier de restreindre son dommage. En cas d'inexécution ou de mauvaise exécution notamment, il est conforme à ce devoir d'évaluer le moment du préjudice dans un délai raisonnable après que le créancier a ou aurait dû constater cette inexécution, puisqu'une fois l'inexécution survenue, il doit veiller à effectuer une opération de couverture ou

accepter par exemple une offre raisonnable du débiteur pour éviter un gaspillage inutile de ressources. Ceci conforte l'opinion suivant laquelle l'obligation de minimiser le dommage joue bien un rôle décisif quant au moment à retenir pour quantifier le dommage (PHILIPPE GILLIERON, *les dommages-intérêts contractuels*, Lausanne 2011, n. 235 ss pp. 205 ss, not. n. 244 et 245, pp 212-214).

6.1.3 Selon l'art. 42 al. 1 CO, la preuve d'un dommage incombe à celui qui en demande réparation.

Le demandeur doit établir de manière suffisante les circonstances qui rendent la survenance du dommage vraisemblable et permettent de l'évaluer. La conclusion qu'un tel dommage est survenu doit s'imposer avec une certaine force (ATF 132 III 379 consid. 3.1, SJ 2006 I p. 472). L'exception de l'art. 42 al. 2 CO à la règle du fardeau de la preuve doit être appliquée de manière restrictive (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2).

6.2 En l'espèce, la défenderesse conteste l'existence même d'un dommage subi par la fondation demanderesse, au motif que celle-ci s'est vu créditer le prix de vente des titres litigieux lors des opérations non autorisées effectuées au mois de décembre 2002.

Il découle cependant des dispositions et principes rappelés ci-dessus que le dommage pertinent peut constituer en une non-augmentation de l'actif et qu'en matière bancaire, ce dommage peut précisément résider dans la différence entre le produit de réalisation des titres et leur valeur à un moment déterminant. Lors d'une réalisation non autorisée comme en l'espèce, la banque crée potentiellement la cause d'une non-augmentation ultérieure du patrimoine, et c'est ce dommage dont la fondation demanderesse est, sur le principe, fondée à demander réparation. Il reste à examiner quel est en l'occurrence le moment pertinent pour évaluer ledit dommage.

6.2.1 En l'occurrence, la fondation demanderesse reproche au premier juge d'avoir retenu comme déterminant le moment où elle a eu effectivement connaissance de la vente de ses titres américains, et où elle aurait, selon lui, dû procéder au rachat desdits titres, soit à la fin du mois de juillet 2003. La fondation demanderesse soutient qu'il convient plutôt de retenir le moment où les parties ont mis un terme à leurs relations contractuelles, soit à fin février 2005.

A cet égard, la Cour constate, comme le premier juge, que les cas dans lesquels le Tribunal fédéral a retenu la date de résiliation du mandat comme moment déterminant étaient des cas où la banque s'était en outre vu confier un mandat de gestion ou de conseil, et où c'était précisément ce mandat qui avait été résilié. Or, en l'espèce, plus aucun mandat de ce type ne liait les parties au moment des opérations litigieuses, ni ne les a liées par la suite. La banque défenderesse n'avait

dès lors aucune raison ni aucun pouvoir de racheter spontanément les titres vendus ou d'en conseiller le rachat à la fondation demanderesse, et la poursuite ou non de relations contractuelles de type "execution only" n'était pas susceptible d'influer sur le dommage éventuellement subi par celle-ci. Il faut ainsi admettre que le moment où les parties ont mis un terme à leurs relations contractuelles est dépourvu de pertinence pour évaluer le dommage litigieux.

On ne se trouve pas non plus dans un cas où un dommage se serait produit déjà au moment de l'exécution des opérations litigieuses et où il aurait augmenté par la suite, cas dans lequel la jurisprudence rappelée ci-dessus donne au créancier le choix de calculer le dommage au moment où le jugement se prononçant sur l'obligation de réparer est rendu. Aucune des parties ne soutient d'ailleurs que le dommage devrait être calculé au jour du prononcé dudit jugement.

Il est dès lors conforme aux principes précisés ci-dessus de se référer, comme l'a fait le premier juge, au moment où la demanderesse a eu connaissance des opérations litigieuses et où elle aurait pu, si elle estimait ces opérations contraires à ses intérêts, procéder au rachat des titres vendus. Il découle en effet de ces principes que la demanderesse était tenue de faire son possible pour limiter son dommage, et que cette obligation joue un rôle décisif quant au moment à retenir pour évaluer ce dommage. En l'occurrence, on ne voit pas ce qui empêchait la demanderesse, dont le représentant demandeur était actif sur les marchés boursiers, de procéder au rachat des titres lorsque ledit représentant a appris les opérations litigieuses à fin juillet 2003. Il est notamment établi que le demandeur a rencontré les responsables du compte de la fondation demanderesse auprès de la banque défenderesse le 7 août 2003 et qu'il a alors reproché à cette dernière d'avoir vendu les titres américains de la fondation. Le demandeur, qui était fondé à représenter la demanderesse vis-à-vis de la défenderesse, n'a cependant pas ordonné le rachat des titres vendus, ni exprimé le souhait d'y procéder.

Dans ces conditions, la Cour considère comme le premier juge que le moment susvisé est le moment déterminant pour évaluer le dommage subi par la demanderesse. Il n'y a notamment pas lieu de permettre à celle-ci d'attendre plusieurs années avant de réclamer réparation de son préjudice et de choisir comme point de référence un moment où, durant ce laps de temps, ce préjudice était par hypothèse plus élevé, voire le plus élevé.

En l'occurrence, le fait de retenir la fin du mois de juillet 2003 comme moment déterminant n'est nullement défavorable à la demanderesse. En effet, cette échéance tient compte du fait qu'un certain laps de temps s'est écoulé parce que la défenderesse n'a pas été en mesure de contacter la demanderesse avant de procéder aux opérations litigieuses – par la faute du représentant de ladite demanderesse qui lui avait communiqué des coordonnées erronées – et que la

demanderesse ne s'est *de facto* pas préoccupée des investissements effectués sur son compte pendant plus de six mois après lesdites opérations.

6.2.2 A teneur de la procédure, le produit de la vente des titres indûment réalisés par la défenderesse à fin décembre 2002 s'est élevé à 1'630'065,60 USD. Selon l'analyse financière exécutée par la police judiciaire dans le cadre de la plainte pénale formée par le demandeur, la valeur cumulée de ces mêmes titres à fin juillet 2003 atteignait un montant de 1'900'595,68 USD. Comme l'a retenu le premier juge, le préjudice subi par la demanderesse peut dès lors être estimé à la différence entre ces deux montants, soit une somme de 270'530 USD en chiffres ronds.

C'est en vain que la défenderesse conteste les conclusions de l'analyse financière susvisée, au motif que celle-ci serait fondée sur une analyse de l'évolution du portefeuille proposée par les demandeurs eux-mêmes. S'il n'est pas contesté que la police judiciaire a examiné les éléments apportés par les demandeurs, rien n'indique que celle-ci ne se soit pas livrée à d'autres investigations et vérifications pour parvenir à ses conclusions. En particulier, les allégations de la défenderesse selon lesquelles la police judiciaire se serait largement interrogée sur les calculs du montant des ventes forcées proposés par les appelants ne reposent sur aucun moyen de preuve versé à la procédure. On relèvera également que la défenderesse, qui est une banque notoirement connue sur la place financière suisse, ne propose aucune évaluation ni aucune estimation du portefeuille de la demanderesse susceptible d'infirmier les conclusions de la police judiciaire.

Par conséquent, il faut admettre que le dommage dont se prévaut la demanderesse est suffisamment établi par l'analyse de ladite police judiciaire, et ce à concurrence de la différence susvisée. Le jugement entrepris dès lors sera confirmé en tant qu'il a condamné la défenderesse à payer à la demanderesse la somme de 270'530 USD à titre de réparation du préjudice subi.

7. **7.1** Selon l'art. 104 al. 1 CO, le débiteur qui est en demeure pour le paiement d'une somme d'argent doit l'intérêt moratoire à 5% l'an.

Il découle de cette disposition que l'intérêt moratoire n'est dû que depuis le début de la demeure, c'est-à-dire le jour suivant la réception de l'interpellation du débiteur, le cas échéant le lendemain de la notification à ce dernier de la demande en justice (THEVENOZ, in Commentaire romand, CO I, 2^e éd., n. 9 ad art. 104 CO).

L'intérêt moratoire (*Verzugzins*) doit être distingué de l'intérêt compensatoire (*Schadenszins*), qui est une composante du dommage réparable dans toute responsabilité et qui résulte du fait que, entre la survenance du dommage et sa réparation effective, (paiement de l'indemnité), le créancier des dommages-intérêts est privé de cette somme d'argent, ce qui lui cause un préjudice

additionnel. Comme l'intérêt compensatoire vise à remettre le lésé dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne si la réparation du dommage avait eu lieu immédiatement, il court donc du jour où le dommage est subi, sans interpellation (ATF 122 III 53 consid. 4a, JdT 1996 I 590; arrêt du Tribunal fédéral 4C.191/2004 du 7 septembre 2004 consid. 7.1; THEVENOZ, *op. cit.*, n. 59a ad art. 97 CO et n. 3 ad art. 104 CO).

Dans la responsabilité contractuelle, sous réserve de la preuve d'un dommage supérieur ou inférieur, le Tribunal fédéral applique le taux de 5% prévu à l'art. 104 al. 1 CO afin de traiter de manière semblable les diverses formes d'inexécution ou de mauvaise exécution. Visant à réparer la même atteinte aux intérêts du créancier, l'intérêt moratoire et l'intérêt compensatoire ne peuvent toutefois pas être cumulés pour la même période (THEVENOZ, *op. cit.*, n. 3 ad art. 104 CO).

7.2 En l'espèce, la demanderesse reproche au premier juge d'avoir fixé le point de départ de l'intérêt moratoire au 29 juillet 2005, date de son interpellation de la défenderesse, plutôt qu'au 24 décembre 2002, date moyenne de la violation par la défenderesse de ses obligations contractuelles.

Il découle toutefois des principes rappelés ci-dessus que le Tribunal a correctement fixé le point de départ des intérêts moratoires à la date de mise en demeure de la défenderesse, soit au 29 juillet 2005.

Ce que réclame la demanderesse, c'est en réalité l'octroi d'intérêts compensatoires pour la période comprise entre la violation par la défenderesse de ses obligations contractuelles et la mise en demeure susvisée. Conformément aux principes rappelés ci-dessus, de tels intérêts courent en effet sans interpellation. Ils ne courent cependant pas dès la violation des obligations contractuelles, mais dès que le dommage est subi. En l'occurrence, il a été déterminé ci-dessus que le préjudice dont la demanderesse était fondée à demander réparation, par nature sujet à fluctuation, devait être arrêté au 31 juillet 2003. Par conséquent, l'intérêt compensatoire ne peut et ne doit être accordé que dès cette date, les sommes allouées à la demanderesse ayant pour but de l'indemniser du manque à gagner découlant du fait qu'elle a été privée de la possibilité de vendre elle-même les titres litigieux à cette date.

Par conséquent, le ch. 1 du dispositif du jugement entrepris sera partiellement annulé afin d'inclure des intérêts compensatoires entre le 31 juillet 2003 et le 29 juillet 2005. Le taux de ces intérêts étant semblable à celui des intérêts moratoires dus dès le 29 juillet 2005, il sera simplement accordé à la demanderesse des intérêts audit taux dès le 31 juillet 2003.

- 8.** La défenderesse reproche enfin au premier juge d'avoir considéré qu'elle avait manqué à son obligation de fidélité envers le demandeur en invitant celui-ci à

mettre un terme aux relations contractuelles liant les parties, en particulier à requérir la radiation et la liquidation de la fondation demanderesse.

8.1.1 Le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat (art. 398 al. 2 CO).

En vertu du devoir de fidélité, le mandataire conseillera et renseignera le mandant. L'obligation d'information implique pour le mandataire d'aviser l'autre partie de tout ce qui est important pour cette dernière en relation avec le contrat. Afin d'être utile au mandant l'information doit être complète, exacte et dispensée à temps. Le mandataire doit notamment renseigner le mandant des risques (y compris des risques financiers) et avantages des mesures et des actes envisagés et de l'exécution du mandat en général. L'information doit ainsi rendre le mandant à même de dispenser des instructions adéquates (ATF 133 III 97 consid. 5, JdT 2008 I 84; ATF 127 III 357 consid. 1c, JdT 2002 I 192; ATF 115 II 62 consid 3a, JdT 1989 I 539; arrêt du Tribunal fédéral 4A_ 168/2008 du 11 juin 2008, consid. 2.4; WERRO, in Commentaire romand, CO I, 2^e éd., n. 17 ad art. 398 CO).

Le mandataire peut également devoir informer le mandant de l'opportunité de poursuivre le mandat et l'avertir du caractère inopportun ou irréalisable des instructions reçues (ATF 115 II cité, consid 3d; ATF 108 II 97, JdT 1982 I 548). En fonction des circonstances, le mandataire a même, selon certains auteurs, une obligation de communiquer au mandant qu'il a violé le contrat (WERRO, *op. cit.*, n. 17 ad art. 398 CO, et réf. citées.).

Les obligations de conseil et de mise en garde exigent une intervention plus active du mandataire. Ce dernier doit, d'une part, indiquer laquelle des mesures correspond (à son avis) le mieux à l'intérêt du mandant et, d'autre part, mettre celui-ci en garde contre les risques que comportent certaines mesures, notamment lorsqu'il est lui-même un spécialiste et que le mandant ne l'est pas (ATF 124 III 155 consid. 3a, JdT 1999 I 125; WERRO, *op. cit.*, n. 18 ad art. 398 CO).

Lorsqu'il agit en qualité d'intermédiaire, le mandataire a en outre l'obligation d'éviter un conflit entre ses intérêts personnels et ceux du mandant : tel est notamment le cas lorsqu'il profite personnellement des opérations effectuées (WERRO, *op. cit.*, n. 29 ad art. 398 CO).

8.1.2 En règle générale, l'étendue des devoirs susvisés s'apprécie selon des critères objectifs; il s'agit de déterminer comment un mandataire consciencieux, placé dans la même situation, aurait agi en gérant l'affaire en cause; les exigences sont plus rigoureuses à l'égard du mandataire qui exerce son activité à titre professionnel et contre rémunération (ATF 127 III 328 consid. 3; ATF 115 II cité consid. 3a).

Au surplus, le mandataire est soumis au régime de la responsabilité des art. 97 ss CO; le mandant doit ainsi prouver l'existence d'un préjudice, d'une violation du mandat et d'un rapport de causalité adéquate entre et le premier et la seconde. Il appartient en revanche au mandataire de prouver qu'il n'a pas commis de faute, celle-ci étant présumée (WERRO, in Commentaire romand, CO I, 2012, n. 37 ad art. 398 CO).

8.2 En l'espèce, il n'est pas contesté que le demandeur et la défenderesse ont conclu divers contrats relevant des règles du mandat, dont un contrat de mandat relatif à la constitution et à l'administration de la fondation demanderesse.

8.2.1 Lors d'entretiens menés en octobre 2004 et à fin février 2005, la défenderesse a communiqué au demandeur sa volonté de mettre un terme aux relations susvisées. Dans ce cadre, elle lui a soumis pour signature des documents contenant des instructions de radier la fondation demanderesse et de solder l'ensemble des comptes bancaires. Il résulte des notes internes prises par son interlocuteur que le demandeur a accepté de donner les instructions de clôture, sans toutefois comprendre les raisons qui conduisaient la défenderesse à prendre cette décision. Or, à cette époque, le demandeur avait d'ores et déjà reproché à la défenderesse la vente des titres américains détenus par le biais de la fondation; dans les mois suivants, il a d'ailleurs élevé contre la défenderesse diverses prétentions à ce titre.

Dans ces conditions, la Cour considère que, si elle était en principe libre de mettre un terme aux relations contractuelles en tout temps (art. 404 CO), la défenderesse ne pouvait pas amener le demandeur à requérir la radiation de la fondation demanderesse sans attirer expressément son attention sur le fait qu'une telle radiation allait nécessairement rendre plus difficile pour lui et pour la fondation demanderesse l'éventuel recouvrement des prétentions susvisées. Les conséquences d'une telle radiation n'étaient pas nécessairement évidentes pour le demandeur qui, s'il était rompu aux investissements boursiers, n'était, à teneur de la procédure, ni juriste ni administrateur de sociétés. Conformément aux principes rappelés ci-dessus, il incombait à la défenderesse, dont la constitution et la mise à disposition d'entités dédiées aux fins de gestion de patrimoine faisait partie des activités spécialisées, d'informer complètement et à temps le demandeur sur les conséquences de la liquidation de la fondation demanderesse.

Or, en l'occurrence, une telle information n'a manifestement pas été fournie au demandeur, puisque celui-ci n'a de toute évidence pas saisi les motivations de la défenderesse ni la portée complète des instructions que celle-ci lui suggérait. Ainsi que l'a relevé le Tribunal, la banque défenderesse se trouvait de surcroît en l'espèce prise dans un conflit d'intérêts, à savoir celui existant entre l'intérêt de son client à faire perdurer la fondation demanderesse pour permettre à celle-ci de faire valoir les prétentions, d'une part, et son propre intérêt de voir la fondation

demanderesse rapidement radiée, dès lors que lesdites prétentions seraient nécessairement dirigées contre elle-même, d'autre part. Conformément aux principes rappelés ci-dessus, à défaut de pouvoir résoudre seule ce conflit d'intérêt, la défenderesse aurait également dû attirer l'attention du demandeur sur son existence, ce qui aurait sans doute amené ledit demandeur à reconsidérer les instructions qui lui étaient proposées.

Il faut ainsi admettre que la défenderesse a manqué à son obligation de fidélité envers le demandeur, en particulier à son devoir d'information, en l'amenant à requérir la radiation de la fondation demanderesse et à résilier l'ensemble des relations contractuelles dans les conditions susvisées.

8.2.2 Concernant les autres conditions de la responsabilité de la défenderesse, il n'est pas contesté en appel que le demandeur a été contraint d'intenter des procédures devant les autorités liechtensteinoises afin que soit désigné à la fondation demanderesse un curateur lui permettant de faire valoir ses droits malgré sa radiation. Il n'est pas davantage contesté que ces procédures ont entraîné pour le demandeur des frais judiciaires et des honoraires d'avocat à hauteur de 25'284 fr., ainsi que des frais liés à l'activité du curateur pour un montant de 28'000 fr.

Comme le Tribunal, la Cour constate que ces dépenses auraient pu être épargnées au demandeur si la défenderesse avait respecté son devoir d'information et si la radiation de la fondation demanderesse n'avait pas été ordonnée; elles constituent dès lors un dommage consécutif aux manquements imputables à la défenderesse. Cette dernière ne démontre au surplus aucune absence de faute de sa part dans son omission d'attirer l'attention du demandeur sur toutes les conséquences d'une radiation et sur le conflit d'intérêts dans lequel elle se trouvait prise.

Par conséquent, le jugement entrepris sera confirmé en tant qu'il a condamné la défenderesse à rembourser au demandeur les montants susvisés, totalisant 53'284 fr. plus intérêts.

- 9.** La défenderesse conteste enfin la quotité des dépens mise à sa charge par le premier juge.

9.1 La décision sur les frais peut être attaquée avec la décision au fond dans le cadre d'un appel ou d'un recours (URWYLER, DIKE Komm-ZPO, 2011, n. 1 ad art. 110; SCHMID, Commentaire bâlois du CPC, 2010, n. 2 ad art. 110). L'appelant peut ainsi faire réapprécier le montant ou la répartition des frais même si ses griefs au fond ou sur la recevabilité sont rejetés (TAPPY, CPC, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 12 ad art. 110).

L'instance d'appel dispose d'une cognition complète en fait et en droit, même s'agissant du droit cantonal et en particulier du tarif des frais (SCHMIDT, *op. cit.*, n. 2 ad art. 110). L'autorité cantonale de deuxième instance peut notamment contrôler l'application de l'ancien droit de procédure désigné par l'art. 404 al. 1 CPC (TAPPY, *Le droit transitoire lors de l'introduction de la nouvelle procédure unifiée*, JdT 2010 III p. 11 ss, p. 39).

9.2 En matière de répartition de la charge des dépens (correspondant aux actuels frais judiciaires et dépens, cf. art. 181 aLPC vs art. 95 CPC), la règle fondamentale prévue par l'ancien droit consiste à indemniser la partie qui obtient gain de cause au préjudice de celle qui succombe pour les frais qu'elle a dû engager judiciairement afin de faire valoir les droits qui lui sont reconnus (cf. art. 176 al. 1 aLPC). Cette règle doit être appliquée strictement, sauf exceptions prévues par la loi : il n'est nullement nécessaire que la partie qui succombe ait agi avec témérité, ni même qu'elle ait commis une faute. Pour déterminer quelle est la partie qui succombe et quelle est celle qui obtient gain de cause, il convient de tenir compte aussi bien du sort des conclusions du demandeur que des conclusions, libératoires ou reconventionnelles, du défendeur. En procédure civile, le principe de base, qui régit la répartition des dépens, est celui du résultat ("Erfolgsprinzip" : ATF 119 Ia 1; BERTOSSA et al., *Commentaire de la loi de procédure civile genevoise*, n. 6 ad art. 181 aLPC et réf. citées).

Par exception au principe général, l'art. 176 al. 2 aLPC permet de faire supporter des dépens à la partie qui n'obtient que partiellement gain de cause ou qui a provoqué des frais inutiles dans l'optique d'une défense efficace de ses droits. L'interprétation de la première exception ne présente pas de difficulté : il faut que la partie ait soumis au juge des conclusions exagérées et que cet excès ait porté à conséquence sur les frais exposés (ne serait-ce que pour le montant de l'émolument d'introduction). Il a été jugé que la formulation d'une demande de dommages-intérêts légèrement excessive, alors que l'art. 42 al. 2 CO était applicable, ne doit pas porter préjudice au demandeur quant à la charge des dépens. Savoir si une partie a "provoqué des frais inutiles" est plus délicat. Il convient en effet d'éviter que, sous la menace d'avoir à supporter des dépens, une partie dont la cause s'avérera finalement fondée ne soit amenée à limiter ses moyens. L'exception devra donc être appliquée avec réserve et limitée aux cas flagrants (BERTOSSA et al., *Commentaire de la loi de procédure civile genevoise*, n. 7 ad art. 181 aLPC et réf. citées).

9.3 En l'espèce, le premier juge a considéré que la défenderesse devait supporter les trois quarts des dépens dès lors qu'elle succombait sur le principe, mais que les parties demanderesses devaient, pour leur part, supporter le quart restant au motif que leurs conclusions étaient exagérées.

La défenderesse conteste aujourd'hui cette répartition et expose que si le demandeur a effectivement obtenu le plein de ses conclusions, la fondation demanderesse n'a quant à elle obtenu qu'un peu moins d'un cinquième de ses conclusions pécuniaires (soit 270'500 USD sur 1'497'000 USD environ). Dans l'hypothèse où ces dispositions seraient maintenues, ce qui est le cas compte tenu de la solution retenue ci-dessus (sous réserve de la seule question du point de départ des intérêts courant sur les sommes dues à la demanderesse), la défenderesse sollicite que seul un cinquième des dépens de première instance soient mis à sa charge.

A cet égard, la Cour considère que le juge n'est pas tenu de répartir les dépens en stricte proportion de la quotité des conclusions obtenues par les parties. Conformément aux principes rappelés ci-dessus, la question déterminante en la matière est de savoir quelle est la partie qui succombe sur le principe.

En l'espèce, il n'est pas contesté que cette partie est la défenderesse, à qui il est reproché d'avoir manqué à ses obligations contractuelles tant envers le demandeur qu'envers la fondation demanderesse. L'exception prévue à l'art. 176 al. 2 aLPC devant être appliquée avec réserve, on ne saurait reprocher au premier juge d'avoir, dans ces conditions, laissé l'essentiel des dépens à la charge de la défenderesse. S'il est exact que le montant excessif des conclusions de la fondation demanderesse a pu entraîner des frais d'introduction de la cause plus élevés, dont la majeure partie est en fin de compte mise à la charge de la défenderesse, la défenderesse ne donne aucune indication quant au montant ainsi mis à sa charge ni ne démontre en quoi il serait disproportionné par rapport à l'ampleur du procès et à son résultat.

Dans ces conditions, la Cour retiendra que le premier juge n'a pas mésusé de son pouvoir d'appréciation en laissant les trois quarts des dépens à la charge de la défenderesse. Le jugement entrepris sera confirmé sur ce point également, étant précisé que la seule admission des conclusions de la demanderesse concernant le point de départ des intérêts qui lui sont dus ne commande pas en l'espèce de modifier la répartition des dépens de première instance (art. 318 al. 3 CPC).

- 10.** Les frais judiciaires d'appel, arrêtés au total à 72'000 fr. (art. 13, 17 et 35 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile, RTFMC - RS Ge E 1 05.10), seront mis pour 24'000 fr. à la charge de la défenderesse, qui succombe dans son appel, et pour 48'000 fr. à la charge des demandeurs, qui succombent presque intégralement dans le leur (art. 95, 96, 105 al. 1 et 106 al. 1 et 3 CPC). Ces montants seront compensés avec les avances de frais de même montant fournies par les parties, qui demeurent acquises à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC).

Les parties conserveront à leur charge leurs propres dépens (art. 107 al. 1 let. f CPC), dès lors que l'appel de la défenderesse portait sur une valeur litigieuse

moindre mais nécessitait pour les demandeurs de se déterminer sur un nombre important de questions juridiques (recevabilité de pièces nouvelles, capacité de la fondation demanderesse, application de conditions générales, existence d'une violation contractuelle, principe et étendue du dommage, responsabilité pour radiation de la fondation, dépens de première instance), tandis que l'appel des demandeurs, portant sur une valeur litigieuse plus élevée, ne nécessitait cependant d'examiner que la quotité du dommage et le point de départ des intérêts.

11. Le présent arrêt est susceptible d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 72 al. 1 LTF), la valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr. (art. 51 al. 1 let. a et art. 74 al. 1 let. b LTF).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par B_____ et A_____ contre le jugement JTPI/17782/2012 rendu le 13 décembre 2012 par le Tribunal de première instance dans la cause C/15365/2009-14.

Déclare recevable l'appel interjeté par C_____ contre ce même jugement.

Déclare irrecevables les pièces n. 42, 42bis et 43 produites par C_____ à l'appui de son appel.

Au fond :

Annule le ch. 1 du dispositif de ce jugement et, statuant à nouveau :

Condamne C_____ à payer à A_____ la somme de 270'530 USD avec intérêts à 5% l'an dès le 31 juillet 2003.

Confirme le jugement entrepris pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Confirme le jugement entrepris en ce qui concerne les dépens de première instance.

Arrête les frais judiciaires d'appel à 72'000 fr.

Les met pour 24'000 fr. à la charge de C_____ et pour 48'000 fr. à la charge solidaire de B_____ et de A_____.

Dit que les montants susvisés sont compensés avec les avances de frais de même montant fournies par les parties, qui restent acquises à l'Etat de Genève.

Dit que chaque partie supporte ses propres dépens.

Siégeant :

Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente; Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, Monsieur Laurent RIEBEN, juges; Madame Barbara SPECKER, greffière.

La présidente :

Valérie LAEMMEL-JUILLARD

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.