



POUVOIR JUDICIAIRE

C/4027/2004

ACJC/1184/2005

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile
statuant par voie de procédure ordinaire

AUDIENCE DU VENDREDI 14 OCTOBRE 2005

Entre

A_____, succursale de Genève sise _____, appelante d'un jugement rendu par la 6e Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 25 novembre 2004, comparant par Me Didier de Montmollin, avocat, 2, rue Charles-Bonnet, case postale 189, 1211 Genève 12, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

Monsieur B_____ et Madame C_____, domiciliés _____ (France), intimés, comparant par Me Cédric Dumur, avocat, 6, rue Eynard, 1205 Genève en l'étude duquel ils font élection de domicile aux fins des présentes.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 20.10.2005.

EN FAIT

A. Par acte expédié au greffe de la Cour le 10 janvier 2005, [A_____] (ci-après : la Banque ou A_____) appelle du jugement rendu par le Tribunal le 25 novembre 2004 aux termes duquel elle a été condamnée, avec suite de dépens, à verser à B_____ et C_____ la somme de 250'000 USD avec intérêts à 5% dès le 19 juillet 2001; le Tribunal a par ailleurs prononcé la mainlevée définitive de l'opposition formée à la poursuite notifiée le 27 août 2003 par les époux B_____/C_____ à A_____.

B. Les faits pertinents suivants résultent du dossier soumis à la Cour :

a) Le 15 mars 1993, les époux B_____ et C_____ ont ouvert un compte no 1_____ - ultérieurement modifié en no 2_____ - auprès de la A_____, devenue par la suite [A_____].

A cette occasion, ils ont signé différents documents d'ouverture de compte, dont notamment les conditions générales de la Banque. Celles-ci prévoyaient, à l'art. 2, que *«la Banque vérifie l'identité des signatures de ses clients et de leurs mandataires avec les spécimens déposés chez elle. Elle n'est pas obligée d'exiger d'autres preuves d'identité, mais elle est en droit de le faire. La Banque décline toute responsabilité, pour autant qu'aucune faute grave ne puisse lui être imputée, au cas où elle ne s'apercevrait pas d'une falsification, d'un faux ou de tout autre défaut, notamment quant à la vérification des signatures, à la légitimation ou à la capacité civile»*.

L'art. 7 prévoyait également que *«le dommage provenant de l'emploi de la poste du télégraphe, du téléphone, du télex, de tout autre moyen de transmission ou d'une entreprise de transport (...) est à la charge du client, sauf en cas de faute grave de la Banque. La Banque peut surseoir à sa seule discrétion, sans encourir de responsabilité à cet égard, à l'exécution de tout ordre donné par télégraphe, téléphone ou télex jusqu'à réception d'une confirmation écrite (...)»*.

L'art. 21 de ces conditions générales prévoyait enfin une clause d'élection de for en faveur des tribunaux genevois et déclarait que le droit suisse était applicable à toutes les relations du client avec la Banque.

Les époux B_____/C_____ ont également signé une décharge pour les instructions données par téléphone, télex et fax, laquelle exonérait la Banque des conséquences pouvant résulter de l'utilisation des moyens de communication précités, notamment en cas d'instructions données frauduleusement par un tiers non autorisé. Il était également précisé que la banque était en droit de ne pas donner suite aux ordres reçus lorsque l'identité de la personne dont ils émanaient était douteuse.

b) Dès 1996, les époux B_____/C_____ ont conclu avec la Banque un contrat de gestion, par lequel cette dernière s'engageait à procéder à une gestion conservatrice de leurs avoirs.

B_____ a expliqué qu'il n'avait, concernant le compte litigieux, jamais effectué de retrait, les avoirs détenus par le biais de ce compte étant destinés à lui servir, ainsi qu'à son épouse, de capital-retraite.

Le gestionnaire du compte des époux B_____/C_____ était D_____, employé de la Banque. Il a quitté celle-ci en 1998 pour fonder la société E_____ SA, active dans le domaine de la gestion de fortune. F_____, son assistante, l'a suivi pour travailler dans cette nouvelle société.

Les époux B_____/C_____ ont dès lors confié la gestion de leurs avoirs déposés auprès de A_____ à E_____ SA.

c) Durant l'année 2000, F_____ a quitté E_____ SA pour fonder sa propre société de gestion de fortune, G_____ SA.

Le 19 avril 2000, G_____ SA et A_____ ont conclu un contrat de gérance externe, stipulant que le gérant externe était entièrement responsable de la gestion des comptes de ses clients, selon les termes du pouvoir de gestion, et qu'il s'engageait à indemniser la Banque de toute perte ou de tout dommage que celle-ci pourrait encourir du fait d'une réclamation d'un client, dirigée contre elle et résultant de la gestion faite par le gérant externe.

Ayant constaté que le nombre de transactions effectuées par G_____ SA sur les comptes dont la gestion lui était confiée générait un volume important de courtage, A_____ a adressé à celle-ci un courrier, le 21 juillet 2000, lui rappelant que la pratique dite du «*barattage*» (ou «*churning*») constituait une violation du devoir de fidélité du mandataire, qui pouvait entraîner des conséquences tant civiles que pénales. Elle la priait donc d'informer ceux de ses clients qui avaient signé un «*Pouvoir de gestion*» en faveur de G_____ SA, de la situation actuelle de leur portefeuille, en leur demandant de contresigner les évaluations de fortune de leur compte au 30 juin 2000; ces évaluations devaient lui parvenir soit signées en original, par son intermédiaire, soit par télécopie directement du client. Elle précisait encore que si durant le prochain trimestre, elle devait constater un volume similaire d'opérations sur les comptes des clients gérés par G_____ SA, elle se verrait dans l'obligation de les informer de ce qui précède, directement et sans délai. La Banque A_____, représentée par son directeur H_____, a expliqué qu'elle souhaitait, par son courrier du 21 juillet 2000, informer les clients de G_____ SA sur les pratiques de leur gérant qui procédait à une rotation excessive des portefeuilles, tout en précisant que les avoirs des époux B_____/C_____ n'avaient pas fait l'objet de telles pratiques.

Les évaluations sollicitées ont été transmises à la Banque A_____ par télécopie de F_____.

Le contrat entre G_____ SA et la Banque A_____ a été résilié par courrier du 29 août 2001, pour le 30 novembre 2001 ; il s'agissait d'une résiliation ordinaire, conformément au contrat de gérance, pour un motif d'ordre commercial.

d) Le 22 juin 2001, B_____ a conclu avec G_____ SA un mandat de gestion donnant à cette dernière le pouvoir de gérer de façon conservatrice les avoirs déposés sur le compte n° 2_____ auprès de la Banque A_____. B_____ a indiqué qu'à ce moment le montant total de ses avoirs s'élevait à 335'000 USD environ.

Ce mandat n'autorisait pas G_____ SA à effectuer des transferts ou des retraits, à l'exception de ceux prévus contractuellement pour le paiement d'honoraires de gestion. Par ailleurs, selon le document intitulé «*Third-Party Management Autorisation*», préparé par la Banque A_____, le gérant n'était pas autorisé à transférer ou à faire payer ou remettre en sa faveur ou en faveur de tiers toutes sommes d'argent, titres, métaux précieux ou autres valeurs détenues sur le compte en référence, à l'exception de transfert contre paiement en faveur de banques/brokers et vice-versa » (art. 4). Il était également prévu que le client déchargeait complètement et d'avance la Banque de toute responsabilité pour les actes du gérant et que la Banque n'était en particulier pas obligée d'examiner les instructions du gérant en ce qui concernait leur caractère, leur fréquence et leur ampleur (art. 7).

e) Le 11 juillet 2001, F_____ s'est présentée au guichet de la Banque A_____ munie de la copie d'un courrier portant la signature de B_____, ordonnant le retrait d'un montant de 40'000 USD du compte no 2_____.

Ce montant a été remis en espèces par le caissier de la Banque à F_____, après vérification de la signature figurant sur l'ordre de retrait, par comparaison avec le spécimen se trouvant dans ses dossiers.

f) Le lendemain, F_____ a donné par téléphone à I_____, employée de la Banque A_____, l'instruction de transférer du compte des époux B_____/C_____ les sommes de 25'000 USD, 60'000 USD et 25'000 USD en faveur, respectivement du titulaire - inconnu - du compte no 3_____ auprès de [la banque] J_____ à Genève, d'une société dénommée K_____, titulaire du compte no 4_____ auprès de [la banque] L_____ à Guernsey et d'un certain M_____, titulaire du compte no 5_____ auprès de [la banque] N_____ à O_____ [Italie].

F_____ a précisé à I_____ qu'elle lui transmettrait par la suite une confirmation de ces instructions téléphoniques, signées par le client.

Les deux premiers transferts ont été effectués par la Banque valeur 12 juillet 2001; le troisième l'a été, valeur 13 juillet 2001.

Le 19 juillet 2001, F_____ a fait parvenir à la Banque A_____, par télécopie, une copie des avis de débit relatifs à ces trois ordres de transfert avec la signature de B_____.

Le même jour, elle a adressé à la Banque A_____, par télécopie toujours, un quatrième ordre de transfert, portant sur la somme de 100'000 USD, devant être effectué en faveur du titulaire du compte no 6_____ auprès de [la banque] P_____ à Genève. Cet ordre de transfert était libellé en espagnol et portait la signature de B_____. F_____ y avait ajouté la mention suivante : *«Après cette lettre il va nous envoyer la lettre de clôture. Merci. F_____ [prénom]»*.

L'ordre a été exécuté, valeur 19 juillet 2001.

Ce sont ainsi des retraits pour un montant total de 250'000 USD qui ont été effectués en l'espace de neuf jours. B_____ a précisé qu'après les opérations des 12, 13 et 19 juillet 2001, le montant restant sur son compte était de 67'500 USD.

g) Les époux B_____/C_____ n'ont en réalité ordonné ni le retrait effectué par caisse le 11 juillet 2001 ni les transferts des 12, 13 et 19 juillet 2001. Les documents présentés à la Banque ont été fabriqués de toute pièce par F_____. Utilisant toujours le même mécanisme pour établir des faux, elle a découpé des spécimens de signatures authentiques et les a recollés sur des papiers sur lesquels elle avait inscrit le retrait à effectuer ou l'ordre de transfert. Elle faisait des photocopies jusqu'à ce que l'on ne distingue plus les traces de montage. Elle envoyait ensuite l'ultime photocopie à la banque en disant qu'elle l'avait reçu par télécopie pour justifier le manque de signature originale.

h) H_____ a affirmé n'avoir découvert que le 19 octobre 2001 les agissements frauduleux de F_____, notamment la confection de faux dans les titres, et a précisé qu'une vingtaine de clients en avaient été les victimes. Alerté par D_____ en novembre 2001, B_____ a contacté la Banque qui l'a informé des retraits et transferts litigieux.

Le 14 mai 2002, B_____ a déposé plainte pénale à l'encontre F_____ auprès du Parquet du Procureur général de Genève et s'est constitué partie civile. F_____ a été inculpée dans le cadre de la procédure pénale no P/7_____/2001, actuellement en cours d'instruction.

i) Concernant les opérations litigieuses, H_____ a confirmé que le retrait du 11 juillet 2001 avait été effectué sur la base d'une photocopie présentée par F_____ et que cette procédure était courante s'agissant d'ordres donnés par des personnes domiciliées à l'étranger ayant confié la gestion de leurs avoirs à un gérant externe. Il a indiqué que le caissier avait procédé à une comparaison des signatures et que la confirmation de la vérification apparaissait immédiatement sur l'écran de l'ordinateur.

Concernant les ordres de transfert donnés le 12 juillet 2001, H_____ a également confirmé que ceux-ci avaient été exécutés sur la base des instructions téléphoniques de F_____, avant même l'obtention des documents de confirmation du client, et mis en suspens jusqu'à réception desdits documents. Il a ajouté que cette facilité, bien que courante, n'était pas accordée à tous les gérants externes. F_____ en bénéficiait car elle était une ancienne collaboratrice et qu'un rapport de confiance s'était instauré entre cette dernière et la Banque, notamment avec I_____.

Q_____, Président du Directoire de la Banque, a déclaré, dans le cadre de la procédure pénale, qu'en principe, un gérant externe ne peut effectuer des retraits sur le compte de l'un de ses clients sans l'autorisation écrite de celui-ci; un tel retrait peut être accepté, mais c'est une question de confiance avec le gérant externe. R_____, membre de la direction de la Banque, a pour sa part indiqué qu'il était évident que la confiance qu'avait la Banque en F_____ avait joué un rôle important, notamment au niveau des retraits par caisse; l'attitude de la Banque aurait été différente si elle n'avait pas connu du tout ou très peu connu F_____.

j) Mise en demeure le 9 janvier 2002 par les époux B_____/C_____ de rembourser la somme de 250'000 USD à titre de dommages-intérêts, la Banque A_____ a nié toute responsabilité.

Le 11 septembre 2002, B_____ a fait notifier au siège de la Banque à Zurich un commandement de payer, poursuite no 8_____, pour la somme de 430'842 fr. avec intérêts à 5% dès le 19 juillet 2001, contre-valeur de 250'000USD. Un nouveau commandement de payer, poursuite no 9_____, a été notifié pour le même montant le 27 août 2003 au siège de la banque A_____ à Zurich. Ces deux poursuites ont été frappées d'opposition.

k) Par assignation déposée au greffe du Tribunal de première instance le 26 février 2004, B_____ et son épouse ont sollicité la condamnation de la Banque A_____ au paiement de la somme de 250'000 USD plus intérêts dès le 19 juillet 2001 ainsi que la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer de l'Office des poursuites de Zurich, poursuite no 9_____.

A l'appui de leurs conclusions, ils ont fait valoir que la Banque avait engagé sa responsabilité contractuelle en donnant suite aux instructions transmises par G_____ SA les 11, 12 et 19 juillet 2001. Ils ont estimé, concernant le retrait du montant de 40'000 USD, que la Banque ne pouvait se satisfaire d'une simple photocopie telle que celle présentée par F_____ au guichet de la Banque. Quant aux ordres de transfert des 12 et 19 juillet 2001, ils ont considéré que la Banque avait l'obligation d'exiger un ordre écrit, en original, émanant du client.

La Banque A_____ s'est opposée à la demande.

Elle a allégué que les retraits et transferts litigieux n'avaient pas été effectués sur instruction du gérant, mais sur celle du titulaire du compte, transmise par le gérant, et qu'aucun élément ne lui permettait alors de soupçonner que les documents reçus de la part de F_____ étaient faux, la procédure de vérification en matière de signatures et de légitimation prévue par les conditions générales signées par les parties ayant été suivie.

La Banque a également fait valoir que l'avertissement envoyé à G_____ SA le 21 juillet 2000 ne concernait que le type de gestion appliquée par cette dernière, ce qui n'impliquait pas pour autant que la Banque puisse soupçonner l'existence des infractions pénales reprochées aujourd'hui à F_____.

Les parties ont renoncé à solliciter des enquêtes, de même qu'à l'apport de la procédure pénale no P/7_____/2001.

I) Par jugement du 25 novembre 2004, le Tribunal a considéré que les parties étaient liées par un contrat de giro bancaire avec convention de compte courant, soumis aux règles du mandat. Compte tenu des exigences en matière de légitimation du donneur d'ordre, il convenait d'admettre qu'en procédant à une comparaison des signatures sur la base d'une simple photocopie, respectivement de documents faxés par le gérant, la Banque n'avait pas satisfait à son obligation de vérification et avait ainsi manqué à son devoir de diligence. En outre, elle aurait dû faire preuve d'une attention particulière quant aux instructions données, respectivement transmises par F_____, dans la mesure où elle avait constaté un roulement anormalement élevé des valeurs en dépôt auprès de G_____ SA, où aucun ordre de retrait n'avait été donné concernant le compte des époux B_____/C_____ lorsque celui-ci était géré par elle ou par E_____ SA, où les ordres donnés représentaient presque 80% des avoirs, où une ligne de coupure apparaissait clairement sur l'ordre du 11 juillet 2001 et où la similitude des signatures était parfaite. Elle avait cependant continué à avoir à l'égard de son ancienne employée une confiance totale. Ainsi, compte tenu de l'ensemble de ces éléments, le Tribunal, usant de son pouvoir d'appréciation, a considéré que la Banque avait agi fautivement en exécutant les ordres litigieux. La question de savoir si cette faute devait être qualifiée de grave pouvait demeurer indécidée, dès

lors que la clause de transfert des risques de faux sur la tête du client, découlant des conditions générales et de la décharge donnée à la Banque pour les instructions données par fax, ne pouvait être opposée aux époux B_____/C_____ dans les circonstances du cas d'espèce. La pesée des intérêts en cause commandait en effet de mettre la réalisation du risque de faux à la charge de la Banque, tenue d'assumer seule la perte subie du fait de son imprudence.

m) Devant la Cour, la Banque conclut à l'annulation du jugement et au rejet des conclusions des intimés prises aux termes de leur demande.

Elle soutient qu'elle n'a pas violé son devoir de diligence en confrontant la signature figurant sur les ordres qu'elle a reçus avec le spécimen détenu par elle, contrairement à l'avis du Tribunal qui se fonde sur une opinion de doctrine minoritaire. Sa procédure en la matière est par ailleurs parfaitement conforme à la pratique bancaire, ce qu'une expertise pourrait démontrer. En présence d'un gérant externe, elle n'est par ailleurs pas le tuteur de son client et elle était obligée d'exécuter les ordres qui lui étaient transmis. Le gérant externe est au surplus le représentant direct du client. Ainsi, même si le mandat de gestion confié à G_____ SA n'incluait pas la faculté de retirer des avoirs en compte, elle n'a fait que son devoir en exécutant les ordres du gérant, comme elle l'aurait fait si elle les avait reçus de son client. Elle n'avait par ailleurs pas à s'interroger sur les opérations litigieuses et à s'immiscer dans la relation entre ses clients et leur gérant. Enfin, aucune faute ne pourrait, quoi qu'il en soit, lui être reprochée et sa responsabilité ne peut donc être engagée, au vu de ses conditions générales qui l'exonèrent valablement pour une faute légère.

Les époux B_____/C_____ concluent, avec suite de dépens, à la confirmation du jugement entrepris. Ils contestent l'argumentation de la Banque selon laquelle celle-ci n'est pas, en présence d'un gérant externe, responsable des agissements de ce dernier. La confiance accordée à F_____ par la Banque ne permettait pas à celle-ci d'enfreindre ses obligations envers ses clients, qui n'ont jamais ratifié les actes de leur gérant externe. Le pouvoir ne permettait pas à ce dernier de donner des ordres de transferts et au surplus, les circonstances devaient amener la Banque, qui savait notamment qu'ils souhaitaient une gestion conservatrice de leurs avoirs, à se demander si l'acte en question était couvert par le pouvoir du gestionnaire. Une exemption de la responsabilité pour les instructions données par téléphone ou télécopie ne vaut en outre que pour les ordres donnés directement par le client à la banque. En exécutant des ordres donnés verbalement par le gérant externe qui n'en avait pas le pouvoir, la Banque a violé ses obligations contractuelles et leur a causé un dommage.

n) Lors de l'audience de plaidoiries du 26 avril 2005, la Banque a sollicité le droit de produire une ordonnance de la Chambre d'accusation du 27 janvier 2005 (OCA/14/2005), rendue dans le cadre de la procédure pénale dirigée, notamment,

contre F_____ ainsi que les procès-verbaux d'audition de cette dernière, réclamant également un second échange d'écriture sur faits nouveaux. Elle a par ailleurs sollicité une expertise sur les pratiques bancaires en matière de vérification des signatures et demandé qu'à l'issue de ces actes d'instruction, une comparution personnelle des parties et des enquêtes soient ordonnées.

Les intimés ont indiqué ne pas avoir connaissance de l'ordonnance de la Chambre d'accusation; ils ont conclu au rejet des conclusions sur faits nouveaux et se sont opposés [à] la nomination d'un expert.

EN DROIT

1. Interjeté dans le délai et selon la forme prévus par la loi, l'appel est recevable (art. 296 al. 1, 300 LPC).

Les dernières conclusions prises en première instance ayant porté sur une valeur litigieuse supérieure à 8'000 fr. en capital, le Tribunal a statué en premier ressort; la Cour revoit donc la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 22, 24 et 25 LOJ; 291 LPC).

Il convient encore de relever, à titre liminaire, que les parties ne contestent pas, à juste titre, la compétence des tribunaux genevois et l'application du droit suisse à la présente cause.

2. L'appelante a sollicité, lors de l'audience de plaidoiries devant la Cour, une expertise afin d'établir la pratique bancaire en matière de vérifications des signatures. Elle avait déjà relevé, aux termes de son appel, qu'une expertise serait susceptible d'établir la pratique en la matière, sans toutefois prendre de conclusion spécifique à ce propos.

2.1 Conformément à l'art. 255 LPC, le juge peut ordonner qu'il soit procédé à une expertise pour s'éclairer sur une question de fait qui requiert l'avis d'un spécialiste. Comme toute mesure probatoire, le recours à l'expert n'a pour objet que d'établir des faits, ces derniers se distinguant par leur complexité et par leur caractère technique. L'expert pourra ainsi éclairer le juge, en se gardant toutefois de toute appréciation d'ordre juridique (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 3 ad art. 255 LPC). Le recours à un expert est en revanche exclu s'il s'agit d'établir une question de droit, voire même le contenu du droit que le juge doit appliquer. Le recours à des mesures probatoires ne s'impose que si de telles mesures sont à la fois nécessaires et utiles. Une mesure est utile, en particulier, si elle permet de parvenir au but recherché, à savoir l'établissement des faits pertinents (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 1 ad art. 197 LPC).

La Cour peut procéder à l'administration des preuves sollicitées devant le premier juge, soit que celui-ci l'ait exécutée de manière défectueuse ou insuffisante (art. 307 al. 1), soit qu'il s'y soit refusé (art. 307 al. 2). L'art. 307 LPC ne permet toutefois pas à une partie d'exiger, en appel, l'administration de preuves qu'elle n'aurait pas sollicitées devant le premier juge en temps utile et selon les formes adéquates (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 2 ad art. 307 LPC). Une partie est uniquement en droit d'exiger de la Cour qu'elle procède à l'administration des preuves lorsqu'elles portent sur des faits recevables et pertinents, survenus après le dépôt des dernières conclusions devant le premier juge (SJ 1969 p. 537).

Enfin, le mémoire d'appel doit répondre à des exigences de forme analogues à l'assignation (Mém. 1985 p. 5875). Acte essentiel de la procédure d'appel, le mémoire doit satisfaire à un formalisme indispensable dont le respect assurera le bon déroulement des débats devant la Cour. La formalité de l'acte d'appel doit être respectée dans le délai des art. 296, 297 et 299 LPC (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 1 et 2 ad art. 300 LPC).

2.2 En l'espèce, l'appelante n'avait pas sollicité, devant le premier juge, qu'une expertise soit ordonnée afin d'établir une éventuelle pratique en matière de vérification des signatures, de sorte qu'elle ne peut plus demander une telle mesure probatoire en appel, qui ne se fonde sur aucun fait nouveau. Elle aurait, au surplus, dû demander cette expertise dans son acte d'appel, qui mentionnait qu'une telle mesure serait apte, selon elle, à établir les faits qu'elle souhaite démontrer, ce qu'elle n'a toutefois pas fait; la mention générique selon laquelle elle concluait, à titre subsidiaire, à ce qu'elle soit «*acheminée*» à apporter la preuve des faits allégués dans son appel n'est à ce propos pas suffisante en elle-même. Enfin, une expertise tend à établir un fait qui requiert l'avis d'un spécialiste. Or, en l'espèce, même si les faits allégués par l'appelante étaient établis par expertise, cela ne permettrait pas encore nécessairement d'affirmer qu'elle était en droit d'agir comme elle l'a fait.

Ainsi, au vu de ce qui précède, l'expertise sollicitée ne sera donc pas ordonnée.

2.3 L'appelante a également sollicité lors de l'audience de plaidoiries devant la Cour un second échange d'écriture afin de pouvoir produire une ordonnance de la Chambre d'accusation, postérieure au dépôt de son acte d'appel, ainsi que des procès-verbaux d'audition tirés de la procédure pénale actuellement en cours.

Les parties à la procédure civile sont également parties à la procédure pénale, de sorte qu'elles ont eu accès, en principe, à ladite ordonnance. De plus, l'ordonnance de la Chambre d'accusation du 27 janvier 2005 dont il est question a confirmé le refus d'inculpation de H_____ et I_____. La non inculpation des précités n'a toutefois pas été contestée et l'absence d'inculpation ne permet pas

encore d'affirmer que l'appelante a agi conformément à ses obligations contractuelles. Le consid. 7.5 de l'ordonnance du 27 janvier 2005 relève en outre que la question de savoir si, dans le cas présent, les conditions auxquelles la banque avait un devoir d'information à l'égard des clients qui ont confié leurs avoirs à un gérant externe étaient réunies devait être tranchée dans le contexte d'une éventuelle action civile et qu'il ne saurait être retenu qu'une prétendue violation fautive de ce devoir - de nature purement contractuelle - constituait *ipso facto* un acte de gestion déloyale au sens de l'art. 158 CP.

Il n'apparaît donc pas que la production de l'ordonnance de la Chambre d'accusation du 27 janvier 2005 soit utile ou nécessaire dans le cadre de la présente procédure civile. Quant aux procès-verbaux d'audition, l'appelante n'explique pas en quoi ils sont utiles, étant au surplus rappelé que les parties avaient expressément renoncé, devant le premier juge, à l'apport de ladite procédure.

Il n'y a donc pas davantage lieu d'ordonner un second échange d'écritures pour produire des documents issus de la procédure pénale.

3. Les parties ne contestent pas, à juste titre que le litige doit s'examiner à la lumière des règles sur le mandat. En effet, l'appelante et les intimés étaient liés par un contrat de compte courant, giro bancaire et un contrat de dépôt ouvert, auxquels sont applicables les règles du mandat, ainsi que par des contrats de commission conclus pour l'exécution des ordres passés à la banque par le gérant pour leur compte (arrêt du Tribunal fédéral 4C_108/2002 du 23 juillet 2002, consid. 2a); BIZZOZERO, Situation juridique de la banque relativement à l'activité d'un gérant indépendant, in : Journée 1996 de droit bancaire et financier, pp. 118-119).
4. L'appelante soutient qu'elle n'a pas violé son devoir de diligence en exécutant les ordres transmis par G_____ SA les 11, 12 et 19 juillet 2001, qui constituaient des faux réalisés par F_____.

4.1 La banque qui, sans être au bénéfice d'un mandat de gestion, s'engage uniquement à exécuter des ordres en bourse confiés sporadiquement, n'est pas tenue à une sauvegarde générale des intérêts du mandant. La banque n'a ainsi, par exemple, pas à rendre le client attentif aux risques élevés qu'il encourt, ni à requérir son autorisation avant de procéder aux opérations dont la réalisation lui a été confiée par le gérant (arrêt du Tribunal fédéral 4C_97/1997 du 29 octobre 1997, publié in SJ 1998 p. 198 ss, consid. 6a). Elle n'est pas le tuteur de son client et elle doit en principe exécuter les ordres licites qui lui sont régulièrement donnés (arrêt du Tribunal fédéral 4C_24/1993 du 14 décembre 1993, publié in SJ 1994 p. 284 ss, consid. 3b).

L'octroi de pouvoirs internes au gérant résulte implicitement du mandat de gestion conféré à celui-ci. La signature d'une procuration par le client n'emporte pas octroi de pouvoirs internes mais constate et communique à la banque les pouvoirs du gérant. Selon l'art. 33 al. 3 CO, si les pouvoirs ont été portés par le représenté à la connaissance d'un tiers, leur étendue est déterminée envers ce dernier par les termes de la communication qui lui a été faite. Cette disposition donne ainsi certains effets propres à la procuration si ses termes vont au-delà des pouvoirs internes (BRETTON-CHEVALLIER, op. cit., p. 230). La procuration doit cependant être interprétée selon le principe de la confiance, corollaire du principe général de la bonne foi (art. 3 CC; BIZZOZERO, op. cit., p. 122). Le tiers sera de mauvaise foi s'il ne se rend pas compte ou aurait dû se rendre compte que l'acte juridique passé était contraire aux intérêts du représenté (cf. art. 3 al. 2 CC; BRETTON-CHEVALLIER, op. cit., p. 231; WATTER, Basler Kommentar, OR I, 3^{ème} éd., 2003, n. 35 ad art. 33 CO). En cas de doute sur l'existence ou l'étendue des pouvoirs de représentation, il appartient au tiers de se renseigner, à défaut de quoi, son manque d'attention pourra lui être reproché (CHAPPUIS, Commentaire romand, CO I, 2003, n. 27 ad art. 33 CO). Si la mauvaise foi du tiers est établie, l'effet de la représentation ne se produit pas (ATF 120 II 197, consid. 2/b/cc, JdT 1995 I 194).

La banque sera en particulier de mauvaise foi si elle ne cherche pas à éclaircir des circonstances extraordinaires ou douteuses (BRETTON-CHEVALLIER, op. cit., p. 231). Une instruction qui sort de la gestion usuelle et raisonnable doit appeler la banque à se demander si l'acte en question est couvert par le pouvoir du gestionnaire (VON PLANTA, Journée 1996 de droit bancaire et financier, p. 130).

4.2 En l'espèce, il apparaît que le mandat de gestion dont bénéficiait le gérant externe ne lui permettait pas d'opérer des retraits sur son compte, mais uniquement [de] gérer les avoirs déposés. L'appelante ne conteste elle-même pas que «*le mandat de gestion confié à G_____ SA n'incluait pas la faculté pour le gérant externe de retirer des avoirs en compte*» (appel, n. 127, p. 23). La banque ne pouvait donc exécuter les opérations litigieuses sur la base de la seule «*Third-Party Management Autorisation*», établie par elle-même, et dont bénéficiait le gérant externe.

L'appelante soutient cependant que les intimés avaient la possibilité de donner au gérant des pouvoirs ponctuels supplémentaires.

Toutefois, même si la banque a considéré que le document qui lui était présenté au guichet ce jour là constituait, formellement, une procuration octroyant des pouvoirs supplémentaires au gérant, elle ne pouvait, de bonne foi, se fier à la seule communication qui lui était faite et accepter d'opérer le retrait. En effet, elle aurait dû, au vu des circonstances, faire preuve d'une attention accrue dans la mesure où une procuration précisément limitée à la seule gestion avait été signée moins d'un

mois auparavant. De plus, aucun retrait n'ayant été effectué jusque là sur le compte des intimés, ce retrait représentait une rupture brusque dans la continuité qui avait prévalu pendant les huit années qui avaient précédé. Elle ne pouvait donc de bonne foi se fonder sur le document qui lui était présenté pour admettre que le gérant disposait du pouvoir d'effectuer le retrait et elle ne pouvait agir, conformément à l'art. 33 al. 3 CO, selon les seuls termes de la prétendue procuration qui lui était présentée sans se renseigner au préalable directement auprès de ses clients.

Ensuite, la banque a transféré, le 12 juillet 2002, des montants pour un total de 110'000 USD, sans aucune instruction écrite du client, sur la base de simples instructions téléphoniques, avant même l'obtention des documents de confirmation du client et avec la simple promesse que les ordres seraient confirmés par lui. Cette opération sortait du cadre du mandat confié au gérant et la banque ne pouvait, en l'absence de toute instruction écrite du client, exécuter les ordres litigieux qui n'étaient couverts par aucune procuration. La banque explique son attitude par le fait qu'elle avait une grande confiance à l'égard du gérant externe et qu'elle se serait comportée de manière différente si elle n'avait pas connu du tout ou très peu connu celui-ci. Cet argument n'est toutefois pas opposable aux intimés qui n'ont pas à supporter les conséquences de la confiance accordée, à tort, par la banque à son ancienne employée.

Il n'y a par ailleurs pas eu de ratification, au sens de l'art. 38 al. 1 CO, de la part de ses clients puisqu'il n'est pas contesté que les confirmations reçues n'émanaient pas de ceux-ci, mais du gérant indépendant lui-même qui a contrefait la signature des intimés.

Enfin, concernant le dernier ordre du 19 juillet 2001, il convient de retenir que même s'il fallait admettre que la banque pouvait considérer que le document qui lui était présenté constituait une procuration, son attention devait être attirée, plus encore que lors des premiers retraits, par le fait qu'en l'espace d'un peu plus d'une semaine, des retraits ou transferts pour près des 80% des avoirs déposés étaient ordonnés, alors qu'aucun retrait n'avait été opéré jusqu'alors. La banque ne pouvait donc, de bonne foi, considérer, au vu du document qui lui était présenté, que le gérant disposait des pouvoirs nécessaires pour opérer le retrait litigieux. L'art. 33 al. 3 CO est donc inapplicable.

Ainsi, il convient de retenir que la banque ne pouvait exécuter les ordres reçus du gérant, lesquels n'étaient pas couverts par les pouvoirs de celui-ci, ce dont la banque aurait dû se rendre compte. Les intimés peuvent donc demander la restitution des montants débités.

5. La banque soutient encore que sa responsabilité ne peut être engagée du fait que ses conditions générales prévoient une exclusion de sa responsabilité pour faute

légère au cas où elle ne s'apercevrait pas d'une falsification ou d'un faux lors de la vérification des signatures (art. 2 de ses conditions générales). Elle mentionne également la décharge signée par les intimés pour les instructions données par téléphone ou télécopie (art 7 des dites conditions générales et formulaire de décharge).

5.1 Il y a faute grave lorsque l'auteur viole les règles élémentaires de la prudence et néglige les précautions qui dans les mêmes circonstances se seraient imposées à une personne raisonnable. Il y a en revanche simplement faute légère lorsque le comportement de l'auteur, sans être excusable, n'est pas particulièrement répréhensible. Il convient en principe d'admettre qu'une violation du devoir de diligence du mandataire constitue une faute grave (BIZZOZERO, Le contrat de gérance de fortune, 1992, p. 179-180).

Le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, tenir pour nulle une clause qui libérerait d'avance le débiteur de toute responsabilité en cas de faute légère, si le créancier, au moment où il a renoncé à rechercher le débiteur, se trouvait à son service, ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité (art. 100 al. 2 CO). Selon le Tribunal fédéral, l'exploitation d'une banque doit être assimilée à l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité au sens de l'art. 100 al. 2 CO (ATF 112 II 450, consid. 3a, JdT 1987 I 91). Ainsi, en vertu de son pouvoir d'appréciation - c'est-à-dire en appliquant les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC) - le juge pourra tenir pour nulle une clause mettant d'emblée à la charge du client, en cas de faute légère de la banque, le risque de l'exécution en main d'une personne non autorisée à recevoir la prestation. Il devra opérer une pesée des intérêts entre, d'une part, l'intérêt des clients à être protégé contre les clauses préformulées et, d'autre part, l'intérêt que peut avoir la banque à se prémunir contre certains risques dont la réalisation peut difficilement être évitée. Cette pesée des intérêts doit conduire, en définitive, à une répartition équitable du risque entre la banque et ses clients, sur le vu de la situation propre à l'affaire considérée.

Quant à la décharge concédée par le client au sujet des instructions données par téléphone, télex ou télégramme, elle ne dispense pas pour autant la Banque de procéder à des vérifications si des circonstances s'écartent du cours normal des opérations prévues par le contrat ou résultant de la pratique (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4C_357/2000 du 8 mai 2001, consid. 4a, avec référence à l'ATF 116 II 459 consid. 2a selon lequel les conditions générales de la banque qui dispensent celle-ci de vérifier l'identité du porteur d'un livret nominatif doivent être interprétées restrictivement, dans la mesure où tant les règles de la bonne foi que la nature du contrat exigent que la banque se montre vigilante lors de toute opération sortant -même modestement - de l'ordinaire, précisant encore qu'eu

égard au principe de la bonne foi, elle ne peut sans autre se réfugier derrière une clause lui permettant de ne pas vérifier l'identité du porteur d'un livret nominatif).

5.2 En l'espèce, les pertes subies par les intimés ne découlent pas d'une erreur dans la transmission d'ordres donnés par téléphone ou télécopie, lesquels ont été correctement exécutés. La décharge pour ordres reçus par téléphone ou télécopie ne peut par ailleurs s'appliquer pour justifier la passation d'un ordre qui n'était pas couvert par les pouvoirs du gérant. Enfin, le fait que les intimés déchargeaient la banque de toute responsabilité en cas d'ordre donné de manière frauduleuse par un tiers ne la dispensait pas de faire preuve d'une attention minimale lorsqu'elle recevait des ordres par téléphone ou télécopie. Le document signé par les intimés précise d'ailleurs que la banque est en droit de ne pas donner suite aux ordres reçus lorsque l'identité de la personne dont ils émanent est douteuse. La banque ne peut donc être déchargée de sa responsabilité sur cette base.

En ce qui concerne la clause d'exonération de responsabilité pour faute légère figurant à l'art. 2 des conditions générales de la banque, il convient de relever, si la faute commise par la banque devait être qualifiée de légère, que, comme elle l'a elle-même reconnu, les prélèvements et transferts de fonds ont pu être opérés parce que la banque avait une confiance particulière en la personne du gérant des intimés; elle se montrait en revanche plus stricte avec les gérants indépendants qu'elle ne connaissait pas particulièrement. Il apparaît ainsi que les pertes subies par les intimés résultent de la confiance placée, à tort, en leur gérant par la banque, pour des motifs qui lui sont propres, et non d'un risque dont la réalisation était difficilement évitable. Il ne serait donc pas équitable de faire subir aux intimés le dommage qui en est résulté.

L'art. 2 des conditions générales de la banque n'est donc pas opposable aux intimés.

- 6.** Au vu de ce qui précède, le jugement entrepris sera intégralement confirmé.

L'appelante, qui succombe, sera condamnée au dépens d'appel (art. 176 al. 1 LPC, art. 180 LPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre le jugement JTPI/14248/2004 rendu le 25 novembre 2004 par le Tribunal de première instance dans la cause C/4027/2004-6.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Condamne A_____ aux dépens d'appel comprenant une indemnité de procédure de 10'000 fr. à titre de participation aux honoraires d'avocat de B_____ et C_____.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente; Monsieur Daniel DEVAUD, et Monsieur François CHAIX, juges; Monsieur Jean-Daniel PAULI, greffier.

La présidente :

Marguerite JACOT-DES-COMBES

Le greffier :

Jean-Daniel PAULI