



POUVOIR JUDICIAIRE

C/3892/2017

ACJC/564/2019

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MERCREDI 10 AVRIL 2019

Entre

Monsieur A_____ et Monsieur B_____, domiciliés _____ (Italie), appelants et intimés d'un jugement rendu par la 21^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 17 juillet 2018, comparant par Me Laurent Moreillon et Me Miriam Mazou, avocats, place Saint-François 5, case postale 7175, 1002 Lausanne (VD), en l'étude desquels ils font élection de domicile,

et

BANQUE C_____, sise _____ [GE], intimée et appelante, comparant par Me Pierre-Olivier Etique, avocat, rue du 31-Décembre 47, case postale 6120, 1211 Genève 6, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 15 mai 2019.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/11329/2018 du 17 juillet 2018, communiqué le 20 juillet 2018 pour notification aux parties, le Tribunal de première instance a, statuant sur légitimation active, dit que A_____ et B_____ disposent de la légitimation active exclusivement pour la période courant du 8 mai 2001 au 17 juin 2005 (chiffre 1 du dispositif), dit que A_____ et B_____ ne disposent pas de la légitimation active pour la période postérieure au 17 juin 2005 (ch. 2), arrêté les frais judiciaires à 2'000 fr. compensés partiellement avec l'avance fournie par les demandeurs et répartis par moitié à charge de chacune des parties, BANQUE C_____ étant condamnée à payer à l'Etat la somme de 1'000 fr. (ch. 3), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 4), réservé la suite de la procédure et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5 et 6).

En substance, le Tribunal a considéré que les demandeurs A_____ et B_____ étaient titulaires de la légitimation active leur permettant d'agir à l'encontre de la défenderesse pour la période durant laquelle ils étaient liés contractuellement à la banque, soit du 8 mai 2001 au 17 juin 2005, mais non pour la période postérieure visée dans leur requête, devant se laisser opposer pour cette seconde période la construction juridique mise sur pied par eux.

- B. a.** Par acte expédié à l'adresse de la Cour de justice le 22 août 2018, A_____ et B_____ ont appelé dudit jugement concluant à ce qu'il soit dit qu'ils disposent de la légitimation active du 8 mai 2001 au 17 juin 2005, ainsi que pour la période postérieure au 17 juin 2005 et, subsidiairement, à ce que le jugement soit annulé et la cause renvoyée à l'autorité de première instance pour nouvelle instruction et décision dans le sens des considérants.

En substance, ils se plaignent d'une appréciation anticipée arbitraire des preuves, respectivement de la violation de leur droit d'être entendus dans la mesure où le Tribunal a refusé leur audition et aurait dû leur permettre de prouver que la création de la structure dont il est question leur avait été suggérée par la banque, ce que le Tribunal avait refusé qu'ils démontrent.

Pour le surplus, ils font grief au Tribunal d'avoir violé le principe de la transparence, ainsi que celui de la bonne foi, considérant que le Tribunal ne pouvait pas parvenir à la conclusion à laquelle il était parvenu dans la mesure où la création de la structure juridique entre eux et la banque l'avait été sur proposition de la banque en laquelle ils avaient toute confiance. Ils considèrent en outre qu'ils pouvaient parfaitement se prévaloir de la réalité économique dans la mesure où la création de la structure n'était pas leur choix et que, de ce fait, il n'existait aucun abus de droit de leur part, mais que c'était bien la banque qui agissait contrairement au principe de la bonne foi en soulevant la dualité

juridique, alors qu'elle avait elle-même proposé la structure mise en place par ses clients.

b. Par acte déposé au greffe de la Cour le 14 septembre 2018, BANQUE C_____ a également formé appel contre ledit jugement concluant à ce que celui-ci soit confirmé en tant qu'il considère que A_____ et B_____ n'ont pas la légitimation active pour la période postérieure au 17 juin 2005, ce jugement devant toutefois être annulé en tant qu'il leur reconnaît la légitimation active pour la période du 8 mai 2001 au 17 juin 2005, la Cour devant dire et constater que A_____ et B_____ n'ont pas la légitimation active pour cette période également, sous suite de frais et dépens.

En substance, elle fait grief au Tribunal d'avoir considéré que pour la première période concernée, les demandeurs étaient titulaires d'une créance à l'égard de la banque, alors que la créance à la base de leur action (dommages et intérêts) ne découlait que de la relation contractuelle établie entre les sociétés créées par les demandeurs et la banque. Ils devaient supporter les conséquences juridiques de leur choix. Ils ne pouvaient pas par ailleurs invoquer pour eux-mêmes le principe de la transparence dans ce cadre.

c. Par mémoire de réponse à l'appel de A_____ et B_____ du 12 novembre 2018, BANQUE C_____ a conclu au rejet de l'appel sous suite de frais et dépens. Elle a considéré que le principe de la libre appréciation des preuves avait été respecté par le Tribunal, de même que le droit d'être entendus des appelants. Leur audition n'aurait rien amené de plus aux débats sur la détermination de leur légitimation active. Elle soutient pour le surplus que l'actionnaire d'une société ne peut pas lui-même se prévaloir du principe de la transparence. En outre, elle considère que les appelants ne sont pas de bonne foi en ce sens que, même incités par la banque ce qui est contesté, à créer les entités juridiques en question, celles-ci ont été acceptées par eux, ce qu'ils ne contestent pas ni ne font valoir de reproche à la banque à ce propos dans leur demande, les sociétés concernées étant par ailleurs clientes de la banque depuis treize ans sans que jamais leur existence n'ait été remise en question. Enfin, la banque ne commet aucun abus de droit à invoquer la dualité juridique, les appelants ayant choisi eux-mêmes la création des sociétés en question.

d. Par réponse expédiée le 12 novembre 2018 au greffe de la Cour, A_____ et B_____ ont répondu à l'appel de la banque. Ils contestent le fait que la créance qu'ils vont valoir dans leur demande ne concernerait que certains investissements opérés dans le portefeuille des sociétés qu'ils détiennent, mais font valoir une violation des obligations contractuelles de la banque commise en 2004, période lors de laquelle ils étaient personnellement en relation avec la banque. Ils exposent ne jamais avoir transféré par cession de créance les droits et obligations résultant de leur rapport contractuel avec la banque, de sorte que leur légitimation

active doit être reconnue pour toute la période concernée. Les sociétés en question n'ayant aucune activité, elles ne constituent que de simples instruments en leurs mains. Ils persistent à considérer que le principe de la transparence avait été violé, reprenant par ailleurs les griefs contenus dans leur appel.

e. Par réplique à la réponse de la banque à leur appel expédiée le 5 décembre 2018, A_____ et B_____ ont persisté dans leurs conclusions.

Par réplique au mémoire de réponse de A_____ et B_____ à son appel, BANQUE C_____ a persisté dans ses conclusions le 5 décembre 2018.

f. Par dupliques respectives des 14 janvier 2019 et 27 décembre 2018, les parties ont à nouveau persisté dans leurs conclusions.

C. Pour le surplus ressortent du dossier les faits pertinents suivants :

a. A_____ et B_____ sont frères et tous deux ressortissants italiens. Ils ont créé une entreprise de production de _____ D_____ SRL, qu'ils exploitent encore aujourd'hui.

BANQUE C_____ (ci-après : la Banque), anciennement E_____, puis F_____ SA, sise à Genève, poursuit des activités d'une banque et d'un négociant en valeurs mobilières.

Les 8 et 14 mai 2001, A_____ et B_____ ont ouvert chacun un compte numérique individuel auprès de la Banque sous les désignations respectives "G_____" et "H_____".

Lors de l'ouverture de ces comptes, A_____ et B_____ ont signé plusieurs documents dont chacun un mandat de gestion confié à I_____ LTD.

Entre le 26 mars 2004 et le 13 avril 2005, les comptes "G_____" et "H_____" ont investi dans des fonds nourriciers liés à J_____, à savoir K_____ et L_____.

Les 13 mai et 2 juin 2005, A_____ et B_____ ont constitué chacun une société de domicile au Panama, soit les sociétés M_____ SA et N_____ CORP.

Le 2 juin 2005, B_____, agissant pour le compte de M_____ SA, a ouvert un compte auprès de la Banque au nom de cette société et s'en est déclaré l'ayant droit économique.

Le 7 juin 2005, A_____ a fait de même pour N_____ CORP.

Le 16 juin 2005, A_____ et B_____ ont transféré l'intégralité des investissements détenus dans les fonds K_____ et L_____ en faveur de M_____ SA et N_____ CORP.

Le lendemain, A_____ et B_____ ont clôturé leurs comptes "G_____" et "H_____".

Le 24 octobre 2006, M_____ SA a acquis des parts supplémentaires dans K_____ et L_____.

Le 1^{er} janvier 2007, M_____ SA et N_____ CORP ont chacune confié un mandat de gestion à I_____ LTD.

J_____ a été arrêté en décembre 2008 aux Etats-Unis. Les investissements de M_____ SA et N_____ CORP dans les fonds K_____ et L_____ ont perdu une grande partie de leur valeur.

b. Par acte expédié au greffe du Tribunal de première instance le 11 août 2017, A_____ et B_____ ont assigné la Banque en paiement et conclu principalement à sa condamnation à leur verser la somme de 3'000'000 Euros avec intérêts à 5% l'an dès le 26 mars 2004, subsidiairement dès le 15 décembre 2008.

Ils ont allégué que la Banque était responsable du dommage subi par les portefeuilles M_____ SA et N_____ CORP puisqu'elle avait violé ses devoirs de diligence, de fidélité et d'information, notamment en négligeant son obligation de diversification.

Par courrier du 22 décembre 2017, la Banque a sollicité la limitation de la procédure aux questions de légitimation active de A_____ et B_____, ainsi qu'à la prescription de l'action en dommages et intérêts.

Elle a soutenu que A_____ et B_____ ne sont pas titulaires des droits qu'ils invoquent, à savoir la créance en dommages et intérêts contre elle pour les pertes subies dans les fonds K_____ et L_____, puisqu'ils ont transféré la propriété de leurs parts dans les fonds aux sociétés M_____ SA et N_____ CORP. Elle ajoute qu'ils commettraient un abus de droit à vouloir nier l'existence formelle de deux personnes juridiquement distinctes et qu'ils doivent se laisser opposer la construction juridique choisie.

Le 26 février 2018, A_____ et B_____ ont pris position sur les points soulevés par la Banque, assurant disposer de la légitimation active. Ils soutiennent être titulaires de la créance invoquée dans le cadre de la procédure, puisqu'à l'époque où les placements litigieux ont été réalisés, à savoir entre le 26 mars et le 14 septembre 2004, ils étaient contractuellement liés à la Banque. Ils allèguent qu'il n'y a eu qu'un transfert de propriété qui ne saurait être assimilé à une cession de créance des droits découlant des mandats de gestion conclus en 2001 par eux personnellement. En effet, il n'y aurait pas eu de déclaration de cession écrite à ce sujet. Par ailleurs, ils affirment que les mandats de gestion de 2001 n'ont jamais

été résiliés ni remplacés par des nouveaux contrats avant le 1^{er} janvier 2007, soit bien après la réalisation de l'intégralité des placements litigieux.

c. Le Tribunal a limité la procédure à la question de la légitimation active de A_____ et B_____.

En date du 13 avril 2018, la Banque a conclu à ce qu'il soit dit et constaté que A_____ et B_____ n'ont pas la légitimation active et au déboutement de ces derniers de toutes leurs conclusions.

Par conclusions du 26 avril 2018, A_____ et B_____ ont ajouté que chacun d'eux formait une entité avec sa société panaméenne, que ces dernières avaient été constituées sur initiative de la Banque et qu'il serait arbitraire et contraire à la réalité économique de ne pas appliquer le principe de la transparence.

Lors de l'audience de plaidoiries du 29 mai 2018, la BANQUE C_____ a persisté dans ses conclusions en déboutement. A_____ et B_____ ont sollicité préalablement leur interrogatoire comme moyen de preuve en vue d'établir que la Banque les aurait incités à constituer les sociétés en question, mais aussi l'absence de distinction entre eux et leurs sociétés. Pour le surplus, ils ont persisté dans leurs conclusions selon laquelle ils disposent de la légitimation active.

Suite à quoi le jugement querellé a été rendu.

EN DROIT

1. **1.1** Le jugement attaqué est une décision incidente au sens de l'art. 237 al. 1 CPC susceptible de faire l'objet d'un appel (art. 237 al. 2, 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

1.2 Les deux appels déposés dans le cas présent l'ont été par-devant l'autorité compétente (art. 120 al. 1 LOJ) dans les délais et formes prévus par la loi. La valeur litigieuse au dernier état des conclusions étant de plus de 10'000 fr., ils sont recevables.

Les deux appels seront tranchés dans le cadre du même arrêt.

Par souci de simplification, A_____ et B_____ seront considérés comme les appelants et la BANQUE C_____ comme l'intimée.

1.3 La cause présente un élément d'extranéité au vu du domicile des appelants à l'étranger. Aucune des parties ne remet en cause, à juste titre, la compétence des juridictions genevoises pour trancher la cause ou l'application au litige du droit suisse prévue dans les contrats conclus entre elles (art. 5 al. 1 et 116 al. 1 et 2 LDIP). La compétence de la Cour de céans et l'application du droit suisse sont acquises.

-
2. Dans un premier grief, les appelants se plaignent d'une violation de leur droit d'être entendus, dans la mesure où le Tribunal n'a pas procédé à leur audition personnelle avant de trancher, cette violation ayant conduit, selon eux, à une appréciation anticipée arbitraire des preuves par le Tribunal. Dans un second grief, lié au premier, ils invoquent une violation du principe de la transparence par le Tribunal, en lien avec une violation du principe de la bonne foi.

2.1

2.1.1 Garanti aux art. 29 al. 2 Cst. féd. et 53 CPC, 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 sujet (ATF 135 II 286 consid. 5.1; 135 I 187 consid. 2.2; 129 II 497 consid. 2.2). Ce moyen doit dès lors être examiné en premier lieu avec plein pouvoir d'examen (arrêt du Tribunal fédéral 5A_540/2013 consid. 3.3.1). Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 137 I 195 consid. 2.2). Toutefois, une violation pas particulièrement grave du droit d'être entendu peut exceptionnellement être guérie si l'intéressé peut s'exprimer devant une instance de recours ayant libre pouvoir d'examen en fait comme en droit. Même en cas de violation grave du droit d'être entendu, la cause peut ne pas être renvoyée à l'instance précédente si et dans la mesure où ce renvoi constitue une démarche purement formaliste qui conduirait à un retard inutile, incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à un jugement rapide de la cause (ATF 135 I 279 consid. 2.6.1).

Selon l'art. 152 al. 1 CPC, toute partie a droit à ce que le tribunal administre les moyens de preuve adéquats proposés régulièrement et en temps utile.

La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu, en particulier, le droit pour le justiciable de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision (ATF 132 V 368 consid. 3.1). L'autorité a l'obligation, sous l'angle du droit d'être entendu, de donner suite aux offres de preuves présentées en temps utile et dans les formes requises, à moins qu'elles ne soient manifestement inaptes à apporter la preuve ou qu'il s'agisse de prouver un fait sans pertinence (arrêt du Tribunal fédéral 5A_272/2015 consid. 2.2.1).

Le droit à la preuve n'existe que s'il s'agit d'établir un fait pertinent, qui n'est pas déjà prouvé, par une mesure probatoire adéquate, laquelle a été régulièrement offerte selon les règles de la loi de procédure (ATF 135 I 187 consid. 2.2).

En outre, le droit à la preuve n'interdit pas au juge de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis d'acquérir une

conviction et qu'à l'issue d'une appréciation anticipée des moyens de preuve qui lui sont encore proposés, il a la certitude que ceux-ci ne pourraient pas l'amener à modifier son opinion (ATF 143 III 297 consid. 9.3.2).

Aux termes de l'art. 157 CPC, le tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées.

Selon l'art. 191 CPC, le tribunal peut auditionner les deux parties ou l'une d'entre elles sur les faits de la cause (al. 1).

L'interrogatoire des parties (art. 191 CPC) est un moyen de preuve reconnu par le CPC. Certes, si selon le Message du Conseil fédéral sa force probante est faible, les déclarations devant être prises avec circonspection vu la partialité de leur auteur et devant être corroborées par d'autres moyens de preuve (Message relatif au Code de procédure civile suisse du 28 juin 2006, p. 6934), la jurisprudence considère qu'il s'agit d'un moyen de preuve objectivement adéquat prévu par la loi, de sorte qu'il n'est dès lors pas admissible de dénier d'emblée toute valeur probante à un tel moyen. Le Tribunal fédéral a jugé que le juge ne peut parvenir à la conclusion que la force probante de la déclaration faite par une partie en sa propre faveur doit être qualifiée de faible que lorsqu'il a administré cette preuve (ATF 143 III 297 consid. 9.3.2), sur la base de sa libre appréciation selon l'art. 157 CPC.

2.1.2 La qualité pour agir, communément qualifiée de légitimation active (ATF 142 III 782 consid. 3.1.3.2), appartient à celui qui peut faire valoir la prétention en tant que titulaire du droit en son propre nom. Il s'agit d'une condition de fond du droit exercé (ATF 130 III 417 consid. 3.1; 114 II 345 consid. 3a). Le défaut de qualité pour agir du demandeur entraîne le rejet de l'action puisqu'il s'agit d'une condition de fond du droit (ATF 126 III 59 consid. 1). Comme le jugement ainsi rendu ne produit d'effet qu'entre les parties au procès, il n'a pas l'autorité de la chose jugée à l'égard du véritable titulaire de l'obligation alternative, qui conserve donc la qualité pour introduire la même action (arrêt du Tribunal fédéral 4A_155/2017 consid. 4.1).

La détermination de la légitimation active, qui est une question de fond, implique qu'une décision sur cette question ne peut être prise qu'après instruction sur le fond, de sorte qu'en principe il n'y a pas lieu de dissocier la décision au fond de la question de la légitimation active (cf. notamment sous l'ancien droit : ACJC/1366/2012 consid. 5.3).

2.1.3 En principe, il faut prendre en compte l'indépendance juridique d'une personne morale. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'un tiers peut être tenu des engagements d'un débiteur. Ainsi, selon le principe de la transparence, on ne peut pas s'en tenir sans réserve à l'existence formelle de deux personnes juridiquement distinctes lorsque tout l'actif ou la quasi-totalité de l'actif

d'une société appartient soit directement, soit par des personnes interposées, à une même personne physique ou morale; malgré la dualité de personnes à la forme, il n'existe pas deux entités indépendantes, la société étant un simple instrument dans la main de son auteur qui économiquement ne fait qu'un avec elle. On doit admettre que, conformément à la réalité économique, il y a identité de personnes et que les rapports de droit liant l'une, lient également l'autre; ce sera le cas chaque fois que le fait d'invoquer la diversité des sujets constitue un abus de droit ou a pour effet une atteinte manifeste à des intérêts légitimes (art. 2 al. 2 CC; ATF 132 III 489 consid. 3.2). L'application du principe de la transparence suppose donc premièrement qu'il y ait identité de personne conformément à la réalité économique ou en tout cas la domination économique d'un sujet de droit sur l'autre; il faut deuxièmement que la dualité soit invoquée de manière abusive, c'est-à-dire pour en tirer un avantage injustifié (ATF 132 III 489 cité; SJ 2014 I p. 17).

La jurisprudence considère de longue date que l'actionnaire ou la société ne peuvent invoquer le dualisme résultant de la double personnalité juridique ou au contraire le nier selon qu'ils y ont un intérêt ou non, seuls des tiers pouvant exiger que l'on s'en prenne à l'actionnaire unique plutôt qu'à la structure (ATF 121 III 319 consid. 5 et réf. cit.).

Dans un arrêt plus récent (arrêt 4A_155/2017 du 12 octobre 2017 consid. 5.2), le Tribunal fédéral a abordé en une phrase la question de savoir si la personne physique demanderesse au procès qui a elle-même créé la personne morale peut invoquer la transparence pour agir à la place de la personne morale titulaire du droit au motif qu'elle fait économiquement un avec elle ou si elle peut opposer l'abus de droit à l'exception du défaut de sa qualité pour agir soulevé par le défendeur. Il n'a pas tranché la question, qu'il a laissée indécise.

2.2 Dans le cas d'espèce, les appelants font valoir que leur audition aurait permis au premier juge de retenir la levée du voile social entre eux et leurs sociétés titulaires des comptes considérés et dès lors, leur qualité pour agir, la banque invoquant abusivement la dualité juridique alors qu'elle était l'instigatrice de la création des personnes morales, titulaires des comptes dès juin 2005, dont ils étaient ayants droit économiques.

Le Tribunal a retenu que l'interrogatoire des parties proposé comme moyen de preuve par les appelants ne visait qu'à tenter d'établir le fondement de leur prétention mais non la titularité du droit invoqué. Il a retenu que ledit interrogatoire ne serait quoi qu'il en soit pas apte à modifier son appréciation telle qu'elle ressort en l'état du dossier au vu de la jurisprudence actuelle relative au principe de la transparence qui ne permet pas à l'actionnaire d'une entité juridique de s'en prévaloir.

La jurisprudence actuelle susmentionnée sur l'application du principe de la transparence autorisait le Tribunal à considérer l'audition des parties comme inapte à prouver les faits pertinents. En effet, quel qu'en eût été le résultat, après appréciation des preuves offertes, il n'eût pas été en mesure de modifier la solution adoptée, les titulaires des comptes après juin 2005, et potentielles victimes du dommage allégué après cette date, étant les personnes morales non parties au procès.

Quant à la question soulevée par les appelants de l'abus de droit de l'intimée à se prévaloir de la dualité juridique, elle trouve une réponse négative dans le fait qu'il n'y a pas abus de droit du simple fait d'invoquer un principe posé par la jurisprudence (*i.c.* celui qui veut que le principe de la transparence ne peut être invoqué par la personne physique à son profit). Les appelants n'invoquent pas que les structures juridiques titulaires des comptes dont ils sont ayants droit économiques auraient été créées par des manœuvres dolosives de la banque ou qu'ils auraient été contraints d'une manière ou d'une autre de les mettre en place par celle-ci. Au contraire, il ressort à ce stade de la procédure que jusqu'à l'éclatement de l'affaire J_____ et de la constatation par les appelants des pertes subies en septembre 2008, l'existence desdites structures n'a jamais été contestée, ni source de problème entre la banque et les appelants.

En outre, les appelants ne se plaignent d'aucune autre violation du droit à la preuve que l'absence de leur propre audition, dont l'interrogatoire ne peut fournir au mieux qu'un indice subjectif en faveur de la vraisemblance d'une allégation, si le fait affirmé par une partie est contesté et non prouvé par ailleurs (SCHWEIZER, CPC-Commenté, 2012 ad art. 192 n° 3), ce qui est le cas dans la présente cause.

Il doit être dès lors retenu que l'offre de preuve sur ce point était inapte et n'était pas susceptible de modifier l'appréciation effectuée par le Tribunal.

Les griefs soulevés par les appelants sont dès lors rejetés, le Tribunal n'ayant violé ni le droit à la preuve, respectivement le droit d'être entendu des appelants, ni la jurisprudence actuelle relative au principe de la transparence (*Durchgriff*).

3. Pour sa part, l'intimée fait grief au Tribunal dans son acte d'appel propre d'avoir admis la légitimation active des demandeurs pour la période comprise entre le 8 mai 2001 et le 17 juin 2005 dans la mesure où ils ne seraient pas titulaires de la créance à la base de la demande, celle-là trouvant son fondement dans un dommage allégué subi après 2005, soit à une période où ils n'étaient plus en relation avec la banque. Elle se prévaut notamment du principe de la relativité des contrats, estimant que seules sont pertinentes les relations entre elle et les sociétés titulaires des comptes auprès d'elle dans la mesure où les créances invoquées seraient des créances en réparation de dommages intervenus durant leur relation.

Les appelants considèrent quant à eux que ledit principe comporte des exceptions dont l'une, la stipulation pour autrui, devrait pouvoir être appliquée à la situation du cas présent, notamment pour des considérations d'équité, cette stipulation ouvrant le droit de tiers de se prévaloir du contrat auquel ils ne sont pas parties. Pour le surplus, ils invoquent la théorie du contrat avec effet protecteur pour les tiers dans le même sens.

3.1 Le code des obligations suisse est gouverné par les principes de la liberté contractuelle et de la relativité des contrats. Selon ce dernier, les droits et obligations qui découlent des contrats n'existent et n'ont d'effet qu'entre les parties (*inter partes*). On ne saurait en conséquence imposer à une partie des engagements envers un tiers avec lequel elle n'a pas contracté; inversement, on ne saurait opposer à ce tiers les effets d'un contrat qu'il n'a pas conclu (BUCHER, Basler Kommentar, 2011, Obligationenrecht I, Einl. vor Art. 1 ff., n° 40; MORIN, CR-CO I, 2012, art. 1, n° 40 ss.). Des exceptions à cette relativité ne sont possibles que si le contrat ou la loi le prévoit. La stipulation pour autrui de l'art. 112 CO est l'une des exceptions.

Selon l'art. 112 al. 1 CO, celui qui, agissant en son propre nom, a stipulé une obligation en faveur d'un tiers, a le droit d'en exiger l'exécution au profit de ce tiers. L'al. 2 de cette disposition stipule que le tiers ou ses ayants droit peuvent aussi réclamer personnellement l'exécution, lorsque telle a été l'intention des parties ou que tel est l'usage.

La stipulation pour autrui parfaite ne se présume pas (ATF 123 III 129 consid. 3d).

Le concept allemand du contrat avec effet protecteur pour les tiers selon lequel un contrat générateur d'obligations impose implicitement au débiteur le respect de devoirs accessoires de protection et de sécurité envers les tiers dans la mesure où d'une part, ce débiteur va nécessairement empiéter sur leur sphère juridique pour exécuter sa prestation et où d'autre part, le créancier doit veiller à la sécurité de ces tiers d'une façon reconnaissable pour le débiteur, n'a pas été repris en Suisse dans la mesure où il porte une atteinte injustifiée à la liberté contractuelle (MORIN, op. cit., idem, n° 43 et 44).

3.2 Dans le cas d'espèce, tout d'abord l'objection des appelants à l'application du principe de la relativité des contrats tirée de la construction de la stipulation pour autrui parfaite implicite ne peut être retenue, dans la mesure où, comme rappelé ci-dessus, le concept du contrat avec effet protecteur n'est pas connu en droit suisse dans lequel il n'est pas nécessaire. En outre, pas plus que la stipulation pour autrui parfaite, la stipulation pour autrui parfaite implicite ne se présume pas *a fortiori*. Or, rien au dossier ne laisse envisager une telle stipulation.

3.3 Le succès de toute action en justice suppose que les parties demanderesse et défenderesse aient respectivement, sur chacune des prétentions en cause, qualité pour agir et pour défendre au regard du droit applicable. Dans une action en paiement, la qualité pour agir appartient au créancier de la somme réclamée (ATF 136 III 365 consid. 2.1, 125 III 82 consid. 1a).

3.4 Dans le cas présent les appelants ont ouvert des comptes auprès de l'intimée les 8 et 14 mai 2001, clôturés le 17 juin 2005. Un mandat de gestion était confié à un tiers. Ils reprochent à la banque d'avoir violé ses obligations à leur égard, soit ses devoirs de diligence, de fidélité et d'information, notamment durant cette période.

La question ouverte, au vu de ce qui précède (cf. consid. 2 ci-dessus), n'est plus de savoir qui est titulaire d'une éventuelle créance à l'égard de la banque pour la période postérieure à la clôture des comptes dont les appelants étaient titulaires mais bien celle de la titularité de la créance invoquée par les appelants à l'égard de la banque antérieurement à cette clôture.

A ce propos, si la question de son bien-fondé ou non, ou toute autre relative à cette créance, devra être tranchée par le Tribunal, il n'en demeure pas moins que les seuls titulaires des droits invoqués durant la période durant laquelle ils étaient liés contractuellement à la banque étaient les appelants. En particulier, comme retenu par le Tribunal, en l'absence de cession de ces droits, il n'existe pas d'autres titulaires de ces droits, et en particulier pas les sociétés constituées par eux dès juin 2005.

Par conséquent, l'appel de la banque doit également être rejeté.

3.5 En définitive, le jugement attaqué doit être confirmé.

- 4.** Les frais de la procédure d'appel seront fixés à 4'400 fr. et compensés partiellement avec les avances de frais versées en 2'400 fr., à raison de la moitié par chaque partie, qui restent acquises à l'Etat.

Ils seront mis à charge par moitié de chacune des parties, chacune succombant en totalité (art. 106 al. 1 CPC).

Chaque partie sera dès lors condamnée à payer à l'Etat un solde de frais de 1'000 fr.

Chaque partie supportera ses dépens d'appel, vu l'issue de la procédure d'appel.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevables les appels interjetés le 22 août 2018 par A_____ et B_____ et le 14 septembre 2018 par BANQUE C_____ contre le jugement JTPI/11329/2018 rendu le 17 juillet 2018 par le Tribunal de première instance dans la cause C/3892/2017-21.

Au fond :

Confirme ledit jugement.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires à 4'400 fr., les met à charge par moitié de chacune des parties et les compense partiellement avec les avances de frais versées, qui restent acquises à l'Etat.

Condamne chaque partie à verser à l'Etat, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, une somme de 1'000 fr. au titre de solde des frais.

Dit que chaque partie supporte ses dépens d'appel.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Mesdames Pauline ERARD et Paola CAMPOMAGNANI, juges; Madame Sandra MILLET, greffière.

Le président :

Cédric-Laurent MICHEL

La greffière :

Sandra MILLET

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.