

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/24988/2009

ACJC/607/2012

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 27 AVRIL 2012

Entre

X. _____ **LTD**, ayant son siège _____ London, Grande Bretagne, appelante d'un jugement rendu par la 10ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 18 août 2011, comparant par Me Guy-Philippe Rubeli, avocat, 65, rue du Rhône, case postale 3199, 1211 Genève 3, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Y. _____ **SA**, ayant son siège _____ Genève, intimée, comparant par Me Christian Girod, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 3 mai 2012.

EN FAIT

- A.** Par jugement du 18 août 2011, notifié le 23 du même mois à X. _____ LTD (ci-après X. _____ LTD), le Tribunal de première instance a débouté cette dernière de ses conclusions en paiement à l'encontre de Y. _____ SA et l'a condamnée aux dépens y compris une indemnité de procédure de 20'000 fr. à titre de participation aux honoraires d'avocat de Y. _____ SA.

Par acte déposé le 22 septembre 2011 au greffe de la Cour, X. _____ LTD appelle de ce jugement, sollicitant son annulation. Elle conclut, avec suite de frais, à la condamnation de Y. _____ SA à lui payer la somme de 120'000 GBP avec intérêts à 5% dès le 1er janvier 2008, sous déduction de 30'000 GBP. Elle produit des pièces nouvelles.

Y. _____ SA sollicite préalablement que soient écartés des débats les allégués 2.16, 2.18 à 2.21 et 2.27, ainsi que celui figurant à la section (ii) intitulée "Du montant du dommage" en page 20 de l'acte d'appel, aux termes duquel un accord était intervenu le 22 décembre 2010 entre Z. _____ et X. _____ LTD. Elle conclut en outre à l'irrecevabilité des pièces 1 à 6 et 8 produites à l'appui de l'appel.

Au fond, Y. _____ SA conclut à la confirmation du jugement entrepris.

- B.** Les faits pertinents sont les suivants :

a. X. _____ LTD, avec siège à Londres (Royaume-Uni), est active dans le commerce d'œuvres d'art. A. _____ en est l'animateur.

Y. _____ SA, avec siège à Genève, exploite une entreprise de transport et d'entreposage d'objets d'art et d'antiquités et fournit la logistique y relative.

b. Lors de la vente aux enchères organisée par la maison B. _____ le 20 novembre 2007 à Vienne (Autriche), Z. _____, avec siège à Tortola (Iles vierges britanniques), a acheté l'œuvre de l'artiste BANSKY intitulée "M _____" pour le prix de 51'000 EUR.

BANSKY est un artiste anglais; connu depuis 1992 essentiellement pour ses œuvres en milieu urbain (pochoir/graffiti notamment) ainsi que pour ses peintures et réalisations, il utilise souvent des matériaux récupérés en guise de support matériel. Jouissant d'une réputation internationale, sa cote a progressé depuis 2007.

L'œuvre "M _____" est un tableau réalisé au moyen d'un spray sur un carton d'emballage d'une surface de 200 x 200 cm.

c. En février 2008, Z. _____ a chargé l'entreprise C. _____ de transporter le tableau précité de Vienne à Genève.

Au moment de son chargement à Vienne, le chauffeur de l'entreprise C. _____ a plié l'œuvre susvisée sur sa partie supérieure afin de la placer dans le camion. Celle-ci comporte depuis lors, entre autres dégâts, une pliure située à 16 cm de son sommet. Chargé d'examiner l'œuvre à la demande de l'assureur responsabilité civile de Y. _____ SA, D. _____, qui effectue des expertises d'œuvres d'art notamment pour les tribunaux, a estimé que ce tableau ne pouvait pas être présenté dans un tel état à la vente par un galeriste ou un marchand d'art.

Le tableau "*M* _____" a été déposé, avec d'autres œuvres, le 18 février 2008 dans les entrepôts de Y. _____ SA à Genève. Cette dernière a émis à cette occasion un bon de mise en entrepôt au nom de "*11307 A. _____ LONDON*". Il n'est pas établi que Y. _____ SA ait constaté le dégât à ce moment.

d. Z. _____ et E. _____, commissaire-priseur à Londres, spécialisé dans la vente d'œuvres d'art, ont conclu le 6 mai 2008 un contrat de consignation en vue de la vente aux enchères le 29 juin 2008 à Londres de plusieurs œuvres, dont le tableau "*M* _____". Selon attestation du 18 août 2008 de E. _____, son cocontractant était Z. _____.

En vue de cette vente, le prix de l'œuvre "*M* _____" a été estimé par E. _____, soit pour lui F. _____, alors directeur du département d'art contemporain, entre 200'000 GBP et 150'000 GBP. Cette estimation a été effectuée sur la base d'un cliché photographique et dans l'ignorance du dégât susvisé.

Par la suite, F. _____ a déclaré que l'œuvre aurait pu être présentée à la vente malgré son endommagement. G. _____, directeur général de E. _____, a indiqué qu'il n'existait pas de règles générales en la matière.

e. En vue de la vente aux enchères du 29 juin 2008, X. _____ LTD a demandé à Y. _____ SA le 15 mai 2008 de mettre à disposition de E. _____ l'œuvre "*M* _____".

Le 16 mai 2008, Y. _____ SA a informé X. _____ LTD de ce qu'elle ne trouvait pas l'œuvre en question.

Y. _____ SA a encore fait savoir à X. _____ LTD le 22 mai 2008 qu'après avoir entrepris de nombreuses recherches notamment auprès du transporteur, elle devait constater qu'elle ne possédait pas l'œuvre.

f. L'œuvre "*M* _____" n'a pas pu être présentée à la vente aux enchères du 29 juin 2008.

Lors de cette vente, 60 des 90 lots proposés ont trouvé acquéreur.

g. Y. _____ SA a informé X. _____ LTD le 17 septembre 2008 qu'elle avait retrouvé le tableau "M_____" et que celui-ci comportait le dégât susvisé.

A la demande de A._____, E._____ lui a proposé le 4 décembre 2008 de remettre le tableau en vente lors d'enchères prévues les 12 et 13 février 2009.

Dans cette perspective, E._____ a estimé le prix de cette œuvre entre 60'000 GBP et 80'000 GBP. F._____ et G._____ ont indiqué que l'estimation avait été revue à la baisse en raison de l'influence de la crise financière de l'automne 2008 sur la demande dans le marché de l'art. F._____ a indiqué que les collaborateurs qui avaient participé à cette estimation n'avaient pas été informés du défaut grevant l'œuvre, mais que celle-ci devrait être peut-être inférieure en raison de la pliure du tableau.

Finalement, le tableau n'a pas été proposé à la vente aux enchères des 12 et 13 février 2009, X. _____ LTD soutenant qu'elle y avait renoncé en raison de l'estimation précitée.

L'œuvre "M_____" se trouve actuellement toujours dans les entrepôts de Y. _____ SA.

h. X. _____ LTD et Z._____ sont au bénéfice d'une assurance relative aux œuvres entreposées chez Y. _____ SA.

A la suite de la disparition temporaire de l'œuvre "M_____", X. _____ LTD a fait une déclaration de sinistre auprès de l'assureur.

Cet assureur a informé Y. _____ SA qu'il se réservait d'exercer un droit de recours à son encontre du chef de sa négligence.

Le 14 mai 2009, l'assureur a versé une indemnité de 30'000 GBP du chef de l'endommagement de l'œuvre. L'emplacement réservé à la signature du reçu y relatif porte la mention "A._____f/Z._____".

i. Par acte déposé le 9 novembre 2009, X. _____ LTD a assigné Y. _____ SA devant le Tribunal de première instance en paiement de 120'000 GBP avec intérêts à 5% dès le 1er juin 2008 à titre de dommages-intérêts. Elle a soutenu qu'en raison de la mise à disposition tardive de l'œuvre "M_____", celle-ci n'avait pas pu être vendue lors des enchères du 29 juin 2008, si bien qu'elle avait subi une perte de valeur à la suite de la baisse du marché de l'art consécutive à la crise financière survenue en automne 2008. Son dommage correspondait à la différence entre les deux estimations maximales effectuées par E._____ respectivement les 6 mai et 4 décembre 2008 (200'000 GBP - 80'000 GBP).

Y. _____ SA a conclu au déboutement de X. _____ LTD de toutes ses conclusions.

Après les enquêtes, X. _____ LTD a réduit ses conclusions en paiement de 30'000 GBP. Y. _____ SA a, quant à elle, persisté dans ses conclusions.

j. Dans le jugement entrepris, le Tribunal a retenu qu'il résultait des pièces de la procédure que A. _____ entretenait de longues relations commerciales avec Y. _____ SA et qu'il était personnellement le client de cette dernière. La facture relative à l'entreposage de l'œuvre litigieuse n'avait pas été produite. Il s'ensuivait que X. _____ LTD n'avait pas prouvé qu'elle était la contractante de Y. _____ SA, si bien qu'elle ne disposait pas de la légitimation active.

Même si l'on devait admettre sa légitimation active, X. _____ LTD ne prouvait pas son dommage. En effet, rien ne permettait de conclure que l'œuvre litigieuse aurait trouvé preneur si elle avait été présentée à la vente du 29 juin 2008. De plus, rien ne permettait non plus de déterminer à quel prix l'œuvre aurait été vendue. L'estimation du commissaire-priseur n'était qu'une évaluation et le prix de vente pouvait être différent. Ainsi, faute de toute certitude quant à la vente de l'œuvre le 29 juin 2008, X. _____ LTD ne démontrait ni le principe de son dommage, ni sa quotité.

Enfin, ce n'était pas X. _____ LTD qui avait acquis l'œuvre à Vienne, mais Z. _____. Cette dernière avait également proposé la vente de l'œuvre le 29 juin 2008. Ainsi, X. _____ LTD ne prouvait pas qu'elle avait subi le dommage allégué.

EN DROIT

1. Aux termes de l'art. 405 al. 1 CPC entré en vigueur le 1er janvier 2011 (RS 272), les recours sont régis par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision entreprise. S'agissant en l'espèce de la contestation d'une décision communiquée après le 1er janvier 2011, la voie de droit est régie par le CPC.

En revanche, dès lors que l'appelante a déposé sa demande en paiement avant le 1er janvier 2011, la procédure devant le Tribunal est soumise au droit en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (art. 404 al. 1 CPC).

2. Contre une décision finale rendue dans une cause présentant une valeur litigieuse supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC), seule la voie de l'appel, écrit et motivé, introduit dans un délai de 30 jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC) est ouverte.

Interjeté selon la forme et le délai prescrits, l'appel est recevable.

-
3. L'instance d'appel revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC; HOHL, Procédure civile, tome II, 2010, n. 2314 et 2416; RÉTORNAZ, L'appel et le recours, in Procédure civile suisse, 2010, p. 349 ss, n. 121). En vertu de la présomption de l'art. 150 al. 1 CPC, il est admissible dans le cadre de la maxime des débats de considérer comme non contestés les faits retenus dans la décision attaquée s'ils ne sont pas critiqués par l'appelant (TAPPY, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III p. 115 ss, p. 137; REETZ/THEILER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, n. 38 zu art. 311).
4. **4.1** Les conclusions, les faits et les moyens de preuve nouveaux sont admissibles en appel aux conditions de l'art. 317 CPC. La Cour examine, en principe, d'office la recevabilité des faits et les moyens de preuve nouveaux en appel (REETZ/HILBER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, n. 26 zu 317).

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

Les vrais novas sont les faits ou les moyens de preuve qui ne sont survenus ou qui n'ont été découverts qu'après la fin des débats principaux. Ils sont recevables s'ils sont invoqués dès leur découverte. Les faux novas sont les faits ou les moyens de preuve qui étaient déjà survenus à la fin des débats principaux. Ceux-ci sont en principe irrecevables en appel, à moins qu'ils soient invoqués immédiatement, et qu'ils n'auraient pas pu être déjà invoqués en première instance même en faisant preuve de diligence (REETZ/HILBER, op. cit., n. 56 et 58 zu art. 317).

La partie qui se prévaut de faits ou de moyens de preuve nouveaux doit en premier lieu prouver qu'elle agit sans retard. La partie qui invoque des faux novas doit en plus alléguer et prouver qu'elle a agi de façon prudente et diligente, mais qu'elle n'a cependant pas eu connaissance plus tôt des faits nouveaux invoqués. Il est loisible à sa partie adverse de fournir la contre-preuve, notamment que le fait nouveau était connu plutôt par son adversaire ou que cela aurait pu être le cas s'il avait fait preuve de diligence (VOLKART, DIKE-Komm-ZPO, 2011, n. 14 et 15 zu art. 317).

4.2 En l'espèce, l'intimée conclut à l'irrecevabilité des allégués no 2.16, 2.18 à 2.21 et 2.27 formulés dans l'acte d'appel, ainsi que de celui y figurant à la section (ii), p. 20, selon lequel un accord serait intervenu le 22 décembre 2010 entre Z._____. et l'appelante.

Dans la mesure où l'allégué no 2.16 porte sur la vente aux enchères qui s'est tenue le 29 juin 2008 à Londres au cours de laquelle 66% des lots ont trouvé acquéreur, soit 60 sur 90, il ne s'agit pas d'un fait nouveau, puisqu'il avait déjà été formulé par l'intimée devant le premier juge (cf. réponse, ch. 28 à 30, p. 7). En revanche, en tant qu'il a trait à la vente d'une œuvre de BANSKY à un certain prix lors desdites enchères, il s'agit d'un allégué qui n'a pas été formulé devant le Tribunal sans que l'appelante n'expose les motifs qui l'ont empêchée de le faire. Il s'ensuit que l'allégué et la pièce no 4 qui s'y rapporte seront écartés des débats dans cette mesure.

Les allégués no 2.18 à 2.21 qui concernent également des ventes d'œuvres de BANSKY survenues au cours de l'année 2008 n'ont pas été rapportés devant le premier juge. Là encore, l'appelante ne justifie pas d'un empêchement à leur formulation devant le Tribunal. Ils seront ainsi écartés des débats, de même que les pièces no 4 et 5 qui les accompagnent.

La circonstance alléguée sous chiffre 2.27 de l'appel, soit l'absence d'exercice par Z._____. de son recours contre le transporteur, pouvait déjà être articulée en première instance, sans que l'appelante ne justifie son défaut d'allégation. L'allégué sera ainsi également écarté des débats.

Les motifs qui précèdent valent également pour l'allégué, relatif à un accord entre Z._____ et l'appelante qui aurait été conclu le 22 décembre 2010, figurant en page 20 du mémoire d'appel dans la section "Du montant du dommage". Que cet allégué porte sur une *res inter alios acta* ne constituait pas un empêchement valable de le formuler en première instance. Il s'ensuit que cet allégué, ainsi que la pièce 6 qui s'y rapporte, sont irrecevables en appel. Bien qu'elle soit postérieure au jugement querellé, il en va de même de la pièce no 7 dès lors que celle-ci vise l'accord précité. En outre, la pièce no 8 qui est antérieure au jugement entrepris sera également écartée des débats.

Par ailleurs, la Cour constate que les pièces no 2 et 3 sont antérieures à la clôture des débats de première instance. De plus, l'allégué no 2.7 qui a trait aux relations entre l'appelante et Z._____ ne constitue pas des circonstances survenues après le prononcé du jugement querellé. Les explications de l'appelante ne sont pas propres à justifier le défaut de leur présentation devant le premier juge. Ainsi qu'il sera exposé ci-après, l'appelante n'est pas propriétaire de l'œuvre litigieuse et il lui appartenait par conséquent de formuler cet allégué déjà devant le Tribunal en vue de démontrer qu'un dommage touchait son patrimoine (cf. supra 7.2). Il s'ensuit que ces pièces et cet allégué sont irrecevables. En tout état de cause, la pièce no 2 ne démontre nullement cet allégué, puisqu'elle a trait aux relations entre Z._____ et A._____ personnellement.

-
5. En raison du siège à l'étranger de l'appelante, la cause revêt un caractère international (ATF 135 III 185 consid. 3.1; 134 III 475 consid. 4; 131 III 76 consid. 2.3) pour lequel les tribunaux genevois sont compétents à raison du lieu (art. 2 aCL et 112 LDIP).

Pour établir le droit applicable, la qualification du rapport juridique litigieux doit être effectuée selon le droit interne du for (ATF 136 III 142 consid. 3.2; 132 III 609 consid. 4; 129 III 738 consid. 3.4). Les parties conviennent, avec raison, que le rapport juridique relève du contrat d'entrepôt. Par conséquent, le droit suisse s'applique, vu le siège suisse de l'intimée (art. 117 al. 3 let. d LDIP; TERCIER/FAVRE/COUCHEPIN, Les contrats spéciaux, 2009, n. 6709).

6. L'appelante réclame le paiement de dommages-intérêts pour exécution tardive de l'obligation de restituer. Elle soutient que la demeure de l'intimée l'a empêchée de réaliser l'œuvre litigieuse lors de la vente du 29 juin 2008 qui a, par la suite, perdu de sa valeur en raison de la crise financière de septembre 2008. A juste titre, elle ne fait valoir aucune prétention découlant de l'endommagement de l'œuvre litigieuse, qui n'est pas imputable à l'intimée.

6.1 Selon l'art. 103 al. 1 CO, le débiteur en demeure doit des dommages-intérêts pour cause d'exécution tardive et répond même du cas fortuit.

La prétention en dommages-intérêts pour exécution tardive suppose que le débiteur soit en demeure, une obligation simplement exigible ne donnant pas droit aux dommages-intérêts. Savoir si le débiteur est en demeure s'apprécie selon les règles générales. De plus, l'indemnisation est soumise à la réalisation d'un dommage, d'un lien de causalité naturelle et adéquate entre la demeure et ce dommage, d'un défaut de libération de la faute qui est présumée (GILLIERON, Les dommages-intérêts, 2011, n. 616 et 619; WIEGAND, Basler Kommentar, 2011, n. 2, 3, 4 et 5 ad art. 103 OR; THEVENOZ, Commentaire romand, 2003, n. 1 et 4 ad art. 103 CO).

6.2 L'entrepositaire est tenu de restituer les marchandises comme dans le cas d'un dépôt ordinaire (art. 486 al. 1 CO). Le déposant peut réclamer la chose en tout temps (art. 475 al. 1 CO). La restitution s'opère au lieu même où la chose a dû être gardée (art. 477 al. 1 CO), ce qui signifie qu'il appartient au déposant de venir la chercher (TERCIER/FAVRE/COUCHEPIN, op. cit., n. 6653).

6.3 En l'espèce, l'intimée a admis que l'exécution de l'obligation de restitution de l'œuvre était tardive (cf. réponse, p. 14, ch. 2.1). En effet, le 15 mai 2008, l'appelante a demandé à l'intimée de mettre le tableau à disposition de E._____ et l'intimée lui a fait savoir le lendemain qu'elle ne retrouvait plus l'œuvre. Ce n'est que le 17 septembre 2008 que l'intimée a retrouvé le tableau et en a informé l'appelante. Comme le soutient à juste titre l'appelante, ce n'est ainsi qu'à partir de

cette date que l'intimée a tenu à disposition l'œuvre et a satisfait à son obligation de restitution. L'intimée a donc exécuté tardivement son obligation.

Point n'était besoin à l'appelante d'interpeller l'intimée encore une fois en vue de la restitution du tableau, puisque cette dernière l'avait informée le 22 mai 2008 qu'elle n'était pas en possession de l'œuvre (art. 108 ch. 1 CO; GILLIERON, op. cit., n. 616).

Il s'ensuit que l'intimée était en demeure.

Par ailleurs, l'intimée ne prouve pas l'absence de faute, ce qu'elle n'allègue au demeurant pas.

7. L'intimée fait valoir que l'appelante n'est pas propriétaire de l'œuvre, si bien qu'elle n'a pas subi de dommage.

7.1 Le dommage se définit comme la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable ne s'était pas produit (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2; 132 III 564 consid. 6.2; 131 III 360 consid. 6.1; 126 III 388 consid. 11a). Il peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2; 132 III 564 consid. 6.2 ; 126 III 388 consid. 11a.).

L'augmentation des passifs peut survenir lorsque le créancier est empêché par l'inexécution de tenir ses propres engagements envers des tiers et leur doit des dommages-intérêts de ce chef. Le dommage survient dès la naissance de la dette, dès avant le paiement de celle-ci. Il n'est pas nécessaire que le tiers-créancier ait déjà recouru (ou menacé de le faire) à des mesures d'exécution (ATF 116 II 441 consid. 2 et 3a/aa = JdT 1991 I p. 166). Une diminution involontaire du patrimoine sous forme d'augmentation des passifs ne peut être retenue que s'il est certain que le tiers-créancier va faire valoir sa prétention. L'on doit cependant présumer que, dans le cadre de débats judiciaires dans lesquels sont en jeu les intérêts économiques des parties, les prétentions réciproques exigibles vont être exercées. Si l'on peut présumer que les prétentions concernées seraient, selon toute probabilité, reconnues judiciairement, elles comptent parmi les passifs (arrêt du Tribunal fédéral 4A_520/2008 consid. 5.1 = njus.ch 2009 p. 30).

7.2 En l'espèce, l'appelante ne conteste pas que l'œuvre litigieuse a été achetée le 20 novembre 2007 à Vienne par Z._____. (cf. appel, ch. 2.7) et ne soutient pas que cette œuvre lui aurait été revendue par la suite par ladite société. Elle n'allègue plus, avec raison, que celle-ci avait agi en tant que représentante pour la conclusion du contrat de consignation avec E._____. En tout état de cause, un

rapport de représentation n'est nullement établi. Force est de constater, au contraire, que le courrier du 18 août 2011 de cette maison de vente aux enchères indique clairement que leur cocontractant était Z._____. En outre, l'appelante n'a pas contesté que C._____ avait été mandaté par Z._____. pour le transport de l'œuvre de Vienne à Genève. Par conséquent, l'appelante n'en est pas propriétaire et elle n'est, en principe, pas légitimée à prétendre à des dommages-intérêts du chef de la diminution de sa valeur.

A titre subsidiaire, l'appelante se borne à soutenir que Z._____ dispose d'une créance en dommages-intérêts à son encontre d'un montant équivalent pour restitution tardive de l'œuvre (conclusions après enquêtes, ch. 38, p. 11). Hormis le rapport de représentation précité, l'appelante n'a pas exposé valablement la nature des rapports juridiques qui la lieraient à la société propriétaire de l'œuvre et qui fonderaient une dette à son encontre. L'indemnisation à raison de 30'000 GBP le 14 mai 2009 ne renseigne en rien sur ce point puisque ce dédommagement concerne les dégâts subis par l'œuvre et que l'identité du bénéficiaire est Z._____.

En méconnaissance de ces rapports juridiques entre l'appelante et la propriétaire de l'œuvre, l'on ne peut pas retenir que la juridiction compétente, pour connaître d'un litige les opposant, reconnaîtrait, selon toute vraisemblance, la créance de cette dernière. Ainsi, l'appelante n'apporte pas la preuve, même en application de l'art. 42 al. 2 CO, de la diminution de son patrimoine en raison de la restitution tardive de l'œuvre. En tout état de cause, la demande de l'appelante doit être également rejetée pour d'autres motifs.

8. L'appelante fait grief au premier juge de n'avoir pas appliqué la théorie de la perte d'une chance.

La théorie de la perte de la chance a été prévue pour tenir compte de situations qui se présentent lorsque le fait générateur de responsabilité perturbe un processus incertain pouvant produire un enrichissement ou un appauvrissement de la personne concernée. En d'autres termes, l'enjeu total est aléatoire de sorte qu'il est impossible de prouver le lien de causalité naturelle entre le fait générateur de responsabilité et la perte de l'avantage escompté. Selon cette théorie, le dommage réparable consiste dans la perte d'une chance mesurable de réaliser un gain ou d'éviter un préjudice. Il correspond ainsi à la probabilité pour le lésé d'obtenir ce profit ou de ne pas subir ce désavantage. Le lien de causalité doit exister entre le fait imputable à l'auteur et la perte définitive de la chance, par opposition au dommage final (ATF 133 III 462 consid. 4.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_227/2007 consid. 3.5.3). Le Tribunal fédéral a retenu que cette théorie ne s'accordait pas avec la conception de la causalité naturelle du droit suisse de la responsabilité civile. De même, la notion du dommage applicable en droit suisse ne permettait pas d'assimiler la chance à un élément du patrimoine, si bien que sa

perte ne pouvait être appréhendée économiquement (ATF 133 III 462 consid. 4.4.3). En d'autres termes, selon le Tribunal fédéral, la perte d'une chance ne constitue pas un dommage indemnisable du fait qu'il n'y a pas de perte patrimoniale (CHAPPUIS, Quelques dommages dit irréparables : réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine, in SJ 2010 II p. 166 ss, p. 170, ch. 14).

Au vu de ce qui précède, la théorie de la perte d'une chance ne trouve pas réception dans le droit suisse, si bien que l'appelante ne peut s'en prévaloir à l'appui de sa prétention.

9. L'appelante reproche également au Tribunal d'avoir violé l'art. 42 al. 2 CO. Il y a lieu d'examiner cette question dans la perspective de la responsabilité pour exécution tardive.

9.1 Le débiteur répond non seulement du dommage causé à la suite de la demeure, mais surtout de celui survenu durant celle-ci. Lorsque le débiteur est fautivement en demeure, il doit répondre également d'autres événements non causés fautivement par lui pendant la demeure et doit supporter les conséquences qu'entraîne l'augmentation des risques induite par la demeure (WEBER, Berner Kommentar, 2000, n. 45 ad art. 103 OR). Il s'agit d'une extension de la responsabilité. Ainsi, le débiteur en demeure répond du cas fortuit survenu durant la demeure (WIEGAND, n. 9 ad art. 103 OR; WEBER, op. cit., n. 45 ad art. 103 OR). Il répond de tous les cas fortuits, pas seulement ceux avec lesquels il devait compter (GILLIERON, op. cit., n. 621; WIEGAND, n. 9 et 10 ad art. 103 OR; WEBER, op. cit., n. 56 ad art. 103 OR). Point n'est besoin qu'il existe un lien de causalité adéquate entre la demeure et l'impossibilité (partielle) d'exécution (WIEGAND, n. 9 et 10 ad art. 103 OR; WEBER, op. cit., n. 56 ad art. 103 OR). En revanche, le débiteur ne doit réparer que le dommage qui a été causé de manière adéquate par le cas fortuit. Par application analogique, la baisse de valeur de la chose due durant la demeure tombe dans le champ d'application de la responsabilité pour exécution tardive (WEBER, n. 56 et 58 ad art. 103 OR). Le débiteur répond ainsi des variations de valeur durant la demeure dans le cadre des ventes commerciales ou s'il est démontré que le créancier aurait revendu la chose acquise. En l'absence de la preuve concrète du prix, le juge détermine une valeur hypothétique de revente selon sa libre appréciation. Un calcul abstrait est possible pour des biens disposant d'un marché ou cotés en bourse (WEBER, op. cit., n. 18 et 19 ad art. 103 OR).

9.2 La preuve du dommage incombe au lésé (ATF 132 III 379 consid. 3.1 = SJ 2006 I p. 472). L'art. 42 al. 2 CO, applicable également à la responsabilité contractuelle par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO, prescrit que lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement, en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie

lésée. L'art. 42 al. 2 CO s'applique aussi bien à la preuve de l'existence du dommage qu'à sa quotité. Bien qu'elle tende à instaurer une preuve facilitée en faveur du lésé, cette disposition ne lui accorde cependant pas la faculté de formuler, sans indications plus précises, des prétentions en dommages-intérêts de n'importe quelle ampleur (ATF 131 III 360 consid. 5.1). Le demandeur doit suffisamment établir 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 133 III 462 consid. 4.4.2; 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).

9.3 A titre liminaire, la Cour relève que l'intimée ne conteste pas que la baisse du marché des œuvres d'art consécutive à la crise financière de l'automne 2008 soit survenue durant sa demeure, étant rappelé que la chute des cours boursiers sur les places financières internationales a débuté le 15 septembre 2008 (fait notoire; cf. notamment Rapport annuel 2008 de l'autorité française de surveillance des marchés financiers, consultable sur le site www.amf-france.org/documents/general/8984_1.pdf).

Contrairement à ce que soutient l'appelante, le fait que deux tiers des œuvres ont été vendues lors des enchères du 29 juin 2008 ne permet pas encore de retenir au degré de la vraisemblance que l'œuvre litigieuse y aurait trouvé acquéreur. En effet, la proportion d'œuvres invendues est suffisamment importante pour créer une incertitude quant à la vente effective. Effectuer un pronostic fondé sur un résultat aléatoire revient à appliquer la théorie de la perte d'une chance.

Par ailleurs, le calcul du dommage effectué par l'appelante correspond à la différence entre les deux estimations les plus hautes établies par E._____ les 6 mai et 4 décembre 2008, soit respectivement 200'000 GBP et 80'000 GBP. Or, s'agissant du premier montant, il y a lieu de constater que l'œuvre litigieuse avait été vendue, à peine plus de cinq mois auparavant, à un prix substantiellement inférieur (51'000 EUR). L'amélioration de la cote de l'artiste BANSKY depuis 2007 ne peut justifier plus du quadruplement du prix. A cela s'ajoute que l'estimation ne tient pas compte de l'endommagement. Ces motifs valent également pour le montant inférieur de l'estimation du 6 mai 2008, soit 150'000 GBP.

Ainsi, les éléments de la procédure ne permettent pas de retenir que l'œuvre aurait été vraisemblablement vendue lors des enchères du 14 juin 2008, ni de déterminer même approximativement sa valeur hypothétique de revente.

L'estimation du 4 décembre 2008 ne tient pas non plus compte du dégât subi par l'œuvre et même sa valeur minimum (60'000 GBP) est supérieure au prix de vente

du 27 novembre 2007 (51'000 EUR), nonobstant la baisse du marché de l'art consécutive à la crise financière. Elle ne peut être retenue pour le calcul du dommage.

Pour les motifs qui précèdent, l'appelante n'établit pas le dommage qu'elle allègue ni dans son principe, ni sa quotité.

Point n'est par conséquent besoin d'examiner si l'appelante était la cocontractante de l'intimée. Le jugement entrepris sera ainsi confirmé.

- 10.** Les frais de première instance, non contestés en tant que tels, seront confirmés (art. 318 al. 3 CPC *a contrario*).

Les frais d'appel seront mis à la charge de l'appelante qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Les frais judiciaires d'appel seront arrêtés à 10'000 fr. (art. 105 al. 1 CPC; art. 13 et 15 RTFMC) et sont entièrement compensés par l'avance fournie (art. 111 al. 1 CPC), qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Compte tenu notamment d'une valeur litigieuse de 120'600 fr. (art. 308 al. 2 CPC; 90'000 GBP x 1,34), les dépens sont fixés à 9'000 fr. et comprennent le défraiement de l'avocat, les débours nécessaires ainsi que la taxe sur la valeur ajoutée (art. 95 al. 3 et 105 al. 2 CPC; art. 85 et 90 RTFMC; art. 20 et 21 LaCC).

L'appelante sera ainsi condamnée à verser à l'intimée la somme de 9'000 fr. à titre de dépens (art. 111 al. 2 CPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par X. _____ LTD contre le jugement JTPI/12358/2011 rendu le 18 août 2011 par le Tribunal de première instance dans la cause C/24988/2009-10.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Statuant sur les frais d'appel :

Met les frais à la charge de X. _____ LTD.

Fixe les frais judiciaires à 10'000 fr., qui sont entièrement compensés par l'avance de frais versée, laquelle reste acquise à l'Etat de Genève.

Condamne X. _____ LTD à payer à Y. _____ SA la somme de 9'000 fr. à titre de dépens.

Siégeant :

Madame Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente; Madame Florence KRAUSKOPF, Madame Sylvie DROIN, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

La présidente :

Marguerite JACOT-DES-COMBES

La greffière :

Nathalie DESCHAMPS

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 au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.